

330509

5.
29

UNIVER
SIDAD
ST ♦
JOHN'S

UNIVERSIDAD ST. JOHN'S

ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 366
QUATER DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO
FEDERAL EN RELACION A LA SUSTRACCION
DE MENORES.

TESIS PROFESIONAL
QUE PRESENTA
RICARDO SERRANO MEDINA
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

DIRECTOR DE TESIS: LIC. HUGO M. VALDEZ BORROEL



UNIVERSIDAD NACIONAL.
AVENIDA DE MEXICO, D. F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

27 7691

1999



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS

*POR ALENTARME EN EL
CAMINO DIFICIL DE MI
EXISTENCIA Y POR
CONTINUAR HACIENDOLO
HASTA EL MOMENTO.*

A MIS PADRES

*POR TODO EL APOYO QUE
ME HAN BRINDADO EN
ESTOS AÑOS DE MI VIDA,
CONTRIBUYENDO ASI EN MI
FORMACION PERSONAL Y
PROFESIONAL.*

**LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 366 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL EN RELACIÓN A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES.**

INTRODUCCION

1

CAPÍTULO PRIMERO

**ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO PENAL Y DE LA SUSTRACCIÓN DE UN
MENOR.**

A).- ROMA.....	1
B).- ALEMANIA.....	9
C).- MEXICO.....	12
I.- ETAPA PREHISPANICA.....	12
II.- LA COLONIA.....	16
III.- LA INDEPENDENCIA.....	19

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TEORÍA DEL DELITO.

A).- ELEMENTOS POSITIVOS.....	26
I.- CONDUCTA.....	27
II.- TIPICIDAD.....	29
III.- ANTIJURIDICIDAD.....	31
IV.- CULPABILIDAD.....	33
V.- IMPUTABILIDAD.....	36
B).- ELEMENTOS NEGATIVOS.....	38

I.- AUSENCIA DE CONDUCTA.....	38
II.- ATIPICIDAD.....	42
III.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	44
IV.- INCULPABILIDAD.....	48
V.- INIMPUTABILIDAD.....	50

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 366 QUÁTER DEL CODIGO PENAL.

A).- CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.....	52
B).- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	54
C).- ANTIJURIDICA Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	61
D).- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.....	64
E).- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.....	71

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS DE LA SUSTRACCIÓN, RETENCIÓN, Y CAMBIO DE DOMICILIO DE UN MENOR SIN AUTORIZACIÓN.

A).- CONCEPTO Y DIFERENCIA ENTRE SUSTRACCIÓN, RETENCIÓN Y CAMBIO DE DOMICILIO.....	73
B).- QUIENES PUEDEN DAR LA AUTORIZACIÓN.....	79

1).- PATRIA POTESTAD.....	79
2).- AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	83
C).- LA REALIDAD SOCIAL DEL MENOR.....	86
D).- PROPUESTAS PERSONALES.....	88
E).- PERSPECTIVAS Y CONSECUENCIAS POLÍTICAS, ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS.....	95
CONCLUSIONES.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	105

Introducción.

Con motivo de las reformas sufridas a nuestro Código Penal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997, y mediante la adición del capítulo VIII al Título Decimonoveno, referentes a la violencia intrafamiliar, se creó un tipo en el que se contiene una conducta equiparable al robo de infante, con las salvedades y limitaciones que establece, así este ordenamiento establece una pena para los cónyuges, si uno de ellos no permite la convivencia al otro con el menor, también establece un castigo a cualquier ascendiente sin limitación de grado, pariente sanguíneo, colateral o por afinidad hasta el cuarto grado, que sustraiga, cambie de domicilio o retenga a un menor sin autorización de quien ejerce la patria potestad, situaciones todas ellas que a nuestro parecer, se prestan al abuso de este derecho, por ejemplo el padre que no ha sido favorecido con la custodia del menor, puede argumentar que su excónyuge no permite la convivencia con el menor, sólo con el afán de molestar a su excónyuge. Así mismo si un pariente del menor lo sustrae y éste es autorizado por el padre o la madre, no incurrirá en ninguna conducta ilícita, pues se hallará al amparo de la autorización, es por ello que creemos que el numeral en comento debe ser modificado a efecto de establecer cuando procederá la autorización de quien ejerce la patria potestad y cuando se requerirá la resolución de autoridad competente. Asimismo debe reformarse el artículo 366 quáter pues en atención a su redacción, para configurar la conducta ilícita deberá sustraer al menor, retenerlo o cambiarlo de

domicilio, sin autorización de quien ejerce la patria potestad, y no sólo eso, sino que no se permita la convivencia con el padre o la madre o por lo menos el visitarlo, en este orden de ideas, si alguien sustrae a un menor sin consentimiento de sus padres, pero permite la visita de éstos, no estará cometiendo el ilícito.

