

320809



**UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO**

PLANTEL TLALPAN  
ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

30  
2ej

**ANALISIS JURIDICO DEL ROBO  
DE INFANTE**

**TESIS PROFESIONAL**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
SUSANA JIMENEZ RINCON

Asesor de Tesis: Lic. Anibal Guillermo Cuen Rodríguez

MEXICO, D. F.  
**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

1994



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

**DEDICATORIAS**

**Al Lic. Guillermo Cuen Rodríguez  
y al Lic. Tomás Cortés Samperio  
por su valiosa asesoría.**

A mi madre, que con su amor,  
ternura y apoyo incondicional hizo  
posible la realización de esta tesis.

A Lichita, mi otra madre como-  
símbolo de gratitud, por ser mi guía  
y por todo su cariño y apoyo.

A mi esposo José Manuel Quiroz, que gracias a su amor infinito he logrado uno de mis más caros anhelos.

A mi pequeño Edgar Manuel que con su existencia vino a colmar mi vida de felicidad.

# ANALISIS JURIDICO DEL ROBO DE INFANTE

## I N D I C E

PAG.

### INTRODUCCION

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICO-LEGISLATIVOS.....	2
DEL ROBO DE INFANTE.	
1.1. Código Penal Español de 1822	
1.2. Código Penal Español de 1848	
1.3. México .....	3
1.3.1. Código Penal para el Distrito y Territorio de Baja California de 1871	
1.3.2. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929	
1.3.3. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1831	
1.4. Legislación comparada .....	11
1.4.1. Argentina	
1.4.2. Bolivia	
1.4.3. Brasil	
1.4.4. Colombia	
1.4.5. Costa Rica	
1.4.6. Ecuador	
1.4.7. Haití	
1.4.8. Honduras	
1.4.9. Nicaragua	
1.4.10. Panamá	
1.4.11. Paraguay	
1.4.12. Perú	
1.4.13. Puerto Rico	
1.4.14. República del Salvador	
1.4.15. Uruguay	
1.4.16. Venezuela	
1.4.17. Cuba	
1.4.18. Chile	
1.4.19. República Dominicana	
1.4.20. Guatemala	
1.5. Legislación Patria Comparada .....	24

	PAG.
CAPITULO II.- LA FAMILIA .....	29
2.1. La familia monogámica .....	30
2.2. Clases de Familia .....	30
2.3. Constitución de la Familia .....	31
2.4. Parentesco .....	33
2.4.1. Concepto Jurídico de Parentesco	
2.4.2. Clases de Parentesco	
2.4.3. Parentesco por Consanguinidad	
2.4.4. Parentesco por Afinidad	
2.4.5. Parentesco Civil	
2.4.6. Grados y Líneas de Parentesco	
2.4.6.1. La Línea Recta	
2.4.6.2. La Línea Colateral	
2.5. Filiación .....	38
2.5.1. Concepto de Filiación	
2.5.2. Patria Potestad .....	39
2.5.3. La Patria Potestad en el Código Civil Vigente	
2.5.4. Sujetos Activos y Pasivos de la Patria Potestad	
2.5.5. Consecuencias Jurídicas	
2.5.6. Efectos de la Patria Potestad respecto a los Bienes del Menor	
2.5.7. Suspensión, Pérdida o Extinción de la Patria Potestad	
2.6. Tutela .....	48
2.6.1. Concepto de Tutela	
2.6.2. La Tutela en el Código Civil	
2.6.3. Características	
2.6.4. Sujetos Pasivos en la Tutela	
2.6.5. Clases de Tutela	
2.6.5.1. Tutela Testamentaria	
2.6.5.2. Sujetos Pasivos de la Tutela Testamentaria	
2.6.5.3. Tutela Legítima	
2.6.5.4. Tutela Dativa	
2.7. Medidas Adoptadas por las Autoridades Judiciales respecto a las Incidencias en el Robo de Infante.	54

	PAG.
CAPITULO III.- TEORIA DEL DELITO .....	58
3.1. Concepto Jurídico de Delito .....	58
3.2. Clasificación de los Delitos .....	60
3.3. La Conducta y su Ausencia .....	65
3.3.1. Concepto de Conducta	
3.3.2. El Sujeto Pasivo y el Ofendido	
3.3.3. Objetos del Delito	
3.3.4. Ausencia de Conducta	
3.4. La Tipicidad y su Ausencia .....	67
3.4.1. Definición de Tipicidad	
3.4.2. Ausencia de Tipo y de Tipicidad	
3.5. La Antijuridicidad .....	68
3.5.1. Definición	
3.5.2. Antijuridicidad Formal y Material	
3.5.3. Ausencia de Antijuridicidad	
3.6. La Imputabilidad .....	70
3.6.1. La Responsabilidad	
3.6.2. "Acciones Liberae in Causa"	
3.6.3. La Inimputabilidad	
3.7. De la Culpabilidad .....	74
3.7.1. Formas de la Culpabilidad	
3.7.2. Elementos del Dolo	
3.7.2.1. Especies de Dolo	
3.7.2.2. El Dolo en el Derecho Mexicano	
3.7.2.3. La Culpa	
3.7.2.4. Nociones de la Culpa	
3.7.2.5. Elementos de la Culpa	
3.7.2.6. Diversas Clases de Culpa	
3.7.2.7. La Culpa en el Derecho Mexicano	
3.7.2.8. La Preterintención	
3.8. El Caso Fortuito .....	80
3.9. Condicionalidad Objetiva .....	81
3.10. La Punibilidad y su Ausencia .....	82
3.10.1. Ausencia de Punibilidad	

	PAG.
CAPITULO IV.- ROBO DE INFANTE .....	83
4.1 . Presupuestos del Delito de Robo de Infante .....	84
4.2. Medios Comisivos del Delito de Robo de Infante .....	96
4.3. Clasificación del Delito de Robo de Infante en Orden a la Conducta .....	96
4.4. Aspecto Negativo de la Conducta en el Delito de Robo de Infante .....	97
4.5. Clasificación del Delito de Robo de Infante en Orden al Daño que Causa .....	97
4.6. Clasificación del Delito de Robo de Infante en Orden a su Duración .....	98
4.7. Clasificación del Delito de Robo de Infante por la Forma de su Persecución .....	98
4.8. Tipo y Tipicidad .....	99
4.8.1. Sujeto Activo	
4.8.2. Sujeto Pasivo	
4.8.3. La Atipicidad	
4.9. La Antijuridicidad en el Delito de Robo de Infante .....	103
4.9.1. Las Causas que Excluyen la Incrimination .....	
4.9.2. Las Causas de Inimputabilidad en el Delito de Robo de Infante	
4.9.3. Causas de Justificación en el Delito de Robo de Infante	
4.9.4. Excusas Absolutorias en el Delito de Robo de Infante	
4.10. La Culpabilidad en el Delito de Robo de Infante .....	113
4.10.1. Causas de Inculpabilidad en el Delito de Robo de Infante	
4.11. Punibilidad en el Delito de Robo de Infante .....	114
4.12. Tentativa en el Delito de Robo de Infante. ....	115
Conclusiones	
Propuesta	

## I N T R O D U C C I O N

El hombre en la sociedad persigue intereses dirigidos a un determinado fin, mientras esos intereses permanecen paralelos a los perseguidos por otros individuos existe armonía social, el hombre vive en paz. Pero en determinadas ocasiones sucede que el interés de un hombre se contrapone al seguido por otro, y de esta manera nace un conflicto o pugna de intereses contrapuestos, es en ese momento cuando surge el derecho como balanza niveladora de intereses e impone la paz y la armonía social.

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

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

El tema a tratar en esta tesis se refiere a la función del Derecho Penal ante el quebranto de un bien jurídico tutelado por la norma de cuantía inigualable, la libertad.

Cuando la privación de la libertad se hace con intereses bastardos, con el propósito de lucro, para obtener rescate; entonces el quebranto del bien jurídico es de indudable mayor jerarquía jurídica, y si a todo esto agregamos que el sujeto pasivo del delito es un menor de doce años, podemos tener idea del daño enorme producido por el quebranto al bien jurídico tutelado por la norma; privación de la libertad de un menor de doce años.

En lo personal, he sentido inquietud por el estudio de este delito, ya que lo considero uno de los delitos más impactantes a nuestra sociedad. No solamente es el menor ofendido quien resiente el daño enorme de la pérdida de su libertad sin comprender en muchas ocasiones el porqué de esa privación, sino que es toda una familia la que sufre las consecuencias al comprender que un ser querido se encuentra privado de la libertad en peligro de muerte. Los padres, la familia y la sociedad claman al Derecho su intervención.

Pretendo en el presente trabajo, realizar un análisis jurídico del delito en general en sus elementos esenciales, estudiando sus aspectos positivo y negativo, para después profundizar en el aspecto ya particular del delito a estudio, por este motivo se señalan antecedentes histórico-legislativos para tener referencia de las sanciones establecidas para este tipo de delito, así como un capítulo relativo a la Familia, ya que aunque el delito de Robo de Infante pertenece al Derecho Penal, es necesario distinguir los conceptos de Familia, Parentesco y Tutela que aunque son conceptos del Derecho Familiar son incorporados por el Legislador en el Artículo 366 del Código Penal al sancionar el delito a estudio, puesto que los conceptos se mencionan escuetamente y de-

este modo comprender y analizarlos profundamente. Asimismo un capítulo relativo a la Teoría del Delito para identificar los elementos del delito en general y un último capítulo en donde en forma particular se establecen los elementos esenciales - en el Delito de Robo de Infante.

**CAPITULO I**

**ANTECEDENTES HISTORICO-LEGISLATIVOS**

Con la influencia de los Derechos Romano y Germánico, España nos legó su Derecho Penal, que estuvo vigente en México durante La Colonia y sirvió de prototipo para las legislaciones posteriores a la Independencia.

### 1.1 CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1822

El Código Penal de 1822 castigó severamente a los delincuentes del rapto, imponiendo penas que iban desde cinco a nueve años de obras públicas y se aumentaba si el delito se había cometido usando el engaño o causando heridas o maltrato.

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

Cuando el menor sujeto a patria potestad, tutela, - curatela o bajo el cuidado de otra persona, consentía el robo, la pena se atenuaba de dos a seis años, más cuatro de des tierro del pueblo en que habitaba el menor robado y veinte le guas en contorno.<sup>1</sup>

---

1) Pacheco Joaquín Francisco. El Código Penal concordado y -- comentado. Tomo III. Imprenta y Fundación de Manuel Tello- Impresor de la Cámara de S.M. 5a. Edición. Madrid 1881. Pags. 248 y 249.

## 1.2 CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848

Este ordenamiento en el capítulo "sustracción de menores" sancionaba con pena de cadena temporal al que sustrajera a un menor de siete años. En la misma pena incurría la persona encargada de un menor que no lo presentare a sus padres o guardadores, o bien no diera una explicación satisfactoria-acerca de su desaparición.

Igualmente era castigado, quien inducía a un menor-que fuera mayor de siete años, a que abandonare la casa de --sus padres, tutores o encargados de su guarda.<sup>2</sup>

## 1.3 - MEXICO

Cuando la Independencia de México se consumó en el-año de 1821, estaban vigentes las Leyes de Indias, complementadas con las Ordenanzas de Minería, de Intendentes de Tie---rras y Aguas y de Gremios como derecho principal y como suple torio la Novísima Recopilación, las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.

El primer esfuerzo legislativo en materia penal que hubo en nuestra República Mexicana fué "El bosquejo general - del Código Penal de 1831, para el Estado de México".

La primera codificación del México Independiente -- fué el Código Penal de 1835 para el Estado de Veracruz.

- - - - -

2) Idem pags. 247 a 250.

El desarrollo de los trabajos respecto a este Código, fué así: El 15 de septiembre de 1832 fué enviado al Cuarto Congreso Constitucional del Estado, la primera parte del - proyecto, y con fecha 15 de noviembre del mismo año se remitió la segunda parte y fué hasta el 28 de abril de 1835 por Decreto número 106 que estuvo vigente hasta el año de 1849.

En su parte tercera, título primero artículo 592, - dice lo siguiente: Art.- 592.-"El que con fuerza o engaño robe a cualquier persona que no haya llegado a la pubertad o que carezca del uso de la razón, sufrirá desde dos hasta seis años de prisión; sin perjuicio de las demás penas que merezca en caso de que el rapto sea un medio para cometer el delito".

Durante el Imperio de Maximiliano, el Ministro L-- res hizo un proyecto de un Código Penal que no llegó a promul-- garse, y fué hasta el año de 1869 cuando el Estado de Vera--- cruz promulgó el Código Penal Veracruzano y sancionó el delito de robo de infante en el título sexto, artículos 624 y --- 625.

### 1.3.1 CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA DE 1871

En 1868, el Licenciado Don Antonio Martínez de Castro, organizó la Comisión Redactora del primer Código Penal, - contando con la colaboración de los Licenciados José María -- Lafragua y Manuel Zamacona. Esta redacción se prolongó durante dos años y medio y se elaboraron 1152 artículos, una vez - presentado ante las Cámaras y aprobado, fué promulgado el 7 - de diciembre de 1871.<sup>3</sup>

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

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

Como afirma Demetrio Sodi<sup>4</sup>, el robo y la sustitución de un infante es propiamente un delito contra la libertad y la seguridad individual, más bien que un delito contra el estado civil de las personas, que debería tener una pena especial aumentada proporcionalmente cuando, aprehendido el responsable, se negare a entregar al infante, como lo dispone la ley en el delito de rapto en el cual se agrava la pena que fija el artículo 809, con un mes más de prisión por cada día que pase desde la detención del raptor hasta que entregue a la ofendida o indique el lugar en que la tiene.

Todas las legislaciones antiguas y modernas han considerado el robo de infante como un delito contrario a la seguridad personal.

- 
- 3) Porte Petit Celestino. Evolución Legislativa Penal en México. Editorial Jurídica Mexicana, México 1965, pags. 7 a 10.
  - 4) Sodi Demetrio. Nuestra Ley Penal. Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 2a. Edición Paria 1918, México pag. 423.

1.3.2 CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS  
FEDERALES DE 1929.

Este Código consta de 1233 artículos; aunque con -- los mismos lineamientos del Código Penal anterior respecto al delito objeto de este análisis podemos apreciar algunas ligeras variaciones.

El artículo 882 establece de tres a ocho años de segregación cuando se cometa robo de infante en un menor de --- diez años, aunque éste siga voluntariamente al robador y pasando de esta edad el delito se sanciona como secuestro.

En el artículo 110 no se otorga el beneficio de la libertad preparatoria en tanto el reo no demuestre su enmienda efectiva, además de poner en absoluta libertad al secuestrado.

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

1.3.3 CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS  
FEDERALES DE 1931.

Como el Código Penal de 1929 contenía grandes deficiencias de redacción, duplicidad y contradicción de conceptos, el Licenciado Portes Gil, estableció la inmediata designación de una nueva comisión redactora y revisora, la cual --

formuló el actual ordenamiento penal que fué promulgado el -- 13 de agosto de 1931 y que entró en vigor el 17 de septiembre del mismo año.

En su artículo 366 originalmente se expresaba: "se impondrá de cinco a veinte años de prisión y multa de cien a mil pesos cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

V.- Cuando cometa robo de infante menor de siete -- años un extraño a la familia de éste. Si el plagiarlo pone en libertad a la persona secuestrada espontáneamente antes de -- tres días y sin causar ningún perjuicio grave, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la detención ilegal de acuerdo con los dos artículos anteriores".

Este artículo fué modificado en varias ocasiones. - En 1945, el texto de la fracción V fué suprimido pero en su lugar se adicionó lo siguiente: "el robo de infante menor de diez años se castigará con prisión de diez a treinta años".

Por decreto del 29 de diciembre de 1950 publicado - en el Diario Oficial el 15 de enero de 1951 se reformó este - artículo quedando de la siguiente manera:

"Se impondrán de cinco a treinta años de prisión y multa de cien a diez mil pesos, cuando la detención arbitrarria tenga carácter de plagio o secuestro; en alguna de las -- formas siguientes:

V.- Cuando se cometa el robo de infante menor de do ce años por quien sea extraño a la familia y no ejerza la tutela sobre él".

