



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

“OCULTAMIENTO DE MENORES, COMO ILÍCITO PENAL”

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

ROSAS YAÑEZ JESSICA KAREN



**ASESOR: MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y
SALVATIERRA**

Ciudad Universitaria 2014



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/ SP/96/9/2014
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS**

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.**

La alumna **JESSICA KAREN ROSAS YAÑEZ**, con No. de Cuenta: **307336655**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA**, la tesis profesional titulada **"OCULTAMIENTO DE MENORES, COMO ILCITO PENAL"**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor, **MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA**, en su calidad de asesor, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **"OCULTAMIENTO DE MENORES, COMO ILCITO PENAL"** puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la **C. JESSICA KAREN ROSAS YAÑEZ**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

Sin otro particular, agradezco anticipadamente la atención que le dé a la presente solicitud, y aprovecho para enviarle un saludo cordial.

**A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 2 de septiembre de 2014**

**MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA
DIRECTOR DEL SEMINARIO**



A mis padres: **Juana Yañez Vázquez y José Luis Rosas Córdoba**,
por el apoyo incondicional que me han brindado durante toda mi vida,
por el ejemplo diario de esfuerzo y superación,
por enseñarme a levantarme cuando he caído,
por haber permitido que llegue hasta este momento,
por los valores que he aprehendido de Ustedes,
por confiar en mí,
pero sobre todo, gracias por existir.

A mis hermanos: **Nadia, Luis y Enrique**,
por los momentos que hemos compartido juntos,
por su apoyo,
por sus consejos,
porque siempre hemos sido los cuatro.

A mis sobrinos: **Ingrid, Luis, Enrique, Yohanna y Jorge**,
por ser la sonrisa en momentos de tristeza,
por ser mis pequeños confidentes,
por recordarme que siempre hay soluciones fáciles,
gracias por llenar mi vida de colores.

Al Maestro: **Carlos Ernesto Barragán y Salvatierra**,
por haber sido mi profesor y transmitirme sus conocimientos en clase,
por su dedicación a los estudiantes,
por su amor a la Universidad,
por ser mi asesor de tesis,
por darme luz y apoyo durante mi investigación,
Muchas gracias.

A mis compañeros,
por compartir las aulas de la facultad,
por los momentos compartidos durante nuestra formación,
por vivir conmigo la plena juventud.

A mi Universidad,
por haberme recibido con los brazos abiertos,
por darme las herramientas para enfrentar la vida,
por ser el recinto de conocimiento,
y por haber sido mi segunda casa,
gracias por ser mi alma mater.

A mis maestros,
por su entrega,
por sus consejos,
por compartirnos sus conocimientos y experiencias,
y por ser la guía necesaria para la vida profesional.

Al ***Seminario de Derecho Penal***,
por su orientación para realizar y finalizar el presente trabajo.

**A TODOS Y CADA UNO DE USTEDES, MUCHAS
GRACIAS, LES DEDICO ESTE TRABAJO.**

“OCULTAMIENTO DE MENORES, COMO ILÍCITO PENAL”

ÍNDICE

Introducción.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO I

MARCO CONCEPTUAL

1.1. Ocultamiento.....	1
1.2. Sustracción.....	2
1.3. Retención.....	3
1.4. Menor de edad.	4
1.5. Concepto de derechos humanos.	6
1.5.1. Concepto de derechos humanos de la niñez.....	8
1.5.1.1. Interés superior del menor.....	10
1.5.2. Derechos de los menores relacionados con su ocultamiento.....	14
a) Derecho a vivir en familia.....	14
b) Derecho de convivencias.....	19
c) Derecho a la identidad.....	21
d) Derecho a la participación.....	23
e) Derecho a no sufrir ningún tipo de violencia familiar como el Síndrome de Alienación Parental.....	25
1.6. La patria potestad.....	28
1.6.1. Efectos de la patria potestad respecto de la persona del menor.....	29
a) Alimentos.	29
b) Educación.	30
c) Buen ejemplo.	30
d) Crianza.	30
e) Corrección.	31
1.6.2. Efectos de la patria potestad respecto del patrimonio del menor.....	31
1.6.3. La representación jurídica del menor.....	31

1.6.4. Suspensión, limitación, pérdida, terminación, y excusa de la patria potestad.....	32
1.7. La adopción.	34
1.8. Guarda y Custodia.	35

CAPÍTULO II

TEORÍA DEL DELITO

2.1. Noción del delito.....	38
2.1.1. Clasificación de los delitos.....	39
2.1.2. Elementos positivos y negativos del delito.....	43
2.2. Conducta.....	44
a) Acción.....	44
b) Omisión.....	45
2.2.1. Hecho.....	48
2.2.2. Ausencia de conducta o hecho.....	49
2.3. Tipicidad.	51
a) Elementos objetivos del tipo.....	52
b) Elementos normativos.....	56
c) Elementos subjetivos.....	56
2.3.1. Clasificación de los tipos.....	56
2.3.2. Atipicidad.....	58
2.3.3. Ausencia de tipo.....	58
2.4. Antijuridicidad.....	58
2.4.1. Causas de licitud.....	59
a) Legítima defensa.....	60
b) Estado de necesidad.....	63
c) Cumplimiento de un deber, y ejercicio de un derecho.....	64
d) Consentimiento del titular del bien jurídico.....	65
2.5. Imputabilidad.....	65
2.5.1. Inimputabilidad.....	66
a) Trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.....	67

2.6. Culpabilidad.....	68
2.6.1. Dolo.....	69
2.6.1.1. Clases de dolo.....	70
2.6.2. Culpa.....	72
2.6.2.1. Clases de culpa.....	74
2.6.3. Inculpabilidad.....	75
a) Error de tipo y error de prohibición.....	75
b) Caso fortuito.....	77
c) No exigibilidad de otra conducta.....	78
2.7. Punibilidad.....	79
2.7.1. Penas y medidas de seguridad.....	79
2.7.1.1. Penas.....	81
a) Pena de prisión.....	83
b) Trabajo en favor de la comunidad.....	83
c) Sanción pecuniaria.....	84
d) Suspensión de derechos.....	86
2.7.2. Excusas absolutorias.....	86
2.8. Condiciones objetivas de la punibilidad.....	87
2.8.1. Ausencia de condiciones objetivas de la punibilidad.....	88
2.9. Etapas del proceso criminoso.....	88
2.9.1. Fase interna.....	88
2.9.2. Fase externa.....	89
a) La consumación.....	90
b) La tentativa.....	91
2.10. Autores y partícipes.....	93
2.11. Concurso de delitos.....	96

CAPÍTULO III

TIPO PENAL SEMEJANTE Y MEDIOS DE BÚSQUEDA DEL MENOR

3.1. Sustracción y retención de menores o incapaces.....	98
a) Clasificación del delito.....	101

b) Conducta o hecho y su aspecto negativo.....	102
c) Tipicidad y atipicidad.....	102
e) Antijuridicidad y causas de licitud.....	108
f) Culpabilidad e inculpabilidad.....	108
h) Punibilidad y excusas absolutorias.....	109
i) Etapas del proceso criminoso.....	111
j) Circunstancias agravantes.....	111
k) Circunstancias atenuantes.....	112
l) Concurso de delitos.....	113
3.2. Medios de búsqueda de los menores.....	113
3.2.1. Centro de apoyo a personas extraviadas y ausentes (CAPEA).....	114
3.2.2. Alerta AMBER, a cargo de la Procuraduría General de la República....	115
3.2.3. Unidad especializada de búsqueda de personas desaparecidas de la Procuraduría General de la República.....	118
3.2.4. Registro nacional de datos de personas extraviadas o desaparecidas, del Sistema Nacional de Seguridad Pública.....	120
3.2.5. Comité de personas desaparecidas, no localizadas, ausentes o extraviadas, de la Comisión Nacional de Seguridad Pública.....	122
3.2.6. Organización Internacional de la Policía Criminal (INTERPOL).....	122

CAPÍTULO IV

CREACIÓN DEL TIPO PENAL DE OCULTAMIENTO DE MENORES

4.1 Derechos transgredidos del menor ocultado.....	124
a) Derecho a vivir en familia.....	124
b) Derecho de convivencias.....	127
c) Derecho a la identidad.....	127
d) Derecho a la participación.....	130
e) Derecho a no sufrir ningún tipo de violencia familiar.....	131
4.2. Marco referencial de la sustracción y retención de menores o incapaces....	133
4.3. Propuesta de adición del artículo 173 Bis, al Código Penal para el Distrito Federal.....	134

Conclusiones.....	138
Propuesta.....	142
Bibliografía.....	146

INTRODUCCIÓN

Hoy en día es muy común que las parejas en conflicto, que aún no han tramitado el juicio de divorcio, separación o guarda y custodia; aparten a sus menores hijos, de forma temporal o permanente, de su núcleo familiar, pero sobretodo del otro cónyuge o concubino que también ejerza o tenga derecho a ejercer la patria potestad.

Ésta situación a corto, mediano o largo plazo, puede afectar de sobremanera, el desarrollo integral de los menores, y el libre ejercicio de sus derechos humanos, al grado tal de dar cabida al llamado Síndrome de Alineación Parental.

Éste síndrome merece especial atención, ya que además de manifestarse como una especie de violencia psicoemocional contra la niñez, puede llegar a destruir familias enteras, sino se detecta a tiempo.

Por éste motivo a lo largo del presente trabajo, proponemos la creación del tipo penal de ocultamiento de menores, para tratar de limitar ésta conducta, no sólo mediante la amenaza de imposición de una pena; sino también, a través de todas las medidas de protección, que los menores ocultados necesitan por parte del Estado.

Estas medidas van encaminadas a su búsqueda y localización inmediata, para que posteriormente sea un Juez de lo Familiar, y no unilateralmente sus padres, quien determine lo relativo a su guarda y custodia, con base a su interés superior, en pro de sus derechos humanos, y en atención al principio de prioridad.

Para tal efecto, en el primer Capítulo daremos un panorama sobre los derechos fundamentales de la niñez, y sobre el principio del interés superior del menor, para fundamentar el deber del Estado de garantizar su goce efectivo.

Asimismo, desarrollaremos los derechos del menor ocultado, a vivir en familia, a no ser separado de sus padres sin resolución judicial, derecho a ser criado y a convivir con ambos progenitores, a la participación, a la identidad

personal, y a no sufrir ningún tipo de violencia familiar, para que posteriormente hablemos sobre su transgresión.

En el segundo apartado se hará un análisis sobre la teoría del delito, con el objeto de sustentar la creación del tipo penal de ocultamiento de menores.

En el tercer Capítulo se realizará un estudio dogmático sobre el tipo de sustracción y retención de menores o incapaces, para cubrir la mayoría de los elementos que integran el tipo penal propuesto, y para fijar claramente sus diferencias. Además se mencionan diversos entes que se dedican a la búsqueda y localización de los menores desaparecidos, ausentes, extraviados, sustraídos, o retenidos, para que también sean contemplados los menores ocultados por sus mismos progenitores.

Por último hablaremos sobre la problemática y la necesidad de crear del tipo penal de merito, y expondremos brevemente la transgresión de los derechos humanos del menor, relacionados con su ocultamiento, para que cobre sentido el artículo 173 Bis, que se propone agregar al Código Penal para el Distrito Federal.

CAPÍTULO 1

MARCO CONCEPTUAL

1.1. Ocultamiento

Para la Real Academia Española, la palabra ocultamiento es la acción de ocultar, que significa: “1. Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista, 3. Callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad”.¹

A su vez, esconder, es: “1. Encubrir (ocultar), 2. Retirar a alguien o algo a lugar o sitio secreto, 3. Incluir y contener en si algo que no es manifiesto a todos”.²

Por su parte, encubrir es: “1. Ocultar algo o no manifestarlo, 2. Impedir que llegue a saberse algo, 3. Hacerse responsable de encubrimiento de un delito.”³

Además de lo anterior, el Doctor Francisco H. Pavón Vasconcelos, expresa: “En la ocultación de infante la conducta se realiza ordinariamente mediante acción, consistiendo en hacer desaparecer a un niño.”⁴

Para el Diccionario Jurídico Mexicano, la desaparición es: “...una palabra compuesta por el prefijo “des” -del latín *dis-*, que es una preposición inseparable que denota negación o inversión, del vocablo “aparición” -del latín *aparitio-*, que es la acción y efecto de aparecer o aparecerse. A su vez, aparecer, del latín *apparescere*, significa dejarse ver, encontrarse, hallarse. Desaparición es la acción y efecto de desaparecer o desaparecerse. Desaparecer, de “des” y de “aparecer”, es ocultarse, quitarse de la vista de una persona o cosa, por lo común de rapidez.”⁵

En este sentido, podemos decir que el ocultamiento, es la desaparición de una persona con el fin de ocultar, esconder, o encubrir su ubicación a la vista y conocimiento de terceros.

¹ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=ocultar>. 25 de junio de 2014, 07:17.

² Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=esconder>. 25 de junio de 2014, 07:20.

³ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=encubrir>. 25 de junio de 2014, 07:25.

⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco H., *Diccionario de Derecho Penal (Analítico-Sistemático)*, Ed. Porrúa, México, 1997, p.727.

⁵ Márquez Romero, Raúl (coord.), *Diccionario Jurídico Mexicano, D-H*, Ed. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Series E: Varios, Núm.96, México, 2009, p.1280.

Sin embargo, en el tipo penal propuesto, la desaparición como forma de ocultar a un menor, no será, la de esconder su existencia, o estado civil, ya que, daría lugar a delitos distintos.

1.2. Sustracción

En principio, cabe decir que lo que hoy conocemos como sustracción, anteriormente se conocía como robo.

Empero, el “robo” es una figura delictiva que recae exclusivamente sobre el patrimonio, y la sustracción se refiere a acciones que pueden recaer no sólo sobre el patrimonio, sino también sobre las personas (sujeto pasivo).

No obstante, los Códigos Penales de los Estados de San Luis Potosí, Jalisco y Guerrero, aún denominan a la sustracción, como robo de infante.

Ahora en cuanto al término sustracción o substracción, la Real Academia Española dice que es la acción y efecto de sustraer o sustraerse, que significa: “1. tr. Apartar, separar, extraer, 2. tr. Hurtar, robar fraudulentamente, 3. tr. Mat. Restar, hallar la diferencia entre dos cantidades, 4. prnl. Separarse de lo que es de obligación, de lo que se tenía proyectado o de alguna otra cosa.”⁶

En materia penal y con un significado patrimonial, el autor Rafael de Pina Vara define a la sustracción como: “...hurto, robo, apoderamiento ilegítimo de un bien ajeno.”⁷

Por su parte, la profesora Griselda Amuchategui Requena, apunta que sustracción es sinónimo de aprehensión y: “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)”.⁸

En el mismo sentido, Maggiore Giuseppe expresa que: “La sustracción se comete al llevarse al menor de un lugar a otro –*abductio de loco in locum*- (de la

⁶ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=sustraer>. 25 de junio de 2014, 07:40.

⁷ De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 19a. ed., Ed. Porrúa, México, 2002, p.467.

⁸ Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho Penal*, 3a. ed., 11a. r., Ed. Oxford University Press, colección textos jurídicos universitarios, México, 2005, p.407.

casa, del colegio, de la calle), sacándolo de la esfera de vigilancia de los que ejercen sobre él la patria potestad o la autoridad del tutor.”⁹

En este contexto, se puede colegir que la sustracción, substracción o aprehensión, es el traslado ilícito de un menor o incapaz, a un lugar diferente de su esfera de custodia.

El autor Luis Zarraluqui Sánchez Eznarriaga, escribe que: “El traslado ilícito, se califica como tal, aquél que se realiza sin el consentimiento de la persona o institución que tiene atribuida la custodia del menor”.¹⁰

Sin embargo, puede ocurrir que el traslado en si fuera licito, en el sentido de ser autorizado por la persona que tiene la custodia del menor, pero una vez fuera del lugar de residencia habitual de éste, se impide su retorno, en estos casos se hablará de retención ilícita.

1.3. Retención

En su acepción gramatical la Real Academia Española apunta que la retención, es la acción y efecto de retener, que significa: “1.tr. Impedir que algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca...”¹¹

Por su parte, Maggiore Giuseppe apunta que: “La retención implica que al sujeto pasivo, ya en la esfera de dominio del agente, se le impida de manera debida recuperar su libertad.”¹²

Por otro lado, la profesora Griselda Amuchategui Requena, escribe que la retención: “Consiste en que el sujeto activo aprovecha que el pasivo se encuentra en el lugar donde aquél está, donde es capaz de ejercer un poder sobre él, y simplemente le impide alejarse (Como el robo por retención).”¹³

De lo transcrito, es preciso resaltar que los autores en cita, al mencionar que el sujeto pasivo “ya en la esfera de dominio del agente”, hacen alusión a que por lo general la sustracción constituye el requisito previo o (presupuesto material) de la

⁹ Giuseppe, Maggiore, *Derecho Penal, Parte Especial, Delitos en Particular (continuación)*, 4a. ed., 3a. r., Ed. Temis, vol. IV, Colombia, 1989, p.246.

¹⁰ Sánchez Eznarriaga, Luis Zarraluqui. et al, *La Sustracción Interparental de Menores*, Ed. Dykinson S.L, colección Abogados de Familia, España, 2005, p.27.

¹¹ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=retener>. 25 de junio de 2014, 08:00.

¹² Giuseppe, Maggiore, *op. cit.*, p.247.

¹³ Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho Penal, op.cit.*, p.407.

retención, lo cual implica el traslado del menor a otro lugar distinto de su domicilio real, antes de retenerlo.

Pero también la retención puede darse sin que necesariamente le anteceda la extracción. Ello ocurre cuando el progenitor custodio impide a la madre, o al padre no custodio, que conviva o visite, a su menor hijo.

La retención es entonces, la abstención de liberar, restituir, o entregar al menor o incapaz a su legítimo custodio, o conviviente, a pesar de mediar resolución judicial.

Cabe decir que este tipo penal se asemeja al delito de abuso de confianza con la diferencia de que en éste, el bien jurídico tutelado es el patrimonio, y consiste en la posesión ilícita de un bien mueble, con el ánimo de dominio o de dueño por quien sólo tiene la tenencia previa derivada de un acto jurídico lícito; a virtud de su no devolución a pesar de mediar requerimiento formal judicial o extrajudicial.

1.4. Menor de edad

Existen numerosas disciplinas que intentan definir qué se debe entender por menor de edad, y esto depende principalmente de su ámbito de estudio.

La biología, lo define de acuerdo a su crecimiento y desarrollo físico; la psicología, en base a su desarrollo mental, emocional, y conductual; y el derecho, lo hace al tomar los elementos de las anteriores áreas de conocimiento.

Desde un enfoque civilista el menor puede definirse como aquella persona que por sí sola, carece de la capacidad de ejercicio para ejercitar derechos y contraer obligaciones.

En este sentido, Ignacio Galindo Garfias expresa: "...el menor es una persona que no tiene el necesario discernimiento, para decidir, por propia voluntad, la realización de actos jurídicos."¹⁴

Ahora, desde el punto de vista penal el menor puede definirse como un sujeto jurídicamente inimputable.

Al respecto, la profesora Griselda Amuchategui Requena, y el autor Ignacio Villasana Díaz, apuntan que el menor de edad es aquella "persona que aún no

¹⁴ Galindo Garfias Ignacio, *Derecho Civil, Primer Curso: Parte General, Personas, Familia*, 17a. ed., Ed. Porrúa, México, 1998, pág. 414.

cuenta con la edad que exige la ley para ser considerado imputable, esto es, con la capacidad de querer y entender el delito que se comete.”¹⁵

Sin embargo, la minoría de edad, la incapacidad, y la inimputabilidad son temas que deben abordarse por separado, porque aunque la minoría de edad implique una limitación a la capacidad de obrar, y una abstención de dar el mismo tratamiento a un menor que el de un mayor imputable, lo cierto es que su significado y regulación divergen.

Sobre este tópico, Eileen Matus Calleros señala: “...de ninguna manera debemos interpretar el concepto de menor como: primero, sinónimo de incapaz; segundo, como que la personalidad de éste puede quedar absorbida, sustituida y desplazada por la de su representante legal, y tercero, destacar que en ningún convenio que tiene como finalidad proteger al menor aparece el término “incapaz” para denominar a éste.”¹⁶

Luego entonces el menor, puede definirse como aquella persona sujeta a protección, por no tener la edad legal exigida por su país de origen.

En el mismo sentido, el Diccionario Jurídico Mexicano, expresa: “Del latín *minor natus*, referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo, no necesariamente huérfano, sino digno de protección.”¹⁷

De acuerdo con el artículo 646 del Código Civil Federal, en México la mayoría de edad se adquiere al cumplir dieciocho años. Hasta en tanto, los menores estarán bajo la patria potestad, custodia, o tutela de las personas que por derecho les corresponda.

Por último, es preciso destacar que las expresiones niña, niño, joven, y adolescente, pueden ser usadas indistintamente para referirnos al menor, pues aunque éstas se refieran a una etapa biológica de crecimiento y madurez, para efectos del derecho, los menores de edad, necesitan por ese sólo hecho de protección jurídica y cuidados especiales, debido a su falta de desarrollo físico y mental.

¹⁵ Amuchategui Requena, Irma Griselda y Villasana Díaz, Ignacio, *Diccionario de Derecho Penal*, 2a. ed., Ed. Oxford University Press, México, 2006, p.115.

¹⁶ Matus Calleros, Eileen, *México ante la Restitución Internacional de Menores*, Ed. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Estudios Jurídicos, Núm. 231, México, 2013, p.9.

¹⁷ Márquez Romero, Raúl (coord.), *Diccionario Jurídico Mexicano, I-O, op.cit.*, p.2503.

Dentro de los ordenamientos jurídicos que hacen tal distinción, encontramos a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños, y Adolescentes: “Son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.”¹⁸

1.5. Concepto de derechos humanos

A raíz de la reforma constitucional del 10 de junio del año 2011, los legisladores nos dejaron claro que una cosa son los derechos humanos y otra las garantías individuales.

Al respecto, Jorge Ulises Carmona Tinoco expresa: “Al analizar la frase completa “Los derechos y sus garantías”, encontramos que no evoca dos tipos de derechos, por una parte los derechos humanos y, por la otra, las conocidas garantías individuales, sino que se alude a los derechos humanos, y técnicamente, a los instrumentos que le sirven de garantía; esto es, los medios a través de los cuales se busca su eficacia cuando las autoridades los desconozcan o de plano los transgredan, que son los previstos básicamente en los artículos 97, 99, 102, 103 y 107, y 105 constitucionales; es decir, respectivamente, la facultad de investigación (que la reforma deposita en la CNDH), el juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano, el amparo y las controversias y acciones de inconstitucionalidad.”¹⁹

Por su parte, el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela apunta: “Los derechos del hombre se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consubstanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico-positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo.”²⁰

¹⁸ Artículo 2. Ley para la protección de las Niñas, Niños y Adolescentes. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/185.pdf>. 25 de junio de 2014, 09:00.

¹⁹ Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, Ed. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. 2012, p.44.

²⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 41a. ed., Ed. Porrúa, México, 2009, p.187.

De lo anterior se puede colegir que los derechos humanos o también denominados derechos básicos del hombre, de las personas, derechos fundamentales, naturales, subjetivos, o innatos; son los que tiene una persona (física o moral) por el sólo hecho de existir, independientemente de que el Estado los reconozca.

Por su parte, las garantías individuales son aquellos mecanismos que otorgan los ordenamientos jurídicos, para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos públicos subjetivos consagrados en la Constitución y/o en los Tratados en los que el Estado Mexicano sea parte.

Sin embargo, no debe soslayarse que algunas veces existe identidad entre sendos conceptos, por ejemplo los derechos fundamentales relativos al debido proceso, como el derecho a la audiencia o, a un recurso efectivo, también son garantías, ya que son mecanismos jurídicos para hacer efectivos otros derechos.

No debe soslayarse que al hablar de derechos humanos cobra relevancia el derecho a la dignidad de las personas, que se puede traducir en el derecho a tener derechos.

La misma Constitución en su artículo primero, hace referencia a la dignidad humana como fuente o fundamento de los derechos y libertades que son inherentes a todas las personas por el hecho de existir.

En este sentido, María Delgadina Valenzuela Reyes expresa: “Toda persona humana goza de un conjunto determinado de derechos inviolables que le son inherentes precisamente por hallarse investida de dignidad, considerada como la cualidad que hace a una persona merecedora de derechos... La función primordial de la dignidad en el ordenamiento jurídico mexicano se refleja en la obligación que tienen los poderes públicos estatales de vigilar el respeto a los derechos de los niños y las niñas, como bienes jurídicos tutelados por la Constitución y por los instrumentos internacionales, que van más allá de instituciones como la patria potestad, la guarda y custodia, e incluso de la misma voluntad de los menores, como así se especifica por la legislación y tesis aislada y de jurisprudencia.”²¹

²¹ Valenzuela Reyes, María, *Derechos Humanos de los Niños y las Niñas, ¿Utopía o realidad?*, Ed. Porrúa, México, 2013, p.34.

1.5.1. Concepto de derechos humanos de la niñez

Para el profesor Joel Francisco Jiménez García, los derechos del niño son: “...un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social.”²²

Como se aprecia, para el autor, los derechos de los menores son definidos en base a la doctrina de la “protección integral o garantista”, adoptada por primera vez en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, conforme a la cual, el menor deja de ser un objeto de protección, para convertirse en un sujeto de derechos humanos, quedando atrás la vieja doctrina tutelar, proteccionista, o de la situación irregular, que otorgaba a las autoridades un amplio criterio discrecional para decidir lo que consideraban mejor para el niño, sin un debido sustento legal.

La doctrina de la protección integral, conlleva la existencia de obligaciones especiales a cargo de la familia, de la sociedad, y del Estado, para la vigencia, cumplimiento, respeto, y satisfacción, de todos los derechos humanos de la niñez, consagrados en la Constitución, y en los diversos instrumentos internacionales ratificados por México.

Desde su adopción, los Estados parte, tienen el deber de justificar sus legislaciones nacionales, a los postulados que contiene, bajo el principio rector del interés superior del menor, del que hablaré más adelante.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresa: “La protección especial se funda sobre el reconocimiento de que los Estados deben tomar medidas positivas y preventivas teniendo en cuenta las condiciones especiales del niño; vale decir, la vulnerabilidad a la que está expuesto el niño y su dependencia de los adultos para el ejercicio de algunos derechos, el grado de madurez, su desarrollo progresivo y el desconocimiento de sus derechos humanos y de los mecanismos de exigibilidad que no permite ubicarlo en una situación similar a la de los adultos y por tanto justifica la adopción de medidas

²² Jiménez García, Joel Francisco, *Derechos de los niños*, 1a. r., IPN-Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, colección Nuestros Derechos, México, 2000, p.4.

especiales.”²³

Ahora, en cuanto a su regulación, los derechos de la niñez se encuentran consagrados en diversos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

A nivel nacional tenemos el artículo 4 Constitucional y, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

En el ámbito internacional se ubican diversos instrumentos de carácter vinculante, que debido a su amplitud pueden dividirse en tres grupos: generales de aplicación a todo ser humano, generales de aplicación exclusiva a los niños, y especiales de aplicación a los niños en situaciones específicas.

En el primer grupo tenemos:

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (En sus artículos 10, 12 y 13 regula lo concerniente a la protección especial de los niños).
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (En sus artículos 6, 14, 18, 23, 24 y 26 regula lo relativo a los derechos de la niñez), y
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, llamada también como Pacto de San José de Costa Rica. (En su artículo 19 establece la protección especial de los niños).

En el segundo grupo se sitúa la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989.

Como antecedente de ésta convención tenemos a la Declaración de Ginebra, redactada por la pedagoga suiza Englantine Jebb, y aprobada por la Sociedad de las Naciones Unidas en su quinta asamblea el 26 de diciembre de 1924, a la que también se denomina Declaración o Carta de Ginebra, la cual fue revisada en 1946.²⁴

²³ Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la niñez, “Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes”, 2009, p.9, http://www.unicef.org/mexico/spanish/Informe_castigo_corporal.pdf. 29 de junio de 2014, 06:33.

²⁴ Jiménez García, Joel Francisco, *Derecho del Menor*, Ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 207, México, 2012, p.13.

A la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.²⁵

Así como, a la Declaración de los Derechos del Niño, elaborada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), y adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959. También conocida como Decálogo de los Derechos del Niño.²⁶ Es importante resaltar que éste documento fue el primero en introducir de manera expresa, el principio del interés superior del menor.

Dentro del tercer grupo se encuentran diversas convenciones que sólo cobran aplicación en determinadas situaciones específicas, como las relativas al matrimonio, a las obligaciones alimentarias, a la sustracción y restitución internacional de menores, a la adopción, etc.

Por último, cabe señalar que de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 29 constitucional, el ejercicio de los derechos de la niñez, no podrán restringirse, ni suspenderse por ninguna causa.

1.5.1.1. Interés superior del menor

El interés superior del menor ha sido ampliamente discutido, y algunos autores lo han considerado como un concepto jurídico, general e, indeterminado, cuyo contenido sólo puede precisarse en cada caso concreto.

En este sentido, Bernardo Cruz Gallardo expresa: "...el interés superior del menor o *favor filii* es un principio jurídico de carácter general establecido en nuestro Derecho, como tantos otros conceptos jurídicos indeterminados: la buena fe, la diligencia de un buen comerciante o un buen padre de familia, la negligencia, etc., cuya determinación se logrará analizándolo en cada supuesto de hecho donde se plantee".²⁷

Sin embargo, el hecho de que éste principio no se encuentre definido en instrumento alguno, no implica una desprotección de la infancia, sino un marco de

²⁵ Ibidem, p.14.

²⁶ Idem.

²⁷ Cruz Gallardo, Bernardo, *La Guarda y Custodia de los Hijos en las Crisis Matrimoniales*, Ed. Wolters Kluwer, S.A, España, 2012, pp.168-169.

referencia que limita la actuación de las autoridades, y pone freno a cualquier tipo de arbitrariedad, y violación de derechos humanos.

Para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, existen contenidos mínimos dentro de los cuales debe moverse éste principio:

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS. Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas. Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos -en la indeterminación del concepto- del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa "zona intermedia", haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: **a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro.** Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses

deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional.”²⁸

Entre otras cosas, de la jurisprudencia se puede advertir que el desarrollo integral, es el criterio que determina el contenido del interés superior del menor.

De acuerdo con el artículo 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el desarrollo integral los menores, comprende cinco ámbitos: “físico, mental, espiritual, moral y social.”²⁹

El desarrollo mental, espiritual y moral puede contribuir positiva o negativamente en la personalidad de los niños, por cuanto les procura estabilidad, equilibrio, confianza y seguridad en su persona.

El Derecho anglosajón los denomina “welfare of children”, expresión referida al bienestar físico y emocional de la niñez, como el amor, la felicidad, el afecto, la comprensión, el cariño, y el cuidado.

En diverso criterio, la misma Sala del Tribunal Supremo, reitera:

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES Y FUNCIONES NORMATIVAS. El interés superior del menor implica, entre otras cosas tomar en cuenta aspectos dirigidos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, como criterios rectores para elaborar normas y aplicarlas en todos los órdenes de la vida del menor, conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño; así pues, está previsto normativamente en forma expresa y se funda en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades; además, cumple con dos funciones normativas: a) como principio jurídico garantista y, b) como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos de los menores.”³⁰

²⁸ Tesis: 1a./J. 44/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, junio de 2014, jurisprudencia por reiteración,

http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Exposicion=Inter%25c3%25a9s%2520superior%2520del%2520menor.%2520Su%2520configuraci%25c3%25b3n%2520como%2520concepto%2520jur%25c3%25adico&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=2&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-. 16 de agosto de 2014, 05:13.

²⁹ Artículo 27.1. Convención sobre los Derechos del Niño. <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0177.pdf>. 5 de julio de 2014, 5:10.

³⁰ Tesis: 1a. CXXI/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, t. I, p.261, Tesis Aislada (Constitucional), http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Exposicion=Inter%25c3%25a9s%2520superior%2520del%2520menor.%2520sus%2520alcances%2520y%2520funciones&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2000989&Hit=1&IDs=2000989&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=16 de agosto de 2014, 05:20.

Además de lo anterior, se puede colegir que el interés superior del menor, es un principio rector de la actuación judicial, que obliga a los juzgadores a interpretar armónicamente las disposiciones que cobren aplicación, siempre en beneficio de la niñez, aún y cuando ello implique el sacrificio de otros derechos legítimos, en atención al principio de prioridad.

Sobre éste punto, Eileen Matus Calleros expresa: “...quien pretenda fundamentar una decisión en el “interés superior del menor” deberá tomar en cuenta la interpretación que se desprende del conjunto de disposiciones de la Convención que se esté aplicando.”³¹

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal dispone:

“Artículo 416 Ter. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;

III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;

IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y

V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”³²

Pero no sólo es un principio rector de la actuación judicial, sino que además orienta las políticas públicas y privadas de los Estados.