Atento a lo anterior es que hemos creído conveniente analizar, esta nueva figura delictiva con el objeto de señalar sus ventajas y desventajas, para lo cual iniciaremos con los antecedentes históricos del Derecho Penal y de la sustracción del menor, analizando la teoría del delito en sus elementos positivos y negativos, para aplicar esta teoría al artículo 366 quáter estudiando sobre todo lo relativo a la sustracción, retención y cambio de domicilio de un menor, así como la autorización de quien legalmente pueda hacerla, para culminar con algunas propuestas personales, que sin pretender que sean una verdad jurídica puedan ser útiles en el artículo adicionado.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO PENAL Y DE LA SUSTRACCIÓN DE UN MENOR.

A).- ROMA.

El derecho romano no contempló un apartado especial respecto del derecho penal, sin embargo aún cuando todo pertenecía al derecho civil se encontraban ya algunos rasgos del derecho penal, cabe señalar que el derecho civil se daba para los ciudadanos romanos, en tanto que el derecho de gentes era el que se aplicaba a todas las personas, así lo refiere la autora Sara Bialostoski ¹ al señalar:

"El derecho de gentes es común a todos los hombres y se observa en casi todos los pueblos, procede de la naturaleza racional de los hombres y de sus relaciones comunes, frecuentemente se le confunde con el ius naturale. El derecho civil es sólo común a los ciudadanos y a ellos únicamente se aplica. En un principio los romanos sólo conocieron su derecho civil y unas cuantas normas de derecho de gentes, posteriormente éste irrumpió

¹ Bialostoski Sara, "Derecho Romano", Editorial Pax- México, Librería Carlos Cesarman, S. A., 6ª. Edición, México 1983, p. 6.

en Roma al través del pretor peregrino, de los escritos de los jurisconsultos y de la legislación imperial”.

Así existió una división de delitos públicos y delitos privados, al referirse a esta clasificación el autor Guillermo Floris Margadant² señala:

“En la antigua Roma encontramos delitos públicos (crimina) y delitos privados (delicta).

Los primeros ponían en peligro evidente a toda la comunidad. Se perseguían de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano y se sancionaban con penas públicas (decapitación, ahorcamiento en el arbor infelix, lanzamiento desde la roca Tarpeya, etc.). Tenían orígenes militares y religiosos.

Los segundos causaban daño a algún particular y sólo indirectamente provocaban una perturbación social. Se perseguían a iniciativa de la víctima y daban lugar a una multa privada, pasando por el sistema del talión y por el de la “composición” voluntaria. Cuando, finalmente, la ley fijó la cuantía de las composiciones obligatorias, alcanzó su forma pura el sistema de las multas privadas”.

² Floris Margadant Guillermo. *“Derecho Romano”*, Editorial Esfinge, S. A., 5ª. Edición, México 1984, p. 432.

Por su parte Eugene Petit ³ al referirse al derecho penal en Roma estableció que la Ley del Tali3n (retribuci3n del hecho) surgi3 como forma o medio de hacer justicia, situaci3n que fue cambiando lleg3ndose a convertir las penas en cuestiones de naturaleza pecuniaria, al se3alar:

“Los delitos privados consistian en hechos ilicitos que causaban un da3o a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden p3blico”.

Como comentario personal a esta etapa de Roma, el Derecho P3blico en la actualidad es aquel que tiene el Estado para impartir justicia y penas, siendo este en Roma el Derecho Privado.

Siguiendo con la forma de impartir justicia en materia penal, Eugene Petit ⁴ se3ala:

“La ley de las XII tablas preveía y castigaba cierto n3mero de estos hechos. Algunas disposiciones conservan a3n las huellas de un estado social anterior, en que la v3ctima del delito se hacia justicia ejerciendo su venganza sobre la persona del culp3ble. La ley se limita, en efecto, en ciertos casos, a reglar esta venganza”.