Por Decreto del 31 de diciembre de 1954 publicado - en el Diario Oficial el 5 de enero de 1955, se reformó este - artículo en la forma siguiente:

"Se impondrán de cinco a cuarenta años de prisión-- y multa de cien a diez mil pesos cuando la detención arbitrarria tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las -- formas siguientes:

V.- Cuando se cometa el robo de infante menor de do ce años por quien sea extraño a la familia y no ejerza la tutela sobre él".

Por reforma del 27 de julio de 1970 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 1970 para - quedar como sigue:

"Se impondrá pena de cinco a cuarenta años de prisión y multa de mil a veinte mil pesos, cuando la privación-- ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

VI.- Si el robo de infante se comete en menor de do ce años, por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la - tutela sobre el menor.

Cuando el delito lo comete un familiar del menor -- que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la pe na será de seis meses a cinco años de prisión.

Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, sólo se --- aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 364. Este beneficio no opera en caso de la fracción III del presente artículo".

En la actualidad por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de 1984 y que entró en vigor a los noventa días de su publicación, el texto - del artículo 366 fracción VI dice:

Art.- 366.- Se impondrá pena de seis a cuarenta --- años de prisión y de doscientos a quinientos días multa, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de -- plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

VI.- Si el robo de infante se comete en menor de do ce años, por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la - tutela sobre el menor.

Cuando el delito lo comete un familiar del menor -- que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la pe na será de seis meses a cinco años de prisión.

Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, sólo se --- aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 364.

En la reforma del Código Penal del 31 de diciembre de 1945 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1946, el texto de la fracción V se modificó: "el robo de infante menor de diez años, se castigará con prisión de diez a treinta años". Se modificó la edad del menor cambiando a diez años y la penalidad de diez a treinta años, advirtiéndose de acuerdo con el razonamiento que precede que aún cuando se denomina robo de infante, ya el bien jurídico tutelado no es sólo un infante sino también un menor de más edad, además la penalidad tanto máxima como mínima, a mi modo de ver resultan contraproducentes, porque se ha comprobado que cuando en una sociedad se trata de intimidar con una penalidad muy alta un determinado delito, no se tutelan los intereses de la sociedad.

Por Decreto del 29 de diciembre de 1950 publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de enero de 1951, volvió el presente artículo a sufrir otra modificación -cinco a treinta años- a la sanción pecuniaria -cien a diez mil pesos- y a la fracción V, en la que señaló la edad de doce años en el menor.

Pienso que la penalidad mínima es adecuada ya que al órgano jurisdiccional se le deja un campo de acción más amplio para el arbitrio judicial conforme a lo establecido en los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Así también estoy de acuerdo en la edad del menor (menor de doce años) ya que la naturaleza de este delito altera la tranquilidad pública y vulnera gravemente la autoridad del Estado, además aquí el legislador probablemente tomó en cuenta la poca o nula resistencia que puede oponer una persona menor de doce años.

Por Decreto del 31 de diciembre de 1954 publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de enero de 1955, se reformó este artículo aumentando únicamente el máximo de la pena a cuarenta años de prisión; lo que a mi punto -

de vista es excesivo ya que es el doble del homicidio simple-intencional, e igual a la del homicidio calificado y que en mi concepto esta penalidad rompe con el equilibrio y armonía de nuestro sistema penal, ya que aparte de ser injusta, regula una política criminal equivocada, puesto que cuando en un ordenamiento legal existe una pena desproporcionada al delito de que se trata, obliga al juzgador a salirse por la tangente absolviendo al infractor.

Posteriormente con fecha 27 de julio de 1970 volvió a sufrir el presente artículo, cuyo estudio nos ocupa, otra reforma que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de julio de 1970, en el cual el legislador dejó --- igual la pena privativa de libertad en un límite mínimo y máximo de cinco a cuarenta años de prisión, modificando solo la pecuniaria de mil a veinte mil pesos y agregó un párrafo en el sentido de que cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la penalidad será de seis meses a cinco años de prisión dejando inaplicable el artículo 365 y aplicable sólo el 364 del mismo ordenamiento legal.

En este caso el precitado párrafo del presente artículo no tiene razón de existir, puesto que un familiar del menor que no ejerza la patria potestad ni la tutela sobre él, puede tener los mismos intereses mesquinos y bastardos y causar los mismos perjuicios igual que cualquier persona que sea extraña a la familia y no ejerza la tutela sobre el sujeto pasivo. En la actualidad, por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 1º de enero de 1984 y que entró en vigor a los 90 días de su publicación, el texto del artículo 366 fué modificado únicamente por lo que se refiere-

a la penalidad mínima que es de seis años y a la sanción pecuniaria que es de doscientos a quinientos días de multa.

En esta reforma el legislador sólo cambio la penalidad mínima que en ninguna forma mejora el contenido de este artículo, ya que como lo expuse anteriormente sólo se consigue obtener resultados negativos, porque en lugar de intimidar con una pena elevada y hacer el bien, se provoca el mal.

#### 1.4 LEGISLACION COMPARADA

Para entender profundamente la cuestión que nos ocupa es necesario realizar un estudio comparativo, pero dada la magnitud del tema nos restringiremos exclusivamente a los países latinoamericanos en donde encontraremos diferencias muy notorias respecto al delito llamado "robo de infante".

##### 1.4.1 ARGENTINA

El Código Penal Argentino, en su título V denominado "Delitos contra la Libertad", capítulo primero artículos 148 y 149 reprime con prisión de tres a diez años al que sustrae a un menor de diez años del poder de sus padres o personas encargadas de él. Igual pena sufre el que estando encargado de la guarda de un menor de diez años no lo presente a sus padres o no diere razón satisfactoria de su desaparición.

Esto incrimina igualmente el hecho de ocultar o inducir a la fuga a un menor de quince años, pero mayor de diez

agravándose el delito si fuere menor de diez años.

#### 1.4.2. BOLIVIA

En el libro tercero del Código Penal referente a -- los delitos contra los particulares, título primero "de los -- delitos contra personas ", capítulo cuarto "De los raptos, -- fuerzas y violación contra las personas y la violación de los enterramientos" artículo 557; sanciona el robo de menores sujetos a patria potestad, tutela o curaduría o bajo el cuidado de otra persona, aunque el menor consienta en el robo, imponiéndose al robador reclusión de dos a seis años con cuatro-- o más de destierro y multa de veinte a sesenta pesos.

Si el menor robado no hubiese cumplido dieciséis -- años, la pena será de dos a cuatro años de obras públicas con la multa y destierro expresadas.

Este país sigue en forma general los lineamientos - del Código Penal Español de 1822 que imponía exactamente la - misma pena al robador de un sujeto menor aún cuando éste consintiera en el robo, la única diferencia es que el Código Boliviano no indica hasta que distancia surte efecto el destierro, en cambio el Código Penal Español dice: "Destierro del-- pueblo en que habitase el menor robado y veinte leguas en con-- torno".

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

#### 1.4.3 BRASIL

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

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

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

#### 1.4.4 COLOMBIA

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

#### 1.4.5 COSTA RICA

Título cuarto "Delitos contra la Libertad", capítulo primero "Delitos contra la libertad individual", artículo 248, previene el delito de sustracción, retención u ocultación de menores de doce años del poder de sus padres, tutores o guardadores penándolo con prisión de cinco a diez años.

En igual pena incurre el que hallándose encargado de la guarda de un menor de doce años, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diese explicación satisfactoria acerca de su desaparición.

El Código de Policía de Costa Rica en su libro segundo, parte especial, título primero "Faltas contra las personas", capítulo tercero "Protección y Defensa de Menores", artículo 77, se refiere a la sustracción y ocultación de menores sin fijar una edad determinada.

El artículo 78 con trece fracciones, establece entre las primeras, que si sobre la ocultación e inducción a la fuga de menores, se agrava la pena si éstos son menores de doce años.

#### 1.4.6 ECUADOR

En el título segundo "De los delitos contra las libertades Constitucionales", capítulo tercero "De los delitos-

contra la libertad individual" título ciento sesenta y ocho - dice: "El plagio será reprimido con reclusión extraordinaria o en sus casos con las penas que se indicarán en los números siguientes:

8.- Con la reclusión mayor extraordinaria si se hubiese producido la muerte de la víctima durante el plagio o por consecuencia de éste.

Estas penas se aumentarán en dos años más en su mínimo si el plagiado fuera menor de dos años.

El artículo 519 del título noveno referente a los delitos contra el estado civil, expone: "El que hubiere arrebatado o hecho arrebatar un niño, siempre que el delito no -- constituye plagio será reprimido con reclusión menor de tres a seis años aunque el niño hubiese seguido voluntariamente al autor.

El artículo 520 que se refiere a la ocultación de -- un niño, reprimiendo este delito con prisión de uno a cinco -- años.

El Código Penal Ecuatoriano, reprime el delito de -- plagio, sin hacer distinciones de mayores o menores, con el -- único agravante de aumento de dos años de la penalidad en su -- mínimo, si el plagiado fuere menor de dos años.

#### 1.4.7 HAITI

En la sección sexta denominada "Crímenes y Delitos -- que tienden a impedir o destruir la prueba del Estado Civil--

de un niño o comprometer su existencia"; Rapto de menores; -- infracciones a las leyes sobre inhumaciones", capítulo primero "Crímenes y Delitos contra el niño", artículo 294, el Código Penal sanciona la ocultación, rapto, sustitución o retención de menores.

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

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

#### 1.4.8 HONDURAS

El Código Penal de la República de Honduras, en el título décimo tercero, referente a los delitos contra la libertad y la seguridad, capítulo segundo "Sustracción de menores", artículo 48, castiga con pena de presidio menor en su grado máximo al que sustrayese a un menor de siete años.

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

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

La inducción a la fuga de un menor de quince años, - se castiga en este ordenamiento con pena de reducción menor.

#### 1.4.9 NICARAGUA

El delito de sustracción de menores de diez años -- es encuadrado en el título denominado "Delitos contra el estado civil de las personas", artículo 414 del Código Penal, -- que impone pena de arresto mayor al que sustrajese a un menor de diez años del poder de sus padres, guardadores o cualquier otra persona encargada de su custodia.

Si la privación se hiciese con el objeto de privar al menor de algún derecho civil o de aprovecharse de sus servicios o de sus bienes, la pena será de presidio en primer -- grado y multa de cincuenta a quinientos pesos.

En este Código se castiga como cómplice a quien a - sabiendas reciba u oculte a los menores sustraídos o seduci-- dos.

#### 1.4.10 PANAMA

En el título denominado "De los delitos contra la -

Libertad", capítulo tercero "Delitos contra la libertad individual", artículo 134 del Código Penal, se castiga con reclusión de un mes a un año al que sustrae del poder de sus padres a una persona menor de quince años, aunque la sustracción sea temporal y exista el consentimiento del menor.

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

#### 1.4.11 PARAGUAY

En el artículo 309 del capítulo noveno, denominado "De los delitos contra el orden de las familias y las buenas costumbres", el Código Penal de Paraguay sanciona la sustracción, ocultación, exposición o sustitución de un niño menor de diez años, castigándose con penitenciaría de cuatro a diez años.

Si el delito lo comete algún miembro de la familia, además de la pena que se indica, se le priva de las ventajas legales de parentesco.

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

#### 1.4.12 PERU

En la sección quinta titulada "Delitos contra la libertad, título segundo "Rapto de mujeres y de Menores" dice: el que sustrajera a un menor de dieciséis años, para explotarlo o para obtener rescate, será reprimido con penitenciaría - de seis meses a seis años.

Esta pena se agrava en caso de que el rapto se haga con el fin de corromper al menor.

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

#### 1.4.13 PUERTO RICO

En el título décimo segundo denominado "De los delitos contra la persona", capítulo tercero "Secuestro y Robo de Niños", artículo 216 reprime con pena de presidio por un término máximo de diez años o cárcel por el término de un año, - al que sustrae o reduce en forma maliciosa, violenta o fraudulenta a un menor de doce años.

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

#### 1.4.14 REPUBLICA DEL SALVADOR

En el artículo 439 del capítulo segundo referente a sustracción de menores del título décimo segundo denominado - "Los delitos contra la Libertad y Seguridad", el Código Penal de la República del Salvador, castiga con nueve años de presidio al que sustrae a un menor de siete años.

Igual pena se aplica al que hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presente a sus padres o guardadores ni diere explicaciones satisfactorias acerca de su desaparición.

Cuando la persona desaparecida se encuentra o se--- demuestra que sobrevivió al desaparecimiento, o el sentenciado no tuvo culpa de su muerte, quedará eximido de pena, dentro del capítulo denominado "Detenciones Ilegales" artículo - 438, se aumenta la pena si el plagio se lleva a cabo por dos o más personas.

El ordenamiento de este país, describe el delito -- "Sustracción de menores de siete años", en forma casi idéntica al Código Penal de Honduras, del título denominado "De los delitos contra la Libertad y Seguridad ", dentro del capítulo referente a sustracción de menores.

#### 1.4.15 URUGUAY

En el título décimo primero "Delitos contra la Li---

bertad", artículo 283 del Código Penal Uruguayo, castiga con pena de tres a veinticuatro meses de prisión al que sustraiga o retenga a una persona menor de dieciocho años del poder de sus padres, tutores o curadores.

En el artículo 284 se establecen atenuantes especiales cuando el delito se comete con el consentimiento del menor, o aún sin su consentimiento, si el menor es devuelto antes de que se solicite el arresto.

#### 1.4.16 VENEZUELA

En el título segundo "Delitos contra la Libertad", - capítulo tercero "Delitos contra la libertad individual", artículo 178 el ordenamiento penal de Venezuela castiga con pena de seis meses a dos años de prisión al que con motivos diferentes de contraer matrimonio, de satisfacer sus propias pasiones o de realizar algunas ganancias, arrebate del lado de sus padres, tutores o guardadores a un menor de quince años, aún con su consentimiento; estableciéndose como agravantes -- el propósito de lucro en el culpable, la falta de consentimiento en el ofendido, o éste sea menor de doce años; y como atenuantes el hecho de que el ofendido sea puesto en libertad antes de cualquier acción de enjuiciamiento, sin que el inculgado hubiera conseguido el fin que se proponía.

#### 1.4.17 CUBA

El ordenamiento penal cubano, previene el delito de

sustracción de menor de doce años en el artículo 450 del capítulo sexto, referente a la sustracción, abandono y maltrato de menores, incapacitados y desvalidos en el título noveno -- denominado "Delitos contra la vida y la integridad corporal - y la Salud".

Sanciona el mismo con privación de libertad de ocho a doce años, incurriendo en igual sanción al que hallándose - encargado de un menor, no lo presente a sus padres o guardadores, ni ofrezca explicación satisfactoria acerca de su desaparición.

Si el inculcado acredita haber dejado libre al menor ofendido, en condiciones razonables de seguridad, la pena se reduce considerablemente.

#### 1.4.18 CHILE

En este país se castiga con pena de presidio mayor en cualesquiera de sus grados, al que sustrae a un menor de diez años; si éste es mayor de diez; pero menor de veinte, la pena baja a presidio menor en cualesquiera de sus grados.

Sufre la pena de presidio menor en su grado medio, - al que hallándose encargado de un menor, no lo presentare reclamándolo sus padres, guardadores o la autoridad a petición de sus demás parientes o de oficio, ni diera explicación --- satisfactoria acerca de su desaparición.

#### 1.4.19 REPUBLICA DOMINICANA

En la sección sexta denominada "Crímenes y Delitos que tienden a impedir o a destruir la prueba del Estado Civil de un niño o bien a comprometer su existencia, sustracción de menores, infracción de las leyes sobre las inhumaciones", el artículo 354 establece pena de reclusión, al que con engaño, violencia o intimidación, robáse, sustrajese o arrebatase a uno o más menores, haciéndole abandonar la vivienda o domicilio de aquéllos bajo cuya autoridad o dirección se hallaban.

#### 1.4.20 GUATEMALA

En el Código Penal de este país se castiga con pena de diez años de prisión correccional al que sustraiga a un menor de siete años; pasando de esa edad, pero siendo menor de quince años, la pena se reduce a tres años de prisión correccional, artículo 372; igual pena se aplica al que hallándose encargado de la guarda de un menor, no lo presente a sus padres ni diere explicación satisfactoria de su desaparición.