Así lo establece el artículo 4 Constitucional siguiente: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el

³¹ Matus Calleros, Eileen, *México ante la restitución internacional de menores*, Ed. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Estudios Jurídicos, Núm.231, México, 2013, p.4.

³² Artículo 416 Ter. Código Civil para el Distrito Federal. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-5e44292eef647ddd22044d83d5bb0297.pdf>. 5 de julio de 2014, 04:22.

diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.”³³

Asimismo, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”³⁴

En diverso ángulo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa: “...por interés superior del niño debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos.”³⁵

1.5.2. Derechos de los menores relacionados con su ocultamiento

En el ocultamiento de menores, resultan transgredidos un gran número de derechos humanos contemplados en la Constitución, en la Convención sobre los Derechos del Niño, y en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños, y Adolescentes, también conocida como (Ley Federal o Ley reglamentaria del artículo 4 Constitucional); entre ellos podemos citar a los siguientes:

- Derecho a vivir en familia, y a no ser separado de sus padres sin resolución judicial, salvo que sea contrario al interés superior del menor;
- Derecho a convivir y a ser criado por ambos progenitores;
- Derecho a la participación;
- Derecho a la identidad; y
- Derecho a no sufrir ningún tipo de violencia familiar como el (Síndrome de Alienación Parental).

a) Derecho a vivir en familia

El profesor Ernesto Gutiérrez y González, define a la familia como “...el conjunto de personas naturales, físicas o humanas, integradas a través de un

³³ Artículo 4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>. 5 de julio de 2014, 05:00.

³⁴ Artículo 3.1. Convención sobre los Derechos del Niño, *op.cit.*

³⁵ Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la niñez, “Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes”, 2009, *op.cit.*, p.9.

contrato de matrimonio de dos de ellas, o integradas por la apariencia o posesión de estado de casados, o por lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, que habitan en una misma casa, la cual constituye el domicilio familiar, y tengan por ley, o por acuerdo, unidad en la administración del hogar familiar.”³⁶

En otras palabras, la familia es aquella institución de orden público, que se encuentra integrada por un grupo de personas vinculadas jurídicamente por lazos de matrimonio, concubinato, o parentesco (consanguíneo, afín, o civil).

Existen cuatro tipos de familia: “nuclear, extensa, monoparental, y reconstituida.”³⁷

La nuclear está compuesta por la pareja y sus descendientes inmediatos. La extensa está integrada por la pareja, sus hijos, demás descendientes, y adicionados, por lo que es posible que tres o más generaciones vivan juntas. La monoparental está compuesta únicamente por uno de los padres (padre o madre) y sus hijos. Y la reconstituida se compone por parejas que anteriormente, ya habían formado otra estirpe.

Sea nuclear, extensa, monoparental, o reconstituida, la familia es el medio natural y el espacio primordial que incide en la personalidad y desarrollo integral de la niñez.

Así lo ha manifestado el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, al reconocer que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de los menores, es indispensable que éstos crezcan en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En el mismo sentido se pronuncia el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito:

“FAMILIA. CONSTITUYE LA FORMA ÓPTIMA DE DESARROLLO DEL MENOR (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 138 TER, QUÁTER, 138 QUINTUS Y 138 SEXTU DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). El artículo 4o. de la Constitución Federal privilegia el desarrollo de los niños y las niñas sobre la base del interés de la sociedad en su desarrollo y dignidad en un ambiente que le permita la satisfacción de sus necesidades así como a la salud física y emocional que de modo integral le

³⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 2009, pp.140-141.

³⁷ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, 2a. ed., Ed. Oxford University Press, colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 2009, p.2.

garantice su realización como ser humano. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal expidió el decreto de fecha veinticinco de mayo de dos mil, que se publicó en la Gaceta Oficial que sobre el tema de la familia, adicionó los artículos 138 Ter, 138 Quáter, 138 Quintus y 138 Sextus, que indican que aquélla se halla constituida por el conjunto de personas entre los que existan relaciones jurídicas familiares, de parentesco, matrimonio o concubinato, entendiéndose por relaciones jurídicas familiares el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de una familia, tales como la consideración, solidaridad y respeto recíprocos, como lo previenen los artículos 138 Quáter y 138 Sextus, del mismo ordenamiento. La familia representa la forma óptima para el desarrollo de los hijos, y su regulación específica corresponde al legislador ordinario sin contrariar esas bases constitucionales. Lo anterior, resulta de relevancia porque se desprende la obligación del Estado de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, atendiendo a las necesidades de los niños y de las niñas, que puede verificarse dentro del núcleo familiar como espacio preferente de su desarrollo, pero también fuera de ella. Es por ello que la organización y el desarrollo de la familia, se encuentran protegidos por el artículo 4 constitucional, y por diversos instrumentos internacionales.”³⁸

El derecho a la familia y a desarrollar una vida familiar libre de injerencias ilegítimas se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos podemos citar: el artículo 11.2 y 17.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el artículo 15 del Protocolo de San Salvador, el 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Pero ampliamente, la Convención sobre los Derechos del Niño lo reconoce en los siguientes numerales: “**Artículo 9.1.** Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de

³⁸ Tesis: I.3o.C.918 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, febrero de 2011, p. 2327, http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfd8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=FAMILIA.%2520CONSTITUYE%2520LA%2520&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=4&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-. 16 de agosto de 2014, 05:25.

maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”³⁹

En el mismo sentido, el artículo 10 de la citada Convención, establece:

“1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.”⁴⁰

Por su parte, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dispone:

“**Artículo 23.** Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de sus padres o de los familiares con los que convivan, ni causa de la pérdida de la patria potestad.

El Estado velará porque sólo sean separados de sus padres y de sus madres mediante sentencia u orden preventiva judicial que declare legalmente la separación y de conformidad con causas previamente dispuestas en las leyes, así como de procedimientos en los que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas incluidas niñas, niños y adolescentes...”⁴¹

De los preceptos invocados, se puede colegir que por ningún motivo los menores deben ser separados de sus padres o familiares, salvo que corran

³⁹ Artículo 9.1. Convención sobre los Derechos del Niño, op.cit.

⁴⁰ Artículo 10. Convención sobre los Derechos del Niño, op.cit.

⁴¹ Artículo 23. Ley para la protección de las Niñas, Niños y Adolescentes, op.cit.

peligro, o medie resolución judicial que así lo determine, con los procedimientos previamente establecidos, y en atención al interés superior del niño.

En caso de separación, el Estado tiene la obligación de atender toda solicitud de reunión familiar, así como, de implementar normas y mecanismos necesarios a fin de procurar su reencuentro con ellas.

Cuando sea imposible su reencuentro el Estado tiene la obligación de tener bajo su tutela a los menores privados de su familia, mientras encuentra una sustituta, a fin de procurarles los cuidados especiales que necesitan debido a su situación de desamparo familiar.

El alcance del derecho de los menores a una vida familiar, es realmente amplio pues confluyen un conjunto de derechos, deberes, y obligaciones a cargo de los miembros de las familias, concretamente el de asistir y proteger la persona del menor, en lo relativo a los alimentos, educación, buen ejemplo, crianza, y convivencia.

En relación a éste tema, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos señala: “El derecho a la familia se relaciona estrechamente con la efectiva vigencia de todos los derechos del niño debido al lugar que ocupa la familia en la vida del niño y su rol de protección, cuidado y crianza. En el período correspondiente a los primeros años de vida del niño, cuando la dependencia de los adultos es mayor para la realización de sus derechos, la vinculación del derecho a la familia con los derechos a la vida, el desarrollo y la integridad personal, es particularmente importante. Coherente con el rol que la familia desempeña en la vida del niño, la Convención sobre los Derechos del niño relaciona el derecho a la familia con la realización del principio del interés superior del niño establecido en el artículo 3 de la CDN.”⁴²

En el Estado recae la obligación de garantizar el cumplimiento efectivo de los deberes comunes que los padres del menor, y en su defecto los demás parientes, tienen respecto de la persona del menor.

⁴² Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho del niño y la niña a la familia, Cuidado alternativo*, “Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”, 2013, p.20, <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>. 29 de junio de 2014, 07:00.

Al respecto, el artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”⁴³

Del mismo modo, la Constitución Política establece: “Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.”⁴⁴

Para María Delgadina Valenzuela Reyes su cumplimiento se traduce con la expresión “familia estable”, concebida como: “...aquella que asegura un ambiente familiar en donde los miembros de la familia, con independencia de si en ella cohabitan ambos padres o estén separados, garanticen al menor el cumplimiento de los derechos y respecto de los cuales, aquellos están obligados a cumplir.”⁴⁵

b) Derecho de convivencias

El derecho de convivencias, persigue que los menores mantengan relaciones personales y contacto regular con sus progenitores, cuando por cualquier circunstancia se encuentren separados de alguno de ellos o de ambos, salvo que sea contrario al interés superior del niño.

Éste derecho se encuentra consagrado de forma expresa en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Generalmente el derecho de convivencias es fijado por un Juez de lo Familiar, en procesos de divorcio o separación de los padres, para efecto de no dejar desamparado a los menores en lo concerniente a la protección y cuidado de su

⁴³ Artículo 18.1. Convención sobre los Derechos del Niño, *op.cit.*

⁴⁴ Artículo 4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op.cit.*

⁴⁵ Valenzuela Reyes, María Delgadina, *op.cit.*, p.30.

persona, que como veremos, comprende los alimentos, la educación, el buen ejemplo, y la crianza.

Pero también se trata de evitar el paulatino resquebrajamiento de las relaciones familiares, que la distancia y el alejamiento pueden producir.

Es por ello que no deben disminuirse, ni coartarse, sin causa justificada, las relaciones personales entre el menor y sus progenitores, porque además de su efectivo cumplimiento, depende el desarrollo armónico e integral de la niñez.

Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal dispone:

“Artículo 416 Bis.- Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.”⁴⁶

En lo relativo a su ejercicio, el profesor Bernardo Cruz Gallardo señala que puede ser llevado a cabo: “...en presencia del menor (en un sentido estricto), o sin la presencia de éste (en un sentido amplio).”⁴⁷

El primero se ejercita mediante la visita, y la estancia; y, el segundo a través, de la comunicación.

Las visitas “son los periodos de tiempo que los menores pasan con el progenitor con el que no conviven, usualmente denominado no custodio.”⁴⁸

La estancia, “es un periodo de tiempo más largo que una mera visita en el que el menor está en compañía del progenitor no custodio. Mediante este término se hace referencia a los periodos vacacionales.”⁴⁹

Por su parte, la comunicación es el derecho del menor de tener noticias o estar en contacto con sus padres, a través de diversos medios de contacto como el

⁴⁶ Artículo 416 Ter. Código Civil para el Distrito Federal, op.cit.

⁴⁷ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. cit.*, p.295.

⁴⁸ Tapia Parreño, José Jaime, *Custodia Compartida y Protección de Menores*, Cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, S.A, España, 2009, p.151.

⁴⁹ Idem.

servicio postal, telefónico, telegráfico, fax, mensajes de texto, y actualmente el correo electrónico, el chat, el facebook, o el twitter.

c) Derecho a la identidad

Para Farith Simón, la identidad se refiere a “las diferentes manifestaciones que individualizan al ser humano, y lo convierten en un ser único y diferente a los demás”⁵⁰

Por su parte, para Carlos Fernández Sessarego: “La identidad personal es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su “mismidad”, en los que ella es en cuanto específico ser humano. La identidad es fluida, como el ser mismo. No es algo acabado ni finito, con el tiempo. Por ello, no es estática sino cambiante se enriquece y se empobrece, se modifica.”⁵¹

En este sentido, podemos decir que la identidad personal, es el conjunto de manifestaciones, atributos y características, que proyectan objetiva y socialmente la personalidad individual de cada ser humano.

Éste último autor divide a los atributos y características en “elementos estáticos, y dinámicos”⁵² que definen a lo que él llama, la -verdad personal- de cada sujeto.

Los estáticos son los signos distintivos que identifican y diferencian a una persona de los demás, como podrían ser el nombre, apellido, pseudónimo, la imagen y otras características físicas.

Los dinámicos configuran la identidad cultural e ideológica de las personas. Son la suma de pensamientos, opiniones, ideas, creencias, proyectos, habilidades, actitudes y, demás comportamientos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política, psicológica o social de cada sujeto.

⁵⁰ Farith, Simón, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Ed. Cevallos editora jurídica, Universidad San Francisco de Quito, t. II, Ecuador, 2009, p.114.

⁵¹ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Argentina, 1992, p.113.

⁵² *Ibidem*, p.114.

Estos elementos hacen que la personalidad se encuentre integrada por una multiplicidad de variados aspectos como la identidad de origen, la identidad familiar, personal, intelectual, cultural, etcétera, que permiten a las personas desarrollarse y proyectarse en su especificidad o en su mismidad.

La identidad personal de los menores se encuentra integrada por el derecho a tener un nombre, apellidos, y una nacionalidad; y la identidad familiar por el derecho a conocer su filiación u origen genético.

Así lo establece la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en el siguiente artículo:

“Artículo 22. El derecho a la identidad está compuesto por:

- A.** Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el Registro Civil.
- B.** Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.
- C.** Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban.
- D.** Pertenecer a un grupo cultural y compartir con sus integrantes costumbres, religión, idioma o lengua, sin que esto pueda ser entendido como razón para contrariar ninguno de sus derechos.”⁵³

En el mismo sentido, el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”⁵⁴

La identidad personal, y familiar constituyen uno de los pilares fundamentales en el desarrollo emocional de los menores.

Pero además trasciende en el ámbito jurídico, ya que el derecho de los menores a conocer su filiación, no sólo se constriñe en estar enterados sobre sus antecedentes familiares, sino que además de ese conocimiento deriva una relación jurídica entre éstos y sus progenitores, consistente en llevar y usar el primer apellido de sus padres consanguíneos o adoptivos, y con ello a una nacionalidad determinada, a recibir alimentos, a convivir, y a ser criado por ambos.

Así lo expresa la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siguiente criterio:

⁵³ Artículo 22. Ley para la protección de las Niñas, Niños y Adolescentes, op.cit.

⁵⁴ Artículo 7.1. Convención sobre los Derechos del Niño, op.cit.

“DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL. EL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN BIOLÓGICO DE LA PERSONA TIENE TRASCENDENCIA PSICOLÓGICA Y JURÍDICA PARA EL INDIVIDUO. La identidad personal se construye a través de múltiples factores psíquicos y sociales; así, la imagen propia de la persona se determina, en buena medida, por el conocimiento de sus orígenes biológicos, los cuales son de gran trascendencia tanto desde el punto de vista psicológico como jurídico. Por un lado, conocer las circunstancias relacionadas con el propio origen y con la identidad de los padres biológicos contribuye al adecuado desarrollo de la personalidad y, por otro, en cuanto a lo jurídico, la importancia de conocer el propio origen está ligada a las consecuencias legales que dicha información puede generar.”⁵⁵

Cabe resaltar que el derecho de identidad tiene una estrecha relación con la familia, ya que ésta representa el espacio fundamental para el desarrollo de la personalidad de todos sus integrantes, en especial de los menores.

La misma Convención sobre los Derechos del Niño, en aras de preservar la identidad de la niñez, protege las relaciones familiares en el siguiente numeral: **“Artículo 8.1.** Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”⁵⁶

d) Derecho a la participación

El derecho a la participación comprende dos aspectos: que los niños sean escuchados, y que sus opiniones sean tomadas en cuenta en los asuntos que afecten o puedan afectar su esfera jurídica.

De acuerdo con el artículo 41, de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños, y Adolescentes, el derecho de los menores a participar implica que se les tome su parecer respecto de: **“A.** Los asuntos que los afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernen; y, **B.** Que se escuchen y tomen en cuenta sus opiniones y propuestas respecto a los asuntos de su familia o comunidad.”⁵⁷

⁵⁵ Tesis: 1a. XLV/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro VI, t. I, Décima Época, marzo de 2012, p.273, Tesis Aislada (Constitucional), http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfd8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=derecho%2520a%2520la%2520identidad%2520personal.%2520el%2520conocimiento%2520del%2520origen&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2000340&Hit=1&IDs=2000340&tipoTesis=&Semanario=0&tabla= 16 de agosto de 2014, 05:30.

⁵⁶ Artículo 8.1. Convención sobre los Derechos del Niño, op.cit.

⁵⁷ Artículo 41. Ley para la protección de las Niñas, Niños y Adolescentes, op.cit.

Al respecto, Marta N. Stilerman apunta que la evaluación de la opinión del menor deberá, necesariamente, tomar en consideración diversas circunstancias, con el propósito de establecer el grado de atendibilidad de la misma.⁵⁸ Entre ellas destaca: la edad del menor, la autenticidad de su opinión, y la interrelación entre el deseo y el interés del menor.

La edad es un elemento indispensable que permite determinar el grado de objetividad y discernimiento de una opinión.

Se considera que alrededor de los doce y quince años, un niño normal completa su desarrollo intelectual y, por ende su opinión podrá ser tomada en cuenta.

La autenticidad de la opinión descarta toda posible alienación parental o influencia por parte de uno de los progenitores, o algún otro pariente.

La interrelación entre el deseo y el interés del menor, es una labor propiamente del juzgador para suplir la inmadurez de los menores que les lleva a preferir cosas que muchas veces resultan contrarias a sus propios intereses.

Sobre este punto, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”⁵⁹

Sin embargo, no debe soslayarse que la opinión del menor aunque deba tomarse en cuenta, no tiene fuerza vinculante sobre una decisión judicial, porque el juzgador es el que debe analizar y valorar las circunstancias particulares de cada caso en concreto, y determinar lo que considere mejor para el goce efectivo de los derechos de los niños.

⁵⁸ Stilerman, Marta N, *Menores. Tenencia. Régimen de visitas*, 2a. ed., Ed. Universidad S.R.L, Argentina, 1992, p.72.

⁵⁹ Artículo 12. Convención sobre los Derechos del Niño, op.cit.

e) Derecho a no sufrir ningún tipo de violencia familiar como el Síndrome de Alienación Parental

La violencia familiar puede definirse como aquel acto u omisión intencional, dirigido a causar un daño físico, verbal, emocional, o sexual, a cualquier miembro de la familia que se encuentre unida a otra por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, civil, colateral o afín.

El artículo 3, fracción III de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal, define a la violencia familiar como: “Aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente, o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan parentesco o lo hayan tenido por afinidad, civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño.”⁶⁰

El artículo 323 Quáter, del Código Civil para el Distrito Federal hace referencia a los cuatro tipos de violencia familiar:

I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;

II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona;

III. Violencia económica: a los actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así como, el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de la persona que de conformidad con lo dispuesto en éste Código tiene obligación de cubrirlas, y

IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que

⁶⁰ Artículo 3. Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-c8b8187de4fe356cb45eb331e7fdaaf8.pdf>, 13 de julio de 2014, 13:00.

generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño.”⁶¹

El síndrome de alienación parental es un tipo de violencia psicoemocional que puede alterar la personalidad y el desarrollo integral de los menores alienados.

Así lo ha manifestado la Comisión Nacional de los Derechos Humanos al expresar: “...la alienación parental, además de constatarse como violencia en contra de los menores, también es un incumplimiento a la obligación impuesta por la Constitución, ya que a través de ella son los propios padres, o quienes tengan la custodia del menor, quienes obstaculizan su libre desarrollo.”⁶²

Al hablar de incumplimiento, hace referencia a los derechos fundamentales de los niños consagrados en la Constitución, o en los diversos tratados ratificados por el Estado Mexicano, los cuales son mermados por los mismos padres alienantes, al ejercer éste tipo de violencia sobre el menor alienado.

El síndrome de alienación parental, fue propuesto en el año de 1985 por el psiquiatra Richard Gardner como un trastorno psicológico que presenta un/a menor, cuando de forma permanente insulta, ofende, rechaza, teme u odia sin justificación a uno de sus progenitores a quien se le denomina alienado/a, por acciones de manipulación, adiestramiento o, lavado de cerebro que generalmente realiza el/la otro/a progenitor/a alienante, con el objeto de impedir, obstaculizar o, destruir las relaciones familiares.

Por lo general, éste síndrome se presenta en los casos de divorcio o, separación de las parejas, pero también es posible identificarlo en personas que aún no han iniciado ese proceso.

Las acciones de manipulación suelen atribuirse a la progenitora, sin embargo, el alienante también pueden ser el padre, los abuelos(as), los tíos(as), otros parientes e incluso, los propios hermanos(as) del menor alienado.

Del mismo modo, el progenitor alienado no siempre es la víctima, también pueden serlo los parientes, o allegados del menor.

⁶¹ Artículo 323 Quáter. Código Civil para el Distrito Federal, op.cit.

⁶² González Martín, Nuria. et al, *Alienación Parental*, Ed. D.R. © Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011, p.29, http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/Var_57.pdf. 29 de junio de 2014, 13:00.

La alienación produce una serie de síntomas en sus víctimas, como: estrés postraumático, trastorno de ansiedad o depresión crónica, alteraciones emocionales, cambios en su percepción de las cosas, celos por los cambios de vida, manías persecutorias, paranoias, sentimientos de traición, lealtades divididas, regresiones o comportamientos inadecuados para su edad (enuresis, onicofagia), cambios de identidad e imagen, despersonalización, desesperación, sentimientos de culpa, aislamiento, comportamiento hostil, falta de organización, problemas para relacionarse en ambientes psicológicos y sociales, que varían según sea la edad, madurez y, sexo de la víctima.

Por ello, es necesario que el Estado implemente medidas para erradicar éste Síndrome, que trasciende en la vida presente y futura de la niñez.

En México encontramos que actualmente sólo algunas legislaciones prohíben de forma expresa o tácita, la alienación parental.

De forma expresa, el Código Civil para el Estado libre y soberano de Aguascalientes dispone: **“Artículo 434.** En la relación entre ascendentes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición. Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente, en consecuencia, **cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de alienación parental.** Se entiende por alienación parental la manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su menor hijo, mediante la desaprobación o crítica tendiente a obtener la denigración exagerada y/o injustificada del otro progenitor para producir en el menor, rechazo, rencor, odio o desprecio hacia este.”⁶³

En el mismo sentido, el Código Familiar del Estado libre y soberano de Morelos establece: **“Artículo 224.** Quien ejerza la patria potestad debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, **cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de manipulación y alienación parental** encaminada a

⁶³ Artículo 434. Código Civil para el Estado libre y soberano de Aguascalientes. http://www.aguascalientes.gob.mx/gobierno/leyes/leyes_PDF/04102013_134757.pdf. 13 de julio de 2014, 13:10.

producir en la niña o del niño [sic], rencor o rechazo hacia el otro progenitor, so *pena* de suspenderse en su ejercicio.”⁶⁴

Tácitamente, el Código Civil para el Estado libre y soberano de Puebla dispone: “**Artículo 608.** [...] cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto encaminado a producir en los menores, rencor o rechazo hacia el otro progenitor”.⁶⁵

Los Estados de Coahuila, Guerrero, Tabasco, Yucatán y Zacatecas, son omisos al respecto; y las entidades restantes, sólo prohíben todo tipo de interferencia injustificada en las relaciones familiares.

Cabe resaltar que la misma Comisión, señala que el traslado y la retención ilícita de menores o incapaces, dan lugar a la alienación parental, por disminuirles su derecho a vivir y convivir con su familia.

Pero al mismo tiempo refiere que al contemplarse como un delito en la mayoría de los ordenamientos penales, hecha excepción del Estado de Guanajuato, constituye un mecanismo adecuado para erradicar éste tipo de maltrato.

Finalmente, es preciso señalar que el Síndrome de Alienación Parental no posee entidad científica médica, psiquiátrica o psicológica, al no estar reconocida por las dos instituciones más reconocidas en el mundo en términos de salud y trastornos mentales esto es, por la Organización Mundial de la Salud a través de su lista de trastornos patológicos CIE-10, ni por la Asociación Americana de Psicología en su publicación DSM-IV.

Pero en el ámbito jurídico, sirve como indicador de abuso sexual, y maltrato infantil.

1.6. La patria potestad

Para el maestro Ernesto Gutiérrez y González, la patria potestad es: “...un conjunto de deberes que la ley impone, en primer lugar, al padre o a la madre, respecto de sus descendientes en primer grado, incapaces por cualquier causa,

⁶⁴ Artículo 224. Código Familiar del Estado libre y soberano de Morelos. http://instituto.congresomorelos.gob.mx/nuestras_leyes/pdf/codigos/Codigo_FAMILIAREM.pdf. 13 de julio de 2014, 13:20.

⁶⁵ Artículo 608. Código Civil para el Estado libre y soberano de Puebla. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/22/885/612.htm?s=->. 13 de julio de 2014, 13:30.

para su educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimonial pecuniarios.”⁶⁶

Por su parte, para Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, la patria potestad, es: “un conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y representen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en tal periodo.”⁶⁷

La patria potestad es una institución de orden público y de carácter irrenunciable, que confiere derechos, deberes, y obligaciones, a los padres, o a los abuelos (consanguíneos o civiles), para la representación y protección de su menor hijo/a o nieto/a, tanto en el orden personal, como patrimonial.

Tienen el derecho y deber de ejercer la patria potestad:

- Conjuntamente, los padres consanguíneos o adoptivos,
- Si fallece cualquiera de los ellos, continuará su ejercicio el cónyuge o concubino supérstite,
- En caso de separación, la patria potestad la ejercerán ambos, pero la custodia del menor, la tendrá cualquiera de los padres (consanguíneos o civiles) y,
- Si fallecen ambos, o se vuelven incapaces, ejercerán la patria potestad los ascendientes en segundo grado (abuelos).

1.6.1. Efectos de la patria potestad respecto de la persona del menor

La protección de la persona de menor comprende lo relativo a: los alimentos, la educación, el buen ejemplo, la convivencia, y la crianza.

a) Alimentos

En términos del artículo 308 del Código Civil Federal los alimentos comprenden: “la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además, los gastos

⁶⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *op.cit.*, p.432.

⁶⁷ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. cit.*, p.264.

necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.”⁶⁸

b) Educación

La educación puede ser básica, media, y profesional. Las dos primeras son obligatorias, y comprende el nivel preescolar, la primaria, la secundaria, y el bachillerato. La segunda será de acuerdo a las posibilidades económicas de los progenitores, y comprende un oficio, arte o profesión.

c) Buen ejemplo

El legislador no deja claro que debe entenderse por buen ejemplo.

En palabras de Farith Simón: “Incluye las obligaciones de los progenitores de inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social democrática, tolerante, solidaria y participativa.”⁶⁹

d) Crianza

El mismo autor señala que la crianza es: “...la obligación directa que tienen los progenitores de asegurar lo necesario para satisfacer los requerimientos materiales y psicológicos de sus hijos de forma que se pueda lograr su desarrollo integral. Para poder cumplir con esta obligación los progenitores deben tener bajo su cuidado físico a los hijos e hijas. A esto se refieren estas dos dimensiones para poder criar a los hijos hay que tenerlos bajo cuidado, a esta función se la denomina en el derecho comparado como guarda.”⁷⁰

La crianza, es el cuidado del menor, que se traduce en la corresponsabilidad patrimonial (alimentos) y no patrimonial (buen ejemplo, demostraciones afectivas, convivencia) de los padres frente a sus hijos.

⁶⁸ Artículo 308. Código Civil Federal. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf. 13 de julio de 2014, 14:00.

⁶⁹ FARITH, Simón, *op.cit.*, p.496.

⁷⁰ *Ibidem*, p.494.

Dicha corresponsabilidad subsiste independientemente de que los progenitores vivan juntos o separados, o aún en el supuesto de que alguno haya perdido por resolución judicial la patria potestad.

e) Corrección

De conformidad con el artículo 423 del Código Civil, la facultad de corrección de los padres, no implica inferir en los menores malos tratos, ni ningún tipo de violencia que atente contra su integridad física o psíquica.

1.6.2. Efectos de la patria potestad respecto del patrimonio del menor

Los bienes del menor pueden ser de dos clases, los que obtenga por su trabajo y, los que adquiera por cualquier otro título, ya sea por herencia, legado o donación.

En la primera hipótesis, la propiedad, la administración, y el usufructo le corresponden al menor, a quien se le considerará emancipado, con la restricción de enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces.

En la segunda, la propiedad, y la mitad del usufructo le pertenecen al menor, pero la administración y la otra mitad del usufructo le corresponden al ascendiente que ejerza la patria potestad.

1.6.3. La representación jurídica del menor

La representación jurídica, entraña la posibilidad de que una persona realice actos jurídicos por otra, ocupando su lugar o actuando por ella, de forma judicial o extrajudicial.

Para el Doctor Cipriano Gómez Lara, la representación puede ser “legal o forzosa, y convencional.”⁷¹

La representación legal o forzosa es de carácter imperativo e irrevocable, y se da en razón de la falta de capacidad de los menores o incapaces para ejercer derechos y contraer obligaciones.

⁷¹ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., 9a. r., Ed. Oxford University Press, colección textos jurídicos universitarios, México, 2009, p.223.

En la práctica éste tipo de representación, se manifiesta en:

- El domicilio legal del menor (queserá el mismo de quién o quienes ejerzan sobre él, la patria potestad);
- En la celebración de actos jurídicos(para su validez);
- En la comparecencia ante autoridad judicial (para que no sea declarada nula su actuación), y
- En la representación en juicio (para transigir y convenir).

En tanto que la representación convencional o voluntaria, es de carácter personal y revocable, ya que se encuentra supeditada a la aceptación del representante y del representado. Puede otorgarse mediante un contrato de mandato judicial elevado a escritura publica, o ratificado ante un Juez jurisdiccional; o a través de un poder general o especial, de administración, dominio, o para pleitos y cobranzas.

1.6.4. Suspensión, limitación, pérdida, terminación, y excusa de la patria potestad

La **suspensión** es la privación temporal del ejercicio de la patria potestad. Subsiste en tanto persista la causa que la generó.

En términos del artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad se suspende:

- “I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor;
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.
- V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.
- VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente; salvo lo dispuesto por la fracción IX del artículo 444 del presente Código; y

VII. En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo de acuerdo a lo dispuesto en el presente Código y del artículo del 902 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”⁷²

Por otro lado, la **limitación** es la abstención que el legislador “...impone al titular de un derecho, a efecto de que no lo ejercite contra el interés de otros particulares o bien contra el interés general.”⁷³

El mismo ordenamiento legal, en su artículo 444 Bis, señala que son causas de limitación del ejercicio de la patria potestad, el divorcio o la separación de los cónyuges o concubinos.

La **terminación** es la conclusión natural, o civil del ejercicio de la patria potestad, que crea una nueva situación jurídica, y extingue los efectos jurídicos derivados de la filiación.

El Código de mérito, en su artículo 443, señala que la patria potestad se acaba:

- “I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayor edad del hijo;
- IV. Con la adopción del hijo; y
- V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles.”⁷⁴

Las primeras tres fracciones operan *ipso iure*, esto es, de pleno derecho, y sin necesidad de declaración judicial.

La **pérdida** es una sanción judicial, que produce la cesación del ejercicio de la patria potestad, sin menoscabo de las obligaciones que los ascendientes o titulares tengan respecto de la persona del menor.

De acuerdo con el artículo 444 del mismo cuerpo legal, la patria potestad se extingue:

- “I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho,
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de éste Código,

⁷² Artículo 447. Código Civil para el Distrito Federal, op.cit.

⁷³ Gutiérrez y González, Ernesto, *op.cit.*, p.441.

⁷⁴ Artículo 443. Código Civil para el Distrito Federal, op.cit.

- III. En los casos de violencia familiar en contra el menor;
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada...
- V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada,
- VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada,
- VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves,
- VIII. Por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes, y
- IX. Cuando el menor haya sido sustraído o retenido ilícitamente, por quien ejerza ésta.”⁷⁵

Por último, puede decirse que la **excusa** es un motivo o pretexto que se invoca para eludir, o dispensar el ejercicio de la patria potestad.

Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal establece:

“**Artículo 448.** La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.”⁷⁶

1.7. La adopción

El profesor Ernesto Gutiérrez y González, define a la adopción como: “...un contrato solemne, que homologa el Estado, por el cual una mujer o un hombre, o ambos, a los cuales se les llama adoptantes, reciben como si fuera su descendiente consanguíneo, en su familia, o para integrar una familia, a una persona que no lo es, y a la cual se le designa como adoptada.”⁷⁷

La adopción, tiene por efecto equiparar el parentesco civil, al consanguíneo, en consecuencia regirán los mismos efectos previstos en la patria potestad.

En la actualidad, existen tres tipos de adopción: plena, internacional, y extranjera.

⁷⁵ Artículo 444. Código Civil para el Distrito Federal, op.cit.

⁷⁶ Artículo 448. Código Civil para el Distrito Federal, op.cit.

⁷⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, *op.cit.*, p.537.