³ *Petit Eugene, “Derecho Romano”, C3rdenas Editor y Distribuidor, 9ª. Edici3n, M3xico 1993, p. 451.*

⁴ *Idem.*

Con posterioridad a la venganza privada existente en Roma aparece ya un sistema judicial que impartía justicia, y así lo refiere Eugene Petit ⁵ al señalar:

“Los decenviros sólo intervenían para limitar la venganza de la parte lesionada y darle una forma menos bárbara, remplazándola por una multa. Esto es lo que explica los caracteres de la represión, tal como estaba entonces organizada: a) El derecho de perseguir al autor sólo pertenecía a la parte lesionada. Tiende su acción a una cadena pecuniaria cuyo importe es entregado por el demandado. b) La pena se mide por el resentimiento de la víctima, más bien que por la culpabilidad del agente. Así, el ladrón es castigado con mayor severidad cuando es sorprendido en el hecho. c) En fin, el legislador, al fijar la multa debida por el culpable, no se ha preocupado, al menos en general, de la reparación del perjuicio; es una especie de composición legal con que está obligado a contentarse la víctima”.

Los decenviros constituyen una especie de jueces permanentes, pues existían algunos para determinados asuntos, al definir a los primeros Eugene Petit ⁶ señala:

“Los jueces que componían tribunales permanentes eran los decemviri stilitus judicandis y los centumviri”

⁵ *Idem.*

⁶ *Ibidem.* p. 643.

En el derecho romano existieron diversos y muy variados delitos, muchos de los cuales se conocen hasta nuestros días, así por ejemplo existió el homicidio, el robo, las lesiones, etc., el ejemplo más claro de las lesiones y homicidio se dio incluso para los esclavos y así lo refiere Sara Bialostoski⁷ al señalar:

“En la antigüedad los poderes del amo sobre el esclavo no fueron objeto de regulación, pues éstos eran tratados bien. Al cambiar la situación, esos poderes fueron restringidos. Una ley Petronia dispone que el amo no podrá entregar un esclavo para las fieras sin el consentimiento del magistrado. Los amos que abandonaran a sus esclavos enfermos, perdían sobre ellos su dominica potestas (potestad de dominio), haciéndose los esclavos latinos junianos. Antonino el Piadoso dispuso que el amo que matara a su esclavo sin causa sería castigado como si hubiera matado a esclavo de otro, y el que lo maltratara sin causa sería obligado a venderlo”.

El robo también era conocido ya en el derecho romano, y así lo refiere Eugene Petit⁸ al señalar:

“La ley de las XII tablas castigaba rigurosamente el hurto. Para el hurto manifiesto, es decir, cuando el ladrón era sorprendido en el hecho, pronunciaba una pena capital. Después de

⁷ Bialostoski Sara, *Op. Cit.* p. 33.

⁸ Petit Eugene, *Op. Cit.* p. 455.

haber sido azotado con varas, el hombre libre era adjudicado como esclavos a la víctima del hurto; el esclavo era precipitado de la roca Tarpeya. En cualquier otro caso, el robo era non manifeste, y la acción furti no importaba contra el ladrón más que una condena pecuniaria el duplo. La pena del hurto manifiesto era demasiado severa. En fecha incierta, el pretor instituyó una multa del cuádruplo.

Después de esta reforma, el hurto no crea ya a cargo del ladrón más que la obligación de pagar una multa. La acción furti, que sanciona esta obligación, es civil y por el duplo en caso de hurto no manifiesto: pretoriana y por el cuádruple, cuando el robo es manifiesto. Por lo demás, se acabó por admitir, después de controversia, la opinión de los jurisconsultos que consideraban el hurto, como manifiesto, no sólo cuando el ladrón era atrapado en el hecho, sino también cuando era sorprendido, portando aun la cosa robado, antes de llegar al lugar donde quería llevarla. La acción furti era siempre perpetua, y traía para el culpable la nota de infamia”.

El autor Guillermo Floris Margadant ⁹ al respecto señala:

“En el derecho preclásico, la injuria consistía en lesiones físicas; y la ley de las XII Tablas fijaba la pena del Talión para el caso de que le fuera cortado un miembro al cuerpo de la

⁹ *Floris Margadant, Guillermo, Op. Cit. p. 440.*

victima, permitiendo a las partes la "composición" voluntaria (que, generalmente, convendría más a la víctima, y siempre al culpable). Para el caso de fractura de un hueso, se fijaba una "composición" obligatoria de trescientos ases, si la víctima era libre; y ciento cincuenta ases, si se trataba de un esclavo. Reclamaciones por lesiones menores se liquidaban mediante el pago de una multa privada de veinticinco ases".