Como podemos observar el robo, sustracción, retención, ocultación o inducción a la fuga de menores es tenida en casi todas las legislaciones como delito en contra de la libertad individual.

Los países como Argentina, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Panamá, Perú, El Salvador, Uruguay, Venezuela, Chile y Guatemala así lo consideran.

En cambio Brasil, Nicaragua y Paraguay lo encuadran en el título de los "Delitos contra la Familia".

Bolivia y Puerto Rico lo incluyen dentro de los "Delitos contra las Personas".

República Dominicana y Haití lo encuadran en el título denominado "Crímenes y Delitos que tienden a impedir o destruir la prueba del Estado Civil de un niño y a comprometer su existencia...; El Código Cubano describe el robo de infante en el artículo correspondiente al título "Delitos contra la vida y la integridad corporal y la Salud".

Apreciamos que todas las legislaciones coinciden en aplicar medidas represivas más o menos severas cuando la privación de la libertad recae sobre la persona de un menor.

Asimismo es necesario mencionar los distintos ordenamientos penales en la República respecto al delito que nos ocupa ya que éstos contienen un enunciado semejante al nuestro, variando sólo lo referente a la penalidad y edad del menor.

#### 1.5 LEGISLACION PATRIA COMPARADA

Los Códigos Penales de Aguascalientes del 28 de noviembre de 1949, de Hidalgo del 22 de noviembre de 1970, de -

Sinaloa del 15 de abril de 1940, de Tamaulipas del 18 de agosto de 1956, de Yucatán del 19 de diciembre de 1973, de Querétaro del 24 de diciembre de 1931, de Puebla del 27 de enero de 1943, de San Luis Potosí del 25 de abril de 1944, fijan -- una penalidad idéntica de cinco a veinte años de prisión.

Los Códigos Penales de Baja California Sur del 11 de diciembre de 1980, de Durango del 21 de julio de 1983, del Estado de México del 29 de noviembre de 1960, de Morelos de 1945 con sus reformas del 15 de abril de 1970 y Tlaxcala del 2 de enero de 1980, coinciden al fijar una penalidad de cinco a treinta años de prisión.

Los Códigos Penales de Colima del 4 de junio de --- 1955, de Tabasco del 25 de septiembre de 1972, de Chihuahua del 3 de agosto de 1971, de Campeche del 2 de enero de 1976, de cinco a cuarenta años de prisión.

El Código Penal de Coahuila del 14 de octubre de -- 1982, fija una penalidad de seis a doce años de prisión.

El Código Penal de Nayarit de 1933 de veinte a --- treinta años de prisión.

El Código Penal de Sonora de 1949 de seis a veinte años de prisión.

El Código Penal de Guanajuato de 1978 de diez a --- veinte años de prisión.

El Código Penal de Baja California Norte de 1978 y el de Michoacán del 27 de junio de 1980 de cinco a quince --- años respectivamente.

El Código Penal de Jalisco del 2 de septiembre de 1982 de seis a quince años de prisión.

El Código Penal de Nuevo León del 28 de agosto de 1981 de quince a veinticinco años de prisión.

El Código Penal de Quintana Roo del 11 de julio de 1979 de tres a nueve años de prisión.

El Código Penal de Oaxaca del 3 de diciembre de 1979 de diez a treinta años de prisión.

El Código Penal de Veracruz del 13 de septiembre de 1980 de dos a veinte años de prisión.

El Código Penal de Zacatecas del 15 de diciembre de 1966 de quince a treinta años de prisión.

La edad máxima del menor es de doce años en las legislaciones de Veracruz, Oaxaca, Michoacán, Estado de México, Nuevo León, Quintana Roo, Sonora, Chihuahua, Chiapas, Coahuila, Campeche, Baja California Sur, Hidalgo y Tamaulipas coincidiendo con el Código Penal para el Distrito Federal.

En las legislaciones de los Estados de Morelos, Querétaro, Nayarit, Puebla, San Luis Potosí, Aguascalientes y Sinaloa, de acuerdo con la acepción gramatical del vocablo infante, la edad máxima del menor es de siete años, en el Estado de Tlaxcala se fija una edad máxima de dos años.

En los ordenamientos penales de Coahuila, Chiapas y Guanajuato, no hacen alusión al robo de infante sino al secuestro cometido en menor de doce años.

En lo que se refiere a los ordenamientos de los Estados de Zacatecas, Yucatán, Jalisco y Durango no hablan del-

delito de robo de infante, ni de edad determinada, el plagio o secuestro puede ser cometido en agravio de cualquier persona, no importando su edad.

CAPITULO II

LA FAMILIA

Este capítulo versa sobre temas como la familia, el parentesco y la tutela que aún cuando son conceptos en materia familiar, bien es cierto que el legislador al contemplar y sancionar el delito de Robo de Infante en nuestro Código Penal hace alusión a estos términos que son clave fundamental para su aplicación, de tal suerte que es necesario conocer -- más específicamente los mismos para tener una idea más amplia y comprender la relación existente entre estos conceptos y la aplicación de la Ley al caso concreto que nos ocupa.

Iniciaremos con la familia y diremos que es el grupo humano primario, natural e irreductible que se forma por la unión de la pareja hombre y mujer.

Todos los seres vivos son impulsados por dos instintos fundamentales: la conservación y la reproducción. Los humanos, como seres vivos y bisexuados, cumplen con el instinto de reproducción y crean con ello la familia, la célula social.

De la unión sexual del hombre-mujer surge la procreación, los hijos.

Consecuentemente, son dos los factores de carácter biológico que crean la familia, a saber: la unión sexual y la procreación.

Solamente se puede surgir a la vida y permanecer en ella a través de la asociación de dos seres humanos: hombre y mujer que procrean y padres e hijos, o cuando menos madre e hijo, para que éste sobreviva.

A esta primaria, natural y necesaria asociación humana, se le llama familia.

Para que la pareja humana pueda considerarse por sí sola como familia, se requieren dos elementos añadidos a la unión sexual: la permanencia más o menos prolongada y la cohabitación.

## 2.1. LA FAMILIA MONOGAMICA

Esta consiste en la forma de constituirse, mediante la unión exclusiva de un solo hombre y una sola mujer. La monogamia parece ser la forma más usual y extendida de creación de la familia entre la mayor parte de los pueblos.

La monogamia surgió concomitante a la civilización y ha demostrado un gran arraigo como la forma que conlleva a la igualdad de derechos entre los dos miembros de la pareja.

Los órdenes jurídicos en la mayor parte de los países del mundo contemporáneo registran a la monogamia como la única forma legal y moral de constitución de la familia.

## 2.2 CLASES DE FAMILIA

La familia puede estar constituida de muy diferentes formas dependiendo de diversos factores: la cultura, la clase social, la época o el lugar sobre la tierra a que nos refiramos en un momento dado.

Sin embargo son dos formas las más comunes de integración del núcleo familiar en razón de los miembros que la componen.

Así, se habla de familia extensa, cuando en la misma se incluye, además de la pareja y de sus hijos, a los ---- ascendientes de uno o de ambos de sus miembros, a los descendientes en segundo o ulterior grado, a los colaterales hasta el quinto, sexto o más grados, a los afines y a los adoptivos. Opuesta a la anterior, surge la familia llamada nuclear o conyugal, cuyos componentes estrictos son únicamente el hombre, la mujer y sus hijos.

En cuanto a la extensión de los lazos familiares y con independencia de lo que en realidad y de hechos los sujetos entiendan por familia, el derecho establece su propia medida.

Cada legislación en particular señala quienes son parientes entre sí y quienes son familiares, para atribuirles las consecuencias jurídicas propias del derecho familiar.

Por lo que hace a nuestro Derecho, constituyen familia los cónyuges, los concubinos, los parientes en línea -- directa ascendente y descendente sin limitación de grado, ya -- sean surgidos dentro o fuera de matrimonio, los colaterales -- hasta el cuarto grado, los afines, y el adoptante y el adoptado entre sí.

### 2.3 CONSTITUCION DE LA FAMILIA

La familia surge de dos datos biológicos de la realidad humana, la unión sexual y la procreación. El orden jurí

dico toma en cuenta estas fuentes reales y crea las instituciones reguladoras de las mismas. La unión sexual se enmarca jurídicamente dentro de la institución del matrimonio y, --- excepcionalmente en figuras paramatrimoniales como sucede con la figura del concubinato.

Derivada de la unión sexual surge biológicamente -- la procreación de la especie. La procreación es recogida por la norma jurídica a través de la figura de la filiación, misma que puede ser de una doble naturaleza: emanada de pareja - unida en matrimonio o fuera del matrimonio.

El hecho biológico de la procreación produce a su vez, nuevos tipos de relaciones que se establecen entre los - individuos que descienden unos de otros o de un tronco común - más lejano.

La institución jurídica que regula las relaciones - establecidas entre las personas ligadas entre sí por su pertenencia a un tronco común, se llama parentesco.

Son en síntesis, tres las instituciones jurídicas-- relativas a la constitución de la familia: el matrimonio ( y el concubinato), la filiación y el parentesco.

En relación directa con el matrimonio surgen: los - regímenes patrimoniales del matrimonio, la nulidad del mismo - y el divorcio.

En relación con la filiación se regula la patria potestad, la investigación de la paternidad y la adopción.

Y en conexión directa con el parentesco y demás lazos familiares, se tiene a la obligación alimentaria, la tutela legítima, el patrimonio de familia y la sucesión legítima.

#### 2.4. PARENTESCO

Derivada de la relación sexual surge la procreación que a su vez, es origen del parentesco. Cuando las personas tienen origen común a través de sus progenitores o de sus ascendientes más lejanos, estas personas tienen lazos comunes de sangre, son parientes.

##### 2.4.1. CONCEPTO JURIDICO DE PARENTESCO

Es la relación jurídica que se establece entre los sujetos ligados por la consanguinidad, la afinidad o la adopción.

##### 2.4.2. CLASES DE PARENTESCO

Derivado del concepto jurídico de parentesco surgen tres especies: parentesco por consanguinidad, parentesco por afinidad, parentesco civil o por adopción.

#### 2.4.3. PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD

Es la relación jurídica que surge entre las personas que descienden de un tronco común.

#### 2.4.4. PARENTESCO POR AFINIDAD

Es la relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro.

El parentesco por afinidad se da únicamente entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro.

Los parientes consanguíneos recíprocos de uno y otro cónyuge no son parientes por afinidad.

El matrimonio no crea lazos de parentesco entre dos familias, la de ella y la de él. Solamente se entabla el parentesco entre el cónyuge y la familia de su mujer y entre la cónyuge y los familiares de su marido. Asimismo, los cónyuges entre sí no adquieren parentesco en razón del matrimonio. Se convierten en cónyuges, forman una familia como pareja, son familiares, los más estrechamente unidos por el Derecho y por lazos afectivos y morales, más no son parientes.

Los cónyuges entre sí no adquieren parentesco por afinidad ni de ninguna otra especie por razón del matrimonio.

#### 2.4.5. PARENTESCO CIVIL

Es el que se establece en razón de la adopción. El Código Civil para el Distrito Federal sólo establece relación entre el o los adoptantes y la persona adoptada. El adoptado no entra a la familia de quien lo adopta, como debiera ser pa

ra que la adopción cumpliera los fines para los que fue creada a imitación de la filiación consanguínea.

Otras legislaciones sí regulan la llamada adopción plena que hace entrar al adoptado con lazos de parentesco con todos los miembros de la familia del adoptante. La omisión de la adopción plena en nuestra legislación es una inexplicable laguna, necesaria de llenar.

#### 2.4.6. GRADOS Y LINEAS DE PARENTESCO

A) Grado es cada generación que separa a un pariente del otro.

B) Línea es la serie de grados

Las líneas son: recta y colateral. La recta es a su vez ascendente o descendente. La colateral es igual o desigual.

Las líneas son también, tanto la recta como la colateral, materna o paterna, en razón de que el ascendiente sea la madre o el padre.

##### 2.4.6.1. LA LINEA RECTA

Se forma por la serie de grados entre personas que descienden unas de otras: padre, hijo, nieto, bisnieto, etcétera. La línea recta es ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de -- que proceda: padre, abuelo, bisabuelo, etcétera.

Descendente es la que liga al progenitor con los -- que de él procedan: hijo, nieto, bisnieto, etcétera.

La misma línea es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atienda.

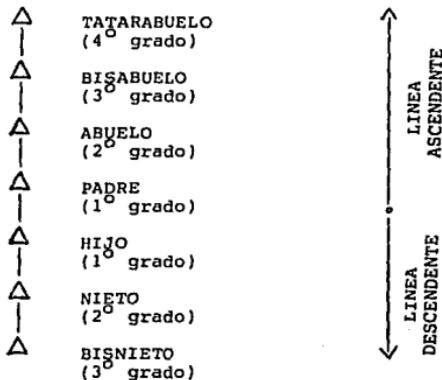
En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de personas, excluyendo al progenitor. El parentesco en línea recta no tiene limitación de -- grados. Existe parentesco con el ascendiente o el descendiente más lejano que pueda darse.

#### 2.4.6.2. LA LINEA COLATERAL

Es la serie de grados que une a los parientes que --descienden de un progenitor común: hermanos, tíos, sobrinos, --primos, tíos abuelos, sobrinos nietos.

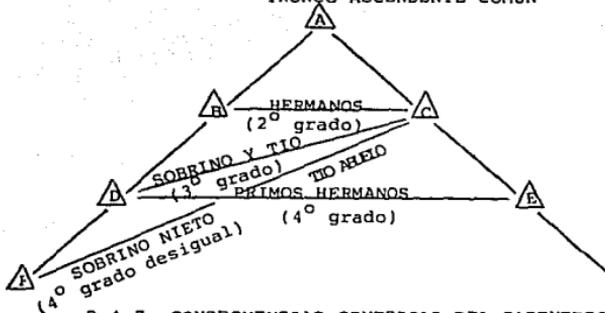
En la línea colateral los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y ----descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo --al progenitor o tronco común.

#### LINEA RECTA



LINEA COLATERAL

TRONCO ASCENDENTE COMUN



#### 2.4.7. CONSECUENCIAS GENERICAS DEL PARENTESCO

- A) Obligación alimentaria .
- B) Sucesión legítima .
- C) Tutela legítima .
- D) Prohibiciones diversas y otras consecuencias --- como atenuantes y agravantes de responsabilidad-penal.

Las prohibiciones son de diversa naturaleza que --- son establecidas por la ley en razón del parentesco, dispersas en diversos ordenamientos jurídicos, que pueden generalizarse como prohibiciones para intervenir en ciertos actos jurídicos en los que esté involucrado un pariente, o en el mayor o menor rigor de la Ley, sobre todo en materia penal.

El Código Penal recoge en variadas normas las relaciones de parentesco entre el inculcado y la víctima, tanto en la aplicación de las sanciones (art. 52, 3º), como excluyente de responsabilidad (art. 15 fracc. III), como agravante de la misma en los delitos de corrupción (art. 203), violación (art. 266 Bis fracc. II), incesto (art. 272), parricidio (art. 323), infanticidio (arts. 325, 327) o como atenuante en el robo de infante (estudio que nos ocupa), (art. 366 fracc.-VI)

## 2.5. FILIACION

El segundo dato biológico que configura el derecho de familia es la procreación. La regulación de este fenómeno natural lo establece el derecho a través de la institución -- llamada filiación.

### 2.5.1. CONCEPTO DE FILIACION

Filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre, hija o hijo.

Este concepto amplio de filiación toma los nombres específicos de paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto, en razón de la persona a quien se refiera en un determinado momento esta relación.

Así, se llama maternidad, la relación de la madre con respecto a su hijo o hija; paternidad, la relación del padre con su hija o hijo, y estrictamente filiación cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija con respecto a su madre o a su padre.

El parentesco de filiación tiene ciertas consecuencias particulares las cuales son: derecho al nombre (padres e hijos llevan el mismo apellido), la patria potestad y ciertos particulares delitos como el infanticidio y el parricidio.

El tema que nos ocupa es concretamente el de la patria potestad.

## 2.5.2. PATRIA POTESTAD

Es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad.