La adopción plena va más allá que la adopción simple derogada el 25 de mayo del año 2000, ya que no sólo crea un vínculo jurídico, llamado filiación civil, entre adoptante y adoptado, sino que además:

- a. El adoptado adquiere, respecto de los adoptantes y la familia de estos, los mismos derechos y obligaciones de un hijo.
- b. El adoptado se equipara al hijo consanguíneo, incluyendo los impedimentos para contraer matrimonio.
- c. Se extingue el vínculo de filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores, salvo los impedimentos para contraer matrimonio.
- d. En caso de que una persona adopte al hijo de su consorte (adopción integrante), los derechos u obligaciones derivados de la filiación consanguínea, no se extinguirán.
- e. El adoptado tendrá los apellidos de sus adoptantes, salvo que por circunstancias específicas y a juicio del Juez se estime inconveniente.
- f. Será irrevocable.
- g. El acta que levante el Juez del Registro Civil, será de nacimiento, ya que la consecuencia de la adopción es la de equiparar al adoptado a la situación jurídica y social del hijo consanguíneo.

En la adopción internacional, los solicitantes tienen su domicilio real fuera del territorio nacional, y regirán los tratados ratificados por el Estado Mexicano, así como las normas previstas por el Código Civil Federal.

Y en la adopción por extranjeros, los promoventes tienen su residencia habitual dentro del territorio nacional, y serán aplicables las mismas disposiciones que regulan el procedimiento de adopción nacional, dando preferencia en la adopción a mexicanos sobre los extranjeros.

1.8. Guarda y custodia

Para Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, la guarda: “...presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor. En

pocas palabras, debe vivir con él. Su domicilio legal debe ser el mismo de quien ejerce la patria potestad.”⁷⁸

A su vez, la custodia: “...implica el ejercicio de las facultades y derechos para el cuidado, la guarda, la vigilancia, la protección y la crianza del menor como parte de los fines de la patria potestad.”⁷⁹

Por su parte, Farith Simón apunta que: “La tenencia es equivalente a la guarda y custodia de otras legislaciones, ya que se refiere al cuidado físico del hijo o hija y a los derechos-deberes que se derivan de la ruptura de las relaciones de pareja o del matrimonio.”⁸⁰

La guarda y custodia delimita la situación jurídica de los menores, cuando sus padres se encuentran en proceso de divorcio o separación. Comprende lo relativo al cuidado diario de la persona del menor y, en particular el de decidir su lugar de residencia.

Para la profesora Teresa San Segundo Manuel, existen tres tipos de guarda y custodia: “exclusiva, partida, y compartida o alternativa.”⁸¹

La guarda exclusiva es aquella en la que la custodia se atribuye a uno sólo de los progenitores, o a un tercero (los abuelos u otros familiares) o, a una institución de beneficencia pública o privada cuando hubiese incapacidad o imposibilidad de los padres.

La guarda partida se da en los casos en que se distribuyen los hijos entre ambos progenitores asignando la guarda de unos hijos a uno y la de otros a otro. Este sistema rara vez se utiliza, ya que el Código Civil, sigue el principio de que no se debe separar a los hermanos. Sólo se adoptará de forma excepcional cuando las circunstancias así lo aconsejen.

Y la guarda y custodia compartida, se reparte entre ambos progenitores durante los periodos de tiempo que se hayan estipulado y que suelen tener una duración similar.

Éste tipo de custodia se da por excepción cuando las partes están de acuerdo con ella y no resulta dañino al interés, estabilidad y seguridad de los menores.

⁷⁸ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. cit.*, p.272.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ Farith, Simón, *op. cit.*, p.531.

⁸¹ Tapia Parreño, José Jaime, *op.cit.*, p.138.

Dentro de las circunstancias que ha de tomar en cuenta el Juez de lo Familiar para conceder la custodia alternativa se presenta: la edad y las características del niño; el grado de entendimiento y colaboración de ambos progenitores; así como, el domicilio real de éstos, ya que entre más próximos se encuentren, el menor no cambia de entorno, de amigos o, de colegio.

CAPÍTULO 2

TEORÍA DEL DELITO

2.1. Noción de delito

En el ámbito del derecho positivo, la doctrina define al delito en base a dos aspectos: jurídico formal, y jurídico sustancial.

El primero enuncia que todo ilícito penal merece una sanción.

En este sentido, el Código Penal Federal, en su artículo 7, establece lo siguiente: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”⁸²

Propiamente la sanción, es una consecuencia jurídica del delito, que no siempre se presenta por las llamadas excusas absolutorias.

Al respecto, el Doctor Fernando Castellanos Tena, expresa: “Desde el punto de vista puramente formal y de acuerdo con nuestro sistema positivo, generalmente una conducta es delictuosa cuando está sancionada por las leyes penales; pero ya hemos dicho cómo la definición del delito proporcionada por nuestro Código, no escapa a la crítica y por otra parte el propio ordenamiento establece delitos no punibles, tratándose de las llamadas excusas absolutorias, en las cuales la calificación delictuosa permanece y la pena no se aplica.”⁸³

Luego entonces, definir al delito de éste modo, restringiría su verdadera esencia y contenido.

Ahora, en cuanto al aspecto jurídico sustancial, el delito es definido de acuerdo a los elementos esenciales que lo integran.

Así, para los profesores Irma Griselda Amuchategui Requena, e Ignacio Villasana Díaz, el delito es aquella “conducta típica, antijurídica y culpable, cuya consecuencia generalmente es la pena.”⁸⁴

Esta definición, a nuestro parecer es de las más completas puesto que abarca a los elementos esenciales del delito, esto es, a la conducta o hecho, a la tipicidad, a

⁸² Artículo 7. Código Penal Federal. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>. 14 de julio de 2014, 13:00.

⁸³ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General*, 51a. ed., Ed. Porrúa, México, 2012, p.117.

⁸⁴ Amuchategui Requena, Irma Griselda y Villasana Díaz, Ignacio, *Diccionario de Derecho Penal, op.cit.*, p.45.

la antijuridicidad, y a la culpabilidad, en el entendido de que éste último elemento no se da sin que necesariamente le anteceda la imputabilidad.

En este contexto, compartimos que el delito es aquella conducta típica, antijurídica, y culpable.

2.1.1. Clasificación de los delitos

En adelante, seguiremos la clasificación de los delitos, que desarrolla el Doctor Eduardo López Betancourt.

“a) Por su gravedad. Existen dos sistemas que clasifican a los delitos.

La bipartita los divide en: delitos y faltas; y la tripartita en: crímenes, delitos y faltas o contravenciones.

Las faltas son las infracciones administrativas a los reglamentos de policía.

Los crímenes son aquellos que lesionan bienes jurídicos de mayor valía, tales como la vida o, la libertad; y, los delitos son aquellos que violan derechos nacidos del contrato social, como la propiedad.

En México no existe distinción entre crímenes y delitos, se usan indistintamente.

b) Según la conducta del agente. Por la conducta del agente o por la manifestación de la voluntad, los delitos pueden ser: de acción y de omisión.

La acción se presenta mediante uno o más movimientos corporales, encaminados a la producción de un resultado típico. En ellos se viola una ley prohibitiva.

Y la omisión consiste en la abstención, inactividad o no hacer del sujeto activo. En éstos se viola una ley dispositiva o de mandato.

Se dividen en delitos de omisión simple y, de comisión por omisión; mismos que tratare en el primer elemento esencial del delito.

c) Por el resultado. Se clasifican en: delitos formales, y materiales.

Los delitos formales, de simple actividad, de acción, o de resultado inmaterial, son aquellos que se consuman con la conducta (acción u omisión) del sujeto activo, sin que sea necesaria la mutación exterior del objeto material o jurídico.

Se sanciona la conducta en sí misma. Producen un sólo resultado, típico o jurídico.

Por su parte, los delitos materiales o de resultado, producen la mutación, destrucción, alteración o cambio en el mundo exterior del bien jurídico protegido. Haciendo la precisión de que no hay delito sin resultado jurídico, los delitos materiales causan doble resultado, jurídico, y material.

d) Por el daño que causan. Se dividen en delitos de daño, y de peligro.

Los delitos de daño o lesión, producen la destrucción, disminución, o molestia del bien jurídico tutelado.

Requieren de un resultado material para cuantificarse.

Por otro lado, los delitos de peligro no causan una lesión efectiva, ni directa en un bien jurídico, pero lo ponen en riesgo.

Se subdividen en: "...delitos de peligro en concreto y de peligro en abstracto, considerándose a los primeros como una situación real de peligro, porque así lo requiere la misma ley; en los de peligro en abstracto, no es preciso que la conducta produzca un peligro efectivo."⁸⁵

e) En cuanto a su duración. Se dividen en delitos: instantáneos; instantáneos con efectos permanentes; continuados; permanentes; necesariamente permanentes; y eventualmente permanentes.

Los delitos instantáneos son aquellos que se consuman en el mismo momento, en que se ejecuta la conducta o hecho típico.

Se caracterizan porque la conducta esperada y exigida, y la consumación tienen un término breve.

Los delitos instantáneos con efectos permanentes se presentan cuando se consuma instantáneamente un delito, pero perduran sus consecuencias nocivas.

Los delitos continuados, se presentan cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas (cometidas en tiempos diversos), y unidad de sujeto pasivo, se lesiona un mismo objeto jurídico.

Los delitos permanentes o continuos, se presentan cuando el estado de antijuridicidad de una conducta o hecho típico, se prolongan por un tiempo indeterminado.

⁸⁵ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, Ed. Porrúa, México, 2010, p.119.

Para el Doctor Celestino Porte Petit Caudaudap, la consumación comprende tres fases o momentos: “a) Momento inicial (comprensión del bien jurídico protegido por la ley), b) Período intermedio (entre la comprensión del bien hasta antes de la cesación del estado antijurídico), y c) Momento final (cesación del estado antijurídico).”⁸⁶

Mismos que pueden cesar por: “a) El sujeto activo, b) El sujeto pasivo (ofendido), c) Terceros, y d) Fuerzas de la naturaleza, incluyendo a los animales.”⁸⁷

Por otro lado, los delitos necesariamente permanentes, exigen para su integración, la durabilidad de la consumación.

Por último, los delitos eventualmente permanentes no exigen permanencia en la consumación, pero ésta puede darse en forma eventual sin que sea obstáculo para su configuración.

f) Por el elemento interno. Se dividen en delitos: dolosos, culposos, y preterintencionales.

Los primeros se presentan cuando la voluntad consciente, se dirige a la producción de un resultado típico, y antijurídico.

Los segundos producen un resultado típico e involuntario, por obrar o abstenerse, negligente, imprudente o imperitamente.

Y los delitos preterintencionales surgen cuando el resultado sobrepasa la intención del agente.

g) Por su estructura. Se clasifican en delitos: simples, y complejos.

Los delitos simples son aquellos en los cuales se viola un sólo objeto jurídico.

Por su parte, los delitos complejos, prevén la violación de dos o más bienes jurídicos tutelados, mediante la realización de dos o más delitos autónomos y simultáneos, que fusionados, no dan lugar a un concurso de delitos; sino a un ilícito distinto y, de mayor gravedad.

h) Por el número de actos. Pueden ser delitos unisubsistentes, o plurisubsistentes.

⁸⁶ Porte Petit Caudaudap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 21a. ed., 1a. r., Ed. Porrúa, t. I, México, 2012, p.304.

⁸⁷ Idem.

Los primeros se consuman cuando la conducta se agota en una sola acción u omisión; y los segundos se integran por la concurrencia de varias acciones u omisiones, que por sí solas no constituyen un delito autónomo.

i) En cuanto a la participación de los sujetos. Se clasifican en: unisubjetivos, y plurisubjetivos.

Los unisubjetivos exigen para su integración, la intervención de un sólo individuo.

Por su parte, los plurisubjetivos exigen la concurrencia de dos o más sujetos.

j) Por su forma de persecución. Pueden ser: de oficio, o de querrela necesaria.

En los delitos de oficio, cualquier persona puede realizar la denuncia, siempre que tenga conocimiento de un delito.

Estamos en presencia de un delito de oficio, cuando el tipo penal no lo señala.

Y los delitos de querrela necesaria, se persiguen sólo a petición o a instancia de la parte legitimada, ya sea, el sujeto pasivo, el representante de los menores e incapaces, o el apoderado general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial para formular querellas.

Se presenta un delito de querrela, cuando el propio precepto legal lo indica.

k) En función de su materia. Se dividen en: comunes, federales, oficiales, militares, y políticos.

Los comunes son aquellos delitos creados por las legislaturas de los treinta y un Estados, y por la Asamblea legislativa del Distrito Federal. Únicamente en ellos tendrán validez.

Los federales son los delitos que tienen validez en toda la República Mexicana, y emanan del Congreso de la Unión.

Los oficiales, son los que comete un empleado o funcionario público en “ejercicio de sus funciones”.

Los delitos militares, afectan sólo a miembros del ejército nacional; y los políticos, son aquellos que perturban la seguridad del Estado, el funcionamiento de sus órganos, o los derechos políticos reconocidos por la Constitución.”⁸⁸

⁸⁸ Cfr., López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, op.cit., pp.81-86.

2.1.2. Elementos positivos y negativos del delito

Los elementos del delito constituyen la condición indispensable para la existencia de los tipos penales.

Doctrinariamente se dividen en esenciales y accidentales.

Los esenciales comprenden a los elementos positivos y negativos del delito. En realidad no existe un criterio uniforme respecto del número de estos elementos.

Consideramos que de forma completa, la profesora Amuchategui Requena⁸⁹, los aborda en el siguiente cuadro:

Elementos y aspectos negativos del delito	
Aspectos positivos	Aspectos negativos
Conducta	Ausencia de conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de justificación o licitud
Culpabilidad	Inculpabilidad
Imputabilidad	Inimputabilidad
Punibilidad	Excusas Absolutorias
Condición objetiva	Ausencia de condiciones objetivas

Como se verá más adelante, los primeros cinco elementos positivos, son los más importantes, ya que de su existencia depende la integración de los delitos.

En lo que respecta a los elementos negativos, estos tienen la virtud de exculpar, anular o dejar sin existencia a los elementos positivos, y por tanto, al delito.

Por otro lado, los elementos accidentales o circunstancias del delito, se dividen en generales y específicos.

Los primeros pertenecen a la parte general del Código Penal y funciona respecto a todos los delitos que admitan agravar o atenuar la pena, de ahí la clasificación de los tipos “complementados, subordinados o circunstanciados, cualificados o privilegiados”.

⁸⁹ Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho Penal, op.cit.*, p.49.

Y en los segundos las circunstancias agravantes o atenuantes de la sanción, ya las contiene el tipo penal de la parte especial del Código Penal, o bien, se agregan al mismo, dando lugar a los tipos “especiales cualificados o privilegiados”.

Es importante referir que las circunstancias del delito, son aquellos elementos de hecho, de carácter objetivo o subjetivo, que recaen sobre la gravedad de la sanción, agravándola o atenuándola, que pueden o no existir sin que por ello falte el delito, no así cuando un hecho determinado considerado normalmente circunstancia, se toma como elemento constitutivo de cierto delito, que originan un tipo general o especial.

2.2. Conducta

La conducta es el primero de los elementos que el delito requiere para existir.

Para el Doctor Francisco H. Pavón Vasconcelos, la conducta “consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria.”⁹⁰

La conducta es entonces, aquel comportamiento humano positivo, o negativo, voluntario o involuntario, dirigido a un fin.

Puede decirse que éste término, es el más adecuado para abarcar a la acción y a la omisión, y no las expresiones hecho, acto, o acción, que suelen ser usadas erróneamente para abarcar a la actividad, y a la inactividad.

Si usamos indistintamente los vocablos conducta y hecho, podemos llegar a confundir a los delitos materiales, respecto de los formales o de resultado inmaterial. Por su parte, las acepciones acto y acción, son exclusivas para aquellos comportamientos positivos, de actividad, o de simple hacer, excluyendo por ende, a los de no hacer o de mera inactividad.

a) Acción

La acción es uno de los elementos de la conducta, en su expresión positiva.

⁹⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco H., *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 10a. ed., Ed. Porrúa, México, 1991.

El Doctor Celestino Porte Petit, la define como “la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un tipo de prohibición.”⁹¹

De éste concepto, se puede colegir que la acción, se encuentra investida de los siguientes elementos subjetivos:

1. La voluntad,
2. La actividad, y
3. El deber jurídico de abstenerse.

El primer elemento “debe referirse a la voluntariedad inicial: querer la actividad. Por tanto, se requiere un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad.”⁹²

Éste nexo hace dependiente a la voluntad de la actividad, y viceversa.

Resulta comprensible si decimos que las intenciones por sí solas, no son punibles para el derecho penal.

Del mismo modo, la actividad, sin la voluntad, podría dar lugar a una causa de exculpación de la conducta o hecho típico, por faltar el elemento volitivo del dolo, o la culpa.

El deber jurídico de abstenerse hace referencia al no obrar esperado y exigido por la ley, para que el resultado típico o jurídico no se produzca.

En consecuencia, en los delitos de acción, siempre se viola una norma prohibitiva penal.

Ahora, en cuanto al resultado típico, cabe señalar que es propiamente la consecuencia inmediata de la acción.

Se traduce en la mutación del orden jurídico penal (típico) o de otra rama del derecho (extratípico), sin trastocar el campo de estudio del hecho, esto es, sin producir un cambio en el mundo exterior.

b) Omisión

La omisión, también es un elemento de la conducta, en su expresión negativa.

Puede ser simple o impropia.

⁹¹ Porte Petit Caudaudap, Celestino, *op.cit.*, p.235

⁹² *Ibidem*, p.237.

Para el Doctor Celestino Porte Petit, la omisión simple “consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición.”⁹³

La omisión simple también conocida como omisión propia, es aquella inactividad voluntaria o involuntaria, que produce un resultado típico y no material, por no hacer lo que consigna una norma preceptiva penal.

Para su mejor comprensión, puede decirse que los elementos de la omisión simple, son los siguientes:

1. La voluntad o no voluntad (culpa),
2. La inactividad,
3. El deber jurídico de obrar, y
4. Un resultado típico.

Al igual que la acción, pero en su aspecto negativo, existe un nexo psicológico entre la voluntad, y la inactividad.

La voluntad, está encaminada a querer la inactividad.

La inactividad por su parte, estriba en la abstención voluntaria o involuntaria de no hacer, la acción esperada y exigida por el derecho.

El deber jurídico de obrar, entonces deriva de una norma dispositiva, o preceptiva penal.

Por lo que hace al resultado típico, ya hemos dicho que sólo trasciende en el ámbito jurídico, y no en el material, puesto que no produce un cambio en el mundo exterior. En consecuencia, los delitos de omisión simple, son delitos de mera conducta, o de simple inactividad.

Ahora, en cuanto a la omisión impropia, o comisión por omisión, el Doctor Fernando Castellanos Tena, expresa: “En la comisión por omisión, la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no obrar teniendo obligación de hacerlo, pero violándose no sólo la norma preceptiva sino, también, una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material.”⁹⁴

⁹³ Ibidem, p.239.

⁹⁴ Castellanos Tena, Fernando, *op.cit.*, p.148.

En éste contexto, podríamos decir que la omisión impropia, es aquella inacción voluntaria o involuntaria, que produce un resultado, tanto típico, como material, en principio por no hacer lo que debe hacerse (violando una norma preceptiva), y por hacer lo que no debe hacerse (violando una norma prohibitiva penal).

Los elementos que se pueden desprender de éste tipo de omisión, son los siguientes:

1. La voluntad o no voluntad (culpa),
2. La inactividad,
3. El deber jurídico de obrar,
4. El deber jurídico de abstenerse, y
5. Dos resultados, típico, y material.

En relación a la voluntad y la inactividad, nos estaremos a lo expuesto en la omisión simple.

Respecto del doble deber jurídico, de obrar y abstenerse, el Código Penal para el Distrito Federal, establece lo siguiente:

“Artículo 16. En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.”⁹⁵

Por su parte, el artículo 7, segundo párrafo, del Código Penal Federal, dispone: “En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.”⁹⁶

⁹⁵ Artículo 16. Código Penal para el Distrito Federal. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-994197bf103f72d714726e94ce527125.pdf>. 14 de julio de 2014, 15:00.

⁹⁶ Artículo 7. Código Penal Federal, op.cit.

Ambos artículos, hacen referencia a la posición de garante en la que se encuentra el agente, esto es, al deber que tiene de impedir la producción de un hecho punible.

Como se advierte, éste deber, puede emanar de una ley, de un contrato, o del actuar precedente.

En la primera el deber deriva de una norma prohibitiva, y de una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho público o privado.

En la segunda el deber surge de una anterior aceptación de obrar, en virtud de un negocio jurídico.

Por último, en la tercera, el deber de hacer precedente, nace de una (situación de peligro), en la que el mismo agente se coloca, por su propio actuar. Ésta situación puede producir un resultado material, si el sujeto activo no realiza todo lo necesario para evitarlo.

Al respecto, el Doctor Francisco H. Pavón Vasconcelos expresa: “La actividad o hacer precedente requiere, para fundamentar el deber jurídico de obrar, que pueda lesionar intereses jurídicos mediante la creación de una situación de peligro, pues sólo ante esa posibilidad tiene la obligación, el sujeto, de actuar para eludir la producción del resultado antijurídico.”⁹⁷

Sin embargo, debe decirse que si la situación de peligro es causada de forma dolosa, no ha lugar al actuar precedente, ni a los delitos de omisión impropia, sino a los delitos de comisión, puesto que la acción desplegada evidentemente, va dirigida a la producción de un resultado material que se quiere y acepta.

En cuanto al resultado, cabe mencionar que lo que se sanciona no es la omisión en sí, sino el cambio exterior producido por ésta.

2.2.1. Hecho

El hecho puede ser definido en base a los elementos que lo conforman.

Así, para el Doctor Celestino Porte Petit Caudaudap, los elementos del hecho, son los siguientes:

“a) Una conducta.

⁹⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco H., *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, op.cit., p.203.

- b) Un resultado material, y
- c) La relación causal entre la conducta y la mutación en el mundo exterior.”⁹⁸

La conducta ya fue abordada en éste mismo capítulo.

Por su parte, el resultado es “la mutación jurídica o jurídica y material, producida por un hacer (acción) o un no hacer (omisión).”⁹⁹

Como se advierte, no hay delito sin resultado típico o jurídico, ya se trate de delitos de mera conducta, o delitos de resultado material.

El hecho sólo se presenta, en los delitos de resultado material.

Luego entonces, el resultado material puede definirse como la mutación del mundo jurídico y exterior.

Ahora bien, respecto del nexo causal que existe entre la conducta y el resultado material, debe decirse que existen diversas teorías que tratan de explicarlo.

La universalmente aceptada es la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*.

Ésta teoría señala que todas las conductas positivas o negativas, descritas en los tipos penales, deben de ser equivalentes, es decir de igual valor, para la producción del resultado material.

Para el Doctor Celestino Porte Petit: “Existe nexo causal cuando suprimiendo una de las condiciones no se produce el resultado. O sea, si se le suprime y no obstante se produce el resultado, quiere decir, que no hay relación de causalidad.”¹⁰⁰

Éste, viene a ser el medio adecuado para la comprobación de ésta teoría.

En la acción si se suprime una de las condiciones (conducta) el resultado material no se produce; en cambio en la omisión, el resultado se produce.

2.2.3. Ausencia de conducta o hecho

La ausencia de la conducta o del hecho, produce la inexistencia del delito. Ello es así, porque, si a la conducta le falta la voluntad, y al hecho la conducta, surge la imposibilidad de integración del tipo penal.

⁹⁸ Porte Petit Caudaudap, Celestino, *op.cit.*, p.259.

⁹⁹ *Ibidem*, p.261.

¹⁰⁰ *Idem*, p.264.

El mismo Código Penal para el Distrito Federal, establece: “**Artículo 29.** (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando: **I.** (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente.”¹⁰¹

Asimismo, el Código Penal Federal, dispone: “**Artículo 15.-** El delito se excluye cuando: **I.-** El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.”¹⁰²

Son causas de ausencia de conducta o hecho, las siguientes: *vis absoluta*, *vis maior*, movimientos reflejos, sueño, e hipnotismo.

La *vis absoluta* es la fuerza física, exterior e irresistible que ejerce una persona sobre otra, como medio para cometer un delito, aún contra la voluntad de éste, y no de aquel.

Se asemeja a la autoría mediata, porque el sujeto activo es usado como instrumento, de ahí que la ley no lo considere responsable.

Al respecto, el Doctor Raúl Carrancá y Trujillo expresa: “...quien por virtud de la violencia física que sufre su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley como delito, no es causa psíquica, sino sólo física; no ha querido el resultado producido, que no puede serle imputado ni a título de dolo ni de culpa; *non agit, sed agitur*, por cuanto no es él mismo el que obra, sino que obra quien ejercita sobre él la fuerza física. Así, mirando a los criterios clásicos falta la moralidad de la acción; y a los positivistas, es nula la temibilidad del sujeto-medio, mientras patente la del sujeto-causa. Por ello la acción no existe.”¹⁰³

Es oportuno destacar que la *vis absoluta* y *vis compulsiva* no son lo mismo, pues en la primera media una fuerza física, y la conducta es irresistible; y en la segunda, la fuerza es moral y la conducta queda al libre albedrío del sujeto por lo que puede ser resistible.

Por su parte, la *vis maior* o fuerza mayor, tiene los mismos elementos que la *vis absoluta*, con la diferencia de que la fuerza física es sub-humana, porque proviene de la naturaleza o de los animales.

Los movimientos reflejos, son aquellos movimientos corporales involuntarios, como respuesta a un estímulo no específico. Si el sujeto activo está impedido para

¹⁰¹ Artículo 29. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁰² Artículo 15. Código Penal Federal, op.cit.

¹⁰³ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 19a. ed., Ed. Porrúa, México, 1997, p.495.

controlar los actos reflejos habrá ausencia de conducta; pero si los pudo controlar o retardar, entonces habrá delito.

El sueño y el sonambulismo presentan un estado psíquico de inconsciencia temporal en el durmiente, con la única diferencia de que en el sonambulismo el sujeto activo deambula dormido.

Si en ese estado el sujeto comete un delito, su actuar será involuntario; empero, si el sujeto pudo prever o conoce su estado, el resultado producido puede serle imputado a título de culpa.

Por otro lado, “el hipnotismo es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales.”¹⁰⁴

“Consiste esencialmente en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial. El hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o, cuando menos de su disminución, a través de la sugestión, lo que establece una necesaria correspondencia psicológica entre el paciente (hipnotizado) y el hipnotizador.”¹⁰⁵

Aquí, el hipnotizado es usado como instrumento para cometer un delito, ya que durante la sugestión sigue las órdenes del hipnotizador, o del autor mediato, por lo que habrá inexistencia de delito.

2.3. Tipicidad

La tipicidad es el segundo elemento esencial del delito.

El Doctor Francisco H. Pavón Vasconcelos, la define como “la adecuación de la conducta o hecho a la hipótesis legislativa.”¹⁰⁶

En otras palabras, es el encuadramiento de una conducta o hecho ilícito, a lo descrito por el tipo penal.

Debe decirse que el tipo es diferente respecto de la tipicidad. Así, mientras el tipo es un presupuesto general del delito, la tipicidad es un elemento constitutivo del mismo.

¹⁰⁴ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, op.cit., p.111.

¹⁰⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, op.cit., p.262.

¹⁰⁶ Ibidem, p.289.

En cuanto a su definición, el Doctor Fernando Castellanos Tena, expresa: “El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.”¹⁰⁷

El tipo penal, es entonces la descripción legislativa de una conducta o hecho delictuoso.

La descripción legislativa consta de tres elementos: objetivos, normativos y subjetivos.

La doctrina denomina a éstos elementos en normales y anormales. Hay tipos normales cuando sólo concurren los elementos objetivos, y anormales cuando además el tipo hace referencia a los elementos normativos y subjetivos del injusto.

a) Elementos objetivos del tipo

Los elementos objetivos del tipo, comprenden a: los presupuestos del delito; a los sujetos activo y pasivo; a las referencias temporales y espaciales; a los medios de comisión; y al objeto jurídico y material.

1. Presupuestos del delito. Además de ser indispensables para que el delito exista; los presupuestos del delito, son aquellos elementos (objetivos, normativos y subjetivos) que contiene el tipo penal.

Para la profesora Griselda Amuchategui Requena, los presupuestos del delito, son los siguientes: “...los sujetos (activo y pasivo), la conducta típica, los medios de ejecución de dicha conducta (cuando el tipo los exige), los objetos (material y jurídico), y en ocasiones el tipo contempla un elemento típico normativo (es la antijuridicidad expresada en fórmulas como: “a quien indebidamente”, “injustamente”, “sin derecho”, etc.) y un elemento subjetivo (es la intención específica o el conocimiento de una circunstancia, expresado en frases como: “a quien con la intención de...”, “a quien con conocimiento de...”).”¹⁰⁸

La doctrina divide a estos presupuestos en generales y especiales.

Los primeros forman parte del delito en general, y los segundos del delito en particular.

¹⁰⁷ Castellanos Tena, Fernando, *op.cit.*, p.159.

¹⁰⁸ Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho Penal, op.cit.*, p.37.

Dentro de los presupuestos generales, el Doctor Celestino Porte Petit Caudaudap señala los siguientes: “a) La norma penal (precepto y la sanción), b) El sujeto activo y pasivo, c) La imputabilidad, d) El bien tutelado, y e) El instrumento del delito.”¹⁰⁹

Estos presupuestos al mismo tiempo, lo serán de los elementos positivos que integran el delito. Así el sujeto activo será el presupuesto general de la conducta o hecho; el tipo penal de la tipicidad y de la antijuridicidad; la imputabilidad de la culpabilidad y de la punibilidad, ésta última no como elemento, sino como consecuencia del delito.

La ausencia de alguno de los presupuestos generales, origina la ausencia del tipo o la inexistencia del delito.

Si falta la norma penal habrá ausencia de tipo; si falta el objeto jurídico o alguna de las calidades del sujeto activo o pasivo exigidas por el tipo, habrá atipicidad; y cuando falte la imputabilidad se originará la inimputabilidad.

Por su parte, los presupuestos esenciales, son aquellos requisitos “jurídicos” previos a la comisión del delito, que en ocasiones exigen los tipos especiales y de cuya existencia depende su configuración. Por ejemplo en el delito de aborto el requisito jurídico es el embarazo, y en el de bigamia, el matrimonio contraído con anterioridad.

La ausencia de alguno de los presupuestos esenciales del delito, da como resultado la traslación del tipo.

Es importante mencionar que también se puede dar la existencia de los presupuestos de la conducta o hecho, antes de la comisión de un delito.

Estos presupuestos no sólo comprenden a los requisitos jurídicos, sino también a los materiales.

De su existencia depende, la realización de la conducta o hecho ilícito, descritos por el tipo. Por ejemplo en el delito de homicidio, el requisito material sería la muerte del sujeto pasivo.

La falta de alguno de los requisitos, sea jurídico o material, hace imposible la realización de la conducta o hecho descrito por el tipo penal, y por tanto del delito.

¹⁰⁹ Porte Petit Caudaudap, Celestino, *op.cit.*, p.208.

Podría decirse que no existe ninguna diferencia real entre los presupuestos esenciales del delito, y los presupuestos de la conducta o hecho, ya que tanto la ausencia del requisito jurídico, como del material, hacen inexistente la figura delictiva, y producen un delito diverso, o bien no se origina ningún otro.

2. Sujeto activo. Es aquella persona física, que comete o interviene en la realización de un delito.

Jamás podrá ser sujeto activo una persona moral o jurídica, ya que sólo un ser humano puede ser imputable y tener la capacidad de raciocinio y voluntad para delinquir; en todo caso será una persona física la que lo ideó, actuó y tal vez ejecuto.

De considerarse penalmente responsable a una persona colectiva, tendrían que responder en conjunto las personas físicas que la conforman, sean culpables o inocentes, lo cual sería una verdadera injusticia.

Sin embargo, ello no obsta para que los verdaderos culpables, sean procesados en lo individual.

Ahora bien, cuando el sujeto activo puede ser cualquiera entonces será un delito general, común o indiferente; pero cuando el tipo exija determinada calidad en el delincuente, el delito será propio, particular, especial o exclusivo; o bien será un tipo básico o fundamental especial.

3. Sujeto pasivo. Es la persona física (personal) o moral (impersonal) sobre quién recae la lesión o el peligro producido por el delito.

Se le conoce también como víctima u ofendido; sin embargo, el ofendido es quién indirectamente resiente el delito, que por lo regular son los familiares del occiso.

Puede ser que la víctima sea o no idéntica al objeto material que es la persona afectada, cuando no es idéntica se presentan dos sujetos pasivos, el de la conducta y, el del delito.

El primero es la persona perjudicada quien directamente resiente la conducta externa criminosa del sujeto activo.

El segundo es la persona titular del bien jurídico tutelado, que resulta afectada.

Y cuando es idéntica, la conducta y el delito recaen en el mismo sujeto pasivo, por ejemplo en el delito de homicidio, lesiones, violación, etc.

De igual modo, el tipo penal puede o no exigir determinada calidad en el sujeto pasivo, según se trate de un delito general o especial.

4. Referencias temporales y espaciales. Los tipos penales en algunas ocasiones, exigen que la conducta o el hecho sean acordes al tiempo, o lugar, que fijen para su tipicidad.