Por lo que respecta a la sustracción del menor, lo que muchos han denominado como robo de infante, que no es otra cosa que el secuestro de un menor, el derecho romano estableció lo referente al delito denominado de plagio secuestro, sin embargo no hacía diferencia respecto de los menores, pero ya constituía un antecedente digno de hacer mención y así lo señala la Enciclopedia Jurídica Omeba ¹⁰:

"PLAGIO.- Llamábase así en el Derecho romano al delito, castigado ad plajas, o sea con el látigo, consistente en hurtar hijos o esclavos ajenos con el propósito, bien de utilizarlos como propios, bien de venderlos a terceros.

La lex Fabia establecía que comete la "oblicuidad" es decir el crimen de plagio, el que sabiendo y con dolo malo vende o dona a un ciudadano romano independiente contra su voluntad; o

¹⁰ "Enciclopedia Jurídica Omeba", Editorial Diskills, 1º. Edición, Buenos Aires Argentina 1987, p. 341 y 344.

los que persuaden a un esclavo a huir o bien los apresan ocultan, venden o donan contra la voluntad y en perjuicio de sus dueños, mermando de tal manera a éstos en su patrimonio.

El plagio, según lo establecido por la Lex Fabia, era considerado, como ya hemos mencionado, crimen, y sus autores, junto con sus cómplices, eran perseguidos en juicio público y, según la gravedad del caso, castigados con multa pecuniaria que a su vez muy pronto era reemplazado con la pena de ser condenado a trabajos forzosos en las minas, de ser echado a las fieras, o de ser ajusticiado con la pena capital por medio de la espada, a fin de castigarlos y al par amedrentar a los que se apoderan y venden hombres libre y esclavos”.

Por su parte el Diccionario Jurídico Mexicano ¹¹ también refiere la existencia del plagio secuestro en el derecho romano y al respecto establece:

“El secuestro o plagio es una figura delictiva cuyo contenido ha variado de acuerdo con la evolución misma de las sociedades. En la época romana, esta entidad jurídica se configuraba en dos formas una con el apoderamiento de un hombre libre para venderlo como esclavo, y otra, con la retención o aprehensión de un esclavo con graves perjuicios para su dueño”.

¹¹ *“Diccionario Jurídico Mexicano”, Universidad Nacional Autónoma de México, 8ª. Edición, México 1995, Pág. 2878.*

B).- ALEMANIA.

El Derecho penal alemán como la inmensa mayoría del derecho penal en la antigüedad contemplo penas excesivamente crueles pasándose principalmente en la muerte y así lo refiere el tratadista español Eugenio Cuello Calón ¹² al referir:

"En este derecho hallamos como instituciones fundamentales la venganza de la sangre (Blutrache) y la pérdida de la paz (Friedlosigkeit). Las infracciones que solamente ofendían a un individuo o a una familia daban lugar a favor de éstos a un derecho de venganza, pero más que un derecho era en ciertos casos un deber: el ofendido y su familia se vengaban del ofensor y de los suyos, de modo que el delito originaba un estado de guerra, a veces hereditario, entre familias. Las infracciones constituían una ofensa para toda la comunidad, originaban para el delincuente la pérdida de la paz, situación que le colocaba fuera de la comunidad jurídica, quedaba fuera del derecho, de tal manera que la persona perdía la paz perdía con ella toda protección y era considerado como un enemigo de su pueblo. El que perdía la paz no solamente quedaba excluido de la sociedad humana, de la comunidad jurídica de su pueblo y equiparado a las bestias de los campos y de los bosques, sino que estaba a merced de todos: todos tenían el

¹² Cuello Calón Eugenio, "Derecho Penal", Editorial Librería Bosch, 1ª. Edición, Barcelona España 1989, p. 49 y 50.

derecho, y en ocasiones hasta el deber de matarle.