El nombre de patria potestad que persiste en la mayor parte de las legislaciones vigentes responde sólo a la -- fuerza de la tradición, más no al espíritu de esta institución, que ya no es patria ni es potestad.

Patria potestad significó el poder del padre y los datos históricos confirman la correspondencia de esa terminología con lo sucedido en épocas pretéritas en las que, efectivamente la organización familiar se sustentaba sobre el poder del padre, que era ejercitado no sólo sobre sus descendientes sino sobre todo el grupo normalmente extenso, que componía-- en otros tiempos el núcleo familiar.

Actualmente la patria potestad, dejó de ser patria-- pues no es exclusiva del padre, sino compartida por igual --- con la madre e inclusive a veces exclusiva de ella, o bien -- ejercida por los otros ascendientes, por parejas o por uno sólo de los abuelos o abuelas. Tampoco es potestad que significa poder pues esta institución no otorga poder, sino se manifiesta por una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con respecto - a los descendientes.

Se han intentado ya de tiempo atrás otras denominaciones, más los intentos de cambio en la legislación comparada no han prosperado y pese a su significado actual, tan distante de su nombre, la institución patria potestad sigue llamándose de esa manera en los Códigos.

### 2.5.3. LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE

Está regulada en los artículos 411 al 448 inclusive. Tres son los aspectos principales contemplados por la ley: los efectos de la patria potestad en cuanto a la persona de los descendientes, los efectos en cuanto a los bienes de los mismos, y las formas de suspenderse o extinguirse la patria potestad.

### 2.5.4. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA PATRIA POTESTAD

Se entiende por sujeto activo quien debe desempeñar el cargo, y sujeto pasivo aquél sobre quien se cumple.

Los sujetos activos de la patria potestad son: los padres conjuntamente o solamente la madre, o sólo el padre; - los abuelos tanto paternos como maternos, unos u otros, o uno sólo de cada pareja.

Los sujetos pasivos son únicamente los hijos o nietos menores de edad. Nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad. Y si los menores no tienen padres o abuelos, tampoco estarán sujetos a patria potestad; se les nombrará tutor.

La ley determina como se cumplirá con la patria potestad sobre los hijos del matrimonio, y cuando los mismos -- son habidos fuera de él.

#### 2.5.5. CONSECUENCIAS JURIDICAS

Derechos y obligaciones surgidas en razón de la patria potestad de los que la ejercen. Estos derechos y obligaciones tienen un doble carácter, respecto a la persona de los descendientes y respecto de sus bienes.

A) Respecto a la persona de los menores:

1) Representación Legal, 2) Designación de domicilio,  
3) Educación corrección y ejemplaridad, 4) Nomenclamiento de -- tutor testamentario.

##### 1) REPRESENTACION LEGAL

Como los menores de edad son incapaces de ejercicio, actuarán en su nombre los que ejercen la patria potestad, Por ello el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o los que ejerzan aquel derecho.

##### 2) DESIGNACION DE DOMICILIO

Los padres o abuelos en su caso tienen el derecho-deber de custodiar al menor, de vivir con él, y en este sentido está el deber de los últimos de no dejar la casa donde viven con quienes ejercen la patria potestad. Estos últimos pueden también encargar la custodia de sus descendientes menores a terceras personas, parientes o extraños o centros de educación, tanto dentro del país como en el extranjero.

La custodia pues, es un derecho que puede cumplirse personalmente o por intermediación, con la única limitación - de que debe ser siempre en interés del menor.

### 3) EDUCACION, CORRECCION Y EJEMPLARIDAD

La ley señala que a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo -- convenientemente. El deber de educación es parte de los alimentos y la ley determina que la educación mínima debe ser -- la primaria y la preparación para que el menor pueda tener un medio de trabajo para bastarse así mismo.

Existe la obligación de proporcionarle los medios - para que adquiera algún oficio, arte o profesión honestos y - adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Normalmente coincide en un mismo sujeto el ejercicio de la patria potestad y el deber de alimentos con respecto al menor; pero no tiene que ser forzosamente concomitante.

El deber de educar implica forzosamente la conducta correctiva. La ley señala escuetamente esta facultad en el -- artículo 423 "... los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos".

Suprimida la facultad de castigar que otorgaba anteriormente el Código Civil en el ejercicio de la patria potestad, las lesiones que los padres o abuelos infieran en sus hijos o nietos ya no corresponderán al ejercicio de un derecho.

En el aspecto penal, lo relativo a las lesiones infringidas por los que ejercen la patria potestad quedó de la siguiente manera plasmado en el artículo 295 del Código Penal. "Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez -- podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación de aquellos derechos". El derecho a castigar ha sido cambiado en el texto del artículo -- 423 obligando a los que ejercen la patria potestad a "observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo".

Maravillosa reforma si tenemos en cuenta que nada es mayormente educativo que el buen ejemplo.

Para el cumplimiento del deber de educación la ley prevee los medios de obligar a quien no cumpla con esta obligación permitiendo que se denuncien estas omisiones a los Consejos Locales de Tutelas para que éstas a su vez lo comuniquen al Ministerio Público que deberá promover lo que corresponda (art. 422 del Código Civil). Lo que corresponda será -- según el caso, amonestar o apercebir a quien no cumple con esta obligación, por el Juez de lo familiar o suspenderlo en el ejercicio de la patria potestad o inclusive hacerlo perder -- tal derecho. Por otro lado, los padres o abuelos podrán pedir el auxilio de las autoridades para que les presten su apoyo en el ejercicio de educar y corregir, a través de las amonestaciones y correctivos necesarios.

4) DERECHO A NOMBRAR TUTOR TESTAMENTARIO  
( tema que trataremos por separado)

2.5.6. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO  
DE LOS BIENES DEL MENOR

Estos efectos son dobles: A) Administración de los bienes del menor y B) Usufructo Legal.

A) ADMINISTRACION DE LOS BIENES DEL MENOR

Tanto respecto a la administración como al usufructo legal se tiene que distinguir entre los bienes del menor -- que pueden ser de dos clases: 1<sup>o</sup>.- bienes que adquiere por su trabajo: 2<sup>o</sup>.- bienes obtenidos por cualquier otro concepto.

Los bienes de la primera clase, o sea los que obtiene el menor por medio de su trabajo, le pertenecen en propiedad administración y usufructo.

En consecuencia con respecto a estos bienes, los -- que ejercen la patria potestad no tendrán ninguna ingerencia.

Los bienes que obtenga el menor por cualquier otro título ( herencias, legados, donaciones, azares de la fortuna) pertenecen en propiedad al menor, pero su administración-- corresponde a los que ejercen la patria potestad.

Los que ejercen la administración tienen obligación de dar cuentas de la misma, la ley no señala plazo para esta obligación; por ello debe entenderse que se pedirá a petición de parte interesada y siempre, al terminar el ejercicio de la patria potestad.

Una vez que los hijos se emancipan ( cuando con--- traen matrimonio antes de la mayoría de edad) o cuando alcan cen la misma, los que ejercen la patria potestad les entregará n todos los bienes y los frutos que les pertenezcan.

#### B) USUFRUCTO LEGAL

El usufructo de los bienes del menor obtenidos por cualquier causa, excepto el propio trabajo, pertenecen por mi tades al menor y a los que ejercen la patria potestad. Sin em bargo, si los hijos obtienen bienes por herencia, legado o do nación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

El usufructo de la mitad de los bienes del sujeto a patria potestad lleva consigo las mismas obligaciones que tie nen los usufructuarios por cualquier otro título: hacer un in ventario y avalúo de los bienes antes de entrar en el disfrute de los mismos, no alterar su forma ni su sustancia, usar-- los para el objeto para el que se están destinados, devolver-- los cuando se extinga el derecho.

El derecho al usufructo se extingue paralelamente a la extinción del ejercicio de la patria potestad, o en el caso de renuncia del mismo.

#### 2.5.7. SUSPENSION, PERDIDA O EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva por razones naturales o por sentencia que declare la pérdida de la patria potestad, - en este último caso se extingue totalmente para el que la --- ejerce, pero si existen otras personas de las mencionadas por la ley (padres o abuelos), que puedan ejercerla, entonces el menor seguirá sujeto a esta institución pero a cargo de otra persona.

##### A) SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

Por tres causas puede suspenderse temporalmente el ejercicio de la patria potestad: 1<sup>o</sup>.- Por incapacidad declarada judicialmente. El que la ejerce tiene que ser forzosamente una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de otra. En el caso de quien la ejerce pierda la capacidad de ejercicio, él mismo necesitará que se le nombre un tutor para que actúe en su nombre.

2<sup>o</sup>.- Por la ausencia declarada en forma, la razón es obvia si el que debe custodiar, representar, etcétera, se le declara ausente, es decir, no se sabe donde está, se ignora su paradero y existe la incertidumbre inclusive si aún vive, no puede ejercer ninguno de sus derechos, incluyendo el de la patria potestad.

3<sup>o</sup>.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta -- suspensión. Puede ser que en un momento determinado la conducta del que ejerce la patria potestad sea considerada por el juez como inconveniente a los intereses del menor, por múltiples razones; en este caso como sanción temporal se le conde-

ará a la suspensión de la patria potestad.

Estas tres causas de suspensión pueden extinguirse en un momento dado; el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio; el ausente regresa y al sancionado se le extingue su condena. En estos casos se requerirá también la intervención judicial para que declare que a quien se le había suspendido en su derecho, ha recobrado de nuevo el ejercicio de la patria potestad.

#### B) PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se pierde por cuatro causas, enumeradas en el art. 444.

1<sup>o</sup>.- Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.

2<sup>o</sup>.- Cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

3<sup>o</sup>.- Por conducta de los padres nociva para sus hijos; costumbres depravadas, malos tratamientos, abandono de sus deberes, etcétera, aunque estas conductas no cayeran bajo la sanción de la ley penal.

4<sup>o</sup>.- Por exposición de los hijos, o por abandono prolongado por más de seis meses.

Pero a todo esto considero que bastaría con señalar que la patria potestad se pierde, a juicio del juez, cuando la conducta de quienes la ejercen constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores. En esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas, independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos.

#### C) EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad termina totalmente, tanto para el que la ejerce como para el sujeto pasivo, en los siguientes casos:

1<sup>o</sup>.- Con la muerte del que la ejerce, si ya no hay otra persona en quien recaiga.

2º.- Con la emancipación derivada del matrimonio

3º.- Por mayoría de edad del hijo.

Como la ley señala limitativamente las personas que pueden ejercer la patria potestad: los dos progenitores y los cuatro abuelos, por parejas o en forma unitaria alguno de --- ellos, cuando ya no exista ninguna de estas seis personas, na die más la podrá ejercer, aunque el hijo siga siendo un menor de edad. En este caso se le nombrará tutor.

La emancipación por matrimonio significa que el menor de edad que se casa, sale de la patria potestad. Si su ma trimonio se extingue persistiendo la minoría de edad del cón yuge no regresará a la patria potestad, sino que se le considera emancipado.

La mayoría de edad extingue los efectos de la pa--- tria potestad, pues la misma es exclusiva para los menores de edad. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Si la persona que llega a la mayoría de edad está dentro de las circunstancias que señala el art. 450 como de-- terminantes de la incapacidad de las personas, tendrá que su-- jetársele a un juicio de interdicción en el que, por senten-- cia que cause ejecutoria, se le declare incapaz y derivada de la misma se le proveerá de tutor.

## 2.6. T U T E L A

La tutela y la patria potestad, fueron originalmente instituciones que veían más al interés del que ejercía estos cargos, o al interés general de la familia, que el particular del incapacitado. En este sentido ambas instituciones - han evolucionado inclinándose hacia la protección del sujeto a ella, y con acento en el mayor interés de la persona del incapacitado que de su patrimonio. Hubo épocas históricas en -- que el incapaz mayor o menor de edad que no tenía patrimonio no se le protegía con el nombramiento de tutor.

### 2.6.1. CONCEPTO DE TUTELA

La tutela es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de - edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad.

### 2.6.2. LA TUTELA EN EL CODIGO CIVIL

Está regulada en los artículos 449 a 640 inclusive. Tiene una acuciosa regulación, sobre todo en lo referente a - los deberes y limitaciones en el ejercicio de la misma. Si -- comparamos los treinta y siete artículos ( del 411 al 448) en que se regula la patria potestad, con los noventa y uno (del- 449 al 640) dedicados a la tutela, resulta notorio con que diferente criterio fueron contempladas ambas instituciones.

Parece ser que el legislador tomó muy en consideración que el ejercicio de la patria potestad, al corresponder-

a los padres o abuelos únicamente, se realizará basado en el cariño y preocupación por el bienestar de los menores, sentimientos característicos de los ascendientes con respecto a -- sus hijos o nietos. No sucede lo mismo en el ejercicio de la tutela, aún cuando ésta sea la legítima que está a cargo de -- los parientes.

El legislador refleja una manifiesta desconfianza-- hacia el tutor, rodeando su ejercicio de todo tipo de medidas preventivas y de seguridad.

Crea diversas autoridades de vigilancia en su manejo, exige al tutor garantía, lo limita en su actuación a la-- autorización judicial, etcétera.

Todas estas normas limitantes en el ejercicio de -- la tutela ha llevado a pensar a los estudiosos de la materia-- que el papel del tutor debería reducirse a la protección de -- la persona del pupilo únicamente, con exclusión del manejo de los bienes, que podría ser encomendado a instituciones bancarias a través de la figura del fideicomiso.

### 2.6.3. CARACTERISTICAS

La tutela tiene las siguientes características:

A) Es un cargo de interés público; B) Irrenunciable; C) Temporal; D) Excusable; E) Unitario; F) Remunerado; G) Posterior a la declaración de interdicción; H) Removible.

**A) CARGO DE INTERES PUBLICO**

La ley misma señala (art. 452) que la tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino - por causa legítima.

**B) IRRENUNCIABLE**

Por ser un oficio considerado de interés público, - quien está desempeñando la tutela no puede renunciar a su cargo sin causa justa aceptada por el juez.

**C) TEMPORAL**

El tiempo de duración del ejercicio de la tutela es diverso según la persona que ejerce la tutela y con respecto también a las circunstancias del pupilo. Si este último es menor de edad, la tutela se extingue por alcanzar la mayoría, - el tutor cesará en sus funciones. Si la tutela es sobre un mayor incapacitado, se ejercerá mientras dure la incapacidad y el tutor sea ascendiente, descendiente o cónyuge del pupilo.

Si el tutor es un extraño, tendrá derecho de ser relevado de su cargo a los diez años de estarlo desempeñando.

**D) EXCUSABLE**

La ley señala enumerativamente qué personas pueden excusarse válidamente del ejercicio de la tutela. Ellos son-- (art. 511)

- I.- Los empleados y funcionarios públicos.
- II.- Los militares en servicio activo.
- III.- Los que tengan bajo su patria potestad tres o - más descendientes.
- IV.- Los que fueran tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia.
- V.- Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza o ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela.

- VI.- Los que tengan sesenta años cumplidos
- VII.- Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría.
- VIII.- Los que por su inexperiencia en los negocios -- o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la ttela.

E) LA TUTELA ES UN CARGO UNITARIO

Significa esto que ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor o un curador de carácter general definitivos. Cada incapaz no puede tener más que un tutor; pero el tutor si puede serlo hasta de tres incapaces. Los nombramientos de tutor y curador deben recaer forzosamente en -- personas distintas. Dicho en otras palabras, una persona no -- puede ser al mismo tiempo tutor y curador de un solo pupilo.

F) LA TUTELA ES UN CARGO REMUNERADO

El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento, y para los tutores legítimos y dativos lo fijará el juez.

El tutor no tendrá derecho a remuneración alguna -- si contrae matrimonio con la persona que está bajo su tutela sin haber obtenido previamente la autorización municipal que le exige el art. 159.

G) EL CARGO DE TUTOR SERA SIEMPRE CON POSTERIORIDAD A LA DE--  
CLARACION DE INTERDICCION DEL QUE VA A QUEDAR SUJETO A ---  
ELLA.

Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles, el estado de incapacidad de la persona que -- va a quedar sujeta a ella.

#### 2.6.4. SUJETOS PASIVOS DE LA TUTELA

En el concepto que inicialmente se dió de tutela -- como la institución que tiene por objeto la representación -- y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los -- menores de edad no sujetos a patria potestad, se determina -- quiénes son los sujetos pasivos de la misma: los incapacitados en general.