A manera de ejemplo, dentro de las referencias temporales, el artículo 144, del Código Penal para el Distrito Federal, establece: “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación”.¹¹⁰

Por su parte, dentro de las referencias espaciales, podemos citar el siguiente numeral: “**Artículo 210.** Al que se introduzca a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitación...”¹¹¹

Estas referencias también ayudan a determinar la jurisdicción de la autoridad competente, y la ley aplicable.

5. Referencias a los medios de comisión. Del mismo modo, puede darse el caso de que ciertos tipos penales exijan para que se dé la tipicidad, que la realización del resultado último, se haya conseguido en la forma que la ley expresamente determina, originándose los llamados delitos con medios legalmente determinados o limitados.

Pero también pueden darse los tipos de formación libre o casuística.

En ellos, la conducta o hecho ilícito, pueden realizarse con cualquier medio, siempre que el resultado, sea el descrito por el tipo penal.

Inclusive el medio empleado, puede ser la causa de agravación de la pena, como en el robo con violencia.

6. Referencias al objeto. En el objeto recaen todos los efectos nocivos del delito y puede ser de dos tipos: objeto material y objeto jurídico.

El objeto material es la cosa o persona sobre la que recae directamente la conducta. Por su parte, el objeto jurídico es el bien jurídicamente tutelado por la ley.

¹¹⁰ Artículo 144. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹¹¹ Artículo 210. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

b) Elementos Normativos

Los elementos normativos, sirven al juzgador para valorar jurídica y culturalmente, conceptos jurídicos indeterminados plasmados por el legislador, en los distintos ordenamientos legales.

La valoración jurídica puede realizarse en términos como: cosa ajena, funcionario, servidor público, documento público, documento privado, bien mueble, derecho real, etc.

Por su parte, la valoración cultural en vocablos como: honestidad, castidad, acto erótico-sexual, ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres, etc.

También éstos elementos hacen referencia a lo antijurídico, con las expresiones: al que sin derecho, indebidamente, sin justificación.

c) Elementos Subjetivos

Los elementos subjetivos del injusto, versan sobre el propósito, la intención, motivo, o fin criminoso del sujeto activo.

Estos elementos coadyuvan con el elemento de la culpabilidad, para efecto de medir el grado de peligrosidad de un individuo.

2.3.1. Clasificación de los tipos

En cuanto a la clasificación de los tipos penales, seguiremos la aportada por el Doctor Fernando Castellanos Tena.

“a) Por su composición. Se clasifican en: normales, y anormales.

Los primeros se conforman sólo de elementos objetivos; y, los segundos además de los elementos objetivos, contienen elementos subjetivos, o normativos.

b) Por su ordenación metodológica. Se dividen en tipos: fundamentales, especiales, y complementados.

Los tipos fundamentales, simples o básicos se caracterizan por ser independientes respecto de cualquier otro tipo penal. Dan vida a otros tipos, con el mismo bien jurídico tutelado.

Los tipos especiales se forman con los elementos esenciales del tipo básico y, otros requisitos que los hacen autónomos e independientes de modo que excluyen la aplicación del tipo fundamental.

Se subdividen en privilegiados, o cualificados; los primeros disminuyen o atenúan la pena, y los cualificados aumentan o agravan la sanción.

Y los tipos complementados, circunstanciados o, subordinados, son aquellos tipos básicos, que contienen o se le agregan otras circunstancias, que atenúan o agravan la pena. No originan ningún tipo autónomo e independiente, como los tipos especiales. También, se subdividen en privilegiados o cualificados.

c) En función de su autonomía o independencia. Se dividen en: autónomos o independientes, y subordinados.

Los primeros tienen vida propia (tipo básico), y los segundos dependen de otro tipo para existir (tipo especial).

d) Por su formulación. Se clasifican en: casuísticos, y amplios.

En los tipos casuísticos, el legislador precisa varias formas de ejecución de un delito, sin limitarse a una sola hipótesis.

Se subdividen en tipos alternativa, y acumulativamente formados.

En los primeros tiene relevancia la letra “o”; pues el tipo penal se configura con una conducta o, la otra.

En los segundos, tiene relevancia la letra “y”, ya que para su integración deben concurrir todos los supuestos descritos en el tipo penal.

Para el Doctor Celestino Porte Petit Caudaudap, caben las combinaciones siguientes: “a) Alternativamente o acumulativamente, en forma libre, b) Alternativa o acumulativamente, en forma casuística, c) Acumulativamente, en forma libre y casuística y d) Alternativamente, en forma libre y casuística.”¹¹²

Por su parte los tipos amplios o de formulación libre, se colman con cualquier medio o conducta idónea. El carácter idóneo o eficaz de los medios empleados, restringen los tipos de formulación libre, ya que no son del todo ilimitados ni absolutos.

¹¹² Porte Petit Caudaudap, Celestino, *op.cit.*, p.362.

e) Por el daño que causan. Se dividen en tipos de daño (o de lesión) y, de peligro, los cuales ya fueron abordados en la clasificación del delito.”¹¹³

2.3.2. Atipicidad

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad.

Se presenta cuando no hay adecuación de la conducta o hecho a lo descrito por el tipo penal, o cuando falta alguno de los elementos objetivos, y en su caso, normativos o subjetivos del delito.

Al respecto, el Código Penal para el Distrito Federal, establece: “**Artículo 29.** El delito se excluye cuando: ...**II.** Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate.”¹¹⁴

En el mismo sentido, el artículo 15, del Código Penal Federal, dispone: “El delito se excluye cuando: ...**II.-** Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate.”¹¹⁵

2.3.3. Ausencia de tipo

Para el Doctor Celestino Porte Petit, hay ausencia del tipo “cuando la conducta o hecho no están descritos en una norma penal.”¹¹⁶

Al respecto, cobra relevancia el dogma penal *nullum crimen sine tipo* (no hay delito sin tipo), ya que no se puede sancionar una conducta o hecho, que no se encuentren tipificados, como delito.

2.4. Antijuridicidad

La antijuridicidad es el tercer elemento esencial del delito.

La doctrina la define en base a dos aspectos: formal, y material.

El primero señala que una conducta o hecho son formalmente antijurídicos, por cuando se viole una norma prohibitiva o preceptiva penal.

¹¹³ Cfr., Castellanos Tena, Fernando, *op.cit.*, p.167.

¹¹⁴ Artículo 29. Código Penal para el Distrito Federal, *op.cit.*

¹¹⁵ Artículo 15. Código Penal Federal, *op.cit.*

¹¹⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino, *op.cit.*, p.365.

Éste enfoque, adopta el sistema negativo o de excepción regla, por el que una conducta o hecho son contrarios a derecho, siempre que no sean lícitos, o no se encuentren amparados por una causa de licitud, o por una norma permisiva.

Al respecto, el Doctor Celestino Porte Petit expresa: “Es indudable que para encontrar el concepto de la antijuridicidad formal, debemos utilizar el sistema de “excepción regla”, que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos, Es decir, el concepto que se da de la antijuridicidad, es un concepto negativo.”¹¹⁷

Por su parte, el segundo aspecto dice que lo antijurídico, es el daño o a la puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados. Es lo antisocial, o lo contrario a las normas de cultura.

Sobre éste tópico, el Doctor Raúl Carrancá y Trujillo, apunta: “Es antijurídico, lo contrario a las normas de cultura, pues éstas son el antecedente histórico del Derecho, y razón de ser de las normas penales, que protegen los bienes jurídicos tutelados. Por ende, se dice que cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, se hace posible la antijuridicidad, o sea la violación u oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico; la ley el delito.”¹¹⁸

En éste contexto, y adoptando un criterio dualista (formal y material), podemos colegir que la antijuridicidad, es lo contrario a las normas de cultura, en tanto se encuentren reconocidas por el derecho positivo.

Cabe mencionar que la antijuridicidad es de carácter objetivo, ya que valora a la conducta o hecho en su fase externa, sin requerir al elemento subjetivo de la culpabilidad, que estudia el ámbito psicológico o interno del agente.

De ahí, que la antijuridicidad sea autónoma respecto de la culpabilidad, pero no viceversa.

2.4.1. Causas de licitud

Las causas de licitud, constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Su función es anular la antijuridicidad de una conducta o hecho, que a pesar de ser típicos, se estiman conforme a derecho.

¹¹⁷ Ibidem, p.376.

¹¹⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *op.cit.*, p.354.

En este sentido, el Doctor Fernando Castellanos Tena, expresa: “Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho.”¹¹⁹

A diferencia de las demás causas excluyentes de incriminación, éstas tienen por efecto suprimir o destruir la naturaleza injusta del delito.

El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 29, y el Código Penal Federal, en su artículo 15, señalan como causas de exclusión del delito, las siguientes: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, y el consentimiento del titular del bien jurídico tutelado.

a) Legítima defensa

De acuerdo con el artículo 29, fracción IV, del Código Penal para el Distrito Federal, la legítima defensa se presenta cuando: “Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.”¹²⁰

En idéntico sentido, el Código Penal Federal, establece: “**Artículo 15.** El delito se excluye cuando: ...**IV.** Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.”¹²¹

De ambos preceptos la única diferencia que podemos encontrar es que el artículo 15, del Código Penal Federal, añade un elemento más, la racionalidad de los medios empleados.

Dicho lo anterior, podemos decir que los elementos de la legítima defensa, son los siguientes:

1. "Repulsa,

¹¹⁹ Castellanos Tena, Fernando, *op.cit.*, p.177.

¹²⁰ Artículo 29. Código Penal para el Distrito Federal, *op.cit.*

¹²¹ Artículo 15. Código Penal Federal, *op.cit.*

2. Una agresión real, actual, inminente, y sin derecho,
3. La defensa de cualquier bien jurídico tutelado,
4. Necesidad de la defensa,
5. Racionalidad de los medios, y
6. No medie provocación suficiente, dolosa e inmediata.

1. Repulsa. Gramaticalmente la repulsa es la acción y efecto de repulsar, que significa: “1. Desechar, repeler o despreciar algo.”¹²²

A su vez, repeler, es: “1. Arrojar o echar de si algo con impulso o violencia...”¹²³

La repulsa es entonces, la acción de rechazar, evitar o eludir que algo ocurra o se acerque.

2. Una agresión, real, actual, inminente, y sin derecho. Para el Diccionario de la Lengua Española, la agresión es el: “1. Acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño, 2. Acto contrario al derecho de otra persona.”¹²⁴

La agresión es, pues, es el acto a través del cual se lesionan o ponen en peligro, bienes jurídicamente tutelados.

Para el Doctor Raúl Carranca y Trujillo, “la agresión no sólo puede ser material, exteriorizada por medio de la fuerza física; también puede ser moral, pues puede consistir en amenazas, ofensas al honor, etc.”¹²⁵

La agresión es real cuando no es imaginaria. El mismo Diccionario de la Lengua Española dice que lo real es aquello: “1. Que tiene existencia verdadera y efectiva.”¹²⁶

La misma fuente entiende por actual: “1. Dicho del tiempo en que actualmente está alguien: presente, 2. Que existe, sucede o se usa en el tiempo de que se habla.”¹²⁷

Luego entonces, la agresión es actual porque debe ocurrir en el mismo instante en que se repela el ataque, no debe ser futura porque da oportunidad a evitar la contra-agresión, tampoco pasada pues sería un acto de venganza y no de defensa.

¹²² Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=repulsa>. 25 de julio de 2014, 12:00.

¹²³ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=repeler>. 25 de julio de 2014, 12:05.

¹²⁴ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=agresión>. 25 de julio de 2014, 12:10.

¹²⁵ Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl, *op.cit.*, p.538.

¹²⁶ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=real>. 25 de julio de 2014, 12:15.

¹²⁷ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=actual>. 25 de julio de 2014, 12:20.

Sin embargo, lo contemporáneo del ataque, no es la actualidad de la lesión, ya que para evitar la violación del bien protegido, no es necesario esperar a que se infiera el daño.

La agresión es inminente, cuando no sea remota o lejana, y sea segura, cercana o próxima a realizarse. Gramaticalmente, lo inminente es lo: “1. Que amenaza o está para suceder prontamente.”¹²⁸

Por último, debe ser sin derecho, porque la existencia de éste, anularía la antijuridicidad y no se justificaría la defensa.

3. En defensa de cualquier bien jurídico tutelado. La legítima defensa opera en protección de toda clase de bienes jurídicos, sea propio o ajeno, pues así lo señala la ley.

Respecto de los intereses jurídicos protegidos que colisionan en la legítima defensa, tendrá preferencia el legítimo agredido injustamente, respecto del ilegítimo del agresor, sin importar que sea de mayor, menor, o igual valía.

4. Necesidad de la defensa. La repulsa debe ser necesaria y proporcional a la agresión injusta.

Es necesaria siempre que no exista algún otro medio utilizable para evadir el mal que amenaza. Y es proporcional cuando no hay exceso en el ataque, o en el posible daño que pretendía causar el agresor.

El exceso ocurre cuando el agredido extralimita innecesariamente su defensa o la de otro; sea porque el daño que iba a causar el agresor pudo repararse después por medios legales; o porque era notoriamente de poca importancia comparado con el que originó la defensa.

5. La racionalidad en los medios empleados. Se traduce en que el medio empleado no sea extremo o desproporcional.

6. No medie provocación suficiente, dolosa e inmediata. La defensa se convierte en ilegítima cuando el agredido o el tercero a quien se defiende, dio causa o motivo a la agresión.

De tal forma que el mismo “agredido” se colocó, en un estado contrario a derecho.

¹²⁸ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=inminente>. 25 de julio de 2014, 12:25.

b) Estado de necesidad

El Código Penal para el Distrito Federal, fundamenta el estado de necesidad en el siguiente numeral: “**Artículo 29.** El delito se excluye cuando: ...**V.** Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.”¹²⁹

El artículo 15, fracción V, del Código Penal Federal, establece exactamente lo mismo, por lo que se omite su transcripción para evitar obvias repeticiones.

Del precepto invocado, se pueden desprender los siguientes elementos del estado de necesidad:

1. Un peligro, real, actual, o inminente,
2. No medie dolo,
3. Sacrificio o lesión de un bien jurídicamente tutelado,
4. Medio empleado, y
5. Que no exista el deber jurídico de afrontar el peligro.

1. Un peligro, real, actual, o inminente. Gramaticalmente el peligro es el: “1. Riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal, 2. Lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño.”¹³⁰

Anteriormente dijimos que el peligro no causa ningún tipo de lesión al bien jurídico tutelado, más bien lo ponen en riesgo.

Por lo que hace a las expresiones, real, actual, e inminente, revisten las mismas características que los vistos en la legítima defensa, con la diferencia de que en el estado de necesidad, no hay un contra-ataque por el que se repele una agresión ilegítima, sino un ataque legitimado.

2. No medie dolo. Si el peligro fue provocado dolosamente por el agente, no podrá invocarse el estado de necesidad.

3. Sacrificio o lesión de un bien jurídicamente tutelado. Significa el sacrificio de un bien jurídico tutelado de menor valía, para la satisfacción de otro bien

¹²⁹ Artículo 15. Código Penal Federal, op.cit.

¹³⁰ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=peligro>. 25 de julio de 2014, 12:25.

jurídico de mayor cuantía, igualmente protegido por el derecho, siempre que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo.

Si parece el de mayor entidad, se presenta una conducta delictiva, dado que el bien destruido no debió ser el superior.

Pero si son de igual jerarquía, dará lugar a una causa de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta, siendo procedente sólo la reparación del daño inferido.

4. Medio empleado. No debe existir otro medio practicable y menos perjudicial para superar el peligro, de lo contrario quedaría anulada la justificación.

5. Que no exista el deber jurídico de afrontar el peligro. De existir el deber jurídico de afrontar el peligro, no habrá lugar al estado de necesidad, y el agente responderá a título de culpa.

c) Cumplimiento de un deber, y ejercicio de un derecho

Ambas conductas se encuentran estatuidas en el mismo numeral del Código Penal para el Distrito Federal, siguiente: “**Artículo 29.** El delito se excluye cuando: ...**VI.** La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.”¹³¹

En el mismo sentido, el Código Penal Federal dispone: “**Artículo 15.-** El delito se excluye cuando: ...**VI.-** La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.”¹³²

La única diferencia real que podemos encontrar, es que el Código Penal Federal añade que el daño inferido, o puesta en peligro, no se haga con el propósito de querer perjudicar al pasivo.

Entre otras cosas, podemos resaltar que el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho deben estar legítimos, esto es, que deben encontrarse consignados en una norma penal o extrapenal.

¹³¹ Artículo 29. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹³² Artículo 15. Código Penal Federal, op.cit.

El cumplimiento de un deber puede emanar de una norma preceptiva, o de la orden de una autoridad superior competente.

Su obediencia no queda al libre arbitrio del particular, sino que su actuar debe emanar de la naturaleza propia de la función pública que desempeñe; de su profesión, o en virtud de su deber de coadyuvar con la administración de justicia.

El ejercicio de un derecho deriva de una norma permisiva, por ende, su observancia es potestativa, y su incumplimiento no origina responsabilidad penal alguna.

El último elemento que podemos advertir es la racionalidad de los medios empleados, en este punto nos estaremos a lo anteriormente expuesto.

d) Consentimiento del titular del bien jurídico

Con motivo de las reformas al Código Penal Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, se adicionó el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, como excluyente de incriminación, para quedar como sigue:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando: ...**III.-** Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a)** Que el bien jurídico sea disponible;
- b)** Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c)** Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.”¹³³

En el mismo sentido, se pronuncia el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 29, fracción III.

2.5. Imputabilidad

Se debate aún si la imputabilidad es un elemento esencial o un presupuesto del delito.

¹³³ Artículo 15. Código Penal Federal, op.cit.

Consideramos que pueden ser ambos, pero no es un elemento o carácter de la culpabilidad como se ha llegado a pensar, ya que éste elemento del delito, no se da sin que previamente le anteceda la imputabilidad.

Para el Doctor Eduardo López Betancourt, la imputabilidad “es la capacidad de querer y entender, en el campo del Derecho Penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.”¹³⁴

La imputabilidad es pues, la capacidad de querer y entender, una conducta o hecho típico y antijurídico.

De ésta concepción se desprenden dos elementos constitutivos de la imputabilidad: el intelectual, y el afectivo.

El elemento intelectual, es la capacidad de comprender o (entender) entre lo lícito e ilícito de una conducta, o hecho típico.

Por su parte, el elemento afectivo, es la determinación y el libre discernimiento para (querer) realizar, o no, un ilícito, de acuerdo con esa comprensión.

Cabe hacer la precisión de que la imputación es un término diverso de la imputabilidad.

La imputación es el juicio o atribución, que el juzgador hace a un particular, sobre su conducta o hecho antijurídico.

El mismo Diccionario de la Lengua Española, señala que la imputación es la acción y efecto de imputar, que significa: “1. Atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable.”¹³⁵

2.5.1. Inimputabilidad

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad.

A *contrario sensu*, es la incapacidad de querer y entender, una conducta o hecho ilícito.

Sus efectos son exculpar la incriminación de un delito, sin eliminar la esencia injusta del mismo.

¹³⁴ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, op.cit., p.375.

¹³⁵ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=imputar>, 25 de julio de 2014, 12:30.

El Código Penal para el Distrito Federal, prevé ésta figura en el siguiente numeral: “**Artículo 29.** El delito se excluye cuando: ...**VII.** Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.”¹³⁶

Del mismo modo, el Código Penal Federal, establece: “**Artículo 15.-** El delito se excluye cuando: ...**VII.-** Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.”¹³⁷

Ambos artículos hablan de dos temas muy importantes, el primero de ellos, es la acción libre en su causa, y el segundo trata sobre la causal de inimputabilidad.

Las acciones libres en su causa, se presentan cuando antes de cometer un delito, el sujeto activo con plena capacidad de querer y entender un hecho ilícito, se coloca de forma dolosa o culposa, en un estado de inimputabilidad, para ser excluido de responsabilidad penal.

Ejemplo: cuando el activo de forma dolosa o culposa se droga o se coloca en un estado de ebriedad, para privar de la vida al pasivo.

Las acciones libres en su causa vienen a destruir cualquier causa de inimputabilidad que se invoque.

Ahora bien, como causal de inimputabilidad podemos citar al trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

a) Trastorno mental o desarrollo intelectual retardado

Para el Doctor Luis Jiménez de Asúa, el término más exacto que valora el trastorno mental es el enajenado, y no el alienado, y es: “...el enfermo o débil de la

¹³⁶ Artículo 29. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹³⁷ Artículo 15. Código Penal Federal, op.cit.

mente, que obra fuera de sí mismo, sin conocimiento de lo que hace o sin control de lo que realiza”.¹³⁸

La ley vigente no distingue los trastornos mentales transitorios de los permanentes, pero sí nos deja claro que debe ser de tal grado, que impida al agente comprender el carácter ilícito de su conducta o hecho realizado; o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

El trastorno mental es aquella alteración permanente (patológica) o transitoria, de la salud psíquica del sujeto activo.

No opera como causa de inimputabilidad, si el agente provoca su incapacidad de forma dolosa o culposa.

2.6. Culpabilidad

La culpabilidad es el quinto elemento esencial del delito.

El Diccionario de la Real Academia Española, la concibe como: “1. Cualidad de culpable, 2. Reproche que se hace a quien le es imputable una actuación contraria a derecho, de manera deliberada o por negligencia, a efectos de la exigencia de responsabilidad.”¹³⁹

Por su parte, el Doctor Luis Jiménez de Asúa, la define como: “...el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas.”¹⁴⁰

Por otro lado, el Doctor Fernando Castellanos Tena, apunta que la culpabilidad es: “...el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.”¹⁴¹

Como era de esperarse, las tres definiciones despliegan dos teorías que explican la naturaleza de la culpabilidad: la psicológica, y la normativa.

La primera ve a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su conducta o hecho antijurídico.

¹³⁸ Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de derecho penal*, Ed. Oxford University Press México, S.A de C.V, vol. III, México, 2003, p.229.

¹³⁹ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=culpabilidad>. 25 de julio de 2014, 12:30.

¹⁴⁰ Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría del Delito*, Ed. Jurídica Universitaria S.A y Asociación de Investigaciones Jurídicas A.C, colección Serie Grandes Temas Básicos del Derecho Penal, vol. II, México, 2002, p.359.

¹⁴¹ Castellanos Tena, Fernando, *op.cit.*, p.228.

La segunda dice que la culpabilidad es un juicio de reproche hecho a un sujeto activo capaz, por no haberse conducido conforme a derecho, habiendo podido hacerlo.

Nosotros nos inclinamos por la teoría normativa, puesto que consideramos que en ella radica la verdadera esencia de la culpabilidad.

No propalamos por la teoría psicológica, porque mina su campo de estudio a los delitos dolosos, excluyendo por ende, a los culposos o no intencionales que por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado.

Los grados o formas de la culpabilidad se pueden clasificar en: dolo, y culpa.

2.6.1. Dolo

El dolo conocido también como delito intencional o doloso, se presenta cuando el agente quiere y acepta la comisión de un delito.

Al respecto, el artículo 9, del Código Penal Federal, dispone: “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.”¹⁴²

En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 18, del Código Penal para el Distrito Federal.

En base a la teoría psicológica, los elementos constitutivos del dolo son dos, el intelectual, y el volitivo.

El intelectual o afectivo, es la capacidad para tener conocimiento y representación de:

- a) Las circunstancias fácticas que pertenecen al tipo legal,
- b) De la relación de causalidad que existe entre la conducta y el resultado producido, y
- c) Del significado de la ilicitud de la conducta o hecho típico.

Por su parte, el elemento volitivo o afectivo, es la voluntad o intención de querer producir un hecho antijurídico.

¹⁴² Artículo 9. Código Penal Federal, op.cit.

Ambos elementos se pueden desprender del siguiente criterio del Doctor Luis Jiménez de Asúa: “Es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), cuando se realiza con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con consciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere, o consciente.”¹⁴³

2.6.1.1. Clases de dolo

En cuanto a las clases de dolo, seguiremos la clasificación que desenvuelve el Doctor Eduardo López Betancourt.

“a) En cuanto a su nacimiento. El dolo es: inicial o precedente, y subsiguiente o sobrevenido.

El primero concurre con la realización de la conducta típica, aunque no perdure al tiempo de la producción del resultado.

El dolo inicial existe desde el periodo *inter criminis* del delito.

El segundo se presenta cuando el sujeto empieza una acción de buena fe, y con posterioridad a la conducta o hecho antijurídico, nace la dañada intención.

b) En cuanto a su extensión. El dolo se divide en: determinado, y alternativo o indeterminado.

En el dolo determinado, la intención del agente va encaminada a la producción de un resultado cierto y concreto.

Por su parte, el dolo indeterminado o alternativo consiste en la intención de producir cualquiera de los delitos previstos o representados, sin desear uno en especial, admitiendo el que resulte.

c) En cuanto a la modalidad de la dirección. El dolo es: directo, eventual, y de consecuencia necesaria.

¹⁴³ Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría del Delito*, op.cit., p.389.

El dolo directo, de primer grado, o inmediato ocurre cuando hay identidad entre el acontecimiento real y el representado; o entre lo previsto y lo querido por el sujeto.

El dolo eventual, indirecto, o condicionado se presenta cuando el agente prevé la posibilidad de producción de un resultado típico y antijurídico, que no desea, pero que acepta, porque de su producción depende que se dé el resultado que realmente quiere y acepta.

La previsión del acontecimiento, hace que se asemejen erróneamente el dolo eventual, con la culpa consciente; empero en la primera el agente representa y acepta la posibilidad del resultado; y en la culpa con representación, existe la posibilidad de que el sujeto represente el resultado, y su no aceptación, porque el autor espera de su habilidad, o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga.

Por último, el dolo de consecuencia necesaria “es una derivación del dolo directo es este tipo de dolo de segundo grado o mediato; en el que la producción de sus consecuencias no es aleatoria sino irremediable, y necesaria para la producción querida.”¹⁴⁴

Se diferencia del dolo eventual, en que el agente prevé como “seguro”, y no la posibilidad de producción de otro resultado típico no deseado, pero necesario para lograr el fin propuesto.

d) En cuanto a su intensidad. El dolo puede ser: genérico, o específico.

El dolo genérico se traduce en la mala intención o voluntad consciente de causar un daño o afectación a alguien.

Y el dolo específico “es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, de modo que deberá ser objeto de prueba.”¹⁴⁵

e) En cuanto a su duración. Se divide en: dolo de ímpetu, dolo simple, y dolo de propósito o premeditado.

En el primero la conducta es coetánea a la voluntad, sin intervalo de deliberación, lo cual origina un impulso acelerado e instantáneo, que es de índole pasional (pasión ciega), causando un resultado típico o material indeterminado.

¹⁴⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco H., *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, op.cit.*, p.397.

¹⁴⁵ Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho Penal, op.cit.*, p.92.

Para el Diccionario de la Real Academia Española, el termino ímpetu, es: “1. m. impulso; 2. m. Movimiento acelerado y violento, y 3. m. Fuerza o violencia.”¹⁴⁶

Por su parte, el dolo simple se presenta cuando el sujeto activo con la intención de delinquir, prepara todos los medios necesarios para su realización o abstención.

Por último, el dolo de propósito o premeditado, “precisa un intervalo más o menos importante entre el momento de la decisión y de la ejecución, caracterizándose por la perseverancia del querer motivado y la frialdad de ánimo.”¹⁴⁷

f) En cuanto a su contenido. El dolo puede ser: de daño, de peligro, de daño con resultado de peligro, y de peligro con resultado de daño.

El dolo de daño consiste en querer lesionar o destruir un objeto jurídico.

El dolo de peligro es la intención de poner en riesgo el bien jurídico tutelado.

El dolo de daño con resultado de peligro inicialmente va encaminado a ocasionar un daño en el bien jurídico, pero sólo lo pone en riesgo.

A *contrario sensu*, el dolo de peligro con resultado de daño, inicialmente va dirigido a causar un peligro en el objeto jurídico, pero el resultado es que lo lesiona o le produce un daño efectivo y directo.

Para la ley, la amenaza o puesta en peligro del bien jurídico, es suficiente para que sea sancionada una conducta, en atención, a los delitos formales o de simple actividad.”¹⁴⁸

2.6.2. Culpa

En relación a la culpa, el Código Penal Federal, dispone: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”¹⁴⁹

La culpa también denominada imprudencial o no intencional, es la producción de un resultado típico, antijurídico, e (involuntario) que se traduce en la violación

¹⁴⁶ Real Academia Española, <http://ema.rae.es/drae/?val=ímpetu>. 25 de junio de 2014, 08:20.

¹⁴⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco H., *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, op.cit.*, p.399.

¹⁴⁸ Cfr., López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal, op.cit.*, p.201.

¹⁴⁹ Artículo 9. Código Penal Federal, op.cit.

de un deber de cuidado, que pudo evitarse o que resultaba previsible, sino se hubiera (omitido o descuidado la debida diligencia), esperada, y exigida por una norma preceptiva o prohibitiva penal.

Como se ve, la culpa se integra por:

1. Una conducta inicialmente voluntaria,
2. La negligencia, imprudencia o impericia,
3. Un resultado típico e involuntario,
4. Un nexo causal, y
5. Un resultado previsible, y evitable.

La conducta es inicialmente voluntaria, si el resultado resultaba previsible.

Sin embargo, no debe confundirse con la voluntad de producir el resultado típico, propio del dolo.

Para la Real Academia Española, la negligencia es: “1. Descuido, falta de cuidado, 2. Falta de aplicación.”¹⁵⁰

La negligencia es pues, el descuido, defecto, o deficiencia, por no prever, lo previsible.

En la culpa, se presenta cuando se omite hacer o no hacer la debida diligencia o el deber de cuidado.

Para la misma fuente, la imprudencia es: “1. La falta de prudencia, 2. Acción o dicho de imprudente.”¹⁵¹

La imprudencia como especie de la negligencia, se presenta cuando el agente omite hacer o no hace lo indebido, a pesar de haber previsto como posible la verificación de un hecho ilícito.

Generalmente el sujeto activo actúa con imprudencia cuando tiene la esperanza de que el daño o peligro inminente no sobrevendrá, por confiar demasiado en su habilidad o pericia.

La impericia es casi igual que la imprudencia, con la diferencia de que al agente le son exigibles al obrar, conocimientos particulares propios de su profesión, oficio o arte.

¹⁵⁰ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=negligencia>. 25 de junio de 2014, 09:00.

¹⁵¹ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=imprudencia>. 25 de junio de 2014, 09:01.

El resultado debe ser involuntario, porque si fuera querido y aceptado, se trataría de un delito doloso y no culposo.

El nexo causal se presenta entre la conducta voluntaria, y el resultado involuntario.

Por último, el resultado es previsible y evitable cuando sea racional y jurídicamente posible, de lo contrario estaremos en presencia del axioma *impossibilium nulla est obligatio*, porque no podría reprocharse a alguien, no haber hecho posible cosas imposibles, o no haber previsto lo que era imposible de prever.

2.6.2.1. Clases de culpa

a) Culpa consciente. La culpa consciente (con representación, o previsión), antes llamada culpa *ex lascivia*, existe cuando el sujeto activo prevé como posible la producción de un resultado típico, que no quiere, pero ha tenido la esperanza de que el mismo no sobrevenga.

b) Culpa inconsciente. La culpa inconsciente (sin representación o previsión), antes conocida como culpa *ex ignorantia*, se presenta cuando el sujeto no previó un resultado típico por negligente, teniendo el deber de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

Dicha culpa puede ser lata, leve, o levísima. Se miden en atención al grado de previsibilidad del resultado.

“Se considera lata cuando la generalidad está en condiciones de prever el resultado; leve, cuando sólo los hombres diligentes pueden preverlo y levísima en razón de la extraordinaria diligencia, muy poco común en el hombre, requerida para prever la posibilidad de los daños causados.”¹⁵²

c) Culpa inmediata. En la culpa inmediata, existe una relación causal directa, entre la conducta negligente, y el resultado material, o jurídico.

La responsabilidad del autor culposo inmediato está condicionada, a que la relación de causalidad, no se haya roto por la intervención de otra concausa

¹⁵² Pavón Vasconcelos, Francisco H., *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, op.cit.*, p.414.

anterior, durante, o posterior, que la interrumpa o sustituya, mediante un nuevo nexo causal.

El agente será responsable, en razón de su culpa inicial, de las circunstancias, incluso fortuitas, si pudo prever un resultado típico desde su origen.

d) Culpa mediata. En la culpa mediata surge un nuevo hecho, indirecto, e independiente, pero motivado, más no causado, por la culpa inicial inmediata.

El negligente, imprudente, o imperito responde sólo de la culpa inmediata, no de la mediata, por ser un nexo causal independiente.

2.6.3. Inculpabilidad

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad.

Se presenta por ausencia del elemento intelectual, o afectivo de la culpabilidad; o por la falta de alguno de los elementos esenciales del delito.

Sus efectos no eliminan la esencia injusta de la conducta o hecho ilícito, sólo exculpan la incriminación de un delito, y perdonan el juicio de reproche personal.