La venganza de la sangre, consecuencia de las infracciones que sólo lesionaban intereses privados, se limitó por la composición. Las fuentes mencionan una clase de composiciones privadas fijadas por parientes o amigos, y otra de composiciones judiciales. En éstas hay que distinguir tres clases: el Wergeld, la Busse y el Friedegeld. Los autores no están de acuerdo sobre la significación del Wergeld, pero parece que significa la cantidad que en concepto de reparación pecuniaria se pagaba por el delincuente o por su familia a la víctima del delito o a su gente; vendría a representar lo que es actualmente la indemnización civil de los daños del delito."

Por lo que respecta al delito de plagio o secuestro ya se estableció en forma específica lo concerniente a la sustracción de menores, y así lo refiere el Diccionario Jurídico Mexicano ¹³ al señalar:

"Sancionaban el secuestro o plagio de un adulto o menor de edad, ora porque la finalidad consistía en obtener un rescate ora porque tenga como objeto una extorsión. Existe, además la amenaza latente de privarlo de la vida si no satisfacen las pretensiones aludidas. Empero, esta condición no siempre es

¹³ *Diccionario Jurídico Mexicano, Op. Cit. p. 2878.*

requisito esencial para integración del secuestro."

La privación de libertad de los menores es un tema de preocupación en el derecho penal alemán, pues incluso se castigaba con la muerte a quien llevará a cabo este tipo de conductas, y así nos lo refiere la Enciclopedia Jurídica Omeba¹⁴ al señalar:

"En Alemania occidental, la ley de 15 de junio de 1951 para la protección de la libertad individual, introdujo una nueva disposición penal sobre plagio político, castigándose con la pena de reclusión, o con la de prisión en caso de existir atenuantes, a "quien con astucia, amenaza o violencia trasladada a otro a un territorio ajeno al ámbito espacial de validez de esta ley o da motivo para que se traslade al mismo o le impide el regreso.

El 239 a del proyecto de Código Penal alemán castigaba con la pena de muerte el robo de niños cometido con finalidad lucrativa, pero como su redacción resulta ambigua, una ley del año 1953 condenó a reclusión no inferior a tres años a quien rapta o priva de libertad a un niño ajeno a fin de reclamar un rescate para su devolución, entendiéndose por niño a la persona que no ha cumplido 18 años".

¹⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba, Op. Cit. p. 342.

C).- MÉXICO.

I).- ETAPA PREHISPÁNICA.

En nuestro país la etapa prehispánica es marcada por los pueblos que existieron antes de la conquista de los españoles, nuestra nación por su diversidad innovo a diversas culturas como los mixtecos, zapotecos, totonalcas, olmecas, mayas y aztecas, sin embargo y de acuerdo con la división geográfica que existía del dominio de estos pueblos el Distrito Federal se encontraba dominado por el pueblo azteca, el cual tenía una estructura perfectamente establecida no sólo en cuanto a su estructura social y religiosa sino incluso jurídica, así lo refiere el autor Guillermo Colin Sánchez ¹⁵ al señalar:

"En el reino de México, el monarca era la máxima autoridad judicial y delegaba sus funciones en un magistrado supremo dotado de competencia para conocer de las apelaciones en materia criminal; a su vez, éste nombraba a un magistrado para ejercer iguales atribuciones en las ciudades con un número de habitantes considerable, y este magistrado, designa a los jueces encargados de los asuntos civiles y criminales.

¹⁵ Colin Sánchez Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa, S. A. 11ª. Edición, México 1989, p. 21.

Tomando en cuenta la clasificación de las infracciones penales en leves o graves, para conocer de las primeras se designaban jueces, cuya jurisdicción comprendía solamente, la de un barrio determinado de la ciudad. Las infracciones graves se encomendaban a un tribunal colegiado, integrado por tres o cuatro jueces, los jueces menores, iniciaban las actuaciones procedentes, efectuaban la aprehensión de los delincuentes, instruían el proceso en forma sumaria y el magistrado supremo era quien decidía en definitiva”.

El derecho penal azteca resulto ser un sistema jurídico efectivo pues pocos ilicitos se cometían, tal vez debido a la severidad de su castigo. Raúl Carrancá y Rivas ¹⁶ señala:

“El Derecho Penal precortesiano fue rudimentario, simbolo de una civilización que no habia alcanzado la perfección en las leyes, es decir, el máximo de evolución moral de acuerdo con una cultura valorativa. “El Derecho Penal mexicano es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política. El sistema penal era casi draconiano.