#### 2.6.5. CLASES DE TUTELA

Tres clases de tutela regula la ley: la tutela testamentaria, la tutela legítima y la tutela dática; mismas que serán analizadas por separado de inmediato.

##### 2.6.5.1. TUTELA TESTAMENTARIA

Es la que se confiere por testamento por las personas autorizadas por la ley. El Código Civil define a la tutela testamentaria (art. 470) como el derecho que la ley otorga al ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado --- ejerzan la patria potestad, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo -- póstumo. Se señala también como especie de tutela testamentaria, el derecho que tiene una persona de nombrar tutor para la administración de los bienes que deje en legado o herencia a un incapaz que no esté bajo su patria potestad ni bajo la -- de otra persona (art. 473).

#### 2.6.5.2. SUJETOS PASIVOS DE LA TUTELA TESTAMENTARIA

Solamente puede nombrarse tutor testamentario sobre los hijos o nietos sujetos a patria potestad, o sobre los hijos mayores incapacitados.

#### 2.6.5.3. TUTELA LEGITIMA

Es la que tiene lugar cuando no existe tutor testamentario o cuando los padres pierden el ejercicio de la patria potestad, a cargo de las personas señaladas directamente en la ley. La tutela legítima la regula la ley en tres formas determinadas por el sujeto pasivo de la misma. Estas tres especies son : a) tutela legítima de menores que tienen familias, b) tutela legítima de mayores incapacitados que tienen también familias que puedan cumplirla y c) tutela legítima de incapaces abandonados.

#### 2.6.5.4. TUTELA DATIVA

La tutela dativa es la que surge a falta de la testamentaria y de la legítima, y la que corresponde a los menores emancipados para casos judiciales. Surge también la tutela dativa cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados por la ley para cumplirlo.

Las personas que pueden nombrar tutor dativo son: - a) el propio menor si ya cumplió dieciséis años; b) El Jefe de lo Familiar.

2.7 MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES JUDICIALES  
RESPECTO A LAS INCIDENCIAS DEL ROBO DE INFANTE.

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

No obstante, ante la denuncia pública que del Robo- de Infante realizaron algunos padres de familia la institu- ción implementó nuevas formas de acción que coadyuvaran a re- solver el problema.

Además de la existencia del Centro de Apoyo a Perso- nas Extraviadas y Ausentes, se crearon dos Agencias Especiali- zadas en la Investigación del Robo de Niños, en las que traba- jan 25 elementos de la Policía Judicial en cada uno, con tres comandantes cada grupo triplicando de este manera la fuerza - policíaca y la jurídica a través de las agencias para llevar- a cabo esta investigación.

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

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

Hay muchas personas que por el deseo de obtener dinero de manera fácil se dedica a realizar diferentes tipos de actividades delictivas, incluso llegan al robo de menores --- algunos casos se han esclarecido con el retrato hablado del presunto.

Las investigaciones como en muchos casos, pueden ser desde muy sencillos hasta extremadamente difíciles, hay casos que se pueden resolver en poco tiempo, incluso si la denunciante proporciona indicios sobre la personalidad del presunto, existen casos que se han resuelto hasta en 20 minutos.

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

La Procuraduría investiga, encuentra los datos y --  
acude ante las autoridades locales para que, en base a una ór-  
den del Ministerio Público coadyuve en la detención y presen-  
tación de las personas que están involucradas con algún hecho  
delictivo que repercute en agravio de un menor.

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

Sin embargo, de acuerdo a las investigaciones reali-  
zadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Fe-  
deral, se ha establecido que el robo de infante se da, en he-  
chos que no tienen conexión uno con otro, por lo que se puede  
asegurar que no existe alguna banda organizada que se dedique  
a esta actividad.

CAPITULO III

TEORIA DEL DELITO

La palabra delito deriva del verbo latino delinquere que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

El delito en la Escuela Clásica.- Los clásicos elaboraron varias definiciones del delito, pero aquí sólo aludiremos a la de Francisco Carrara -principal exponente de la Escuela Clásica- quien lo define como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

Para Carrara el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico porque su esencia debe consistir, necesariamente en la violación del Derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella.

### 3.1. CONCEPTO JURIDICO DEL DELITO

La definición jurídica del delito debe ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del Derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, -- sociología y psicología criminales entre otras.

Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve con-

siglo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus -- elementos.

Para varios autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de - una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos ---- pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal, sin una ley que sancione determinada -- conducta, no es posible hablar de delito.

El art. 7<sup>o</sup> de nuestro Código Penal en su primer párrafo establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan - las leyes penales".

Edmundo Mezger elabora también una definición jurídico sustancial, al expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.<sup>1</sup>

Para Cuello Calón es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.<sup>2</sup>

Por su parte Jiménez de Azúa textualmente dice: Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un -- hombre y sometido a una sanción penal.<sup>3</sup>

- - - - -
- 1) Edmundo Mezger. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España 1955, pag.- 156.
  - 2) Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal I, 8<sup>a</sup> Edición, pag.236
  - 3) Luis Jiménez de Azúa. La Ley y el Delito. 11<sup>a</sup> Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1980, pag. 256.

Como se ve, en la definición del maestro Jiménez de Asúa se incluyen como elementos del delito: la acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad.

A pesar de que estimamos que en las definiciones -- del delito se incluyen elementos no esenciales, haremos el estudio de ellos juntamente con los que sí lo son, para tener una idea completa de la materia. De acuerdo con Jiménez de Asúa podemos anotar un cuadro completo que resume el estudio y la teoría del delito, de acuerdo con el método aristotélico de sic et non contrapone lo que el delito es a lo que no es.

ASPECTOS POSITIVOS

- a) Actividad
- b) Tipicidad
- c) Antijuricidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condicionalidad objetiva
- g) Punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

- Falta de acción
- Ausencia de tipo
- Causas de justificación
- Causas de inimputabilidad
- Causas de inculpabilidad
- Falta de acción objetiva
- Excusas Absolutorias

3.2. CLASIFICACION DE LOS DELITOS

Consideramos que antes de ahondar en el tema de los elementos del delito, es necesario señalar las diversas clasificaciones de los mismos.

En función de su gravedad.- Tomando en cuenta la -- gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas -

clasificaciones. Según una división bipartita se distinguen - los delitos de las faltas; la clasificación tripartita habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones. En esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

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

Según la forma de la conducta del agente.- Por la conducta del agente, o como dicen algunos autores, según la manifestación de la voluntad. Los delitos pueden ser de acción y de omisión. Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consistente en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Debe agregarse que los delitos de omisión -- violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

Los delitos de simple omisión suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión. Los delitos de simple omisión, o de omisión propiamente dichos, consistentes en la falta de una actividad jurídicamente ordenada con independencia del resultado material que produzcan, es decir se sanciona por la omisión misma.

Los delitos de comisión por omisión, son aquellos - en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. En los delitos de simple omisión hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la -- violación jurídica se produce un resultado material.

En los primeros se viola una ley dispositiva; en -- los de comisión por omisión se infringen una dispositiva y -- una prohibitiva.

Por el resultado.- Según el resultado que producen los delitos se clasifican en formales y materiales. A los primeros también se les denomina delitos de simple actividad o - de acción; a los segundos se les llama delitos de resultado.

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal y en la omisión -- del agente, no siendo necesario para su integración que se -- produzca un resultado externo; Son delitos de mera conducta; - se sanciona la acción ( u omisión ) en sí misma.

Los autores ejemplifican el delito formal con el -- falso testimonio, la portación de arma prohibida y la pose--- sión ilícita de enervantes.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales - para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material ( homicidio, robo y otros ).

Por el daño que causan.- Con relación al daño resen- tido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los de- litos se dividen en delitos de lesión y de peligro. Los prime-

ros, consumados causan un daño directo y efectivo de intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como el homicidio, el fraude, etcétera; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

Por su duración.- Los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

Nuestra ley penal reformada ( según Decreto publicado el 13 de enero de 1984 ), en su artículo 7<sup>o</sup> sólo alude a tres especies de delitos en función de su duración; instantáneo, permanente o continuo y continuado.

Instantáneo.- La acción que lo consuma se perfecciona en un sólo momento; para la calificación se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un sólo instante, como en el homicidio y en el robo.

Actualmente la fracción I del artículo 7<sup>o</sup> lo define así: "Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos".

Permanente.- En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la consciencia y en la ejecución; persistencia del propósito no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la -- ejecución, tal es el caso de los delitos privativos de la libertad como el rapto, el plagio, etcétera.

Continuado.- En este delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la consciencia y discontinuo en la ejecución. Nuestro Código Penal no hacía referencia al delito continuado; ahora con las reformas de 1984 lo define en la fracción III del artículo 7<sup>o</sup>, el cual expresa: "Continuado cuando una unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal .

Por el elemento interno o culpabilidad.- Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos y culposos. Algunos autores y legisladores agregan los -- llamados preterintencionales. De conformidad con el Código Penal, los delitos pueden ser intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales ( art. 8<sup>o</sup> ).

Del dolo, de la culpa y de la preterintencionalidad se hablará al hacer el estudio de la culpabilidad.

Delitos unisubsistentes o plurisubsistentes.- Se de nomina así por el número de actos integrantes de la acción tí pica; los primeros se forman con un sólo acto, mientras los - segundos constan de varios actos.

Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos.- Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo.

Por la forma de su persecución.- Como una reminiscencia del periodo de venganza privada, se conserva en ---- las legislaciones un grupo de delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes.

Estos delitos son llamados privados o de querella-necesaria, cuya persecución sólo es posible si se llena el requisito previo de la querrella de parte ofendida.

Los delitos perseguibles de oficio son todos aquellos en los que la autoridad, previa denuncia, está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos. Consecuentemente, en los delitos perseguibles de oficio no surte efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa - de lo que ocurre en los de querrella necesaria.

### 3.3. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

El delito es ante todo una conducta humana. Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales; es - el único capaz de voluntariedad.

### 3.3.1. CONCEPTO DE CONDUCTA

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

### 3.3.2. EL SUJETO PASIVO Y EL OFENDIDO

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal.

### 3.3.3. OBJETOS DEL DELITO

Los autores distinguen entre objeto material y objeto jurídico del delito. El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa.

El objeto jurídico es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan.

### 3.3.4. AUSENCIA DE CONDUCTA

Si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivo de la formación de la figura delictiva, por ser la acción humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Ahora nuestro ordenamiento positivo, en la reforma a la fracción I del artículo 15, capta todas las especies de ausencia de conducta, mediante una amplia fórmula genérica: "Incurrir el agente en actividad o inactividad voluntarias"<sup>4</sup>

### 3.4. LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

Para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humanos; más no toda conducta o hecho son delictuosos; precisa además que sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

#### 3.4.1. DEFINICION DE TIPICIDAD

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma -- la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa

#### 3.4.2. AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD

Cuando no se integran todos los elementos descritos

en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y f) Por no darse en su caso, la antijuridicidad especial.

### 3.5. LA ANTIJURIDICIDAD

El delito es conducta humana, pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además, que sea típica, antiju

- - - - -

4) Reforma publicada en el Diario Oficial del 23 de diciembre de 1985, en vigor treinta días después.

ridica y culpable. Estudiaremos ahora el elemento antijuridicidad, esencialísimo para la integración del delito.

### 3.5.1. DEFINICION

Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho.

La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado.

"Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación.<sup>5</sup> Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

### 3.5.2. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo, Franz - Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad.

- - - - -  
5) Porte Petit, Programa de la Parte General del Derecho Penal pag. 285, México, 1958.

El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado ( oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

### 3.5.3. AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego entonces, las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad. Un hombre priva de la vida a otro; su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del Código Penal del Distrito Federal y sin embargo puede no ser antijurídica, si se descubre que obró en defensa legítima, por estado de necesidad o en presencia de cualquiera otra justificación.

### 3.6. LA IMPUTABILIDAD

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable. La imputabilidad, es pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales del autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

#### 3.6.1. LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad es la situación jurídica en la que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la so

ciudad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen la mente desarrollada y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilita para entender y querer, es decir, los poseedores, el tiempo de acción, del mínimum de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

La responsabilidad resulta, entonces, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la Ley a su conducta.

### 3.6.2. "ACCIONES LIBERAE IN CAUSA"

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar voluntariamente o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama acciones liberae in causa (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer un homicidio y para darse ánimo bebe en exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad.

Aquí sin duda alguna, existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal. Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquél en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable, y --

consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena.

### 3.6.3. LA INIMPUTABILIDAD

Las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Ante todo debemos advertir que como en otros casos, tratándose de la inimputabilidad son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supralegales.

Nuestro ordenamiento penal, antes de las reformas de 1983 (publicadas en el Diario Oficial del 13 de enero de 1984) contenía, como causas de inimputabilidad, las siguientes: a) estados de inconsciencia (permanentes en el artículo 68 y transitorios en la fracción II del 15 ); el miedo grave (artículo 15 fracción IV); y la sordomudez (artículo 67 ).

Estas discutidas fórmulas legales sobre los estados de inconsciencia, han sido sustituidas por un precepto de gran amplitud, ubicado en el artículo 15, relativo a las Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad, cuya fracción II establece: "Padecer el inculpaado, al cometer la infracción transtorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o --

imprudencialmente". La fracción transcrita abarca pues, dos - grandes hipótesis : a) trastorno mental y b) desarrollo intelectual retardado.

Miedo grave.- La fracción VI del artículo 15 del Código Penal establece como excluyente de responsabilidad: ---- "Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresisti-- ble de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos-- perjudicial al alcance del agente.

Los menores ante el Derecho Penal.- Comunmente se - afirma que en nuestro medio los menores de 18 años son inimputables, y por lo mismo cuando realizan comportamientos tipi-- cos del Derecho Penal no se configuran los delitos respecti-- vos; sin embargo desde el punto de vista lógico y doctrinario nada se opone a que una persona de 17 años, por ejemplo, po-- sea un desarrollo mental adecuado y no sufra enfermedad algu-- na que altere sus facultades; en este caso al existir la salud y el desarrollo mentales, sin duda el sujeto es plenamente capaz. Ciertamente los artículos 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup> de la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal, fija como limite los 18 años por considerar a los meno-- res de esa edad una materia dúctil, susceptible de corrección.

Con base en la efectiva capacidad de entender y de-- querer, en virtud de ese mínimo de salud y desarrollo de la - mente, no siempre será inimputable el menor de 18 años.

### 3.7. DE LA CULPABILIDAD

La imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal, corresponde ahora, delimitando el ámbito respectivo, externar una noción sobre la culpabilidad. Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica - sino además culpable.

#### 3.7.1. FORMAS DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, - según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa ( dolo ) o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria ( culpa ). Ahora en el Código Penal reformado ( artículo 8<sup>o</sup> fracción III ) se incluye la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

En el dolo, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; en la inconsciente o sin previsión no se prevé un resultado previsible, existe también descuido por los intereses de los demás. Tanto en la forma dolosa como culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico.

El párrafo tercero del artículo 9º expresa: "Obra--preterintencionalmente el que cause un resultado típico ma---yor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia, ahora bien, el dolo consiste en el actuar, consciente --y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

### 3.7.2. ELEMENTOS DEL DOLO

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional, el elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

#### 3.7.2.1. ESPECIES DEL DOLO

Dolo directo.- Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado.

Dolo indirecto.- Se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo --su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

Dolo eventual.- Existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y repre-

sentación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia que en última instancia equivale a aceptarlo.

#### 3.7.2.2. EL DOLO EN EL DERECHO MEXICANO

Nuestro Código en su artículo 8º, divide los delitos en intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales. En el artículo 9º define cada una de estas tres especies: "obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley".

"Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales lo imponen".

"Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

#### 3.7.2.3. LA CULPA

La delictuosidad de una conducta precisa, entre --- otros requisitos, que haya sido determinada por una intención (dolo), o por un olvido mínimo de disciplina social impuesto por la vida gregaria (culpa). En ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin ésta el delito no se integra.

#### 3.7.2.4. NOCION DE LA CULPA

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley (Cuello Calón )<sup>6</sup>. Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y - cuyo resultado puede preveer<sup>7</sup>.