El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 29, fracciones VIII, y IX, contempla sólo dos causas de inculpabilidad, esto es, al error de tipo y error de prohibición, y a la inexigibilidad de otra conducta.

Por su parte, el Código Penal Federal, además de las previstas por el artículo 29 en cita, contempla en su artículo 15, fracción X, al caso fortuito.

Luego entonces, son causas de inculpabilidad: a) Error de tipo o error de prohibición, b) Caso fortuito o coacción sobre la voluntad; y, c) Inexigibilidad de otra conducta.

a) Error de tipo y error de prohibición

El error suele confundirse con la ignorancia, porque ambas producen los mismos efectos, y carecen sólo del elemento intelectual de la culpabilidad.

No obstante tienen características diversas, la ignorancia, supone la falta completa de conocimiento, y representación de un objeto determinado.

Por su parte, el error es el conocimiento, representación, o la idea falsa que se tiene de un objeto, cosa, o situación.

Ahora bien, el error de tipo puede definirse como la idea equivocada que se tiene sobre alguno de los elementos esenciales (objetivos, normativos o subjetivos) del tipo penal, o alguna circunstancia agravante de la penalidad.

En este sentido, el Código Penal para el Distrito Federal, establece: “**Artículo 29.** El delito se excluye cuando: ...**VIII.** Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: **a)** Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate.”¹⁵³

Por otro lado, el error de prohibición o permisión, también llamado error de derecho, versa sobre la ilicitud de la conducta o hecho, bien:

- Porque el sujeto desconozca la existencia de la ley,
- Porque tenga una falsa apreciación del alcance de la misma, o
- Porque crea que su actuar se encuentra justificado por el derecho.

En relación a éste tipo de error, el mismo numeral del Código Penal para el Distrito Federal, dispone: “**Artículo 29.** El delito se excluye cuando: **VIII.** Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: **b)** La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.”¹⁵⁴

Creemos que los primeros dos supuestos, no son verdaderas causas de inculpabilidad, configuran más bien una consideración especial sujeta al arbitrio del juzgador, para imponer una sanción más atenuada, sin relevar de responsabilidad penal al agente, atento al principio de la ignorancia de las leyes a nadie beneficia.

En la tercera hipótesis se encuentran las eximentes putativas, las cuales se presentan cuando el sujeto por un error esencial e invencible, cree estar en presencia de la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, cuando en realidad no es así.

La doctrina a diferencia de los códigos citados, denomina a esta causa de inculpabilidad como “error de hecho”, que a su vez comprende al error esencial, y al error accidental o inesencial.

¹⁵³ Artículo 29. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁵⁴ Artículo 29. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

El error esencial estudia tanto al error de tipo, como al error de prohibición o permisión, ya desarrollados.

Sólo resta decir que el error esencial puede ser vencible e invencible.

El primero no destruye la culpabilidad a pesar del error, porque subsiste la culpa.

El segundo si borra la culpabilidad, porque no existe dolo, ni culpa.

Por otra parte, el error inesencial, o accidental, es una figura que actualmente se encuentra derogada, ya que no es una verdadera causa de inculpabilidad puesto que no recae sobre ningún elemento de hecho (de tipo, o de derecho), sino sobre circunstancias subjetivas de ejecución de la conducta o hecho ilícito.

Se subdivide en error en el golpe (*aberratio ictus*), y error en la persona (*aberratio in persona*).

En el primero, hay una desviación del golpe deseado.

En el segundo, el golpe pretense recae sobre una persona distinta.

En ambas hipótesis se puede producir la causación de un daño equivalente, menor, o mayor al propuesto por el sujeto.

Cuando es equivalente, no se excluye el dolo a pesar de ser insuperable; y cuando no lo es, el agente responderá a título de culpa.

Cabe mencionar que además del error en el golpe y error en la persona, también se puede presentar el error de delito (*aberratio delicti*), el cual ocurre "...cuando un sujeto piensa inexactamente que realiza un acto ilícito determinado, cuando en realidad se encuentra en el supuesto de otro."¹⁵⁵

b) Caso fortuito

El caso fortuito se puede traducir en la producción de un resultado típico e involuntario, por mero accidente, a pesar de haber tomado todas las precauciones y diligencias debidas que habrían sido suficientes para ajustarse a derecho.

No existe dolo, ni culpa, ya que no se quiere, ni acepta el resultado, y tampoco se causa negligentemente.

¹⁵⁵ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, op.cit., p.211.

Surge ante la imposibilidad de prever lo imprevisible, o de calcular lo incalculable.

Su causa se debe a fuerzas provenientes del hombre o de la naturaleza, ajenas al sujeto activo.

c) No exigibilidad de otra conducta

Ésta figura se encuentra regulada en el mismo numeral, del Código Penal para el Distrito Federal, siguiente: “**Artículo 29.** El delito se excluye cuando: ...**XI.** En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.”¹⁵⁶

La inexigibilidad de otra conducta, al igual que las demás causas de inculpabilidad, tiene la virtud de excluir la incriminación de un hecho típico y antijurídico.

Sin embargo, en la actualidad todavía se desconoce si es en el elemento intelectual, o en el elemento volitivo de la culpabilidad, donde se manifiesta.

Lo cierto es que se encuentra reconocida por el derecho penal, ante la necesidad de regular una diversidad de hipótesis, que en la práctica se pueden presentar.

Por ello, se dice que purga el formalismo jurídico, lo cual no significa que esté por encima del derecho positivo.

La inexigibilidad de otra conducta, es entonces la imposibilidad del sujeto activo, de determinar su conducta conforme a derecho.

Generalmente su actuar responde a circunstancias nobles o emotivas, llamadas por el Doctor Raúl Carrancá y Trujillo, “excusas en razón de los móviles afectivos revelados, ya que la acción desarrollada por el sujeto acredita en él nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble.”¹⁵⁷

Un ejemplo claro es el encubrimiento de parientes y allegados, o el estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad.

¹⁵⁶ Artículo 29. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁵⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *op.cit.*, p.652.

2.7. Punibilidad

La punibilidad no es un elemento del delito, ya que su ausencia no lo hace inexistente, sino la falta de los elementos esenciales del mismo.

Propiamente la punibilidad es producto de la actividad legislativa, lo que la hace diferente de la pena, que es el resultado de la actividad administrativa, y de la punición, que es una función meramente judicial.

Para el Doctor Francisco H. Pavón Vasconcelos, la punibilidad “es la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, para garantizar la permanencia del orden social.”¹⁵⁸

Por su parte, para el profesor Luis Rodríguez Manzanera la punibilidad “es la posibilidad de sancionar al sujeto que realiza algo prohibido o que deja de hacer algo ordenado por la ley.”¹⁵⁹

La punibilidad, puede describirse como algo previo a la imposición y ejecución de sanciones.

Es pues, la amenaza de una pena, que el legislador dirige al infractor de una norma penal.

2.7.1. Penas y medidas de seguridad

Existen dos criterios que hablan sobre la similitud o diferencia de las penas y las medidas de seguridad: el monista, y el dualista.

El primero no admite diferencias entre las penas y medidas de seguridad, porque considera que su fin es el mismo, la prevención de delitos y la readaptación social del delincuente.

El segundo criterio, que compartimos, señala que las penas y medidas de seguridad son de naturaleza diversa.

Detalladamente el profesor Luis Rodríguez Manzanera, nos muestra en la siguiente transcripción, en que consisten esas diferencias:

¹⁵⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco H., *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, op.cit.*, p.453.

¹⁵⁹ Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, 6a. ed., Ed. Porrúa, México, 2012, p.88.

- 1) “En la medida de seguridad no hay reproche moral, la pena, por el contrario, lleva en si un juicio de reproche, descalifica pública y solemnemente el hecho delictuoso.
- 2) La diversidad de fines perseguidos determinan la diferente naturaleza, la pena tiene como fin la restauración del orden jurídico, las medidas de seguridad tienden a la protección de la sociedad (Vannini).
- 3) La medida de seguridad por lo general atiende exclusivamente a la peligrosidad del sujeto, y es proporcional a ella, mientras que la pena ve al delito cometido y al daño causado, sancionando de acuerdo a ello.
- 4) La medida de seguridad no persigue la intimidación, la pena si. Principalmente en inimputables es comprensible este punto; de hecho la medida de seguridad no es una amenaza.
- 5) La medida de seguridad no constituye retribución, su función se dirige hacia la prevención especial.
- 6) La medida de seguridad no persigue una prevención general, ni puede concebirse como inhibidor a la tendencia criminal, como expusimos en el punto anterior, va dirigida a la prevención especial, al tratamiento del delincuente individual.
- 7) La medida de seguridad no busca restablecer el orden jurídico roto, su finalidad es proteger la tranquilidad y el orden públicos.
- 8) La medida de seguridad es generalmente indeterminada en su duración, y debe permanecer en cuanto persista la peligrosidad.
- 9) Varias medidas de seguridad pueden ser aplicadas por autoridad diversa a la judicial, la pena debe conservar el principio de juridicidad.
- 10) Contra la medida de seguridad por lo general no procede ningún recurso en contrario.
- 11) La medida de seguridad puede ser aplicada tanto a imputables como a inimputables; la imputabilidad podría considerarse como un presupuesto de punibilidad, por lo que sólo son punibles los imputables.

12) La medida de seguridad podría aplicarse *ante delictum*, no es necesario esperar a que el sujeto peligroso delinca para aplicarla...”¹⁶⁰

Luego entonces, podríamos decir que la diferencia radica en que la pena es la consecuencia inmediata de la comisión de un delito, y las medidas de seguridad sólo tratan de evitar o prever que personas peligrosas cometan hechos ilícitos.

La peligrosidad puede describirse como la posibilidad de causación de un daño o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados.

2.7.1.1. Penas

Al hablar de las penas los temas obligados a tratar son los siguientes: ¿Qué son?, ¿Cuál es su finalidad?, ¿Cuáles son los principios que las rigen?, y ¿Cómo se clasifican?

Respecto de la primera interrogante, podemos decir que la pena es la ejecución de la punición, o el efectivo cumplimiento de una condena. Es propiamente una actividad administrativa del Estado.

Se entiende por punición, la fijación que hace el juzgador, de una pena real y concreta que ha de cumplir el sujeto activo que ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. Es entonces, parte de la función judicial del Estado.

Atendiendo a la finalidad de las penas, pueden decirse que son dos: la prevención general, y la prevención especial.

La prevención general al igual que la punibilidad, busca intimidar a los miembros de la colectividad, para evitar que cometan hechos ilícitos.

La prevención especial por el contrario, tiene por objeto intimidar y corregir al delincuente en lo individual, para que no reincida en el futuro.

Aquí el tratamiento toma un papel de suma importancia en la ahora, reinserción social del reo.

La prevención especial se da cuando la amenaza de un castigo, no ha sido del todo suficiente para inhibir al criminal.

¹⁶⁰ Ibidem, pp. 119-120.

Ahora, en cuanto a los principios que rigen la pena, el profesor Luis Rodríguez Manzanera señala los siguientes: “a) Principio de necesidad, b) Principio de personalidad, c) Principio de individualización, y c) Principio de particularidad”.¹⁶¹

El primero, hace referencia a que las penas, sólo deben imponerse, cuando sea estrictamente indispensable para la prevención general o especial.

El segundo hace alusión a que las penas sólo deben imponerse a los delincuentes, sin extenderlas a otras personas.

El tercero fundamenta que las penas no pueden ejecutarse a todos por igual, aunque las sentencias sean iguales, ya que en el momento de la ejecución deben tomarse en cuenta las características personales del inculcado, ya sean físicas, mentales, económicas, sociales, etcétera; el delito cometido; y el daño causado.

Y el principio de particularidad, señala que sólo debe sancionarse a un sujeto determinado, no es como la punibilidad que sigue el principio de generalidad.

Además de los anteriores, no podemos dejar pasar por inadvertido el principio de legalidad, el cual hace referencia a que no habrá delito, ni pena, sin ley, en latín *nullum crimen, nulla poena sine lege*, esto es, sin una norma jurídica expedida con anterioridad al hecho.

Por lo que hace a la última interrogante, el Doctor Fernando Castellanos Tena, clasifica a la penas de la siguiente manera:

“Por su fin preponderante, las penas se clasifican en: intimidatorias, correctivas y eliminatorias, según se apliquen a sujetos no corrompidos, a individuos ya maleados pero susceptibles de corrección, o a inadaptados peligrosos.

Las eliminatorias van dirigidas a aquellas personas que han cometido delitos graves, tienden a marginar definitivamente al delincuente de la sociedad, como la pena de muerte o la prisión perpetúa.

Dentro de ésta clasificación, también pueden darse las penas semieliminatorias que sólo separan temporalmente al reo de la sociedad (prisión temporal, o la deportación).

Por el bien jurídico que afectan, las penas pueden ser: contra la vida (pena capital), corporales (azotes, marcas, mutilaciones), contra la libertad (prisión,

¹⁶¹ Ibidem, p.96.

confinamiento, prohibición de ir a un lugar determinado), pecuniarias (privan de algunos bienes patrimoniales, como la multa y la reparación del daño), y contra ciertos derechos (destitución de funciones, pérdida o suspensión de la patria potestad y la tutela, etc.).”¹⁶²

En cuanto a su regulación, el Código Penal para el Distrito Federal, dispone:

“**Artículo 30** (Catálogo de penas). Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

- I. Prisión;
- II. Tratamiento en libertad de imputables;
- III. Semilibertad;
- IV. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad;
- V. Sanciones pecuniarias;
- VI. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;
- VII. Suspensión o privación de derechos; y
- VIII. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.”¹⁶³

Por ser el tema sólo abordaremos la pena de prisión, el trabajo a favor de la comunidad, la sanción pecuniaria, y la suspensión o privación de derechos.

a) Pena de prisión

La pena de prisión puede definirse como la privación de la libertad corporal del reo, en un centro de reclusión o internamiento.

En cuanto a su duración, el Código Penal para el Distrito Federal, dice que no podrá ser menor de tres meses, ni mayor a setenta años (Art.30).

Por su parte, el Código Penal Federal, señala que su duración será de tres días a sesenta años (Art.25).

b) Trabajo en favor de la comunidad

“Es la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia social no lucrativas...”¹⁶⁴

¹⁶² Cfr., Castellanos Tena, Fernando, *op.cit.*, pp.319-320.

¹⁶³ Artículo 30. Código Penal para el Distrito Federal, *op.cit.*

¹⁶⁴ Artículo 36. Código Penal para el Distrito Federal, *op.cit.*

Su fijación será fuera de los periodos de trabajo que representen una fuente de ingresos para el reo, y para su familia.

No podrá exceder del la jornada extraordinaria que establezca la ley laboral, ni será desarrollada en forma que resulte degradante o humillante para el condenado.

Puede ser impuesta como una pena autónoma, o como una pena sustitutiva de la prisión o de la multa; esto es, cada día de prisión o multa será sustituido por una jornada de trabajo a favor de la comunidad.

c) Sanción pecuniaria

Son aquellas que afectan o disminuyen el patrimonio del delincuente.

La sanción pecuniaria puede ser: “autónoma, alternativa, o incorporada.”¹⁶⁵

La primera es la única sanción impuesta por un delito de poca importancia.

En la segunda la sanción puede ser pecuniaria, o de prisión leve.

Y la incorporada comprende dos sanciones, esto es, la pena de prisión, y la reparación del daño.

La sanción pecuniaria comprende a la multa y a la reparación del daño.

La multa es una sanción administrativa, consistente en el pago de una suma de dinero al Estado.

Se fija por días multa, y su monto varía, en el Distrito Federal (Art. 38) no podrá ser menor de un día de salario mínimo, ni exceder de cinco mil pesos, y a nivel federal (Art. 29) no podrá exceder de mil, salvo que la ley disponga otra cosa.

Para su imposición habrá que tomar en cuenta la situación económica del sujeto activo, y la variación del valor de la moneda.

Por otro lado, la reparación del daño, tiene por objeto restablecer en la medida de lo posible, la situación fáctica en la que se encontraba el objeto jurídico, o material antes de la comisión de un delito.

Reviste el carácter de pena pública y por lo mismo el Ministerio Público tendrá el deber de solicitarla de oficio, con la coadyuvancia de la víctima u ofendido.

¹⁶⁵ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, op.cit., p.235.

En términos del artículo 42, del Código Penal para el Distrito Federal, la reparación del daño comprende:

- I.** El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;
- II.** La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial;
- III.** La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;
- IV.** El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y
- V.** El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.”¹⁶⁶

Todas se pueden traducir en la indemnización de daños y perjuicios.

Se entiende por daño o (daño emergente) la pérdida o menoscabo que una persona resiente en su persona o en su patrimonio a consecuencia del incumplimiento de una obligación.

Y por perjuicio o (lucro cesante) a la ganancia lícita que una persona deja de percibir por el incumplimiento de una obligación.

El daño o perjuicio puede ser: material, o moral.

El material es el menoscabo patrimonial, susceptible de ser apreciado económicamente.

Por su parte, el moral es la afectación extra-patrimonial que una persona sufre en “sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.”¹⁶⁷

Para el autor Bernardo Alonso Barraza, ha lugar a la reparación del daño moral, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- I.** Que la víctima sufra un daño;
- II.** Que se realice un hecho ilícito;

¹⁶⁶ Artículo 42. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁶⁷ Artículo 1916. Código Civil Federal. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>. 14 de julio de 2014, 13:00.

III. Relación directa e inmediata entre el hecho ilícito realizado y la producción del daño.¹⁶⁸

El hecho ilícito puede ser civil, o penal.

El ilícito civil, deriva del incumplimiento de una obligación dando lugar a la responsabilidad civil contractual, o extracontractual.

La extracontractual puede ser objetiva que es el riesgo creado; o subjetiva en donde la culpa impera.

d) Suspensión o privación de derechos

De acuerdo con el artículo 56 del Código Penal para el Distrito Federal, la suspensión “consiste en la perdida temporal derechos”¹⁶⁹; y la privación en “la perdida definitiva de derechos.”¹⁷⁰

Pueden ser de dos tipos: la que por ministerio de la ley resulta de la pena de prisión, y la que se impone mediante una sentencia formal, como pena autónoma.

La pena de prisión causa por ministerio de ley, la suspensión de los derechos: políticos, del ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, etc.

2.7.2. Excusas absolutorias

Las excusas absolutorias son el aspecto negativo de la punibilidad.

Tienen por efecto excluir la pena, y dejar subsistente el delito, así como la responsabilidad civil atinente.

Para el autor Gustavo Malo Camacho las causas que impiden la operatividad de la coerción penal, son de dos tipos: “Causas personales que excluyen la pena; y, Causas personales que cancelan la penalidad.”¹⁷¹

Las primeras son circunstancias que deben estar presentes en el momento de realización de la conducta o hecho típico.

Son causas *ab initio*, esto es, que sólo benefician a las personas comprendidas por la ley, sin que pueda extenderse de manera concurrente.

¹⁶⁸ Alonso Barraza, Bernardo, “El daño moral y su cuantificación”, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, pp.375-379, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/259/pr/pr9.pdf>. 15 de enero de 2014. 11:30.

¹⁶⁹ Artículo 56. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁷⁰ Artículo 56. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁷¹ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 7a. ed., 1a. r., Ed. Porrúa, México, 2010, p.578.

Dentro de éstas causas se pueden señalar como verdaderas excusas absolutorias, a manera de ejemplo y no limitativas: el arrepentimiento del delito de rebelión; el retracto del falso testimonio; el aborto causado; y el robo de mínima cuantía.

Las segundas son circunstancias posteriores a la comisión de un delito, que hacen cesar la punibilidad.

Entre éstas se encuentran las previstas por el Título Quinto, Libro Primero del Código Penal Federal, intitulado “Extinción de la Responsabilidad Penal”, consistentes en: la muerte del delincuente, amnistía, perdón del ofendido, reconocimiento de inocencia, rehabilitación, prescripción, aplicación de la ley más favorable, y cosa juzgada.

2.8. Condiciones objetivas de la punibilidad

Las condiciones objetivas o presupuestos de la punibilidad, tampoco constituyen un elemento esencial del delito, pues de igual modo no provocan su inexistencia.

Se presentan excepcionalmente como elementos secundarios del tipo. De su existencia depende la aplicación de una pena.

Frecuentemente se les confunde con los presupuestos procesales, que nada tienen que ver con la imposición de una pena, pues son condiciones previas o prejudiciales a la substanciación de un procedimiento penal.

Al respecto, el Doctor Eduardo López Betancourt señala que en las condiciones objetivas de punibilidad, “...se expresa el grado de menoscabo del orden jurídico protegido que en cada caso se requiere, mientras que los presupuestos procesales toman en consideración circunstancias opuestas a la verificación de un proceso penal. Cuando falta una condición objetiva en el momento del juicio oral, procede la absolución; cuando falta un presupuesto procesal, el proceso se detiene.”¹⁷²

¹⁷² López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, op.cit., pp.217-218.

Cita como ejemplo de la primera, la declaración de quiebra previa a la configuración del delito de fraude, y de la segunda, el desafuero de un servidor público, para procesarlo penalmente.

2.8.1. Ausencia de condiciones objetivas de la punibilidad

La ausencia de las condiciones objetivas de la punibilidad, hacen imposible la aplicación de una pena, aunque el delito exista.

Provocan una especie de atipicidad.

2.9. Etapas del proceso criminoso

Las etapas del proceso criminoso o camino del crimen, en latín *iter criminis*, hacen referencia a la vida del delito, desde que nace como idea hasta su ejecución.

El proceso criminoso sólo puede darse en los delitos intencionales o dolosos, ya que a diferencia de los culposos, en ellos el agente quiere y acepta la producción de un resultado típico y antijurídico.

Por ende, no ha lugar a la tentativa, por requerir ésta de la realización de actos voluntariamente encaminados a la producción del delito.

Las etapas o fases del delito pueden dividirse en dos, la interna, y la externa.

La primera no es penada por el derecho penal, porque nadie sufre el castigo del pensamiento, en latín *congitationis poenam nemo patitur*.

La segunda es castigada desde el comienzo de ejecución de la conducta descrita por el tipo penal, hasta su consumación.

2.9.1. Fase interna

La fase interna, o subjetiva comprende tres periodos: la ideación, la deliberación, y la resolución criminosa.

Para el Doctor Eduardo López Betancourt, la ideación o idea criminosa “es la sola representación del delito en la mente del sujeto.”¹⁷³

¹⁷³ López Betancourt, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, 15a. ed., Ed. Porrúa, México, 2010, p.150.

Por su parte, para la Real Academia Española, la idea es: “2. Imagen o representación que del objeto percibido queda en la mente; 4. Plan y disposición que se ordena en la fantasía para la formación de una obra; 5. Intención de hacer algo.”¹⁷⁴

La idea criminosa, es pues, la intención o tentación de delinquir. Si el agente no la rechaza, permanece como idea firme, y puede surgir la deliberación.

La misma fuente señala que deliberar es: “1. Considerar atenta y detenidamente el *pro* y el *contra* de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos; 2. Resolver algo con premeditación.”¹⁷⁵

La deliberación consiste en la meditación y ponderación de los *pros* y los *contras* de una decisión, antes de adoptarla. Aquí, surge una lucha psíquica entre la idea criminosa, y los factores sociales, religiosos, morales, o jurídicos.

La resolución, es propiamente la decisión de delinquir.

Normalmente se le identifica con las expresiones: al que directamente, o con el fin, o el objeto de cometer un delito.

En éste periodo se presenta el elemento volitivo del dolo, que por sí sólo, no es jurídicamente trascendente, pues aún no ha salido al mundo exterior.

2.9.2. Fase externa

La fase externa u objetiva abarca tres periodos: resolución manifiesta, preparación, y ejecución.

El Doctor Francisco H. Pavón Vasconcelos, concibe al primero como, “el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra.”¹⁷⁶

La resolución manifiesta es pues, la comunicación o exteriorización de la idea criminosa de forma verbal.

Excepcionalmente es incriminable. A manera de ejemplo, la parte especial del Código Penal, prevé los delitos de incitación, conspiración, y amenaza.

¹⁷⁴ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=idea>. 21 de agosto de 2014, 09:00.

¹⁷⁵ Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=deliberar>. 21 de agosto de 2014, 09:00.

¹⁷⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco H., *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, p.468.

Por otra parte, para el Doctor Eduardo López Betancourt, “la preparación, es la obtención de los medios o búsqueda de las condiciones adecuadas para delinquir.”¹⁷⁷

La preparación se da después de la manifestación y antes de la ejecución de un delito.

Generalmente no revelan un peligro efectivo y seguro en bienes jurídicos tutelados, ya que pueden realizarse con fines lícitos o ilícitos.

Por ello, son ocasionalmente punibles, salvo que evidentemente revelen el propósito de delinquir. Por ejemplo la tenencia de sustancias explosivas, la posesión de sellos falsos, etc.

La ejecución es la realización de un delito. En éste periodo se pueden presentar: la consumación, y la tentativa.

Éstos ya son penados por la ley, porque lesionan o ponen en peligro a bienes jurídicamente tutelados.

a) La consumación

Para el Doctor Fernando Castellanos Tena, se llama consumación “a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo penal.”¹⁷⁸

La consumación, es la última etapa del periodo criminoso.

Consiste en la ejecución absoluta de una conducta, o hecho típico, que producen un resultado jurídico o material.

Se ha debatido si la consumación es la antepenúltima etapa del proceso delictuoso, y el agotamiento el último; empero, debe decirse que el agotamiento es diferente de aquel, porque su función es lograr el propósito o la finalidad del delincuente.

Al respecto, el Doctor Eduardo López Betancourt apunta que: “...el agotamiento es un momento posterior y ajeno al *iter criminis*, en virtud a que el logro de la finalidad personal del agente en el delito cometido es jurídicamente indiferente,

¹⁷⁷ López Betancourt, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, op.cit., p.154.

¹⁷⁸ Castellanos Tena, Fernando, op.cit., p.286.

sólo relevante para efectos de la sanción, tema que no corresponde al *iter criminis*.¹⁷⁹.

b) La tentativa

En relación a la tentativa, el artículo 20, del Código Penal para el Distrito Federal, dispone: “Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.”¹⁸⁰

La tentativa, puede definirse como la ejecución total (tentativa acabada), o parcial (tentativa inacabada) de una conducta, encaminada a la producción de un delito determinado, el cual no se produce, por causas ajenas a la voluntad del agente.

En la tentativa se castiga el principio de ejecución de una conducta.

Existen dos teorías que ayudan a identificar cuando se está en presencia de un principio de ejecución: la objetiva o formal, y la del bien jurídico.

La primera, refiere que el principio de ejecución se presenta cuando hay un comienzo de perpetración del verbo del delito, llamado por Beling, “núcleo del tipo”.

Por ejemplo, cuando se habla de robo, que es apoderamiento de cosa ajena, habrá que empezar a apoderarse. Todo lo que no sea dar comienzo al delito, no es un acto de ejecución, sino preparatorio.

La segunda dice que el principio de ejecución se manifiesta, cuando el mismo revela la existencia de un peligro real y eficaz en el objeto jurídico; ese peligro será el resultado típico e imputable.

Otra forma de identificar principio de ejecución, es no confundirlo con un acto preparatorio.

Para ello, el Doctor Francisco H. Pavón Vasconcelos, los diferencia: “a) Desde un punto de vista exclusivamente cronológico, según la lejanía o cercanía del acto

¹⁷⁹ López Betancourt, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, p.160.

¹⁸⁰ Artículo 20. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

al resultado, serán actos preparatorios los remotos y actos de ejecución los próximos al evento querido y no realizado, b) Por cuanto a la naturaleza de los actos, en la equivocidad de los preparatorios y en la univocidad de los ejecutivos; c) En el carácter condicional del acto preparatorio y en el de la causa del acto ejecutivo y; d) En la voluntad exteriorizada a través del acto ejecutivo que falta en el preparatorio, etc.”¹⁸¹

La tentativa puede ser de tres tipos: inacabada, acabada, e imposible.

En la primera existe una incompleta ejecución de la conducta o hecho ilícito, por omisión o inactividad involuntaria del agente.

En otras palabras, el Doctor Fernando Castellanos Tena, expresa: “En la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución.”p.289

De lo transcrito, se puede colegir que en el delito intentado existe:

1. La voluntad de producir un resultado típico o material,
2. Un comienzo de ejecución de la conducta,
3. Una incompleta ejecución por omisión, y
4. Su no consumación por causas ajenas a la voluntad del agente.

En éste tipo de tentativa se da el desistimiento, cuando el resultado típico no se presenta por causas propias o sugeridas a la voluntad del agente. El desistimiento es una causa personal de exclusión de la pena.

Por otro lado, la tentativa acabada se presenta cuando a pesar de ejecutar completamente la conducta descrita por el tipo penal, el resultado querido no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para el mismo autor: “Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.”

Como se advierte, en la tentativa acabada, existe:

1. La voluntad de cometer un resultado típico o material,

¹⁸¹ Pavón Vasconcelos, Francisco H., *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, op.cit., p.476.

2. La ejecución completa de la conducta o hecho descrito por el tipo, y
3. Su no consumación, por causas ajenas a la voluntad del agente.

En éste tipo de tentativa se puede dar el arrepentimiento, cuando el agente evita la producción de un resultado típico por causas propias a su voluntad, una vez agotada la conducta descrita por el tipo penal. Del mismo modo el arrepentimiento, es una causa personal de exclusión de la pena.

Por último, la tentativa imposible, surge cuando no se produce el resultado típico o material, no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por imposibilidad material, por inidoneidad de los medios empleados por el agente, o bien por la falta del objeto jurídico o material del delito.

La tentativa imposible excluye la pena, si los motivos que influyeron en su no realización, existieron antes de la ejecución de la conducta; pero si se presentaron después, la imputación subsiste y se sancionará del mismo modo que la tentativa acabada o inacabada.

2.10. Autores y partícipes

En principio es menester distinguir a los autores, respecto de los partícipes.

Así, para el Doctor Eduardo López Betancourt, “el autor es el creador y ejecutor del delito, quien lleva a cabo el evento delictivo; los partícipes son los ayudantes, quienes colaboran con el autor, pero nunca llevan la plena responsabilidad del evento delictivo.”¹⁸²

El autor es pues, el principal ejecutor de un delito, y los partícipes los que auxilian o cooperan.

Cuando el tipo exija la concurrencia de dos o más individuos, estaremos en presencia de un delito de concurso necesario, plurisubjetivo, colectivo, o pluripersonal; y cuando se dé la intervención de varios sujetos a pesar de que la ley no lo requiera, habrá lugar al concurso eventual o de participación propia.

Por su parte, los delitos que son realizados por una sola persona reciben el nombre de unisubjetivos o monosubjetivos.

¹⁸² López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, op.cit., p.261.

En cuanto a la intervención de los sujetos, de manera genérica se pueden presentar los siguientes: autor material, intelectual, mediato, coautoría, complicidad, encubrimiento, pandilla, asociación delictuosa, y muchedumbre.

a) Autor material. El Doctor Luis Jiménez de Asúa, lo concibe como el que “ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito *in species*.”¹⁸³

Por su parte, el artículo 22, del Código Penal para el Distrito Federal, establece: “Son responsables del delito, quienes: ...I. Lo realicen por sí.”¹⁸⁴

El autor material, puede definirse como aquel sujeto que por su propia mano y de forma unilateral, delinque.

b) Autor intelectual. El mismo autor, señala que es instigador “el que induce o determina a otro a cometer el hecho.”¹⁸⁵

Asimismo, el Código Penal para el Distrito Federal, dispone: “**Artículo 22.** Son responsables del delito, quienes: ...IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo.”¹⁸⁶

El autor intelectual, o instigador es entonces, aquella persona que provoca, induce, instiga y determina la voluntad de otro sujeto, para que cometa un delito; o quien idea, dirige y planea el mismo.

c) Autor mediato o autoría indirecta. Se presenta cuando una persona utiliza a un inimputable como instrumento para cometer el delito.

Al respecto, el mismo numeral dispone: “Son responsables del delito, quienes: ...III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento.”¹⁸⁷

d) Coautor, o autor inmediato. Comprende la participación de dos o más personas para la realización conjunta de un delito.

En este sentido, el artículo 22, del mismo cuerpo legal, establece: “Son responsables del delito, quienes: ...II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores.”¹⁸⁸

e) Cómplice. Para el Doctor Luis Jiménez de Asúa, el cómplice “es el que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la

¹⁸³ Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de derecho penal, op.cit.*, p.337.

¹⁸⁴ Artículo 22. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁸⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de derecho penal, op.cit.*, p.337.

¹⁸⁶ Artículo 22. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁸⁷ Artículo 22. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁸⁸ Artículo 22. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

comisión de un delito. En suma: es auxiliador o cómplice el que realiza otros actos previos o accesorios.”

En el mismo sentido, el artículo 22, del Código Penal para el Distrito Federal, señala que son cómplices quienes: “...**V.** Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión.”¹⁸⁹

El auxilio puede consistir en un acto o en un consejo.

Para el Doctor Francisco H. Pavón Vasconcelos, existen dos clases de complicidad, “la moral y la material.”¹⁹⁰

En la primera el cómplice, instruye al autor, en el *modus operandi* o en la forma de ejecución del delito.