En suma, la ley azteca era brutal. De hecho, desde la infancia el individuo seguía una conducta social correcta; el que violaba la ley sufría serias consecuencias”.

¹⁶ Carrancá y Rivas Raúl, *“Derecho Penitenciario”*, Editorial Porrúa, S. A., 2ª. Edición, México 1984, p. 12 y 13.

Existieron diversas conductas que fueron sancionadas como delitos, siendo las principales las de traición, ello sin lugar a dudas debido a que el pueblo azteca era guerrero y conquistador, así y respecto de este delito el autor Rubén Delgado Moya ¹⁷ señala:

“En caso de alta traición o traición a la patria, también era castigada la familia del traidor: caían en esclavitud los parientes hasta el cuarto grado.

De la misma manera que la alta traición, eran tratados varios delitos análogos: cuando alguien se atribuía el cargo de juez supremo, cihuacoatl, era desterrada la parentela hasta el cuarto grado”.

La Traición era castigada con la muerte mediante el descuartizamiento, el orden público también era severamente protegido, de tal forma de quien lo alteraba era castigo. Rubén Delgado Moya ¹⁸ refiere:

“En el mercado reinaba un orden completo y las violencias cometidas en él se castigaban severamente y aún con pena de muerte.

¹⁷ Delgado Moya Rubén, *“Antología Jurídica Mexicana”*, Editorial Industrias Gráficas Unidas, S. C. de R. S., 1ª. Edición, México 1993, p. 66.

¹⁸ *Ibidem.* p. 68 y 69.

El reto para el combate era castigado con la muerte, exceptuándose los tiempos de guerra; era considerado como delito contra la seguridad pública; ni siquiera era permitido portar armas en tiempos de paz; en la guerra y por todo el tiempo que ella duraba, había desafíos a menudo, en articular cuando dos hombres pretendían a la misma joven: el vencedor se llevaba a la novia”.

*Raúl Carrancá y Rivas*¹⁹ *nos señala una serie de delitos que eran castigados por el pueblo azteca, sin embargo resultaría abrumador el señalar todos, por lo que sólo diremos algunos:*

“Hurto en el mercado:..... Lapidación en el sitio de los hechos.

Homicidio, aunque se ejecute en un esclavo:..... Muerte.

Privación de la vida de la mujer propia, aunque se la sorprenda en adulterio:..... Muerte.

Robo de cosas leves:..... Satisfacción al agraviado; lapidación si la cosa hurtada ya no existe, o si el ladrón no tiene con qué pagar su equivalente.

¹⁹ Carrancá y Rivas Raúl, *Op. Cit.* p. 29 y 30.

Hurto de oro o de plata:..... Paseo denigratorio del ladrón por las calles de la ciudad, y posterior sacrificio del mismo en honra del dios de los plateros”.

Por lo que se refiere a la privación de la libertad de un menor, esto se hallaba regulado estableciéndose la pena de muerte y al respecto Rubén Delgado Moya ²⁰ señala:

“Quien vendía como esclavo a un niño libre, hijo de otro, se volvería es clavo y su fortuna se repartía entre el niño, representando por su madre, el comprador de buena fe y el descubridor; en caso de varios descubridores, entre todos se distribuía esa parte.

Cuando el raptor se había apoderado del niño por la fuerza, la pena era estrangulación, según la ley de Nezahualcóyotl”.

II).- LA COLONIA.

Durante la época de la colonia cuando nuestro país se ve invadido por los españoles, que dominaron a nuestros antepasados,

²⁰ *Delgado Moya Rubén, Op. Cit. p. 69.*

el sistema jurídico se dividió materialmente en dos partes la justicia aplicada a los españoles y la injusticia de la que eran objeto los indígenas, así en un conflicto entre indígena y español siempre salía triunfantes los hispanos, sin embargo tratándose de conflictos entre españoles, o bien entre indígenas la situación cambiaba pues no existía una preferencia para uno u otro.

Podemos establecer que los indígenas vinieron hacer esclavos de los españoles, pues aún cuando no se permitía la esclavitud, lo cierto es que con la escusa de evangelizarlos, fueron repartidos los indígenas y asignados a los españoles, quienes los trataban como esclavos haciéndolos laborar jornadas extenuantes y abusando de ellos en todo momento.