### 3.7.2.5. ELEMENTOS DE LA CULPA

Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento; es decir, un actuar voluntario ( positivo o negativo); en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero, los resultados del acto han de ser previsible y evitables y tipificar se penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

Si el resultado es querido o aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa.

### 3.7.2.6. DIVERSAS CLASES DE CULPA

Dos son las especies principales de la culpa consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación.

6) Op. cit. T.I pag. 325, 8a. Edición.

7) Tratado de Derecho Penal Tomo II, pag. 171, 2ª Edición, Madrid, España.

La culpa consciente, con previsión o con representación, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción.

La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

### 3.7.2.7. LA CULPA EN EL DERECHO MEXICANO

Según el artículo 8º del Código Penal vigente, los delitos pueden ser: intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales. El penúltimo párrafo del siguiente precepto señala: "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

El Código Penal indebidamente conserva el empleo de la palabra imprudencia como sinónimo de culpa en el artículo 8º a pesar de ser aquella sólo una especie de la culpa.

El 9º alude a obrar imprudencialmente, con lo cual se enfatiza que la culpa es una de las formas de culpabilidad, consistente en infringir la obligación de comportarse -- con el cuidado necesario para mantener el orden jurídico.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Por otra parte en la fórmula legal caben tanto la culpa consciente o con previsión, como la sin previsión o inconsciente.

Como el texto legal es amplio por referirse al incumplimiento del deber de cuidado que las circunstancias y -- condiciones personales imponen al autor, compete al juzgador, de acuerdo con un ponderado arbitrio, determinar, en cada caso, esas circunstancias y condiciones personales activadoras del deber de cuidado incumplido.

No existe, pues delito de culpa, sino culpa en el delito; es la culpa uno de los grados o especies de la culpabilidad y no hay un tipo legal para la culpa que hiciera dable incluirlo entre los tipos de homicidio, lesiones, fraude etcétera, pues la norma relativa ( artículo 60 ) sólo establece la sanción específica para la forma culposa ( imprudencia ). El dispositivo no se ubica en la parte especial del Código en donde tienen albergue los tipos penales, sino en la parte general; ello demuestra que no constituye un tipo -- específico con entidad propia. La pena especial y definida -- " se pregona para los delitos de imprudencia y no para el delito que quisiera crearse con ese nombre, además el artículo 61 disipa toda equivocación al establecer que los delitos de imprudencia se castigarán con penas que no excedan de las -- tres cuartas partes de las que corresponderían si el delito -- fuera intencional, finalmente se tiene el texto del artículo 8º que declara que los delitos pueden ser intencionales y/o -- de imprudencia.

### 3.7.2. 8. LA PRETERINTENCION

Esta se define en el tercer párrafo del artículo 9<sup>o</sup> "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia", reconociéndose así que la preterintención no es sólo dolo, ni únicamente culpa, sino una suma de ambas especies, - que se inicia en forma dolosa y termina culposamente en su -- adecuación típica, atribuyéndole autonomía y una especial sancción en la fracción VI del artículo 60.

El delito se comete mediante dolo, o por culpa; pero tratándose del primero, puede haber un resultado más allá del propuesto por el sujeto, y en la segunda, mayor de lo que podía racionalmente preverse y evitarse.

### 3.8. EL CASO FORTUITO

El caso fortuito encuentra su reglamentación en el artículo 15 fracción X del Código Penal vigente: "Es circunstancia excluyente de responsabilidad: Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas". El legislador se refiere sin duda, al hecho anterior inmediato a la producción del resultado y no a éste; la expresión lícito atañe a la conducta inicial. En el caso fortuito la conducta nada tiene de culpable, en virtud de no ser previsible el resultado. El Estado no puede exigir la previsión de lo humanamente imprevisible, por ello se ha expresado que marca el límite o la frontera con la culpabilidad.

En el caso fortuito el resultado adviene por el con curso de dos energías diversas: la conducta del agente ( por-hipótesis precavida, lícita ) y una fuerza a él extraña. De una parte ese actuar voluntario y de otra, una con causa que se une a la conducta; de esa amalgama surge el evento. En con secuencia el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una con causa extraña y por ello se produce el resulta do coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuirse al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia.

Mientras en la culpa inconsciente no se prevé el re sultado previsible, en el caso fortuito, jamás puede preverse por ser imprevisible. Es decir, tanto en la culpa inconsciente como en el caso fortuito hay ausencia de previsión del resultado delictivo, pero en aquélla debe preverse por existir esa posibilidad, en cambio en el caso fortuito, el sujeto no tiene el deber de prever lo humanamente imprevisible.

### 3.9. CONDICIONALIDAD OBJETIVA

Las condiciones objetivas de punibilidad tampoco -- son elementos esenciales del delito. Si las contiene la --- descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros re quisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Basta la existencia de un solo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia. Por otra -- parte, aún no existe delimitada con claridad en la doctrina - la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibi- lidad.

### 3.10. LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

La punibilidad consiste en el merecimiento de una - pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de -- esa sanción.

En resumen, punibilidad es: a) Merecimiento de pe-- nas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si --- llenan los presupuestos legales; y c) Aplicación fáctica de - las penas señaladas en la ley.

#### 3.10.1. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD

En función de las excusas absolutorias no es posi-- ble la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la - aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas --- conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo -- con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito ( conduc ta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad ), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de puni -- ción.

CAPITULO IV

ROBO DE INFANTE

#### 4.1. PRESUPUESTOS DEL DELITO DE ROBO DE INFANTE

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

Art. 366.- Se impondrá la pena de seis a cuarenta --  
años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa, --  
cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter---  
de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

VI.- Si el robo de infante se comete en menor de ---  
doce años por quien sea extraño a la familia y no ejerza la --  
tutela sobre el menor.

Cuando el delito lo cometa un familiar del menor ---  
que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la ---  
pena será de seis meses a cinco años de prisión.

Si espontáneamente se pone en libertad a la persona-  
antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, sólo se ----  
aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de -  
la libertad de acuerdo con el artículo 364.

En el título vigésimo primero, capítulo único, se le  
pone como rubro "Privación Ilegal de la Libertad y Otras Ga---  
rantías", pero el precepto se refiere a privación ilegal de la  
libertad con carácter de plagio o secuestro en menor de doce -  
años, por quien sea extraño a su familia y no ejerza la tutela  
sobre el menor y la sanción señalada, con lo que está integra-  
do uno de los presupuestos generales del delito o sea el pre-  
cepto y la pena.

El agente activo del delito puede serlo cualquier - persona que lleve a cabo el robo de infante, cuando no ejerza la patria potestad y no tenga ningún nexo familiar con él, y es el mismo menor como titular del bien jurídico tutelado por la norma el sujeto pasivo del delito, uno y otro constituyen el segundo presupuesto general del delito -Agente activo y -- Sujeto Pasivo-.

Por último como presupuesto general del delito, y - como veremos posteriormente al analizar el elemento tipicidad es la libertad como garantía jurídica, el bien jurídico tutelado por la norma en esta especie delictiva.

Ahora bien, tratándose de un tipo de resultado y no de mera comisión formal al analizar los presupuestos especiales, sería necesario referirnos al hecho de naturaleza jurídica o material que lo condicionan en el delito denominado en nuestra Legislación robo de infante y encontramos en la fracción VI del artículo 366 del Código Penal los siguientes presupuestos especiales:

#### Párrafo Primero

- 1.- Plagio o Secuestro
- 2.- Menor de doce años
- 3.- Extraño a la familia

4.- Que no ejerza la tutela sobre el menor.

**Párrafo Segundo:**

- 1.- Familiar del menor de doce años.
- 2.- Que no ejerza la patria potestad o la tutela sobre el menor.

Los móviles que yo encuentro en el llamado delito-- de robo de infante, son los siguientes:

**A.- LUCRO**

- 1.- Obtener dinero por su rescate.
- 2.- Para venderlo a un matrimonio que carezca de hijos.
- 3.- Inducirlo a la mendicidad para obtener un beneficio económico.
- 4.- Venderlo.
- 5.- Ponerlo a trabajar en alguna forma para quitarle el dinero.

**B.- VENGANZA**

- 1.- Cobrar un agravio inferido por los padres del menor.
- 2.- De quien ejerza la tutela sobre el menor.
- 3.- Por haber recibido un agravio del propio menor.

### C.-AFECTO

- 1.- Determinado cariño que puede tener el sujeto activo hacia el sujeto pasivo.

### D.- INTERES BASTARDO

- 1.- Además de lo indicado con relación al lucro y a la venganza, pueden ser ciertas pasiones como la envidia, los celos, el odio canalizado hacia quien ejerza la patria potestad o la tutela sobre el menor.

### E.- CAUSAR DAÑO O PERJUICIO

- 1.- Ya sea al menor privado de su libertad o a otra persona - que se encuentre relacionada con el sujeto pasivo.

La fracción VI del artículo 366 establece en su primer párrafo que la detención arbitraria tiene el carácter de plagio o secuestro, si el robo de infante se comete en un menor de doce años, por quien sea extraño a la familia y no --- ejerza la tutela sobre el menor. Ahora bien las palabras plagio y secuestro en el lenguaje jurídico son usadas como sinónimos, pero en su origen la palabra plagio era la sustracción de un siervo en agravio de su dueño, así como el secuestro de un hombre libre para venderlo como esclavo, el delito de plagio con el tiempo ha sufrido diversas transformaciones ya que antiguamente era un delito contra la propiedad y actualmente es un delito contra la libertad de las personas.

La palabra secuestro en su acepción gramatical con trascendencia jurídica significa la acción de aprehender a -- una persona exigiendo dinero por su rescate y por ende, se entiende que el dinero que se pide o se entregue para que la -- persona detenida ilegalmente recobre su libertad.

En el presupuesto especial del delito referente a -- menor de doce años, se entiende que quizá el legislador pensó que el titular del bien jurídico tutelado por la norma fuera un menor de más edad, tal vez debido a la escala o nula resistencia que puede oponer un menor de doce años, ya que en realidad en el Diccionario de la Real Academia Española, se entiende por infante a una persona que no cumple aún los siete años de edad.

Si la persona que comete el delito de robo de infante es extraña a la familia; aquí en este presupuesto el legislador quiso decir que el sujeto activo del delito no forme -- parte de la familia, de acuerdo a que la ley civil sólo reconoce tres clases de parentesco que son: por consanguinidad, -- por afinidad y el civil.

El parentesco por consanguinidad es el vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que, reconocen a un antecesor común. Este parentesco se divide en dos líneas que son: la recta y la transversal; la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden de la serie de otras y la transversal se compone -- de la serie de grados entre personas que sin descender unas -- de otras, proceden de un progenitor o tronco común.

La línea recta puede ser ascendente o descendente; ascendente, es la que liga a una persona con su progenitor o tronco que le precede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él precedan.

La línea transversal, puede ser igual o desigual -- según que los parientes se encuentren en el mismo grado o grados distintos. Por ejemplo: los hermanos se encuentran en parentesco colateral igual de segundo grado; los primeros hermanos asimismo, se encuentran colocados en un parentesco transversal igual de cuarto grado, en cambio, los tíos en relación con los sobrinos se encuentran en un parentesco desigual de tercer grado.

El Código Civil para el Distrito Federal dispone en el artículo 414 que la patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos de matrimonio en la forma siguiente :

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

Este orden es preferente y sólo a falta de los primeros ejercen la patria potestad los que le siguen. También se ejerce la patria potestad por adoptante respecto del adoptado .

En el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio cuando los dos progenitores lo hayan reconocido y vivan juntos, ambos ejercerán la patria potestad, y si viven separados y hayan sido reconocidos en el mismo acto, convendrán cual de los dos ha de ejercerla, y en el caso de que no lo hicieran - lo resolverá el Juez Familiar.

Solamente por falta o impedimento de todos los llamados, preferentemente entrarán en ejercicio de la patria potestad los que siguen en el orden legal establecido y en el caso de que sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponda ejercerla, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

Como podemos observar, en lo que se refiere a "extraño a la familia", el legislador aquí hizo alusión en una forma muy genérica abarcando el parentesco en línea recta y línea transversal no especificando hasta que grado, lo que en mi concepto considero indebido, porque un familiar cercano o lejano puede o no puede tener los mismos intereses bastardos - que un extraño a la familia, por lo que no se justifica la -- disminución de la pena.

El parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón. Este tipo de parentesco propiamente constituye una combinación del matrimonio y -- del parentesco consanguíneo, ya que también presenta una línea recta y una línea transversal, siendo de este modo que la esposa tendrá un parentesco por afinidad con los ascendientes

y descendientes o colaterales de su marido y en los mismos -- grados que existan respecto a los parientes consanguíneos ya que se encuentran en el parentesco de primer grado en línea - recta ascendente con sus suegros, el parentesco colateral --- igual de segundo grado con sus cuñados y así sucesivamente; - igualmente si su marido ha tenido hijos, nieto o en fin des-- cendientes de otro matrimonio, contraerá también parentesco - por afinidad con esas personas, lo mismo se puede decir del - marido en relación con los parientes de la esposa.

En nuestro Derecho Civil el parentesco por afinidad sólo produce consecuencias muy restringidas, pues en esta cla se de parentesco no existe el derecho de alimentos, ni el de recho de heredar. En caso de divorcio o muerte de alguno de - los cónyuges, o bien por nulidad se extingue esta clase de pa rentesco, lo único importante es que el matrimonio no puede - celebrarse entre parientes por afinidad en línea recta; artí culos 156, fracción IV, y 236 fracción II del Código Civil -- para el Distrito Federal.

Al igual como lo expuse al referirme al parentesco- por consanguinidad, también en esta clase de parentesco el le gislador se refirió en un concepto muy genérico, por lo que - me parece muy incierto e impreciso este presupuesto especial- del delito por las mismas razones que acabo de expresar ante- riormente.

El parentesco por adopción es un acto jurídico y -- por virtud de él se crea entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima en- tre padre e hijo o sea es una filiación artificial entre adop tante y adoptado.

En la adopción deberán consentir en ella los que -- ejerzan la patria potestad, el tutor o las personas que hayan acogido al adoptado, y a falta de ellos el adoptante y el --- adoptado.

El Adoptante debe ser mayor de treinta años, en ple no ejercicio de sus derechos, no tener descendientes y sobrepasar en edad al adoptado por lo menos diecisiete años, y si el adoptado es mayor de catorce años, el Juez de Primera Instancia debe dictar sentencia autorizando la adopción, además las consecuencias de este vínculo se limitan solamente entre dos sujetos; la patria potestad sólo puede ejercerla el adoptante respecto del adoptado.

En el último presupuesto especial del delito de este primer párrafo correspondiente a "que no ejerza la tutela sobre el menor", podemos apreciar que el legislador generalizó muy ampliamente el concepto de tutela, ya que como sabemos la tutela es una institución supletoria de la patria potestad mediante la cual se prevé a la representación, a la protección a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir, en fin su actividad jurídica.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 449 dispone que " el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad o tienen incapacidad natural o legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede tener representación interina del incapaz en los casos especiales - que señale la ley".

Como podemos ver en el artículo anterior descrito-- expresamente dispone que de preferencia se cuide de la persona del incapacitado, aunque esta preferencia de ninguna manera se descuida del patrimonio del incapacitado; por lo que se aprecia que tiene un gran sentido moral; en nuestra legislación civil existen tres clases de tutela que son la testamentaria, la legítima y la dativa.

En este concepto de tutela podemos apreciar que el legislador al referirse a la tutela abarcó un sentido muy amplio, haciendo que este primer párrafo del delito cuyo estudio nos ocupa, se interprete en forma muy vaga e imprecisa, concluyéndose que el hecho delictuoso queda impune si lo comete una persona que ejerza la tutela sobre el menor, aunque sea completamente extraño a la familia, teniendo en cuenta que el párrafo final del artículo 449 del Código Civil dispone " que la tutela puede también tener por objeto la representación in terina del incapaz en los casos especiales que señale la ley"

En este caso y aún existiendo cualquiera de los móviles en el delito llamado "robo de infante", el Organo Juridiccional aunque conociera toda la verdad histórica, no tendría más remedio que dejar impune este ilícito, ya que existe una excepción muy generalizada para quienes ejercen esta clase de funciones de carácter familiar.