En la segunda, solamente le facilita los medios materiales para su realización.

f) Encubridor. El encubrimiento puede ser anterior o posterior al delito.

Respecto del primero, el artículo 22, del Código Penal para el Distrito Federal, establece: “Son responsables del delito, quienes: ...**VI.** Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.”¹⁹¹

Respecto de éste tipo de encubrimiento, sólo nos resta decir que se hace con el objeto de evadir la acción de justicia o la responsabilidad penal atinente.

Ahora bien, el encubrimiento posterior se presenta como un delito autónomo. La única diferencia radica en que el auxilio se presta, sin tener conocimiento previo de la conducta o hecho delictivo.

g) Pandilla. De acuerdo con el artículo 252 del Código Penal para el Distrito Federal, se entiende que hay pandilla, “cuando el delito se comete en común por tres o más personas, que se reúnen ocasional o habitualmente, sin estar organizados con fines delictuosos.”¹⁹²

El pandillerismo es el medio de comisión de otros delitos. Tiene por efecto, aumentar la pena.

h) Asociación Delictuosa. Consiste en la reunión no eventual de un grupo o banda de tres o más personas que se organizan al calor del momento, para cometer delitos indeterminados.

¹⁸⁹ Artículo 22. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁹⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco H., *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, op.cit.*, p.508.

¹⁹¹ Artículo 22. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁹² Artículo 252. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

En el Distrito Federal, su fundamento se localiza en el siguiente numeral: “**Artículo 253.** Se impondrán prisión de cuatro a ocho años y de cien a mil días multa al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con el propósito de delinquir.”¹⁹³

La asociación delictuosa se presenta como un delito autónomo.

i) Muchedumbre delincuente. Para el artículo 26, del Código Penal para el Distrito Federal, existe muchedumbre o autoría indeterminada: “Cuando varios sujetos intervengan en la comisión de un delito y no pueda precisarse el daño que cada quien produjo.”

En otras palabras, el Código Penal Federal, prevé: “**Artículo 13.** Son autores o partícipes del delito: ...**VIII.-** Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.”¹⁹⁴

De ambos preceptos puede colegirse que la muchedumbre es, la reunión inexacta, rápida e instantánea de varios sujetos o agregados ocasionales, que sin previo acuerdo cometen delitos indeterminados, debido al nivel de enardecimiento, activismo y provocación social.

Su falta de permanencia y reunión crónica, la distingue de la secta criminal; y la falta de interés común y social, la diferencia de la multitud.

2.12. Concurso de delitos

El concurso de delitos se presenta cuando un mismo sujeto, es autor de dos o más delitos.

El concurso puede ser ideal o material.

a) Concurso ideal o formal. Se habla de concurso ideal, cuando con una sola conducta se producen varios resultados.

Al respecto, el artículo 28, del Código Penal para el Distrito Federal, establece: “Hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos.”¹⁹⁵

¹⁹³ Artículo 253. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁹⁴ Artículo 13. Código Penal Federal, op.cit.

¹⁹⁵ Artículo 28. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

Por sus características se ha llegado a pensar que se trata de un delito complejo o (concurso medial). Sin embargo, éste último, a diferencia del concurso ideal, se presenta cuando uno de los delitos ejecutados constituye el medio necesario para la realización de otro.

b) Concurso material o real. Se presenta cuando con pluralidad de conductas, se producen dos o más infracciones a la ley penal.

El Código de mérito, en el mismo numeral, señala que: “Hay concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.”¹⁹⁶

Por su parte, el Doctor Francisco Pavón Vasconcelos apunta: “Existe concurso real de delitos cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea su naturaleza de éste, sino ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no esté prescrita.”¹⁹⁷

Como se advierte, en el concurso real, además de la identidad del sujeto activo, y la pluralidad de conductas y delitos, no debe existir sentencia irrevocable, ni debe haber prescrito la acción penal, respecto de aquellos delitos en concurso.

Es menester destacar que la acumulación, reviste los mismos requisitos que el concurso real.

También, cabe mencionar que la pluralidad de delitos, pueden ser homogéneos o heterogéneos, según sean de la misma, o distinta naturaleza.

¹⁹⁶ Artículo 28. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁹⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco H., *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, op.cit.*, p.530.

CAPÍTULO 3

TIPO PENAL SEMEJANTE Y MEDIOS DE BÚSQUEDA DEL MENOR

3.1. Sustracción y retención de menores o incapaces

En el Distrito Federal, el fundamento de éste tipo penal, se localiza en los siguientes numerales:

“Artículo 171. Al que sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 173 de este Código, o de tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días de multa.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.”¹⁹⁸

“Artículo 173. Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa, al ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que sustraiga, retenga u oculte a un menor o incapaz y que sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia.”¹⁹⁹

Ambos preceptos envuelven una gran variedad de hipótesis, pero antes de desglosarlas es importante dejar claro que tanto la sustracción como la retención, tienen por objeto impedir el libre ejercicio del derecho de custodia, o de visitas, al padre, a la madre, o a ambos.

En la sustracción se pueden presentar los siguientes supuestos:

1. El que sin tener relación de parentesco con un menor, lo sustraiga para incorporarlo a un nuevo núcleo familiar,
2. El que sin tener relación de parentesco con un incapaz, lo sustraiga con el objeto de incorporarlo a un nuevo núcleo familiar,
3. El que sin tener relación de parentesco con un menor, lo sustraiga con el propósito de incorporarlo a círculos de corrupción para traficar con sus órganos (trata de menores),

¹⁹⁸ Artículo 171. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

¹⁹⁹ Artículo 173. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

4. El que sin tener relación de parentesco con un incapaz, lo sustraiga con la finalidad de incorporarlo a círculos de corrupción para traficar con sus órganos,
5. El ascendiente, que no ejerza la patria potestad, tutela, o custodia de un menor, y lo sustraiga con o sin el consentimiento de su legítimo custodio,
6. El ascendiente, que no ejerza la patria potestad, tutela, o custodia de un incapaz, y lo sustraiga con o sin el consentimiento de su legítimo custodio,
7. El ascendiente que comparta la guarda y custodia de un menor, y aproveche su entrega para trasladarlo a otro lugar,
8. El ascendiente que tenga reconocido su derecho de convivencias, y aproveche su entrega para cambiar su residencia habitual,
9. El descendiente, que no ejerza la tutela, ni la custodia de un menor, y lo sustraiga con o sin el consentimiento de su legítimo custodio,
10. El descendiente, que no ejerza la tutela, ni la custodia de un incapaz, y lo sustraiga con o sin el consentimiento de su legítimo custodio,
11. El cónyuge, que no ejerza la patria potestad, tutela, o custodia de un menor, y lo sustraiga con o sin el consentimiento de su legítimo custodio,
12. El cónyuge, que no ejerza la patria potestad, tutela, o custodia de un incapaz, y lo sustraiga con o sin el consentimiento de su legítimo custodio,
13. El pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que no ejerza la tutela, o custodia de un menor, y lo sustraiga con o sin el consentimiento de su legítimo custodio, y
14. El pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que no ejerza la tutela, o custodia de un incapaz, y lo sustraiga con o sin el consentimiento de su legítimo tutor.

En la retención, además de las primeras cuatro hipótesis de la sustracción, pueden darse las siguientes:

1. El ascendiente, que a pesar de no ejercer la patria potestad, tutela, o custodia de un menor, lo retenga para impedir que retorne a su esfera de custodia,

2. El ascendiente, que no ejerza la patria potestad, tutela, o custodia de un incapaz, y lo retenga con la intención de no restituirlo a su legítimo custodio,
3. El ascendiente que comparta la guarda y custodia de un menor, y aproveche su entrega para no devolverlo en los términos fijados por convenio o por resolución judicial,
4. El ascendiente que comparta la guarda y custodia de un incapaz, y aproveche su entrega para no entregarlo en los términos fijados por un Juez de lo familiar,
5. El ascendiente o legítimo custodio que retenga a un menor con el objeto de obstruir o impedir el libre ejercicio del derecho de convivencias decretado judicialmente,
6. El ascendiente o legítimo custodio que retenga a un incapaz con la finalidad de impedir el régimen de convivencias decretado judicialmente.
7. El descendiente, que no ejerza la tutela, o custodia de un menor, y lo retenga con la intención de no restituirlo a su legítimo custodio,
8. El descendiente, que no ejerza la tutela, o custodia de un incapaz, y lo retenga para mantenerlo dentro de su esfera de dominio,
9. El cónyuge, que no ejerza la patria potestad, tutela, o custodia de un menor, y lo retenga para impedir que recobre su libertad,
10. El cónyuge, que no ejerza la patria potestad, tutela, o custodia de un incapaz, y lo retenga con el propósito de no devolverlo a su legítimo custodio.
11. El pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que no ejerza la tutela, ni la guarda y custodia de un menor, y lo retenga para impedir que retorne con su legítimo custodio, y
12. El pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que no ejerza la tutela, o custodia de un incapaz, y lo retenga a pesar de ser requerido judicialmente.

Por ser un tema diverso, en el siguiente estudio dogmático, no abordaremos el delito de trata de menores.

a) Clasificación del delito

Por su gravedad. El tipo penal en estudio no es un delito grave, en razón de que el término medio aritmético de la pena de prisión prevista por el artículo 173 del Código Penal para el Distrito Federal, no excede de tres años.

El término medio aritmético es el que "...se obtiene de sumar la pena de prisión mínima y la máxima del delito consumado que se trate y dividirlo entre dos."²⁰⁰

Según la conducta del agente. La sustracción se presenta como un delito de acción, ya que el sujeto activo con movimientos físicos corporales, se dirige a tomar y trasladar al menor o incapaz, a un lugar distinto de su domicilio real, sin justificación, y por lo general, sin consentimiento de la persona o institución que de hecho, o por resolución judicial provisional o definitiva, estuviese confiada, su guarda y custodia.

La retención por su parte, se presenta como un delito mixto, y de omisión simple.

Es mixto porque el agente mediante acciones u omisiones, impide el libre ejercicio del derecho de custodia o de visitas; y es de omisión simple, por ser él mismo, quien se niega a restituir al menor o incapaz, a su legítimo custodio o conviviente, a pesar de que tiene el deber jurídico de hacerlo.

Por el resultado. Ambos son delitos de resultado material, porque limitan el libre desplazamiento del sujeto pasivo, e impiden las relaciones personales entre padres e hijos.

Por el daño que causan. Son de daño porque resultan disminuidos los derechos de custodia o de visita, y la libertad ambulatoria del menor o incapaz; y son de peligro porque opera la tentativa.

En cuanto a su duración. La sustracción es instantánea, en virtud de que el delito se consuma desde el apoderamiento y el traslado ilícito del menor o incapaz; y la retención es un delito permanente, en razón de que no se sabe cuanto tiempo el agente mantendrá al menor o incapaz, dentro de su esfera de custodia.

²⁰⁰ Artículo 150. Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. <http://info4.juridicas.unam.mx/iure/fed/8/>. 23 de agosto de 2014, 08:00.

Por el elemento interno. Ambos son delitos dolosos, porque el sujeto activo traslada y retiene al pasivo con voluntad consciente.

Por su estructura. En el Distrito Federal, el tipo penal en estudio, es un delito simple, puesto que el bien jurídico tutelado es uno, la libertad personal.

Por el número de actos. Son plurisubsistentes, porque en el traslado y en la retención, concurren varias acciones u omisiones.

En cuanto a la participación de los sujetos. Puede tratarse de un delito unisubjetivo si sólo interviene el ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado; o plurisubjetivo si participan varios integrantes de la familia.

Por su forma de persecución. De querrela necesaria, porque se persigue a petición de la parte ofendida.

En función de su materia. Es un delito del fuero común, en razón de que fue creado por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en el año 2010.

b) Conducta o hecho y su aspecto negativo

La conducta típica consiste en privar al menor o incapaz de su libertad. “Esto puede ocurrir de dos maneras: por aprehensión o sustracción y por retención”²⁰¹

Ya hemos dicho porque la sustracción es un delito de acción; y la retención un delito mixto y de omisión simple.

No se presenta la ausencia de la conducta o hecho.

c) Tipicidad y atipicidad

Para que exista adecuación de la conducta a lo descrito por el tipo penal de sustracción y retención de menores o incapaces, es necesario que se cubran los elementos objetivos, normativos, y subjetivos que lo conforman.

Dentro de los (**elementos objetivos**), se encuentran los siguientes:

1. Presupuestos del delito. Además de los elementos objetivos, subjetivos y normativos, generalmente ambas conductas exigen para su integración, el elemento especial “jurídico” consistente en una resolución judicial de pérdida,

²⁰¹ Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho Penal, op.cit.*, p.407.

suspensión, o limitación del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, o régimen de convivencias.

Sin embargo, puede ocurrir que dicha resolución se encuentra *sub júdice*, o que el querellante compruebe que de hecho el menor ha permanecido bajo su cuidado y resguardo.

En ambos supuestos, no se requerirá el elemento especial jurídico para la integración del tipo.

Ahora, como presupuesto de la conducta o hecho, en la retención, además del elemento jurídico, se puede presentar la sustracción como elemento material.

Ello es así, porque el sujeto activo puede o no tener asignada la guarda y custodia del menor o incapaz.

Cuando no la tiene, y pretende retener al pasivo, necesariamente debe sustraerlo. Pero cuando la tiene, y pretende impedir el ejercicio del derecho de convivencias, no es necesaria la extracción previa del mismo.

Sujeto activo. En el entendido de que sólo estamos realizando el estudio dogmático del tipo penal de sustracción y retención de menores o incapaces, cometido por alguno de los integrantes de la familia. El sujeto activo puede ser el ascendiente, descendiente, cónyuge, o pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que no ejerza la patria potestad, tutela, o la guarda y custodia.

2. Sujeto pasivo. Son dos, el menor o incapaz de 18 años de edad, y el legítimo custodio o conviviente.

Cabe mencionar que en algunos Estados de la República, la edad del menor difiere, tal y como se desprende de la tabla siguiente:

ESTADO	EDAD
Estado libre y soberano de Zacatecas.	10 años (Artículos 242 y 243)
Sonora.	12 años (Artículo 301-B)
Estado libre y soberano de Oaxaca.	12 años (Artículo 347 Bis)
Aguascalientes.	12 años (Artículo 127 Bis)
Estado libre y soberano de Hidalgo.	12 años (Artículo 232)
Estado libre y soberano de Tlaxcala.	12 años (Artículo 232)
Baja California Sur.	12 años (Artículo 232)
Estado libre y soberano de Baja California.	12 años (Artículos 237 a 237 Ter)
Estado libre y soberano de Jalisco.	12 años (Artículo 179) y 14 años (Artículo

	179 Bis)
Estado libre y soberano de Colima.	14 años (Artículo 164)
Estado libre y soberano de Puebla.	14 años (Artículos 283 y 284)
Estado libre y soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.	16 años (Artículo 241)
Estado libre y soberano de Nayarit.	16 años (Artículo 264)

3. Referencias temporales y espaciales. El traslado o la retención pueden efectuarse, dentro o fuera del territorio nacional.

4. Referencias a los medios de comisión. Son indeterminados porque el tipo penal no precisa los medios ejecutivos para privar de la libertad al menor o incapaz; pero puede presentarse la violencia (física o moral), o el engaño.

La violencia física se da cuando el agente priva de la libertad al menor a través de agresiones, o mediante cualquier mecanismo fáctico.

La violencia moral se presenta cuando el sujeto activo priva de la libertad al incapaz por medio de intimidaciones, insultos, o amenazas de cualquier tipo.

“El engaño consiste en ocasionar en el sujeto pasivo una falsa idea de la realidad, a fin de privarlo de su libertad, sin el empleo de violencia.”²⁰²

5. Referencias al objeto. El objeto material generalmente es el menor o incapaz pues sobre ellos recae directamente la conducta o hecho típico consistente en la extracción y/o retención. Pero también puede ser cualquier persona que a causa de un apoderamiento violento, resulte lesionada.

En cuanto al objeto jurídico, cabe mencionar que en México, existe una gran variedad de criterios legislativos.

En el siguiente cuadro se pueden advertir los Estados que protegen la institución de la familia.

ESTADO	BIEN JURÍDICO TUTELADO
Estado independiente, libre y soberano de Coahuila de Zaragoza.	Delitos contra la familia, (Artículos 319-321).
Estado libre y soberano de Morelos.	Delitos contra la Familia (Artículo 203).
Estado libre y soberano de Puebla.	Delitos contra la Familia (Artículos 283 al 284).
Estado libre y soberano de Tlaxcala.	Delitos contra el orden de la familia (Artículo 232).

²⁰² Ibidem, p.408.

Estado libre y soberano de Hidalgo.	Delitos contra el Derecho de los integrantes de la Familia a vivir una vida libre de violencia (Artículos 232-233).
Querétaro	Delitos contra la familia (Artículo 212).
Estado libre y soberano de Jalisco	Delitos contra el orden de la familia, (Artículos 179 y 179 Bis).
Estado libre y soberano de Colima.	Delitos contra la familia (Artículo 164).
Estado libre y soberano de Michoacán de Ocampo.	Delitos contra el orden familiar, (Artículo 224).
Estado libre y soberano de Guerrero	Delitos contra la familia (Artículos 190 a 190 B).
Estado libre y soberano de Quintana Roo.	Delitos contra la familia (Artículos 171 a 171 bis).
Sinaloa	Delitos contra la familia (Artículos 242 y 242 Bis).
Tamaulipas.	Delitos contra la familia y el estado civil (Artículos 300 y 301).
Estado libre y soberano de Nuevo León.	Delitos contra la familia (Artículos 284 al 287).
Estado libre y soberano de Zacatecas.	Delitos contra el orden de la familia (Artículos 242 y 243).
Yucatán.	Delitos contra la familia (Artículo 223).
Campeche.	Delitos contra la familia (Artículos 285 y 286).
Tabasco.	Delitos contra el ejercicio de los derechos familiares (Artículos 209 y 210).
Estado libre y soberano de Nayarit.	Delitos contra el orden de la familia (Artículos 264 y 265).
Estado libre y soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.	Delitos contra la familia (Artículos 241 y 242).
Estado libre y soberano de Baja California.	Delitos contra la familia (Artículos 237 a 237 Quater).
Estado de Baja California Sur	Delitos contra la familia (Artículo 232).

Por su parte, de la siguiente tabla, se pueden desprender los Estados que tutelan la libertad y la seguridad personal de los menores o incapaces.

ESTADO	BIEN JURÍDICO TUTELADO
Estado libre y soberano de Chihuahua.	Delitos contra la libertad personal (Artículos 168 a 170).
Estado libre y soberano de Oaxaca.	Delitos contra la libertad y violación de otras garantías (Artículo 347 Bis).
Chiapas.	Delitos contra la libertad personal y de otras garantías (Artículos 223 a 226).
Estado libre y soberano de San Luis Potosí.	Delitos contra la paz, libertad y seguridad de las personas (Artículos 137 a 139).

Sonora.	Privación ilegal de la libertad, violación de otros derechos, secuestro y trata de personas, artículos 301-B-301-I.
Estado libre y soberano de Durango.	Delitos contra la libertad y seguridad personal (Artículos 162 a 166).
Estado de México.	Delitos contra la libertad, seguridad y tranquilidad de las personas (Artículo 263).
Distrito Federal.	Delitos contra la libertad personal (Artículos 171 a 173).

Diferente de los demás, el Estado de Aguascalientes protege el desarrollo integral de los menores o incapaces de la siguiente manera:

ESTADO	BIEN JURÍDICO TUTELADO
Aguascalientes	Tipos penales protectores de la Libertad Sexual, la Seguridad Sexual, el Normal Desarrollo Físico y Psicosexual, y el Libre Desarrollo de la Personalidad (Artículo 127).

Consideramos que el tipo penal en estudio es pluriofensivo, ya que protege dos bienes jurídicos: la libertad y seguridad personal de los menores o incapaces, concretamente la “ambulatoria”; y la familia porque con la sustracción y retención se ve disminuido el ejercicio del derecho de custodia y de visita, y con ello el normal desarrollo de la personalidad de los menores.

Por otro lado, los (**elementos normativos**) se forman con las expresiones: al que “ilegítimamente”, “sin consentimiento” o, “sin justificación”.

Obra ilegítimamente quien no tiene derecho a algo o actúa sin consentimiento del legítimo titular de ese derecho.

“La frase <<sin consentimiento>> habrá de entenderse como <<sin que se permita>> o como <<no condescender en que se haga algo>>.”²⁰³

El consentimiento puede ser expreso o tácito, y debe otorgarlo quien de hecho ejerza la patria potestad o quien tenga por resolución judicial provisional o definitiva la guarda y custodia del menor o incapaz.

El término sin justificación se refiere al que obra sin una causa razonable.

²⁰³ Hernández Romo V., Pablo, *Los Delitos contra la Familia, Cámara de Diputados LIX Legislatura*, Ed. Porrúa, México, 2005, p.127.

De conformidad con el artículo 264 del Código Penal del Estado de Nayarit se entiende por causa justificada: "...toda conducta realizada por el desposeído que perjudique evidentemente la salud física o moral del menor."²⁰⁴

En el mismo sentido, el artículo 284 del Código Penal de Nuevo León dispone: "...existe causa justificada, entre otras, en caso de ebriedad, toxicomanía, golpes, amenazas, falta de ministración de alimentos de forma reiterada y malos tratos."²⁰⁵

Por su parte, los **(elementos subjetivos)** versan sobre el propósito del sujeto activo, el cual puede consistir en cambiar la residencia habitual del menor, o impedir el régimen de convivencias decretado judicialmente, pero no obtener un "lucro indebido", porque de lo contrario no se configurará el delito de sustracción o retención, sino el de trata de menores.

"Se entiende por lucro indebido aquel beneficio económico, especialmente en dinero, que obtiene una persona de forma ilícita o injusta."²⁰⁶

Ahora bien, siguiendo los pasos de la teoría del delito, en este momento corresponde hablar de la clasificación del tipo penal en estudio.

Por su composición. Es un delito anormal, porque además de los elementos objetivos, contiene a los normativos, y subjetivos.

Por su ordenación metodológica. Es un delito simple o básico, porque es independiente respecto de cualquier otro tipo penal.

En función de su autonomía o independencia. Es autónomo o independiente, ya que no depende de ningún otro tipo para existir.

Por su formulación. Alternativo o acumulativo, en forma casuística.

Es alternativo porque el tipo se integra con una conducta o la otra, es decir, con la sustracción, "o" con la retención de un menor o incapaz.

Es acumulativo porque además de la sustracción, se da la retención.

Por último, es casuístico porque como vimos, el tipo no se limita a una sola hipótesis.

Ahora bien, se puede presentar la **(atipicidad)** cuando:

²⁰⁴ Artículo 264. Código Penal del Estado de Nayarit. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/19/764/>. 14 de julio de 2014, 11:30.

²⁰⁵ Artículo 284. Código Penal para el Estado de Nuevo León. http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/. 14 de julio de 2014, 12:00.

²⁰⁶ Hernández Romo V., Pablo, *op.cit.*, p.130.

- La conducta del agente se encuentre justificada (elemento normativo).
- El legítimo custodio consienta o permita la sustracción y el traslado del menor o incapaz (elemento normativo).
- El agente tenga como propósito un lucro indebido o incorporar al menor a círculos de corrupción o traficar con sus órganos (elemento subjetivo).
- El sujeto pasivo cumpla los 18 años de edad (elemento objetivo).

d) Antijuridicidad y causas de licitud

Es antijurídico privar de la libertad corporal a un menor, o incapaz; e impedir sin causa justificada, el ejercicio del derecho de custodia o de visita.

No se presenta ninguna causa de licitud.

e) Culpabilidad e inculpabilidad

Es un delito doloso, porque se realizan con voluntad consciente.

En cuanto a las clases de dolo, éste delito se puede clasificar de la siguiente manera:

En cuanto a su nacimiento. Puede ser inicial, o subsiguiente.

Es inicial si el dolo existe desde el momento en que el agente sustrae o retiene al sujeto pasivo; y es subsiguiente si con posterioridad surge la dañada intención. Por ejemplo, cuando el legítimo conviviente de buena fe, excede del tiempo de su derecho de visita, y en ese *inter* decide mejor retener al menor o incapaz.

En cuanto a su extensión. Es determinado, porque el agente tiene clara su intención de sustraer o retener al menor o incapaz.

En cuanto a la modalidad de la dirección. Es directo en la sustracción porque existe identidad entre lo querido (traslado ilícito) y lo previsto (apoderamiento del menor o incapaz) por el agente; y de consecuencia necesaria en la retención, si la extracción previa del sujeto pasivo, figura como presupuesto material de la retención.

En cuanto a su intensidad. Es un delito genérico si se hace con el propósito de dañar los derechos de familia, o de tener la guarda y custodia definitiva del menor o incapaz.

En cuanto a su duración. Es simple desde el momento en que el agente prepara todo lo necesario para sustraer o retener al sujeto pasivo; como la compra de los boletos de avión, la visa, las maletas, etc.

En relación a la inculpabilidad podrían surgir problemas de **error de prohibición** cuando:

1. El sujeto activo tiene la creencia equivocada de que le persiste el derecho a determinar, en todo momento, el lugar de residencia del menor, sin consultarlo al legítimo custodio,
2. Cuando considera suficiente el consentimiento del menor o incapaz, para sustraerlo, retenerlo, u ocultarlo, o
3. Cuando cree que el sujeto pasivo es mayor de edad.

También podría presentarse la **no exigibilidad de otra conducta**, cuando los parientes del sujeto activo, lo encubren de forma anterior o posterior a la sustracción o retención, en razón de los móviles afectivos revelados.

f) Punibilidad y excusas absolutorias

Los artículos 171 y 173 del Código Penal para el Distrito Federal establecen tres tipos de sanciones.

Las primeras dos, van dirigidas a aquellas personas que retienen o sustraen a un menor o incapaz, sin tener vínculo de parentesco.

En la retención la sanción prevista es de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa.

En la sustracción la sanción es de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

La tercera va dirigida a cualquier miembro o integrante de la familia que sustraiga, retenga u oculte a un menor o incapaz, y que sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia.

La sanción oscila de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa.

Como se advierte, la sanción prevista en cualquiera de las tres hipótesis, es incorporada, porque además de la pena de prisión, se fija el pago de una multa.

Cabe resaltar que el Código Penal del Estado de Aguascalientes, es el único que junto con la sanción incorporada, prevé de forma expresa la reparación del daño, en su artículo 127 siguiente: “Al responsable de Sustracción de Menores e Incapaces se le aplicarán de 4 a 10 años de prisión y de 10 a 60 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Si el responsable es familiar del menor o incapaz y no ejerce sobre él la custodia, la tutela o la guarda, se le aplicarán de 2 a 4 años de prisión y de 5 a 40 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.”²⁰⁷

Anteriormente vimos, que la reparación de los daños y perjuicios, puede ser material, o moral. El daño o perjuicio material, evidentemente debe de acreditarse en autos. Pero el daño moral derivado de la privación de la libertad corporal de un menor o incapaz, sustraído, retenido, u ocultado, se presume.

Así lo establece el artículo 1916, del Código Civil Federal siguiente: “...Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.”²⁰⁸

En este sentido, el menor o incapaz privado de su libertad, tiene derecho a la reparación de su daño moral, que además debe incluir el pago de los gastos erogados para su restitución, y de los tratamientos que atiendan la violencia psicoemocional que produjo la disminución de su derecho a vivir en familia, a no ser separado de sus padres sin resolución judicial, a convivir con ambos progenitores, a la participación, a la identidad personal, y a no sufrir Síndrome de Alineación Parental.

Tan sólo hay que recordar, el siguiente numeral, del Código Penal para el Distrito Federal: “**Artículo 42.** La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate: “...III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima.”²⁰⁹

²⁰⁷ Artículo 127. Código Penal del Estado de Aguascalientes. <http://www.poderjudicialags.gob.mx/servicios/legislacion/Codigo%20Penal%20para%20el%20Estado%20de%20Aguascalientes.pdf>. 14 de julio de 2014, 12:30.

²⁰⁸ Artículo 1916. Código Civil Federal, op.cit.

²⁰⁹ Artículo 42. Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.

En defecto del pago de daños y perjuicios en materia penal, ha lugar al pago del daño moral en su modalidad de responsabilidad civil.

Por otra parte, además de las sanciones vistas, por ministerio de ley, procede la suspensión de los derechos derivados de la patria potestad, tutela, o custodia.

En lo atinente al aspecto negativo de la punibilidad (**excusas absolutorias**) se pueden presentar como causas personales que cancelan la penalidad: la muerte del sujeto activo, el perdón del ofendido, o la prescripción de la acción penal.

Y como causas personales que excluyen la pena encontramos: La devolución del menor o incapaz, dentro de los tres días siguientes a la consumación del delito (Hidalgo y Sonora) o, antes de que se ejercite acción penal (Baja California Sur), siempre que sea la primera vez.

Nótese que en los demás ordenamientos penales, ésta excluyente se prevé como circunstancia atenuante de la pena, y no como excusa absoluta.

g) Etapas del proceso criminoso

Resulta admisible la tentativa acabada e inacabada, si el resultado querido no sobreviene por causas ajenas a la voluntad del agente.

La tentativa es común en aquellos casos en que el legítimo custodio o conviviente, descubre al sujeto activo, en el momento en que sustrae al menor o incapaz.

h) Circunstancias agravantes

En el siguiente cuadro se pueden ejemplificar mejor las circunstancias agravantes contempladas a nivel de la República.

ESTADOS	LA SANCIÓN SE INCREMENTA SÍ:
Distrito Federal (Art. 173)	El sujeto activo sustrae, o retiene a un menor de edad o incapaz, con la finalidad de obligar al otro cónyuge a dar, hacer o dejar de hacer algo.

Estado libre y soberano de Michoacán de Ocampo (Art. 224) Estado libre y soberano de Guerrero (Art. 190-A)	El sujeto activo, aprovecha la ausencia del legítimo custodio para sustraer o retener al menor o incapaz.
Distrito Federal (Art. 173) Tamaulipas (Art. 301)	El traslado se da fuera del territorio nacional.
Distrito Federal (Art. 172) Estado libre y soberano de Michoacán de Ocampo (Art. 224)	El sujeto activo sustrae a un menor de doce años.
Estado libre y soberano de Guerrero (Art. 190-A)	El sujeto activo sustrae a un menor de dos años.
Estado libre y soberano de Michoacán de Ocampo (Art. 224) Estado libre y soberano de Guerrero (Art. 190-A)	Media violencia.

i) Circunstancias atenuantes

Del mismo modo, en el siguiente cuadro se ilustran las circunstancias atenuantes, previstas por los Estados y el Distrito Federal.

ESTADOS	LA SANCIÓN DISMINUYE SI EL SUJETO ACTIVO DEVUELVE AL MENOR:
Distrito Federal (Art.173) Tamaulipas (Art.301) Chiapas (Art.226) Estado libre y soberano de Durango (Art.166)	Dentro de las 24 horas siguientes a la comisión del delito.
Tabasco (Art.210) Yucatán (Art.223) Querétaro (Art.212) Estado libre y soberano de San Luis Potosí (Art.139) Estado libre y soberano de Zacatecas (Art.243) Estado libre y soberano de Nayarit (Art.264)	Dentro de los 3 días siguientes a la comisión del delito.

Estado libre y soberano de Guerrero (Art. 190) Estado libre y soberano de Colima (Art.164) Estado libre y soberano de Tlaxcala (Art.232) Estado libre y soberano de Morelos (Art.203)	
Estado libre y soberano de Quintana Roo (Art.171-Bis) Estado libre y soberano de Baja California (Art.237-Ter)	Dentro de los 5 días siguientes a la comisión del delito.
Sinaloa (Art.242)	Dentro de los 6 días siguientes a la comisión del delito.
Estado libre y soberano de Veracruz (Art.242)	Dentro de los 7 días siguientes a la comisión del delito.
Estado libre y soberano de Jalisco (Art.179)	Dentro de los 15 días siguientes a la comisión del delito.
Estado libre y soberano de Puebla (Art.283-Ter)	Antes de dictarse sentencia.

j) Concurso de delitos

Finalmente, como concurso real pueden concurrir los delitos de desobediencia o desacato a la autoridad judicial, violencia familiar, o el delito de lesiones.

3.2. Medios de búsqueda de los menores

Existen diversos organismos gubernamentales que se dedican a la búsqueda y localización de los menores, entre ellos podemos citar, a los siguientes:

- El Centro de Apoyo a Personas Extraviadas y Ausentes (CAPEA),
- Alerta Amber, a cargo de la Procuraduría General de la República,
- La Unidad Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas, de la Procuraduría General de la República,
- El Registro Nacional de Datos de personas extraviadas o desaparecidas, del Sistema Nacional de Seguridad Pública, y

- El Comité de personas desaparecidas, no localizadas, ausentes o extraviadas, de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

A nivel internacional se encuentra la Organización Internacional de la Policía Criminal (INTERPOL), a través de la Dirección General de Asuntos Policiales Internacionales e INTERPOL-México, de la Procuraduría General de la República.