Ahora bien, estudiando los presupuestos especiales del segundo párrafo de nuestro delito a estudio, encontramos en primer lugar a " un familiar del menor de doce años".

En este concepto de familia, igualmente el legislador abarcó en una forma muy amplia e imprecisa a qué es lo -- que se entiende por familia, ya que este concepto sociológico y jurídico se estrecha en la línea recta y se ensancha en la

colateral, y esto acontece en el parentesco por consanguinidad y en el de afinidad.

El último presupuesto especial del delito de "robo de infante", exige que además de ser un familiar del menor, - "no ejerza la patria potestad ni la tutela sobre de él".

En el caso de la tutela testamentaria, si quien está ejerciendo la patria potestad muere, aún cuando haya ascendientes de grado ulterior, y si éste ha designado tutor en su testamento, éste se hará cargo del menor, excluyendo a los ascendientes antes mencionados; si en el supuesto caso un abuelo del menor de doce años, que queda excluido de la patria potestad por tutela testamentaria y éste a su vez, se apodera de dicho menor, su conducta encuadrará en el supuesto del segundo párrafo de la fracción VI del artículo 366 del Código Penal, por lo que en este caso el juzgador a su prudente arbitrio tiene un campo de acción amplio para aplicar la sanción al agente activo del delito tomando en cuenta lo previsto en el artículo 52 del mismo ordenamiento legal.

El párrafo final del artículo 366 textualmente dice: que "si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días, y sin causar ningún perjuicio, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 364".

En este último párrafo existe la hipótesis de que si en el supuesto caso el agente activo pone en libertad al sujeto pasivo, se desiste de prolongar su consumación y para que este beneficio opere deben de reunirse los siguientes requisitos.

- 1.- Que espontáneamente se ponga en libertad al sujeto pasivo cesando de este modo la detención arbitraria.
- 2.- Que sea antes de tres días, y
- 3.- Sin causar ningún perjuicio.

En este último requisito permite al Juez una movilidad muy amplia para que pueda apreciar si hubo o no perjuicio.

De esta forma llegamos a la conclusión que en primer lugar la penalidad es muy alta en el caso del primer párrafo de nuestro delito a estudio, si la persona que comete el delito de "robo de infante", es extraño a la familia y no ejerce la tutela sobre el menor (seis a cuarenta años de prisión), aunque en este supuesto el legislador dejó un campo de acción muy amplio para que el valore la conducta del agente activo del delito, así como el grado de peligrosidad mínima, media y máxima y la personalidad del delincuente (artículos 51 y 52 del Código Penal).

Asimismo, concluimos que en el supuesto del párrafo segundo de nuestro delito cuyo estudio nos ocupa, que la penalidad se reduce considerablemente (seis meses a cinco años de prisión), si el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza la patria potestad ni la tutela sobre él, aunque también en este caso el legislador dejó un campo de acción relativamente amplio para que el juez de la causa tome en cuenta lo previsto en los artículos 51 y 52 del Código Penal ya mencionado, así como los móviles que expuse con anterioridad.

#### 4.2. MEDIOS COMISIVOS DEL DELITO DE ROBO DE INFANTE

El delito de robo de infante por su descripción típica tiene un medio de comisión consistente en la captura y -retención del infante; en efecto, el núcleo del tipo es privar de la libertad, detener arbitrariamente y ambos conceptos son equivalentes, privar vale tanto como quitar, despojar, --prohibir, detención arbitraria significa detención sin fundamento legal, es decir, ilícita e injusta.

Por tratarse de un delito que implica una norma prohibitiva, el modo de comisión debe ser de acción stricto ----sensu. Ahora bien, para la existencia de la acción se debe --querer el movimiento corporal en que la misma consiste, esto es, debe haber voluntad. La voluntad debe referirse al querer inicial o impulso motor de la acción típica con independencia de cual sea el resultado de la acción pues la voluntariedad -del resultado pertenece a la culpabilidad y no al tipo, por -tanto se requiere un nexo psicológico entre el resultado y la acción.

#### 4.3. CLASIFICACION DEL DELITO DE ROBO DE INFANTE EN ORDEN A LA CONDUCTA

El delito de robo de infante es un delito de acción en virtud de que éste se realiza por un movimiento o movimientos positivos y como consecuencia se viola una norma prohibitiva, que en el caso sería privar de su libertad al menor de doce años.

#### 4.4. ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA EN EL DELITO DE ROBO DE INFANTE

La ausencia de conducta equivale a falta de acción o de omisión y siendo la conducta el elemento primordial del delito, su ausencia da como resultado invariable, inevitablemente la no existencia del injusto.

El texto vigente de la fracción I, del artículo 15- del Código Penal establece "incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias".

En esta fracción I, el legislador quizá consideró - prudente no restringir esta excluyente a una sola de sus hipótesis, por lo que creo aquí abarcó todas las situaciones que es preciso tomar en cuenta cuando la actividad o inactividad del agente sean involuntarias.

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

#### 4.5. CLASIFICACION DEL DELITO DE ROBO DE INFANTE EN ORDEN AL DAÑO QUE CAUSA

El delito de robo de infante, es un delito de lesión porque consumado causa un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada como lo es la privación ilegal de la libertad en un menor de doce --- años.

#### 4.6. CLASIFICACION DEL DELITO DE ROBO DE INFANTE EN ORDEN A SU DURACION

El delito de robo de infante es completamente imposible que sea un delito instantáneo en virtud de que su consumación no se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos, porque la privación ilegal no cesa hasta que el agente activo del delito pone en libertad a su víctima o bien es desahogado de ella.

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

#### 4.7. CLASIFICACION DEL DELITO DE ROBO DE INFANTE POR LA FORMA DE SU PERSECUCION

El delito de robo de infante es perseguible de oficio, ya que la autoridad previa denuncia está obligada a actuar por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos.

#### 4.8. TIPO Y TIPICIDAD

De conformidad con el artículo 366 fracción VI del Código Penal que a la letra dice: "Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

VI.- Si el robo de infante se comete en menor de doce años -- por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela sobre el menor".

En el caso de este primer párrafo podemos afirmar - que es un tipo especial agravado en relación con el básico de privación ilegal de la libertad.

Ahora bien, en el caso del segundo párrafo de la -- fracción VI del artículo 366 que a la letra dice lo siguiente: "Cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza la patria potestad ni la tutela, la pena será de seis meses a cinco años de prisión", podemos afirmar que es un tipo especial privilegiado, en relación con el básico de privación ilegal de la libertad.

#### 4.8.1. SUJETO ACTIVO

Puede serlo cualquier persona con exclusión expresa de aquellas que sean miembros de la familia y ejerzan la - tutela o la patria potestad y de quienes siéndolo ejerzan la tutela sobre el menor.

Como podemos apreciar aquí, el legislador al describir el comportamiento se refirió a cierta calidad en el sujeto activo en virtud de que el tipo exige en éste de manera especial una determinada cualidad o condición pudiéndose denominar a este ilícito un delito propio o especial o bien delito-particular o exclusivo porque sólo puede ser cometido por una

determinada categoría de personas, ya que los ilícitos penales comunes pueden ser cometidos por cualquiera; restringiendo el legislador de ser sujetos activos del delito de robo de infante a quienes ejercen la patria potestad y la tutela, que tanto una como otra, son cualidades jurídicas.

#### 4.8.2. SUJETO PASIVO

Adquiere la calidad de sujeto pasivo en el delito de robo de infante el menor de doce años sobre quien recae la acción típica del sujeto activo, es consecuentemente al mismo tiempo objeto material hacia el cual se dirige la acción titular del objetivo jurídico o bien tutelado por la norma, la libertad, por lo tanto existe una calidad específica del sujeto pasivo.

#### 4.8.3. LA ATIPICIDAD

La ausencia de tipo no es posible que exista en el delito de robo de infante, porque la conducta del sujeto activo o sea una persona extraña a la familia que no ejerza la tutela sobre el menor de doce años o bien si forma parte de la familia y que no ejerza la patria potestad ni la tutela sobre dicho menor, con el objeto de privarlo de su libertad, se encuentra descrita en el artículo 366 fracción VI del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

En cambio la ausencia de tipicidad en el delito de robo de infante existe cuando el agente activo forma parte de la familia del menor y ejerce la tutela o la patria potestad

sobre él, o bien, si no es miembro de la familia y ejerce la tutela sobre dicho menor, si el sujeto pasivo excede de la -- edad de los doce años, en fin, cuando falta uno sólo de los -- requisitos indispensables señalados en el tipo legal.

Ahora bien, sobre el término "robo" utilizado en -- nuestro delito a estudio, debemos comentar que el tipo especí-- fico del Robo de Infante a diferencia de la mayoría de los ti-- pos contenidos en nuestro Código Penal, no contiene una clara descripción de conducta que como en el caso de homicidio ---- -matar-, por ejemplo, nos permita en forma inmediata saber -- cuál es el núcleo del mismo, pero tratándose de un tipo espe-- cial en relación con el básico de privación ilegal de la li-- bertad, podemos asentar que su elemento objetivo fundamen-- tal es precisamente privar de la libertad al infante, no es como aseguran algunos apoderarse del infante; es importante hacer-- esta aclaración, porque existen quienes con escasa fortuna -- estiman que el robo de infante no está tipificado y entonces -- recurren a verter la descripción del artículo 367, "comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena...." den-- tro del contenido de la fracción VI del artículo 366 y conclu-- yen que el injusto a estudio debe describirse como el "apode-- ramiento de infante menor de doce años sin derecho y sin con-- sentimiento de quien tenga derecho a él con arreglo a la ley" y no existe nada más absurdo y contrario a la lógica, pues si se habla del delito se está haciendo referencia necesariamen-- te a un tipo legal; equiparar dos tipos que tutelan tan disim-- bolos bienes jurídicos equivale a reconocer la igualdad de -- bienes, es decir, se llega a equiparar absurdamente: libertad con propiedad.

En el lenguaje jurídico es un desacierto denominar-- Robo de Infante al delito de plagio o secuestro; en nuestra legislación actual la palabra Robo no es aplicable a las personas sino a las cosas susceptibles de enajenación, en este sentido el legislador debe modificar estas palabras en un sentido más propio, ya que desde el fuero juzgo y la Ley de las Siete-Partidas ya existía una modalidad de diferencia entre persona y cosa.

La palabra Robo de Infante es sólo una expresión -- popular, que nada tiene de jurídica, así que el "Robo de Infante" es un modismo popular que se pierde en el tiempo y es como decir: " se robó a la novia ", como en el rapto; bastaría-- que el artículo 366 dijera:

Art. 366 "Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días multa, cuando la privación-- ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro-- en alguna de las formas siguientes:

VI.- Cuando se cometa el delito de plagio o secuestro en un -- menor de doce años, por quien sea extraño a su familia y no -- ejerza la tutela sobre el menor.

Cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la pena será de seis meses a cinco años de prisión.

Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de -- tres días y sin causar ningún perjuicio, sólo se aplicará la -- sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad -- de acuerdo con el artículo 364.

4.9. LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO  
DE ROBO DE INFANTE.

Cuando se actualiza la conducta sancionada en el artículo 366, fracción VI del Código Penal, se infringe la norma que garantiza la libertad individual en su más alto sentido, se atenta contra el interés social al perturbarse el orden jurídico, y al afirmarse una voluntad contraria a la voluntad de la ley, se ofende la esencia misma del Derecho en tales condiciones, es antijurídico el acto de apoderarse de un infante menor de doce años por persona ajena a su familia y que no ejerza la tutela sobre él, o bien si forma parte de la familia del menor y no ejerza la patria potestad ni la tutela sobre él, desde luego si no opera alguna de las causas que excluyen la incriminación, constituyéndose así el injusto penal.

4.9.1. LAS CAUSAS QUE EXCLUYEN LA INCRIMINACION

El Código Penal en el capítulo IV del Título Primero, artículo 15 establece bajo el rubro general de "Circunstancias excluyentes de responsabilidad", las causas que excluyen la incriminación, que en mi concepto considero que el legislador se apartó de toda dogmática jurídica en virtud de -- que en forma desordenada comprendió las causas de inimputabilidad, las causas de justificación y las excusas absoluto---rias.

Siguiendo al Maestro Raúl Carranca y Trujillo ----- quien sugirió el título genérico de "causas que excluyen la -incriminación" a las "circunstancias excluyentes de responsabilidad" y que en el derecho legislado de la República Mexicana son aplicables en la totalidad del territorio nacional, se clasifican de la siguiente forma:

#### CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

- a) Minoridad penal y vejez
- b) Sordomudez
- c) Enajenación mental
- d) Embriaguez completa
- e) Estados específicos de inconsciencia
- f) Fuerza física irresistible
- g) Miedo o temor calificados
- h) Inculpable ignorancia
- i) El caso -de dudosa clasificación-

#### CAUSAS DE JUSTIFICACION

- a) Legítima defensa
- b) Estado de necesidad
- c) Deber o derecho legales
- d) Obediencia jerárquico legítima
- e) Impedimento legítimo

#### EXCUSAS ABSOLUTORIAS

- a) En razón a los móviles afectivos revelados
- b) En razón a la copropiedad familiar
- c) En razón a la maternidad consciente
- d) En razón a la temibilidad especialmente mínima revelada.

4.9.2. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD EN EL DELITO  
DE ROBO DE INFANTE

Si entendemos por imputabilidad como una calidad-- del agente que le hace capaz de dirigir sus actos dentro del orden jurídico, y para ello capacidad de entender y de querer normalmente, es obvio que la excluyente de imputabilidad será la que suprima en el juicio la conciencia jurídica o la capacidad de conocer y discernir la naturaleza de sus actos en todo aquello que los hace ilícitos o bien que elimine la posibilidad, aún conociendo el verdadero carácter de la conducta o la naturaleza antijurídica de los actos que van a ejecutarse, de tomar determinaciones correctas y abstenerse de llevar adelante lo prohibido, en estos casos lo ejecutado no es sino -- efecto de aquella anomalía y por tanto sería ocioso imponer -- penas o exigir responsabilidades.

En el delito de Robo de Infante y de conformidad -- con la clasificación del maestro Carrancá y Trujillo señalaremos a continuación las causas de imputabilidad que pueden -- operar en este ilícito.

1.- LA EMBRIAGUEZ COMPLETA

Para el jurista, la ebriedad constituye un estado-- de inconsciencia y tiene como significado una causa de ausencia de imputabilidad, cuando produce la pérdida de las facultades necesarias para la comprensión de lo antijurídico y de la autodeterminación, pero siempre que el estado se haya adquirido en la forma precisa que la ley ha previsto.

El Código Penal en su artículo 15 fracción II, ---- en su texto vigente considera como excluyente de responsabilidad:.... "II.- ...conducirse de acuerdo con esa comprensión-- excepto en los casos de que el propio sujeto haya provocado - esa incapacidad intencional o imprudencialmente".

En el delito a estudio, para que opere esta causa - de incriminación se requiere:

- 1.- Que la embriaguez sea plena y completa
- 2.- Que sea además fortuita y accidental
- 3.- Que sea finalmente involuntaria

En los demás casos de la embriaguez, persiste la incriminación y en nada influye para configurar la excluyente - que la embriaguez sea o no habitual.

De la anterior transcripción podemos deducir que la incriminación no se excluye si el sujeto activo obtuvo la incapacidad de querer y entender al ingerir bebidas embriagantes por su propia voluntad, por lo que, queda configurado el delito que se le imputa.

## 2.- ESTADOS ESPECIFICOS DE INCONSCIENCIA

La personalidad del ser humano puede presentar di-versas anomalías o alteraciones y en éstas podemos distinguir dos grandes grupos:

- a) La pérdida de la conciencia

Lo que equivale a decir, a la falta de conciencia-- denominada demencia, locura o enajenación mental y ésta es un estado general o total de inconsciencia y;

b) Las perturbaciones más o menos profundas de la conciencia.

En las que sin embargo, aunque anormalmente la ---- conciencia subsiste en mayor o menor grado; estos estados presentan dos diferentes órdenes: o tienen un origen fisiológico no morboso o bien, lo tienen patológico morboso.