Pero antes de abordarlos consideramos importante mencionar que ninguno, comienza a investigar el paradero de los menores, sin que previamente se levante ante las autoridades competentes, la respectiva denuncia de sustracción, retención, ausencia, desaparición, o extravío.

En el Distrito Federal, la autoridad competente es la Agencia de Ministerio Público número 59, de la Fiscalía Central de Investigación para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

En lo que respecta a las procuradurías estatales, también cuentan con una Fiscalía análoga a la referida.

Por su parte, en el ámbito federal la Unidad Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas, será la competente para levantar la denuncia; iniciar la búsqueda de los menores y de cualquier persona reportada como desaparecida, extraviada, o ausente; para perseguir delitos federales, y en su caso remitir el acta de hechos, a la Fiscalía o Unidad correspondiente de la Procuraduría General de la República.

3.2.1. Centro de Apoyo a personas Extraviadas y Ausentes

El Centro de Apoyo a personas Extraviadas y Ausentes (CAPEA), “es uno de los seis centros que forman parte del sistema de auxilio a víctimas del delito de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.”²¹⁰

Su función es proporcionar atención especializada (médica, psicológica, jurídica y social) para la búsqueda y localización de personas reportadas como extraviadas o ausentes.

²¹⁰ Cfr., Los seis Centros de Atención a Víctimas del Delito son: el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), el Centro de Terapia de Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales (CTA), el Centro de Apoyo Sociojurídico a Víctimas de Delito Violento (ADEVI), el Centro de Atención a Riesgos Víctimales y Adicciones (CARIVA), el Centro de Investigación Victimológica y de Apoyo Operativo (CIVA), y el Centro de Apoyo de personas Extraviadas y Ausentes (CAPEA).

La atención médica, y psicológica se extiende a los familiares, y a las personas ausentes o extraviadas que han sido localizadas.

El apoyo social comprende: "...la elaboración de volante de media filiación con fotografía y el rastreo institucional en hospitales, albergues, Instituto de Ciencias Forenses, Agencias del Ministerio Público, Centros de Readaptación Social y otras instancias de carácter público y privado para la localización de las personas."²¹¹

Y el apoyo jurídico consiste en orientar y asistir legalmente a los familiares.

La denuncia de extravío o ausencia, puede realizarse en el propio Centro ya que cuenta con dos Agentes de Ministerio Público, o en las diversas procuradurías del Distrito Federal.

Cuando de la investigación se advierta la comisión de un delito, CAPEA realizará el rastreo institucional y remitirá la denuncia a la Fiscalía especializada ya sea, de Atención de Niños, Niñas y Adolescentes, o de secuestro, homicidio, delitos sexuales, entre otras.

Es importante mencionar que éste centro, realiza campañas de prevención para evitar la ausencia, o extravío de una persona, así como su reincidencia.

Asimismo, establece acuerdos o convenios con los diferentes medios masivos de comunicación para difundir la fotografía de las personas extraviadas y lograr con ello la participación ciudadana para su localización.

También atiende oficios de colaboración que con arreglo a derecho, le soliciten las diferentes Procuradurías de los Estados, ya que carecen de un Centro especializado para la búsqueda y localización de personas como en el Distrito Federal.

3.2.2. Alerta AMBER, a cargo de la Procuraduría General de la República

La alerta AMBER, es un programa que el gobierno federal, implementó a partir del 2 de mayo de 2012, para la búsqueda y localización de menores que se encuentren en riesgo inminente de sufrir daño grave a su integridad personal, ya sea por motivo de ausencia, desaparición, extravío, privación ilegal de la libertad,

²¹¹ Catalogo único de trámites y servicios, Localización de personas extraviadas o ausentes, http://www.tramitesyservicios.df.gob.mx/wb/TyS/centro_de_apoyo_a_personas_extraviadas_y_ausentes. 14 de junio del 2014, 2:15.

no localización o cualquier otra circunstancia donde se presume la comisión de algún ilícito, ocurrido en territorio nacional.

“México es el décimo país a nivel mundial, y el primero en América Latina en adoptar el Programa Alerta AMBER.”²¹²

Fue difundido por primera vez en el año de 1996, en Dallas, Texas, de los Estados Unidos de América, con la finalidad de evitar decesos lamentables, como el ocurrido con la niña Amber Rene Hagerman, que fue secuestrada, violada y, encontrada decapitada en Arlington, Texas, el 15 de enero del mismo año.

“El programa, se encuentra coordinado por un Comité Nacional, a cargo de la Procuraduría General de la República (PGR), a través de la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA).”²¹³

En cuanto a las entidades federativas y el Distrito Federal, cada uno cuenta con: “una Coordinación Estatal de Alerta AMBER, a cargo de la persona que designe el titular de la Procuraduría General de Justicia de cada Estado o Fiscalía respectiva.”²¹⁴

Su labor es actualizar, y activar la alerta AMBER previo reporte de ausencia, extravío, desaparición, no localización, o privación ilegal de la libertad del menor, y transmitirla lo antes posible en sus propias procuradurías, así como en los diversos medios de comunicación como la televisión, la radio, el internet (correo electrónico, Facebook, Twitter), periódicos, revistas, mensajes de texto SMS, aviso de pantalla electrónica, centros comerciales, publicación en el transporte, entre otros.

Para tal efecto, se servirán de la colaboración de las personas nombradas como responsables del programa por las entidades de la Administración Pública Federal y sus análogas a nivel Estatal siguientes:

- Secretaría de Gobernación, a través de la Unidad para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos,

²¹² Protocolo Nacional Alerta AMBER México, p.4, *file:///F:/libros%20electronicos/alerta-amber-protocolo-nacional.pdf*. 25 de junio de 2014, 7:00.

²¹³ Ibidem, p.12.

²¹⁴ Ibidem, p.17.

- Procuraduría Social de Atención a Víctimas de Delitos (Ahora Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas), a través de la (extinta) Subprocuraduría de Atención a Víctimas y Ofendidos del Delito,
- Secretaría de Seguridad Pública (Ahora Comisión Nacional de Seguridad), a través de la Coordinación para la Prevención de Delitos Electrónicos,
- Secretaría de Comunicaciones y Transportes, a través de la Unidad de Asuntos Jurídicos,
- El Instituto Nacional de Migración, a través de la Dirección de Control y Verificación Migratoria, y
- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), mediante el Programa contra la Trata de Personas.²¹⁵

Quienes además buscan la participación y adhesión de empresas y concesionarias del sector privado, social, y educativo, con la finalidad de expandir la alerta AMBER y con ello llegar al mayor número de personas posibles.

El programa AMBER, cuenta con un formato único, el cual deberá contener la fotografía de la niña, niño, o adolescente desaparecido, su nombre, edad, sexo, media filiación, señas particulares, padecimientos o discapacidades, vestimenta, lugar, personas y vehículos involucrados, la última vez que fue vista y demás información que se considere relevante. También contiene los teléfonos disponibles para reportar su localización.

La activación de la Alerta, será independiente de los procedimientos e investigaciones a que haya lugar.

Tendrá una duración máxima de 72 horas; sin que esto sea limitativo para todas las instituciones de investigación y persecución del delito, así como de protección y atención a víctimas de acuerdo a sus competencias.

Las entidades federativas deberán informar a la Comisión Nacional de la Procuraduría General de la República, los casos en donde se presuma extraterritorialidad, a efecto de que se valore si se activa la Alerta a nivel nacional o internacional.

²¹⁵ Ibidem, p.13.

Cuando se requiera la activación de una Alerta a nivel internacional, la Comisión Nacional deberá coordinarse con los responsables de operar la Alerta o similares del país o los países involucrados.

Desafortunadamente son pocos los países que se han unido al programa Alerta Amber, y ello dificulta la localización del menor.

3.2.3. Unidad Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas, de la Procuraduría General de la República

La Unidad Especializada de Búsqueda de Personas desaparecidas, se encuentra a cargo de la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad, de la Procuraduría General de la República, y es competente para:

“1. Ejercer las atribuciones y cumplir con las obligaciones que el artículo 21 y 102, apartado A, de la Constitución Política, los instrumentos internacionales de la materia, el artículo 4 fracciones I, IV, VII y IX de la Ley Orgánica de la Procuraduría, la Ley General de Víctimas, y demás disposiciones, confieren al titular de ésta Unidad, en su carácter de Agente de Ministerio Público Federal;

2. Recibir denuncias relacionadas con la desaparición de personas;
3. Dictar con el carácter de urgente, todas las diligencias necesarias para su búsqueda, localización y en su caso identificación forense;
4. Perseguir delitos federales relacionados con la desaparición de las personas;
5. Remitir al fuero común, las denuncias que no sean de su competencia;
6. Solicitar a las autoridades competentes su autorización para la realización de las exhumaciones de cementerios, fosas clandestinas o de otros sitios en los que se encuentren o se tengan razones fundadas para creer que se encuentran cuerpos u osamentas de víctimas;
7. Requerir a las áreas de investigación policial, tecnológica, científica y pericial de la Procuraduría o de otras instancias, toda la información que sea necesaria para la búsqueda y localización de las personas desaparecidas;

8. Determinar la incompetencia, acumulación, separación de las averiguaciones previas, la reserva, y en definitiva el no ejercicio de la acción penal;

9. Ejercer la facultad de atracción de los delitos del orden común relacionados con su ámbito de competencia;

10. Coordinarse con las instituciones de procuración de justicia de las entidades federativas y el Distrito Federal, en términos de los Convenios de Colaboración celebrados en el seno de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, a fin de colaborar, auxiliar y en su caso, asistir a las autoridades locales en la búsqueda y localización de personas desaparecidas;

11. Atender e informar a los familiares de las personas desaparecidas de las líneas de investigación orientadas a la localización de las personas desaparecidas e incorporarlos en los procesos destinados a la búsqueda y localización de sus familiares;

12. Brindar a las víctimas y a sus familiares, en los asuntos de su competencia, la protección de los derechos humanos que en su favor reconoce la Constitución Política, los instrumentos internacionales suscritos por el Estado Mexicano, la Ley General de Víctimas y demás disposiciones aplicables;

13. Establecer mecanismos de coordinación y de colaboración con otras áreas de la Procuraduría, con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, las Comisiones de Derechos Humanos Estatales, y las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos humanos y la defensa de los derechos de las víctimas, así como otras instancias y dependencias de los tres órdenes de gobierno, para el óptimo cumplimiento de las funciones que le corresponden;

14. Dar vista a la unidad administrativa correspondiente sobre la negligencia o falta de atención a los casos asignados;

15. Informar al Subprocurador de Derechos Humanos, Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad, sobre los asuntos de su competencia; y

16. Las demás que le encomiende el Procurador General de la República.”²¹⁶

Sabemos de antemano que la Procuraduría General de la República sólo atiende delitos federales, pero en relación a las personas desaparecidas, resulta interesante que prevé la posibilidad de colaborar y asistir a las autoridades locales en lo relativo a la búsqueda e identificación de las víctimas.

Es importante señalar que desde antes de que se creará ésta Unidad Especializada, la procuraduría, a través del Programa de Apoyo a Familiares de personas Extraviadas o Ausentes, se ha encargado de brindar “atención social a la población en general distribuyendo en las delegaciones estatales, cédulas que contienen la fotografía, datos de media filiación de la persona extraviada y números telefónicos en los que se pueda proporcionar cualquier información que coadyuve a su localización.”²¹⁷

El apoyo social se extiende a nivel internacional, con la intervención de la Dirección General de Asuntos Policiales Internacionales e INTERPOL, de la procuraduría, para la búsqueda y localización de las personas extraviadas o ausentes que han sido sacadas del país.

En relación a los menores extraviados o ausentes, las fichas de identificación no sólo se difunden en las delegaciones estatales de la procuraduría, sino también en las propias oficinas del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), en los desayunos escolares que empaqueta Tetra Pack, en los billetes de la Lotería Nacional para la Asistencia Pública, en las unidades de reparto y en los productos que la Sociedad Cooperativa de Trabajadores de Pascual S.C.L, distribuye en las fronteras norte y sur del país.

3.2.4. Registro Nacional de Datos de personas extraviadas o desaparecidas, del Sistema Nacional de Seguridad Pública

El Registro Nacional de Datos de personas extraviadas o desaparecidas es un ente que aún no entra en función, a pesar de que el artículo segundo transitorio de

²¹⁶ Cfr., Acuerdo A/066/13, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de junio de 2013, por el que se crea la Unidad Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas y se establecen sus facultades, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5303411&fecha=21/06/2013. 12 de julio de 2014, 11:30.

²¹⁷ Programa de Apoyo a Familiares de personas Extraviadas, Sustraídas o Ausentes, de la Procuraduría General de la República, <http://www.pgr.gob.mx/SPDA/search/consulta.asp>. 12 de julio de 2014, 12:00.

su propia ley general publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de abril de 2012, establece que el poder Ejecutivo contará con seis meses a partir de su publicación, para emitir el respectivo reglamento.

Éste Registro pretende concentrar en una sola base de datos electrónica, todo tipo de información relativa a las personas extraviadas, ausentes, o desaparecidas, con el objeto de contar con una estadística, y con la finalidad de coadyuvar, combatir, y mejorar los procesos de búsqueda, y localización de las víctimas.

Al respecto, el artículo 2 de su ley general dispone: “El Registro Nacional de Datos de personas extraviadas o desaparecidas es un instrumento de información del Sistema Nacional de Seguridad Pública, que tiene como propósito organizar y concentrar la información en una base de datos electrónica, sobre personas extraviadas o desaparecidas; así como de aquellas que se encuentren en establecimientos de atención, resguardo, detención o internación y de las que se desconociesen sus datos de filiación, identificación y domicilio, con el objeto de proporcionar apoyo en las investigaciones para su búsqueda, localización o ubicación de su familia y lugar de residencia.”²¹⁸

Esté proyecto va a permitir que el país, por primera vez, cuente con una fuente confiable que informe el número exacto, la disminución, o incremento de las personas desaparecidas, extraviadas, o ausentes, a nivel nacional.

También subsanará el hecho de que las entidades federativas no cuentan con una institución análoga a CAPEA, que se encargue de la búsqueda e identificación de las personas desaparecidas por cualquier motivo.

La misma ley, en su artículo 6, estatuye la obligación de todas las autoridades administrativas o judiciales que tengan conocimiento de una persona extraviada o que reciban alguna denuncia sobre su desaparición, a comunicarlo de manera inmediata al Registro Nacional.

Al igual que CAPEA, ésta institución funcionará las veinticuatro horas de los 365 días del año.

²¹⁸ Artículo 2. Ley del Registro Nacional de Datos de personas extraviadas o desaparecidas. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRNDPED.pdf>, 10 de agosto de 2014, 11:00.

3.2.5. Comité de personas desaparecidas, no localizadas, ausentes o extraviadas, de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas

Éste Comité también es de reciente creación, y tampoco ha entrado en función, debido a su falta de reglamento.

Hasta antes del ocho de enero del presente año, fecha en que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto que transformó la denominación de la Procuraduría Social de Atención a Víctimas de Delitos (PROVÍCTIMA), por la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, éste Comité era una Subprocuraduría de Personas Desaparecidas o No localizadas.

Actualmente el personal que laboraba en dicha Subprocuraduría, paso a formar parte de la Unidad Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas, de la Procuraduría General de la República.

De acuerdo con el decreto de mérito, la Comisión Ejecutiva paso a ser un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

El mismo cambio ocurre en cada entidad federativa.

3.2.6. Organización Internacional de la Policía Criminal (INTERPOL)

En principio debe decirse que la Organización Internacional de la Policía Criminal (INTERPOL), con sede en Francia, es la segunda organización policial más grande del mundo, y “es un mecanismo de cooperación de los servicios de policía de los Estados miembros, a fin de luchar en forma más eficaz contra el crimen internacional.”²¹⁹

De acuerdo con el artículo 5 del Estatuto de ésta organización, la INTERPOL se encuentra integrada por “una Asamblea General, un Comité Ejecutivo, una Secretaría General, por Oficinas Centrales Nacionales, y por Asesores.”²²⁰

Las Oficinas Centrales son designadas por los países miembros, para efecto de mantener los enlaces con la misma INTERPOL y con los Estados parte.

²¹⁹ López Bassols, Hermilo, *Los nuevos desarrollos del Derecho Internacional Público y casos prácticos de Derecho Internacional*, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 2008, p.157.

²²⁰ Artículo 5. Estatuto de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL). <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDExtradicion/pdf/INT6A.pdf>. 10 de agosto de 2014, 11:10.

En México la Oficina Central Nacional es la Procuraduría General de la República, a través de la Dirección General de Asuntos Policiales Internacionales e INTERPOL.

En relación a las personas extraviadas o ausentes, su labor es de suma importancia, ya que el apoyo social que brinda a las víctimas y a los familiares, lo extiende por medio de las distintas Oficinas Centrales extranjeras, de los 190 países donde tiene presencia la policía criminal INTERPOL, para el intercambio de información policial, difusión de las cédulas de identificación, localización de las personas, e investigación de los hechos.

Al respecto, el reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría, establece: “**Artículo 82.** Al frente de la Dirección General de Asuntos Internacionales e INTERPOL habrá un Director General, quien tendrá las facultades siguientes: ...**VII.** Realizar las tareas de intercambio de información policial con agencias policiales extranjeras encaminadas a la localización de personas extraviadas y menores de edad.”²²¹

Esta dirección además cuenta con una oficina en el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México (AICM).

En lo que respecta a las personas extraviadas o ausentes su labor se constriñe en evitar que sean sacadas del país.

²²¹ Artículo 82. Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LOPGR.pdf. 10 de agosto de 2014, 11:20.

CAPÍTULO 4

CREACIÓN DEL TIPO PENAL DE OCULTAMIENTO DE MENORES

4.1. Derechos transgredidos del menor ocultado

En el primer capítulo, desarrollamos brevemente los derechos humanos de la niñez relacionados con su ocultamiento, ahora nos corresponde hablar de su transgresión, pero antes, no debe perderse de vista que el Síndrome de Alineación Parental está presente en cada uno, por el hecho de ser los mismos padres quienes impiden su libre ejercicio.

a) Derecho a vivir en familia

El derecho a vivir en familia se quebranta desde el momento en que el menor es separado de su núcleo familiar, sin causa justificada, y sin resolución judicial que así lo determine.

La separación produce, entre otras cosas, la alteración del desarrollo integral de los menores, el desmembramiento de las relaciones familiares, y la privación de su derecho a recibir de ambos progenitores, alimentos, educación, buen ejemplo, afecto y crianza.

El grado de afectación depende del tiempo que dure la separación, del grado de resistencia y edad de los menores.

Se presume que en los primeros años de la vida del menor, no debe ser separado de la figura materna puesto que es de vital importancia, para su normal desarrollo.

El mismo artículo 282, apartado B, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, establece que los menores de doce años, deben quedar bajo el cuidado de la madre, salvo que se acredite que sea la causante de violencia familiar o ponga en grave peligro su desarrollo integral.

Por su parte, en la etapa de la adolescencia parece tener mayor impacto la figura paterna.

La propia Comisión Nacional de los Derechos Humanos, señala que el menor que es separado de su padre, puede tener implicaciones en: “la escolaridad; el

desarrollo psicosexual; y el desarrollo psicológico, conductual y social de los menores.”²²²

Por su importancia transcribiremos las siguientes investigaciones psicológicas, que nos muestran los diversos grados de afectación que presenta cada uno:

“Respecto del primer grupo, la mayoría de los estudios informan coeficientes **intelectuales** inferiores, dificultades verbales y peores resultados escolares en niños privados de la presencia paterna respecto de aquellos que mantenían relaciones sanas con sus progenitores varones.

Bisnaire, Firestone y Rynard, señalan en el estudio que realizaron en 1990, que los datos revelaron que los padres no custodios (mayoritariamente los varones) resultaron ser muy influyentes en el desarrollo de sus hijos...

Por lo que toca al **desarrollo psicosexual**, las investigaciones sugieren que la ausencia del padre está asociada a insidiosos efectos, a largo plazo, en el desarrollo psicosexual de los hijos. Biller y Weiss (1970), informan de actitudes inapropiadas hacia los roles sexuales, mientras que Wallerstein y Kelly (1980) denuncian una tendencia hacia la promiscuidad y dificultades en las relaciones de pareja.

Entre los efectos observados en niñas privadas tempranamente de la convivencia con su padre, se incluyen embarazos y matrimonios adolescentes; maternidad en soltería; altas probabilidades de relaciones heterosexuales que acaban en divorcio y tendencia a múltiples casamientos (Mc Lanahan y Bumpass, 1998)...

Pero la ausencia del padre resulta ser más grave y dañina en los hijos varones. Produce graves carencias en los niños privados de la presencia paterna en el desarrollo de su identidad masculina (Mitchell y Wilson, 1967) y problemas de fracaso escolar (Cazenave, 1979). Los efectos nocivos se manifiestan a corto, medio y largo plazo y pueden ser recurrentes en la vida adulta (Amato y Keith, 1991), pues constituye un factor de riesgo en el proceso de transición que comienza en la adolescencia y debiera terminar en una inserción exitosa en la comunidad, cuando adultos.

²²² Cfr., González Martín, Nuria, *op.cit.*, p.164.

En lo que toca al ajuste **psicológico y social** de los hijos sin padre, los estudios demuestran que los niños presentan desórdenes emocionales en diferentes estadios de su desarrollo evolutivo (Baydar, 1988 y Amato, 1991). La ausencia de uno de los progenitores ha sido asociada con trastornos mentales en el niño, ansiedad, tensión, depresión y enfermedades psicosomáticas.

Duncan Timms, de la Universidad de Stockholm, realizó en 1991 un seguimiento de todos los niños nacidos en Suecia en 1953 que se prolongó durante 18 años. Se hizo un psicodiagnóstico a cada uno de los quince mil niños a intervalos regulares. Los que presentaron mayor de disfunción psicológica fueron los varones nacidos de madres solteras y que crecieron sin padre.

Estas conclusiones coinciden con los resultados de un seguimiento de más de 17,000 menores de diecisiete años que se realizó en el National Center for Health Statistics de los Estados Unidos, particularmente, que el riesgo de disfunción psicológica (problemas emocionales y/o de conducta) es significativamente más alto para niños que han crecido sin padre.

Según Ronald y Jacqueline Ángel, investigadores de la Universidad de Texas, el niño que crece sin padre presenta un riesgo mayor de sufrir enfermedades mentales y dificultades para controlar sus impulsos, de ser más vulnerable a la presión de sus padres y de tener problemas con la ley.

Con base en datos empíricos, una investigación sociológica norteamericana alerta sobre las consecuencias de los “hogares sin padre” y señala que, frente a un niño que conserva el contacto y la relación con su padre, un niño crecido sin padre es:

- Cinco veces más propenso a cometer suicidio.
- Treinta y dos veces más propenso a irse de su casa.
- Veinte veces más propenso a tener desórdenes de conducta.
- Catorce veces más propenso a cometer actos de precocidad y abuso sexual.
- Nueve veces más propenso a abandonar sus estudios.
- Diez veces más propenso a abusar de sustancias químicas y drogas.
- Nueve veces más propenso a acabar en una institución estatal para menores.

- Veinte veces más propenso a acabar en prisión.”²²³

De estos tres aspectos, parece tener mayor incidencia el ámbito psicológico, y social, sobre todo en los menores de género masculino.

No cabe duda, que la separación es la causa generadora de una especie de violencia psicoemocional, que como se verá mas adelante, se traduce en el tan repetido Síndrome de Alineación Parental.

b) Derecho de convivencias

Ya hemos dicho que la separación influye de sobremanera en el derecho de convivencias, porque puede llegar a romper las relaciones personales entre padres e hijos.

La falta de convivencias padece los mismos síntomas de la separación, pero además de afectar el desarrollo intelectual, psicosexual, psicológico y social de los menores, puede generar en ellos depresión crónica, inestabilidad emocional, inseguridad, alteración en su personalidad o identidad personal, olvido y nuevo ambiente.

En la sustracción internacional de menores o incapaces, el nuevo ambiente, es una de las causales para que los Estados parte nieguen su restitución.

Luego entonces, podríamos decir que con la figura del ocultamiento de menores, resultan afectados el desarrollo mental, moral, emocional y espiritual de los niños, las relaciones familiares, y el derecho a la identidad personal de los menores.

c) Derecho de identidad

Su transgresión se presenta desde que el “progenitor ocultante” priva al menor ocultado de todo tipo de relación y contacto familiar con el que llamaremos “progenitor desposeído” del ejercicio de la patria potestad.

Dijimos anteriormente que la familia tiene una estrecha relación con el derecho a la identidad de los menores. Por ende, cuando a un menor, le es coartado su

²²³ Ibidem, pp.164-166.

derecho a vivir en familia y a convivir con ambos progenitores, su personalidad no se complementa del todo.

Por otra parte, puede suceder que el/la ocultante, al registrar el nacimiento de su menor hijo, lo prive del primer apellido del progenitor desposeído, o esconda su origen paterno o materno filial, y con ello los efectos jurídicos derivados de la filiación.

Ésta conducta en principio contraviene lo dispuesto por el artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dispone que: “El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos. Cuando no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil.”²²⁴

Pero por otro lado, el mismo Código, permite el reconocimiento unilateral en el siguiente numeral: “**Artículo 370.** Cuando el padre o la madre reconozca separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324 de este Código, únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad.”²²⁵

Sin embargo, la realidad es que la identidad personal de los menores se encuentra desprotegida en la mayoría de las legislaciones estatales, pues el hecho de restringir la labor de los Jueces del Registro Civil a sólo asentar el nombre del compareciente, limita la investigación de registros de nacimientos monoparentales, y reduce el número de reconocimientos materno o paterno filiales.

A nivel estatal encontramos que el Código Familiar del Estado de Sonora, es el único que irroga facultades a las autoridades para investigar y promover previa autorización de las partes, el reconocimiento de paternidad, en su artículo 252 siguiente: “El Oficial del Registro Civil deberá informar, mensualmente, al Procurador de la Defensa del Menor y la Familia o al Ministerio Público, en su caso, las inscripciones de nacimiento de hijos monoparentales, señalando el nombre y domicilio del progenitor conocido, a fin de que uno de sus agentes le

²²⁴ Artículo 60. Código Civil para el Distrito Federal, op.cit.

²²⁵ Artículo 370. Código Civil para el Distrito Federal, op.cit.

entreviste y se obtenga, por vía del convencimiento, la identidad y el domicilio del otro, a fin de promover el reconocimiento de la paternidad o la maternidad, a través de la mediación o conciliación institucional, así como el cumplimiento voluntario de las obligaciones derivadas del vínculo genético...”²²⁶

Consideramos que éstas medidas son realmente eficaces para detectar a tiempo a un menor ocultado, lamentablemente sólo el Estado de Sonora lo prevé.

Ahora bien, no debe soslayarse que la acción para reclamar el reconocimiento de paternidad, sólo le asiste a la madre, al padre, o a los hijos.

En el ocultamiento difícilmente el progenitor ocultante, accede a demandar el reconocimiento paterno o materno filial, porque su propósito no es reclamar el pago de alimentos, sino esconder el paradero y la ubicación de su menor hijo/a, a la vista y conocimiento del progenitor desposeído, no sólo del ejercicio de la patria potestad, sino también de su titularidad.

Entre otras cosas, puede ocurrir que las nuevas parejas de los progenitores ocultantes, registren el nacimiento de un recién nacido ocultado, mediante falsas atestaciones, atribuyéndose derechos de paternidad o filiación que no les corresponde, dando lugar a la comisión de delitos contra la filiación y el estado civil de las personas.

Al respecto, el Código Penal para el Distrito Federal establece: “**Artículo 203.** Se impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a mil días multa, al que con el fin de alterar el estado civil incurra en alguna de las conductas siguientes: **I.** Presente a registrar a una persona, asumiendo la filiación que no le corresponda..., **V.** Presente a registrar a una persona, atribuyendo a terceros la paternidad que no le corresponda.”²²⁷

El desconocimiento del origen genético, y la privación de un signo distintivo como lo es el apellido, puede llegar a alterar gravemente la salud emocional de los menores.

Así lo ha manifestado la Primera Sala del Supremo Tribunal, en el siguiente epígrafe:

²²⁶ Artículo 252. Código Familiar del Estado de Sonora. <http://www.congresoson.gob.mx/leyes.php>. 10 de agosto de 2014, 11:30.

²²⁷ Artículo 203. Código Civil para el Distrito Federal, op.cit.

“DERECHO A LA IDENTIDAD. SU PROTECCIÓN DESDE EL DERECHO A LA SALUD FÍSICA Y MENTAL. El derecho a la salud mental se encuentra en estrecha relación con el derecho a la identidad, en tanto es relevante para el individuo el conocer su origen biológico para la debida formación de su personalidad. En efecto, el desconocer el origen biológico puede generar problemas personales, psiquiátricos y de desarrollo de la personalidad, por lo que el conocimiento de dichos orígenes está protegido tanto desde el derecho a la identidad como del derecho a la salud mental. Por otro lado, en determinadas circunstancias, el saber quién es el padre o madre puede revelar información relevante para ayudar a prevenir o a tratar las afectaciones médicas de los hijos, por lo que el conocimiento del origen biológico incide en la protección del derecho a la salud física, en su vertiente de prevención y tratamiento de enfermedades.”²²⁸

De lo anterior podemos concluir que el ocultamiento puede:

- Romper las relaciones familiares,
- Alterar el normal desarrollo de la personalidad de los menores,
- Promover el registro de nacimientos monoparentales,
- Coartar el derecho de los menores a usar y llevar el primer apellido de la madre y del padre; así como, el derecho a conocer su filiación u origen genético, y con ello los deberes de crianza de ambos progenitores, y
- Dar cabida a terceras personas para que se atribuyan derechos de paternidad que no les corresponde.

d) Derecho de participación

El derecho de participación se ve disminuido desde el momento en que el sujeto activo, no permite que sea un Juez de lo familiar quien escuche la opinión del menor, y determine, lo que consideré mejor para el, atendiendo a sus intereses.

Como se dijo debe existir idoneidad entre el deseo del menor y su bienestar, porque muchas veces diversos factores, como la alineación parental, los conduce a tomar decisiones que muchas veces son contrarias a sus propios intereses, como aceptar la idea de no ver, ni convivir más con el progenitor desposeído, con

²²⁸ Tesis: 1a. XLIV/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VI., t. I, marzo de 2012, p.274, Tesis Aislada (Constitucional), http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8df8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=derecho%2520a%2520la%2520identidad%2520&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=10&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2000341&Hit=7&IDs=2005450,2004367,2003019,2000978,2001028,2000340,2000341,161100,165825,172050&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=. 16 de agosto de 2014, 05:35.

sus hermanos, abuelos, primos, tíos, etcétera, también víctimas de las circunstancias.

e) Derecho a no sufrir ningún tipo de violencia familiar

Como vimos, existen cuatro tipos de violencia familiar: física, psicoemocional, económica y sexual.

El ocultamiento se traduce en una especie de violencia psicoemocional por el hecho de separar injustificadamente al menor de uno de sus progenitores.

El mismo Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, expresa:

“VIOLENCIA FAMILIAR. LA SEPARACIÓN INJUSTIFICADA DEL MENOR DE UNO DE SUS PROGENITORES CONSTITUYE LA. Conforme el artículo 323 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal, violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio conyugal, para causar daño. Las clases de violencia son, entre otras: I. Física: Es todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro; y, II. Psicoemocional: Es todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración autocognitiva y autovalorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona. **Así, cuando un padre a través de conductas de acción u omisión, separa injustificadamente a su hijo de meses de edad de su progenitora, ejerce en perjuicio del infante violencia familiar, en su modalidad de psicoemocional, porque lo somete, domina, controla y prohíbe tener amor, alimentación y cuidados de su madre, así como relacionarse con la familia materna.** Ello, porque en el caso existe una imposibilidad material para acreditar la alteración en la estructura psíquica del menor (daño), en razón de que el demandado se lo llevó desde corta edad, y de manera reiterada se negó, no obstante los múltiples requerimientos judiciales, a entregarlo a su madre, lo que implica que no se tiene conocimiento del lugar y las condiciones en que el enjuiciado actualmente tiene a su hijo y, por ello, en el juicio natural no se pudo investigar o determinar la estructura psíquica del menor. Sin embargo, atendiendo a la hermenéutica jurídica, las normas legales no se pueden aplicar literalmente, cuando no se toman en cuenta las imprevisiones del legislador ni los postulados de la equidad en determinados supuestos, como el presente asunto, por lo que el juzgador al interpretar la ley, debe hacer

una exégesis generosa que permita armonizar el contenido de la norma y limitar su alcance. Por ende, en el caso se surte la presunción de la causación del daño en la estructura psíquica del infante, porque la alteración autocognitiva y autovalorativa que integran la autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de la persona, se presume a partir de la existencia del deber y la acción de separación injustificada del menor, como una consecuencia necesaria entre esa conducta indebida y la afectación en el integrante del grupo familiar, toda vez que conforme a los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 3.1, 7.1, 8.1, 9.1, 16.1, 19.1 y 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Principios 2, 6 y 9 de la Declaración de los Derechos del Niño, 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), se desprende que el desarrollo y bienestar integral del niño comprende, en principio, el derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos; el derecho a preservar las relaciones familiares; el derecho a que no sea separado de sus padres excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño; el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su familia; el derecho de protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual. Luego, si no se desvirtúa el incumplimiento de estas obligaciones y, como consecuencia, la separación injustificada del menor por parte de uno de sus progenitores, se acredita la existencia de violencia en su modalidad de psicoemocional, ya que se surte la presunción de causación del daño.”²²⁹

Pero también con la violencia psicoemocional se puede presentar el Síndrome de Alienación Parental, por acciones de manipulación o lavado de cerebro que el ocultante o alienante ejerza sobre el menor ocultado, para que odie, tema, rechace, no quiera, ni busque al progenitor desposeído del ejercicio de la patria potestad.