En el delito llamado robo de infante, podemos decir, que tres son los grupos especiales de circunstancias por las que puede operar la excluyente o eximente de responsabilidad.

- 1.- Estados de inconsciencia de los actos producidos por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes.
- 2.- Estados de inconsciencia de los actos producidos por tox infecciones y;
- 3.- Estados de inconsciencia de los actos producidos por trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

En nuestro delito, si el sujeto obra en un estado de incapacidad de querer o entender, producido por un estado tox infeccioso agudo que le provoque un trastorno mental, operará en este caso, la causa excluyente de incriminación, asimismo para que sean aplicables estas causas excluyentes de incriminación se requiere:

- a.- Que el trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, sean involuntarios. No producidos ni dolosa ni imprudencialmente.
- b.- Que sean patológicos o morbosos.
- c.- Que sean transitorios.

### 3.- TEMOR CALIFICADO

Existe la posibilidad de que el miedo grave o el --temor fundado de que habla la fracción VI del artículo 15 del Código Penal, no altere las facultades de juicio y decisión-- con lo cual no queda eliminada la imputabilidad; pero puede ser también sobre todo en el supuesto de temor fundado y no de una emoción como el miedo grave, que el sujeto, razonando con toda serenidad, tome una decisión contraria al derecho como medio de librarse del mal que le amenaza; hay que tomar en cuenta, entonces, la violencia moral ejercida sobre su voluntad, para tener por excluida su responsabilidad si el peligro era serio de manera que pudiera pasar decisivamente sobre la determinación del inculpado, y si el acto ejecutado no es de tal manera dañoso que resulte en marcada desproporción con el peligro evitado, ahora bien, para que sea operable esta exclyente en el delito a estudio se requiere:

- 1.- Que el temor sea fundado
- 2.- Que sea irresistible
- 3.- Que sea referido a un mal inminente y grave
- 4.- En bienes jurídicos propios o ajenos y; que pueden ser vida, libertad e integridad corporal.
- 5.- Que no exista otro modo practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

#### 4.- ERROR INVENCIBLE

El error se puede decir que es un vicio psicológico que consiste en la falta de conformidad entre el sujeto que conoce y el objeto conocido; el error es un falso conocimiento de la realidad, un conocimiento incorrecto que se conoce, pero se conoce en forma equivocada.

En el delito denominado por nuestra legislación robo de infante, es aplicable esta causa excluyente de incriminación si se presenta cualquiera de los requisitos siguientes:

- 1.- Que el error sea invencible
- 2.- Que el error sea respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal como pueden ser respecto a la edad del menor, a formar parte de su familia, al ejercicio de la patria potestad o de la tutela.
3. Que por el mismo error el sujeto estime que es lícita su conducta.

#### 4.9.3. CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO DE ROBO DE INFANTE.

##### 1.- ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos que --

solo puede ser evitado mediante la lesión de bienes jurídicos protegidos también y pertenecientes a otra persona.

En el delito de robo de infante para que opere esta circunstancia excluyente de responsabilidad se requieren los siguientes elementos:

- 1.- Que exista un peligro real, actual e inminente.
- 2.- Ese peligro tiene que recaer sobre bienes jurídicos ya sean propios o ajenos; en el delito cuyo estudio nos ocupa pueden ser vida, libertad o -- integridad corporal.
- 3.- Que el peligro no haya sido provocado dolosa ni culposamente.
- 4.- Que se lesione o se destruya un bien jurídico -- protegido por el derecho; en este ilícito puede ser libertad o integridad corporal.
- 5.- No debe existir otro medio practicable y menos -- perjudicial al alcance del agente, es decir, necesidad del medio empleado.

En este delito, dada la amplísima forma legal de -- esta justificante concreta, en ella quedan comprendidas todas las situaciones de necesidad que puedan presentarse sea cual -- sea su trascendencia y valor jurídico.

## 2.- DEBER O DERECHO LEGALES

Nuestro ordenamiento legal en su texto vigente es-- tablece como circunstancia excluyente de responsabilidad dos -

distintas especies de justificación: ... V.- "Obrar en forma - legítima, 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".

La denominación "legítima" comprende no únicamente - el ordenamiento jurídico que procede del poder legislativo, -- conforme a sus facultades constitucionales, sino también todo- acto del poder administrativo que tiene fuerza de obligar lo - que atienda a la aplicación y ejecución de la ley así entendi- da, de toda ley, estará justificado el sujeto que ordena su -- conducta de conformidad con la ley, deriva de ésta en forma di recta su justificación:

a) El deber jurídico consignado en la ley.

En el delito de robo de infante para que opere esta- causa excluyente de incriminación se requiere que se de cumpli miento a un deber jurídico consignado en la ley únicamente, y- además que exista necesidad racional del medio empleado para - cumplir ese deber.

b) Ejercicio de un derecho.

En el delito motivo de nuestro análisis para que sea aplicable esta causa excluyente de responsabilidad es necesaa- rio que el derecho se encuentre expresamente consignado en la- ley, y que exista necesidad racional del medio empleado para - ejercer el derecho.

### 3.- OBEDIENCIA JERARQUICO LEGITIMA

En nuestro delito a estudio, esta causa excluyen---  
te de incriminación es aplicable si se reúnen estos elementos:

- a) Que esta circunstancia no sea notoria
- b) Que se pruebe que el agente activo no la conocía
- c) Que sea de carácter oficial

#### 4.9.4. EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL DELITO DE ROBO DE INFANTE

El Código Penal no señala expresamente ninguna excusa absolutoria en relación con el delito de robo de infante, - pero debemos entender que la inimputabilidad puede operar para el encubridor o encubridores del autor cuando reúnan los requisitos de la parte final del artículo 400, que dice lo siguiente: "... No se aplicará la pena prevista en este artículo en - los casos de las fracciones III y IV cuando se trate de :

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por --- afinidad hasta el segundo; y
- c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto-gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles".

De lo anterior transcrito, deducimos que para que -- opere esta excusa absolutoria en el delito de robo de infante- en primer lugar, se requiere como condición necesaria que el - encubridor sea cónyuge, concubina o concubinario del sujeto --

activo; en segundo lugar que existan lazos de parentesco ya -- sea por consanguinidad o por afinidad en sus correspondientes- grados que señala la ley y en tercer lugar, que existan lazos- de amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de mo- tivos nobles. En esta exclusión tal vez el legislador decidió no imponer pena al sujeto que encubre a delincuentes o efec--- tos del delito por móviles afectivos o familiares quizá porque tomó en cuenta la nula temibilidad que representa, aunque ---- aquí el legislador excluye el parentesco civil que se contrae- por virtud de la adopción.

#### 4.10. LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ROBO DE INFANTE

Dadas las características del tipo, el delito de ro- bo de infante, es un ilícito cuya comisión sólo puede imputar- se a título de dolo directo. El secuestro, la ausencia de ne-- xos familiares y la carencia de los derechos ya sean de tutela o de la patria potestad, son nociones de carácter normativo -- -pero cognoscibles- que necesariamente constituyen la represen- tación del agente en el momento de su acción; y su ejecución - consecuentemente es voluntaria. Es imposible por todos concep- tos la forma culposa de comisión.

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

4.10.1. CAUSAS DE INculpABILIDAD EN EL DELITO  
DE ROBO DE INFANTE

Si la culpabilidad reviste dos formas que son el dolo y la culpa, las causas que la excluyen deben referirse a -- circunstancias ajenas a la capacidad de conocer y de querer -- del agente, por lo que de conformidad con el Maestro Villalobos aceptaremos como causas de inculpabilidad que pueden operar en el delito motivo de nuestro análisis, las siguientes:

- 1.- El error invencible
- 2.- Coacción sobre la voluntad

4.11. PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE ROBO  
DE INFANTE

Entre las diversas especies de pena, las principales son la pena privativa de la libertad y la pecuniaria. El Código Penal, prevee para el delito de robo de infante una penalidad mixta al sancionarlo con pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa; entre estos mínimos y máximos el Organismo Jurisdiccional individualizará la pena, tomando en consideración las circunstancias personales y objetivas al sentenciado y al delito, a que se refieren los artículos 51 y 52 del Código Sustantivo de la materia.

#### 4.12. TENTATIVA EN EL DELITO DE ROBO DE INFANTE

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

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

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

Si el sujeto activo se desiste espontáneamente de dicha ejecución, o sea de privar de su libertad a un menor, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna, por lo que a este ilícito se refiere sin perjuicio de aplicar lo que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyen por sí mismos otros delitos.

## CONCLUSIONES

## CONCLUSIONES

1.- El delito de robo de infante en su modalidad de plagio o secuestro, a través de los tiempos ha sido considerado como un ilícito en el que se revela alta peligrosidad, razón por la cual ha sido sancionado por lo regular con penas bastante severas.

2.- El valor o bien jurídico que se tutela en el delito que nos ocupa es la libertad.

3.- De las diferentes penas que se han señalado en los diferentes Códigos Penales, la que me parece más adecuada es la de cinco a veinte años de prisión

4.- De las diversas edades que se han señalado al menor, en las legislaciones comparadas, estimo más adecuada la de doce años.

5.- Desde un punto de vista técnico-jurídico, la denominación de "robo de infante", es inadecuada ya que no se trata de un delito patrimonial.

6.- El presupuesto especial del delito de robo de infante "familiar" es demasiado amplio, vago e impreciso, --- puesto que el legislador debió de establecer un límite de grados de parentesco.

7.- El beneficio para el sujeto activo establecido en el párrafo final del artículo 366 fracción VI, en mi opinión lo considero justo, porque el poner en libertad al sujeto pasivo antes de tres días, dada la naturaleza permanente de este delito, por una parte se arrepiente del delito que consumó y por otra, se desiste de seguir prolongando su consumación, cesando de este modo la detención arbitraria.

8.- La conducta en el delito llamado robo de infante consiste en la detención arbitraria del menor de doce años en cualquier lugar, bastando únicamente con apartarlo de la esfera de quienes ejercen la patria potestad o la tutela sobre él y reducirlo a un ambiente que no es jurídicamente el suyo.

9.- En relación con el básico de privación ilegal de la libertad, en el caso del primer párrafo se trata de un tipo especial agravado y en el caso del segundo párrafo se trata de un tipo especial privilegiado, con relación a la penalidad.

10.- Los elementos típicos objetivos son el apoderamiento y la detención arbitraria llevada a cabo por el autor - en la persona del menor y los elementos típicos normativos son minoría de edad, familia, patria potestad y tutela.

11.- En nuestro delito a estudio existe la antijuridicidad cuando se actualiza la conducta sancionada en el artículo 366 fracción VI del Código Penal, excepto si opera alguna - de las causas que excluyen la incriminación.

12.- Las causas de inimputabilidad que pueden operar en nuestro delito a estudio se encuentran comprendidas en las fracciones II, VI y XI del Artículo 15 del nuestro Ordenamiento Penal.

13.- Las causas de justificación que pueden ser aplicables al delito objeto de este análisis se encuentran establecidas en las fracciones IV, V y VII del artículo 15 del Código Penal.

14.- El delito de robo de infante sólo admite como -- forma de culpabilidad el dolo.

15.- La excusa absolutoria que puede operar para el encubridor o encubridora del robo de infante, está contenida en la parte final del artículo 400.

16.- En el caso de desistimiento espontáneo de dicha ejecución no se impondrá pena alguna por lo que a este ilícito se refiere, sin perjuicio de aplicar lo que corresponde a actos ejecutados u omitidos que constituyen por sí mismos delitos.

## P R O P U E S T A

Considero muy importante proponer que con respecto-- a lo que establece el legislador al decir: " si la persona que comete el delito de robo de infante es extraña a la familia... debe de definir en forma muy precisa el concepto de "familia" ya que hizo alusión en una forma muy genérica abarcando las -- tres clases de parentesco que son: por consanguinidad, por afinidad y el civil, así como abarca el parentesco en línea recta ascendente o descendente y en línea colateral no especificando hasta que grado, lo que en mi concepto es indebido porque un - familiar cercano o lejano puede o no puede tener los mismos intereses bastardos que un extraño a la familia.

Con relación a la penalidad establecida cuando el delito lo cometa un extraño a la familia y no ejerza la tutela - sobre el menor, la cual es de seis a cuarenta años de prisión, considero excesiva la pena, pues se equipara a la establecida- en un homicidio calificado y esto constituye igualar derechos- jurídicamente protegidos como son la vida y la libertad.

Por otro lado como tercera propuesta considero que - la disminución de la pena con referencia a que se cometa el delito de robo de infante por un familiar, es válida, pero siempre y cuando el legislador sea más específico, es decir, que - establezca el parentesco consanguíneo en línea recta descendente para que opere este beneficio, pues creó que con esa visión jurídica fue establecida, ya que entre cónyuges no existe el - robo de infante, sólo cuando opere sentencia ejecutoriada que- condene a uno de los cónyuges a perder la patria potestad so- bre el menor y el otro cónyuge cometa el delito.

Como cuarta propuesta y con relación a la anterior, considero conveniente que el legislador establezca otra penalidad, cuando el delito de robo de infante sea cometido por un familiar que no sea pariente consanguíneo en línea recta descendente, esto es, cuando se trate de parientes consanguíneos en ulterior grado o bien colaterales, dejando desde luego un márgen amplio cuando a juicio del juzgador se involucren móviles de afecto.

Como quinta y última propuesta, debe de establecerse un término más jurídico para definir el "robo de infante", por que al mencionar la palabra robo automáticamente pensamos o -- vinculamos este concepto con cuestiones patrimoniales, y no de confundirse el sentido del término, ya que se trata de la libertad de un menor, a mi punto de vista sería mejor omitir dicha palabra y que la fracción VI del artículo 366 expresara:

VI.- Cuando se cometa el delito de plagio o secuestro en un menor de doce años, por quien sea extraño a su familia y no ejerza la tutela sobre el menor.

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Carrancá y Rivas Raúl, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, México 1990.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, México 1988.
- 3.- CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Editorial Porrúa, México 1987.
- 4.- CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídico Paterno-Filiales, Editorial Porrúa, México 1992.
- 5.- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal I, 8ª Edición, Editorial Nacional Mexicana, México 1961.
- 6.- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación -- y Jurisprudencia, Tomo II, Librería de Rosa y Bouret, París 1863.
- 7.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano, - Editorial Porrúa, México 1988.
- 8.- HUITRON FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Promociones Jurídicas y Familiares, S.C., México 1984.
- 9.- JIMENEZ DE AZUA, Luis. La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana 11ª Edición, Buenos Aires 1980.
- 10.- MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España 1955.
- 11.- MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España 1955.

- 12.- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México 1992.
- 13.- PAHECHO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado.- Imprenta y Fundición de Manuel Tello, Impresor de la Cámara de S.M. Tomo III, 5a. Edición, Madrid - 1881.
- 14.- PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Editorial Jurídica Mexicana, México 1978.
- 15.- PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Evolución Legislativa-Penal en México, Editorial Jurídica Mexicana, México --- 1969.
- 16.- PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Programa de la Parte - General del Derecho Penal, U.N.A.M., México 1968.
- 17.- SODI, Demetrio Lic., Nuestra Ley Penal, Librería de la - Vda. de Ch. Bouret, 2a. Edición, París 1918.
- 18.- VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, --- 2a. Edición, Editorial Trillas, México 1990.
- 19.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial-- Porrúa. 3a. Edición, México 1975.

#### ORDENAMIENTOS LEGALES CONSULTADOS

- 1.- Código Civil de 1928.
- 2.- Código Penal de 1871.
- 3.- Código Penal de 1929.
- 4.- Código Penal de 1931.
- 5.- Código Civil vigente para el Distrito Federal.
- 6.- Código Penal vigente para el Distrito Federal.

#### REVISTAS Y DICCIONARIOS CONSULTADOS

- 1.- Semanario Judicial de la Federación.
- 2.- SAINZ DE ROBLES, Federico Carlos. Ensayo de un Diccionario Español de Sinónimos y Antónimos, Editorial Aguilar, Madrid España 1971.
- 3.- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

**TESIS  
PROFESIONALES**

—○—  
**Mecanografía e Impresión**

**Precios Económicos**  
—○—

**Canpeche No. 156 Col. Roma 06700  
Mexico, D. F.**

**564-3954 - 584-8153**