Por otra parte, este síndrome se exterioriza cuando el sujeto activo, no permite al menor ocultado ejercitar libremente sus derechos, concretamente el derecho a vivir en familia y convivir con ambos progenitores, a la identidad personal y familiar, a la participación, y a no sufrir ningún tipo de maltrato familiar.

²²⁹ Tesis: I.7o.C.118 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, diciembre de 2008, p.1098, Tesis Aislada (Civil), [http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfd8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=violencia%2520familiar.%2520la%2520separaci%25c3%25b3n&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=168241&Hit=1&IDs=168241&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=](http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfd8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=violencia%2520familiar.%2520la%2520separaci%25c3%25b3n&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=168241&Hit=1&IDs=168241&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=16) 16 de agosto de 2014, 05:40.

No cabe duda de que la alineación parental altera la estructura psíquica de las personas y puede llegar a destruir familias enteras, si no se detecta a tiempo.

El problema radica en que no todas las personas tienen conocimiento de este tipo de violencia psicoemocional, que tiende a repetirse generación tras generación.

No tiene difusión y en muy pocas legislaciones se encuentra regulada, lo cual deja en un verdadero estado de indefensión a sus víctimas, en este caso nos referimos, al menor, y al progenitor desposeído del ejercicio y/o de la titularidad de la patria potestad.

Luego entonces se puede colegir que un menor ocultado sufre de Síndrome de Alineación Parental por:

- Haber sido separado de alguno de sus progenitores,
- Actos de manipulación, o lavado de cerebro del progenitor ocultante, y
- Por restringir el ejercicio pleno de sus derechos humanos.

4.2. Marco referencial de la sustracción y retención de menores o incapaces

Ya hemos dicho que el país no cuenta con una fuente confiable que nos muestre el número de personas que a nivel nacional, se encuentran desaparecidas, extraviadas, ausentes, o sustraídas.

Es por ello, que nos es imposible dar un porcentaje exacto de aquellos menores o incapaces que han sido reportados como sustraídos o retenidos por sus mismos progenitores.

No obstante, podemos tomar como marco referencial, el informe del mes de julio de la presente anualidad, rendido por la Dirección General de Política y Estadística Criminal, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, del que se advierte que el tipo penal de sustracción y retención de menores o incapaces cuyo termino medio aritmético es de tres años, queda comprendido dentro de las "4,526 Averiguaciones Previas iniciadas por -otros delitos- no graves o de bajo impacto social."²³⁰

²³⁰ Dirección General de Política y Estadística Criminal, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, <http://www.pgjdf.gob.mx/images/Estadisticas/0714.pdf>. 16 de agosto de 2014, 06:00.

De una forma más aproximada, “la Dirección de Estadística y Presidencia, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, reportó que por el delito de sustracción y/o retención de menores o incapaces cometido por un familiar, en el año 2010, se consignaron en el ramo penal 33 asuntos; en el 2011, un total de 52; y hasta mayo del 2012, la cantidad de 11.”²³¹

La misma fuente, destacó que “del año 2011 al 2012, fueron ingresados en materia familiar, 80 expedientes de restitución de menores; del 2012 al 2013, sólo 71.1; y de diciembre de 2013 a mayo de 2014, un total de 500.”²³²

Estos datos nos pueden dar un acercamiento sobre el reciente incremento del fenómeno de sustracción y retención de menores o incapaces, sobre todo en el ámbito internacional.

4.3. Propuesta de adición del artículo 173 Bis al Código Penal para el Distrito Federal

La propuesta de adición del artículo 173 Bis, al Código Penal para el Distrito Federal, se constriñe en la creación del tipo penal de ocultamiento de menores, con el objeto de:

- Prevenir el delito (prevención general o especial),
- Brindar a los menores ocultados la misma protección jurídica que el Estado brinda a aquellos que han sido reportados como sustraídos o retenidos por sus mismos progenitores, y
- Velar por el interés superior del menor.

Con la **prevención general** se busca intimidar a las parejas en conflicto para que no oculten o escondan, a su menor hijo/a de la vista y conocimiento del otro progenitor que también ejerza sobre éste/a, la patria potestad.

La intimidación no versa sobre la imposición de una pena privativa de la libertad, pues la finalidad no es corromper a los progenitores, ni llenar las cárceles más de lo que ya se encuentran, situación que también sería contraproducente

²³¹ Cfr., Situación de la Infancia en México, Análisis Estadístico, p.25, http://www.fundacionenpantalla.org/estadisticas/pdf/Situacion_de_la_infancia_en_Mexico_Datos_estadisticos.pdf. 16 de agosto de 2014, 06:07.

²³² Dirección de Estadística de la Presidencia, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, “Reporte estadístico del mes de junio de 2014”, p.57, <http://estadistica.tsjdf.gob.mx/portal/>. 16 de agosto de 2014, 06:10.

para el menor, sino una pena pecuniaria o de trabajo a favor de la comunidad, menos lesiva en su aplicación.

Ante la comisión de un delito, no es posible responder solamente con la pena de prisión, ésta debe quedar reservada para los hechos más graves, abriendo así la posibilidad de reaccionar con penas y medidas de seguridad alternativas, que sean igualmente efectivas en materia de prevención general o especial.

La pena pecuniaria será la misma multa que fija el delito de sustracción y retención de menores. Su fijación será de acuerdo a las posibilidades económicas del reo. Ésta podrá ser sustituida por el trabajo a favor de la comunidad, si así lo juzga conveniente el respectivo Juez de lo penal.

Entre otras cosas, lo que se plantea es **extender a los menores ocultados la misma protección jurídica** que el Estado brinda a aquellos que han sido reportados como sustraídos o retenidos por sus mismos progenitores.

Esto es, además de proporcionarles atención especializada médica, psicológica, jurídica y social, a través de los medios de búsqueda vistos; lo que se pretende es que el Ministerio Público solicite al Juez de lo penal, la medida cautelar de prohibición al imputado de sacar al menor del país, o de la localidad en la cual reside, para evitar el fenómeno del ocultamiento internacional de menores.

No pasa por inadvertido el hecho de que la parte afectada pueda optar por la vía de controversias de orden familiar, para demandar de forma principal o incidental, la guarda y custodia del menor.

Sin embargo, sabemos que aunque ésta vía sea el medio adecuado para la integración del tipo penal de sustracción y retención de menores o incapaces, lo cierto es que aún y cuando el Juez de lo familiar, conceda a la parte actora la guarda y custodia provisional del niño, dicha determinación puede demorar por el tiempo que tarda la notificación del proveído que ordena dar vista a la parte contraria, el cual no será personal sino por edictos, en razón de que se desconoce la verdadera ubicación del progenitor ocultante.

Del mismo modo, en la audiencia que señala el artículo 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no podrá ser escuchado el menor ocultado, porque también se desconoce su paradero.

Luego entonces, no se discute que el menor se encuentre en un estado total de desprotección jurídica, más bien, se propala por que las autoridades intervengan lo más pronto posible, sin dilación alguna, porque el tiempo es de vital importancia ante estas situaciones, sobre todo cuando se teme que el menor pueda ser sacado del país.

Ahora bien, si a la parte actora no le es concedida la guarda y custodia provisional del niño, las cosas se complican porque no se integraría el tipo penal de sustracción y retención de menores o incapaces, ni ningún otro, y la actuación de las autoridades en el ámbito penal, se vería limitada, de entrada porque en atención al principio de legalidad no hay delito que perseguir, ya que a ambos padres les asiste el derecho de disponer de la persona del menor.

Empero como se verá más adelante, en el ocultamiento en particular, el menor sufre de violencia psicoemocional por el sólo hecho de separarlo de su familia, o por actos de manipulación que ejerza cualquiera de los progenitores; no obstante, en la práctica no es tomado en cuenta, porque como se dijo, en la mayoría de las legislaciones, el Síndrome de Alineación Parental carece de regulación.

Por otra parte, de acuerdo al **interés superior del niño**, lo que se busca es darle efectividad a los derechos humanos de la niñez, en toda su amplitud, y con todos los mecanismos jurídicos y administrativos con los que cuenta el Estado, sin condicionarlos a trámites o a instancias que no siempre promueven los padres.

Asimismo, en base al principio de prioridad, lo que se persigue es darle preferencia a los derechos humanos del menor, respecto de cualquier otro que entre en colisión, en este caso el derecho de ambos progenitores de ejercer la patria potestad sobre ellos.

Al respecto, cobra relevancia el siguiente epígrafe del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito: **“DERECHO DE CONVIVENCIA. EL INTERÉS QUE DEBE PRIVILEGIARSE ES EL DE LAS NIÑAS Y NIÑOS, SOBRE LA BASE DE QUE SE ASEGURE SU DESARROLLO Y DIGNIDAD. PROCEDENCIA**

DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO QUE TIENE POR MATERIA LA LIMITACIÓN A ESE DERECHO...”²³³

Además del derecho de convivencia, para asegurar el desarrollo integral de los menores ocultados, es necesario que no sean separados de su núcleo familiar sin resolución judicial, que gocen de su derecho a la identidad, a la participación, y que no sean sujetos de ningún tipo de maltrato o violencia familiar, como lo es el (Síndrome de Alineación Parental).

Desde luego que esto sólo será posible, si el menor ocultado es localizado, y si es un Juez de lo familiar quien determine lo que considere mejor para él, y no unilateralmente sus padres de acuerdo a sus propios intereses.

²³³ Tesis: I.3o.C.927 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p.1300, Tesis Aislada (Constitucional), http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8fd8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=derecho%2520de%2520convivencia.%2520el%2520inter%25c3%25a9s%2520que%2520debe%2520privilegiarse&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=162383&Hit=1&IDs=162383&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=. 16 de agosto de 2014, 05:45.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. En base a la doctrina de la protección integral o garantista, el menor deja de ser un objeto de protección, para convertirse en un sujeto pleno de derechos humanos.

SEGUNDA. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, fue el primer documento vinculante que abarcó ampliamente los derechos humanos de la niñez; y el primero en adoptar la doctrina de la protección integral o garantista; así como, el principio rector del interés superior del menor.

TERCERA. El interés superior del niño, además de ser un principio rector de la actuación judicial, y de las políticas públicas y privadas de los Estados; es un concepto jurídico, general, e indeterminado, cuyo contenido sólo puede precisarse en cada caso en particular, no mediante la facultad discrecional de las autoridades, sino en beneficio del desarrollo integral y los derechos humanos de la niñez, aún y cuando ello implique el sacrificio de otros intereses legítimos, en atención al principio de prioridad.

CUARTA. Es contrario al interés superior del menor, impedir u obstaculizar el libre ejercicio de los derechos humanos de un menor ocultado, concretamente, los relativos a vivir en familia, a convivir con ambos progenitores, a la identidad personal, a la participación, y a no sufrir ningún tipo de violencia psicoemocional como el Síndrome de Alienación Parental.

QUINTA. El derecho a la familia se relaciona con la efectiva vigencia de todos los derechos humanos de la niñez, por ser el medio natural y el espacio fundamental de crianza y desarrollo integral de los menores.

SEXTA. El derecho de convivencias, persigue que los niños mantengan relaciones personales y contacto regular con sus progenitores, cuando por cualquier circunstancia se encuentren separados de alguno de ellos o de ambos, salvo que sea contrario al interés superior del menor.

SÉPTIMA. La identidad personal comprende el derecho de los menores, a conocer su filiación u origen genético, a tener un nombre, a llevar el primer apellido de sus padres, a ser criado por ambos, a adquirir una nacionalidad, y a formar dentro de su núcleo familiar su propia personalidad.

OCTAVA. El derecho a la participación de los menores, comprende dos aspectos, que sean escuchados, y que su opinión sea tomada en cuenta en aquellos asuntos que les puedan afectar, siempre que sea auténtica, y que no sea contraria a sus propios intereses.

NOVENA. El Síndrome de Alienación Parental carece de regulación en la mayoría de las legislaciones, a pesar ser una especie de violencia psicológica contra los menores; y el medio a través del cual, los propios padres incumplen con sus obligaciones consignadas en la Constitución, y en los tratados ratificados por el Estado Mexicano, por ser ellos mismos quienes obstaculizan su libre desarrollo.

DÉCIMA. El ocultamiento de menores, transgrede el derecho del menor a vivir en familia, por el sólo hecho de separarlo de su núcleo familiar, sin causa justificada, y sin resolución judicial.

DÉCIMA PRIMERA. El ocultamiento transgrede el derecho de convivencias por impedir, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes.

DÉCIMA SEGUNDA. El ocultamiento viola el derecho a la identidad, por alterar la personalidad de los menores, bien por romper las relaciones familiares, por coartarles su derecho a conocer su filiación u origen genético, o por restringirles su derecho a llevar el primer apellido de sus padres, y a ser criado por ambos.

DÉCIMA TERCERA. El ocultamiento restringe el derecho a la participación desde el momento en que el progenitor ocultante, no permite que sea un Juez de lo familiar quien escuche la opinión del menor, y determine lo que consideré mejor para él, en pro de sus derechos humanos, en atención al interés superior del niño, y al principio de prioridad.

DÉCIMA CUARTA. El ocultamiento en particular, se traduce en una especie de violencia psicoemocional, llamada también Síndrome de Alineación Parental, por separar al menor de uno de sus padres; por limitar el libre ejercicio de sus derechos humanos; y/o por ejercer sobre él, actos de manipulación o lavado de cerebro, para que odie, insulte, denigre, tema o rechace al otro ascendiente en línea recta de primer grado, que ejerza o tenga derecho a ejercer la patria potestad.

DÉCIMA QUINTA. En el entendido de que la Agencia de Ministerio Público competente, no comienza a investigar el paradero de los menores, sin que previamente de la denuncia de hechos se advierta la posible comisión de un delito; a través de la creación del tipo penal propuesto, lo que se pretende es extender a los menores ocultados, la misma protección jurídica que el Estado brinda a aquellos que han sido reportados como sustraídos o retenidos por sus mismos progenitores; la cual abarca, a los medios de búsqueda vistos, a la medida cautelar de prohibición al imputado de sacar al menor del país, y las demás que se estimen pertinentes.

DÉCIMA SEXTA. Una vez que sean localizados los menores, el objetivo es que sea un Juez de lo Familiar, quien determine lo relativo a su guarda y custodia y no unilateralmente sus padres, en base al interés superior del menor, y al principio de prioridad.

DÉCIMA SÉPTIMA. La pena propuesta, no es privativa de la libertad puesto que la intención no es llenar las cárceles más de lo que ya se encuentran, situación que también sería contraproducente para el menor; sino conminar a las parejas en conflicto que aún no han tramitado el juicio de divorcio, separación o guarda y custodia, para que no oculten el paradero de sus menores hijos, de la vista y conocimiento del otro progenitor que también ejerza la patria potestad.

DÉCIMA OCTAVA. El tipo penal de ocultamiento de menores, no comprende a los niños que aún no han sido reconocidos por sus padres, porque consideramos que previamente en materia civil, deben de otorgarse facultades a los Ministerios Públicos, para que investiguen lo relativo a los registros de nacimientos monoparentales, y promuevan por vía del convencimiento, el reconocimiento paterno o materno filial, así como el cumplimiento voluntario de las obligaciones derivadas del vínculo genético; tal y como sucede en el Estado de Sonora.

DÉCIMA NOVENA. A través del tipo penal de mérito, lo que se busca es evitar los efectos nocivos que puede llegar a producir el Síndrome de Alineación Parental, como el desmembramiento de las relaciones familiares, el desentendimiento de las obligaciones de crianza; la alteración del desarrollo intelectual, psicosexual, psicológico y social de los menores, depresión crónica,

delirio de persecución, paranoias, sentimientos de traición, lealtades divididas, despersonalización, desesperación, aislamiento, comportamiento hostil, celos por los cambios de vida, sentimientos de culpa, etc., que se traducen en violencia psicoemocional.

PROPUESTA

La propuesta radica en añadir al Código Penal para el Distrito Federal, el artículo 173 Bis, con el objeto de crear el tipo penal de ocultamiento de menores, para quedar como sigue:

<p>Código Penal para el Distrito Federal Libro primero Título cuarto. Delitos contra la libertad personal Capítulo VI. Retención y sustracción de menores o incapaces Texto propuesto</p>
<p>Artículo 173 Bis. Se le impondrá de cien a quinientos días multa o trabajo a favor de la comunidad, a cualquiera de los ascendientes en línea recta de primer grado, que oculte a un menor, de la vista y conocimiento del otro progenitor que también ejerza la patria potestad.</p>

Del artículo transcrito, se puede colegir que en el tipo penal propuesto:

- La pena es alternativa,
- El ejercicio de la patria potestad debe de ser conjunta,
- El sujeto activo debe de tener la calidad de ascendiente en línea recta de primer grado, y
- El menor debe de estar plenamente reconocido por sus padres.

La sanción es alternativa, ya que la pena pecuniaria, admite ser sustituida por la de trabajo a favor de la comunidad, según sea la situación económica del reo.

No es lesiva en su aplicación, puesto que la conducta que se pretende tipificar como delito, no es grave, ni tampoco es merecedora de penas severas como lo es la privación de la libertad corporal.

Ya hemos dicho que ante la comisión de un delito, cabe la posibilidad de reaccionar con penas y medidas de seguridad alternativas, menos ofensivas, pero igualmente efectivas en materia de prevención general o especial.

Ahora bien, la patria potestad es conjunta, si es ejercida por ambos padres.

Si su ejercicio se encuentra limitado o es asignado a uno sólo de los progenitores, entonces habría lugar al tipo penal de sustracción y retención de menores o incapaces, y no al delito pretense.

La calidad de ascendiente en línea recta de primer grado, exigida en el sujeto activo, excluye a los abuelos, y a los demás descendientes, cónyuges, o parientes en línea afín o colateral hasta el cuarto grado; puesto que además de que ya se encuentran previstos en el tipo penal de mérito, el ocultamiento de menores, suele presentarse en parejas en conflicto que aún no tramitan el juicio de divorcio, separación, o la guarda y custodia de sus hijos.

Por otro lado, se entiende que los menores se encuentran reconocidos por sus progenitores, si se realizó en cualquiera de las siguientes modalidades (partida de nacimiento o acta especial ante el Juez del Registro Civil, escritura pública, testamento, o confesión judicial directa o expresa).

Con cualquiera de estos documentos públicos, se puede acreditar el reconocimiento paterno o materno filial, y la calidad de querellante en el ramo penal.

No así por lo que hace a aquellos menores que aún no han sido registrados por sus padres.

Ello es así porque en materia familiar, no prosperaría el reconocimiento de paternidad, por la imposibilidad de tener físicamente al menor.

Ésta situación no sólo limita la actuación de las autoridades; sino que además incrementa los registros de nacimientos monoparentales, y afecta la identidad personal de los menores, por privarlos de su derecho a usar y llevar el primer apellido de sus progenitores, y a ser criado por ambos.

Debe decirse que pese a lo antedicho, en el tipo penal propuesto, no comprendemos a los menores que carecen de registro, porque consideramos que previamente en el Libro primero, Título Séptimo "De la filiación", Capítulo IV "Del reconocimiento de los hijos", del Código Civil para el Distrito Federal, deben de otorgarse facultades a los Ministerios Públicos, para que en sus respectivas jurisdicciones, investiguen lo relativo a los registros de nacimientos

monoparentales, y promuevan por vía del convencimiento, el reconocimiento paterno o materno filial, así como el cumplimiento voluntario de las obligaciones derivadas del vínculo genético; tal y como sucede en el Código Familiar del Estado de Sonora.

Por otro lado, se reitera que con la creación del tipo penal pretense, lo que se plantea es extender a los menores ocultados, la misma protección jurídica que el Estado brinda a aquellos que han sido reportados como sustraídos o retenidos por sus mismos progenitores.

Ésta protección, no sólo abarca a los medios de búsqueda vistos, sino también a la medida cautelar de prohibición al imputado de sacar al menor del país, o de la localidad en la cual reside; y las demás que juzgue conveniente el Ministerio Público competente.

Éstas medidas pueden evitar el ocultamiento internacional de menores; y el cuadro de incertidumbre, y desesperación que suelen presentar los padres afectados, por desconocer la verdadera ubicación o el paradero de sus hijos.

Pero más allá de eso, el objetivo es que una vez que sea localizados los menores ocultados, sea un Juez de lo familiar y no unilateralmente sus padres, quien determine lo relativo a su guarda y custodia, en pro de sus derechos humanos, en atención al interés superior del niño, y en base al principio de prioridad.

Con el interés superior, lo que se busca es garantizar el ejercicio pleno de sus derechos humanos, aún y cuando ello implique el sacrificio de otros intereses legítimos.

Esto sólo es posible si no son separados de su núcleo familiar, sin causa justificada y sin resolución judicial (derecho a la familia); si mantienen relaciones personales y contacto regular con sus progenitores (derecho de convivencias); si llevan el primer apellido de sus padres y son criados por ambos (derecho a la identidad); si su opinión es tomada en cuenta en aquellos asuntos que les puedan afectar (derecho a la participación); y si no sufren ningún tipo de violencia familiar, como el Síndrome de Alineación Parental.

De su goce efectivo depende su desarrollo integral, sobre todo el de tipo emocional, moral, y espiritual.

Por último, es de hacer notar que a través de éste tipo penal, lo que se pretende es subsanar, la falta de regulación del Síndrome de Alineación Parental, evitando los efectos nocivos que puede llegar a producir sino se detecta a tiempo.

Esto no es un alcance, tan sólo basta recordar las secuelas que produce la ausencia de los padres en la vida de sus hijos; como la depresión crónica, el olvido, el resentimiento, el desprecio, el odio, la falta de desarrollo intelectual, psicosexual, psicológico y social, la desestabilidad y destrucción familiar, y el incumplimiento o desentendimiento de la corresponsabilidad paterno o materno filial, que principalmente afectan a la persona del menor.

BIBLIOGRAFÍA

1. Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho Penal*, 3a. ed., 11a. r., Ed. Oxford University Press, colección textos jurídicos Universitarios, México, 2005.
2. Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, 2a. ed., Ed. Oxford University Press, colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 2009.
3. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 41a. ed., Ed. Porrúa, México, 2009.
4. Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo Paradigma*, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012.
5. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 19a. ed., Ed. Porrúa, México, 1997.
7. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General*, 51a. ed., Ed. Porrúa, México, 2012.
8. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., 9a. r., Ed. Oxford University Press, colección textos jurídicos universitarios, México, 2009.
9. Cruz Gallardo, Bernardo, *La Guarda y Custodia de los Hijos en las Crisis Matrimoniales*, Ed. Wolters Kluwer, S.A, España, 2012.
10. Farith, Simón, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Ed. Cevallos editora jurídica, Universidad San Francisco de Quito, t. II, Ecuador, 2009.
11. Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Argentina, 1992.
12. Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil, Primer Curso: Parte General, Personas, Familia*, 17a. ed., Ed. Porrúa, México, 1998.
13. Giuseppe, Maggiore, *Derecho Penal, Parte Especial, Delitos en Particular (continuación)*, 4a. ed., 3a. r., Ed. Temis, vol. IV, Colombia, 1989.

14. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 2009.
15. Hernández Romo V., Pablo, *Los Delitos contra la Familia*, Cámara de Diputados LIX Legislatura, Ed. Porrúa, México, 2005.
16. Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de derecho penal*, Ed. Oxford University Press México, S.A de C.V, vol. III, México, 2003.
17. Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría del Delito*, Ed. Jurídica Universitaria S.A y Asociación de Investigaciones Jurídicas AC, colección Serie Grandes Temas Básicos del Derecho Penal, vol. II, México, 2002.
18. Jiménez García, Joel Francisco, *Derecho del Menor*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 207, México, 2012.
19. Jiménez García, Joel Francisco, *Derechos de los niños*, 1a. r., IPN-Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, colección Nuestros Derechos, México, 2000.
20. López Bassols, Hermilo, *Los nuevos desarrollos del Derecho Internacional Público y casos prácticos de Derecho Internacional*, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 2008.
21. López Betancourt, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, 15a. ed., Ed. Porrúa, México, 2010.
22. López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, Porrúa, México, 2010.
23. Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 7a. ed., 1a. r., Ed. Porrúa, México, 2010.
24. Matus Calleros, Eileen, *México ante la restitución internacional de menores*, Ed. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Estudios Jurídicos, Núm.231, México, 2013.
25. Pavón Vasconcelos, Francisco H., *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 10a. ed., Ed. Porrúa, México, 1991.
26. Porte Petit Caudaudap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 21a. ed., 1a. r., Ed. Porrúa, t. I, México, 2012.

27. Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, 6a. ed., Ed. Porrúa, México, 2012.
28. Sánchez Eznarriaga, Luis Zarraluqui. et al, *La Sustracción Interparental de Menores*, Ed. Dykinson S.L, colección Abogados de Familia, España, 2005.
29. Stilerman, Marta N., *Menores. Tenencia. Régimen de visitas*, 2a. ed., Ed. Universidad S.R.L, Argentina, 1992.
30. Tapia Parreño, José Jaime, *Custodia Compartida y Protección de Menores*, Cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, S.A, España, 2009.
31. Valenzuela Reyes, María, *Derechos Humanos de los Niños y las Niñas, ¿Utopía o realidad?*, Ed. Porrúa, México, 2013.
32. Zavala Pérez, Diego H., *Derecho Familiar*, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 2011.

DICCIONARIOS

1. Amuchategui Requena, Irma Griselda y Villasana Díaz, Ignacio, *Diccionario de Derecho Penal*, 2a. ed., Ed. Oxford University Press, México, 2006.
2. De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 19a. ed., Ed. Porrúa, México, 2002.
3. Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae>.
4. Márquez Romero, Raúl (coord.), *Diccionario Jurídico Mexicano, D-H*, Ed. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Series E: Varios, Núm.96, México, 2009.
5. Márquez Romero, Raúl (coord.), *Diccionario Jurídico Mexicano, I-O*, Ed. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Series E: Varios, Núm.96, México, 2009.
- 6.- Pavón Vasconcelos, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal (Analítico-Sistemático)*, Ed. Porrúa, México, 1997.

LEGISLACIÓN NACIONAL

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>.

2. Convención sobre los Derechos del Niño.
<https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0177.pdf>.
3. Ley para la protección de las Niñas, Niños y Adolescentes.
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/185.pdf>.
4. Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal.
<http://www.aldf.gob.mx/archivo-c8b8187de4fe356cb45eb331e7fdaaf8.pdf>.
5. Ley del Registro Nacional de Datos de personas extraviadas o desaparecidas.
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRNDPED.pdf>.
6. Código Penal Federal. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>.
7. Código Civil Federal.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf.
8. Código Nacional de Procedimientos Penales.
<http://info4.juridicas.unam.mx/iure/fed/8/>.
9. Código Penal para el Distrito Federal. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-994197bf103f72d714726e94ce527125.pdf>.
10. Código Civil para el Distrito Federal.
<http://www.aldf.gob.mx/archivo5e44292eef647ddd22044d83d5bb0297.pdf>.
11. Código Civil del Estado libre y soberano de Aguascalientes.
http://www.aguascalientes.gob.mx/gobierno/leyes/leyes_PDF/04102013_134757.pdf.
12. Código Familiar del Estado libre y soberano de Morelos.
http://instituto.congresomorelos.gob.mx/nuestras_leyes/pdf/codigos/Codigo_FAMILIAREM.pdf.
13. Código Civil para el Estado libre y soberano de Puebla.
[http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/22/885/612.htm?s=.](http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/22/885/612.htm?s=)
14. Código Familiar del Estado de Sonora.
<http://www.congresoson.gob.mx/leyes.php>.
15. Código Penal del Estado de Nayarit.
<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/19/764/>.

16. Código Penal del Estado de Nuevo León.
http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/codigos/.

17. Código Penal del Estado de Aguascalientes.
<http://www.poderjudicialags.gob.mx/servicios/legislacion/Codigo%20Penal%20para%20el%20Estado%20de%20Aguascalientes.pdf>.

18. Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LOPGR.pdf

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

1. Estatuto de la Organización Internacional de Policía Criminal.
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDExtradicion/pdf/INT6A.pdf>.

PÁGINAS DE INTERNET

1. Alonso Barraza, Bernardo, “El daño moral y su cuantificación”, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/259/pr/pr9.pdf>.

2. Acuerdo A/066/13, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de junio de 2013, por el que se crea la Unidad Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas y se establecen sus facultades,
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5303411&fecha=21/06/2013

3. Catalogo único de trámites y servicios del Gobierno del Distrito Federal, Localización de personas extraviadas o ausentes,
http://www.tramitesyservicios.df.gob.mx/wb/TyS/centro_de_apoyo_a_personas_extraviadas_y_ausentes.

4. Dirección General de Política y Estadística Criminal, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal,
<http://www.pgjdf.gob.mx/images/Estadisticas/0714.pdf>.

5. Dirección de Estadística de la Presidencia, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Reporte estadístico del mes de junio de 2014,
<http://estadistica.tsjdf.gob.mx/portal/>.

6. González Martín, Nuria. et al, Alienación Parental, Ed. D.R.© Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011, http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/Var_57.pdf.

7. Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la niñez, “Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes”, http://www.unicef.org/mexico/spanish/Informe_castigo_corporal.pdf.

8. Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Derecho del Niño y de la Niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización de las Américas”, <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>.

9. Programa de Apoyo a Familiares de personas Extraviadas, Sustraídas o Ausentes, de la Procuraduría General de la República, <http://www.pgr.gob.mx/SPDA/search/consulta.asp>.

10. Protocolo Nacional Alerta AMBER México. <file:///F:/libros%20electronicos/alerta-amber-protocolo-nacional.pdf>.

11. Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Interés superior del menor. Su configuración como concepto jurídico indeterminado y criterios para su aplicación a casos concretos”, http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=Inter%25c3%25a9s%2520superior%2520del%2520menor.%2520Su%2520configuraci%25c3%25b3n%2520como%2520concepto%2520jur%25c3%25addico&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=2&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2006593&Hit=1&IDs=2006593,2002815&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=.

12. Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Interés superior del menor. Sus alcances y funciones normativas”, <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=Inter%25c3%25a9s%2520superior%2520del%2520menor.%2520sus%2520alcances%2520y%2520funciones&Domi>

nio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2000989&Hit=1&IDs=2000989&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=.

13. Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Familia. Constituye la forma óptima de desarrollo del menor (Interpretación de los artículos 138 Ter, Quáter, 138 Quintus y 138 Sextu del Código Civil para el Distrito Federal),” *http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfdf8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=FAMILIA.%2520CONSTITUYE%2520LA%252020&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=4&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=162830&Hit=2&IDs=161267,162830,166625,175689&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=.*

14. Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Derecho a la identidad personal. El conocimiento del origen biológico de la persona tiene trascendencia psicológica y jurídica para el individuo”, *http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfdf8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=derecho%2520a%2520la%2520identidad%2520personal.%2520el%2520conocimiento%2520del%2520origen&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2000340&Hit=1&IDs=2000340&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=.*

15. Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Derecho de convivencia. El interés que debe privilegiarse es el de las niñas y niños, sobre la base de que se asegure su desarrollo y dignidad. Procedencia de la suspensión del acto reclamado que tiene por materia la limitación a ese derecho”, *http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfdf8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=derecho%2520de%2520convivencia.%2520el%2520inter%25c3%25a9s%2520que%2520debe%2520privilegiarse&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-*

100&Hasta=-

100&Index=0&ID=162383&Hit=1&IDs=162383&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=.

16. Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Derecho a la identidad. Su protección desde el derecho a la salud física y mental", http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfdf8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=derecho%2520a%2520la%2520identidad%2520&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=10&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-

100&Index=0&ID=2000341&Hit=7&IDs=2005450,2004367,2003019,2000978,2001028,2000340,2000341,161100,165825,172050&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=.

17. Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Violencia familiar. La separación injustificada del menor de uno de sus progenitores constituye la", http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfdf8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=violencia%2520familiar.%2520la%2520separaci%25c3%25b3n&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-

100&Index=0&ID=168241&Hit=1&IDs=168241&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=.

18. Situación de la Infancia en México, Análisis Estadístico, http://www.fundacionenpantalla.org/estadisticas/pdf/Situacion_de_la_infancia_en_Mexico_Datos_estadisticos.