Si bien es cierto que los españoles tenían una cultura más avanzada que la del pueblo indígena, también lo es que sus penas no dejaban de ser menos crueles, y así por ejemplo refiere Raúl Carrancá y Rivas ²¹ algunas de ellas:

“Judaizar:..... Muerte por garrote y posterior quemazón del cuerpo en la hoguera. A los judaizantes ausentes, relajación en estatua. A los judaizantes muertos tiempo atrás y cuya fe no se había

²¹ Carrancá y Rivas Raúl, *Op. Cit.* p. 183, 185, 186 y 187.

descubierto. exhumación de los restos para convertirlos en cenizas.

- "Herejía, rebeldía y afrancesamiento:..... Relajamiento y muerte en la hoguera (proceso y ejecución de la pena a cargo del Santo Oficio).*
- Idolatría (Ordenanza para el Gobierno de Indios, expedida por la Real Audiencia de México el 30 de junio de 1546)..... Cien azotes en público (si se comete idolatría por primera vez) así como trasquiladura. Si por segunda, y no se fuere cristiano, azotes, aparte de la exhortación para que se reconozca al verdadero Dios.*
- Robo:..... Muerte en la horca, en el sitio de los hechos.*
- Asalto:..... Garrote en la cárcel, después sacar el cuerpo y ponerlo en la horca.*

Homicidio:..... Muerte en la horca, en el sitio de los hechos.

Daño e propiedad ajena (en el caso prender fuego a la cárcel):..... Azotes".

Desafortunadamente durante esta etapa de nuestra historia no encontramos un dispositivo que regulará lo concerniente a la privación de la libertad de los menores, ni siquiera al plagio o secuestro, pero en definitiva consideramos que debió haber existido algún ordenamiento que regula estos ilícitos, toda vez que en la antigüedad fue común la venta de menores.

III).- LA INDEPENDENCIA.

A nuestro parecer la época independiente surge con el establecimiento de un orden jurídico que excluye la aplicación de normas jurídicas españolas, así cabe señalar que de acuerdo con las diversas constituciones existentes en nuestro país, siempre se procuro garantizar la libertad de los individuos, así por ejemplo desde los "Sentimientos de la Nación" que fueran dados por José

Maria Morelos y Pavón ²² se estableció ya esta circunstancia al señalarse:

"1º.- Que la América es libre e independiente de España y de toda otra Nación. Gobierno o Monarquía. y que así se sancione, dando al mundo las razones.

15º.- Que la esclavitud se proscriba para siempre. y lo mismo la distinción de castas. quedando todos iguales. y sólo distinguirá a un americano de otro. el vicio y la virtud".

Así siguiendo con el devenir histórico de nuestras constituciones. la Constitución de 1814 ²³ *señaló el derecho a la libertad de todos los ciudadanos al establecer como garantía:*

"Artículo 24.- La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas".

La Constitución de 1857 ²⁴ *también estableció lo referente a la libertad del hombre y al respecto señaló en su artículo 2º. Lo*

²² *Tena Ramírez Felipe, "Leyes Fundamentales de México (1808-1992)". Editorial Porrúa, S. A., 17ª. Edición, México 1992, p. 29 y 30.*

²³ *Ibidem. p. 34.*

²⁴ *Ibidem. p. 607.*

siguiente:

"Artículo 2º.- En la República todos nacen libres. Los esclavos que pisen el territorio nacional recobran, por ese solo hecho, su libertad, y tienen derecho á la protección de las leyes."

Por último nuestra Constitución consagra el derecho de libertad en los artículos 2º. Y 11 que disponen:

"Artículo 2º.- Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes."

"Artículo 11.- Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país".

Como se ha podido observar la libertad siempre a sido parte fundamental en la protección al ser humano, es por ello que para darle la mayor fuerza se reguló en materia penal lo concerniente al plagio o secuestro, el cual se agravo incluso tratándose de los menores de edad, así nuestro primer Código Penal decretado bajo el mandato constitucional del entonces presidente de la república Benito Juárez el 3 de noviembre de 1870, dispuso esta circunstancia al señalar en su capítulo XIII de su Título segundo del libro tercero lo concerniente al plagio o secuestro en sus artículos 626 a 632, de los cuales resulta interesante el señalar los dos primeros que dispusieron:

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

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

II.- Para obligarlo á pagar rescate: á entregar alguna cosa mueble: á extender, entregar ó firmar un documento que importe obligación ó liberación, ó que contenga alguna disposición que pueda causarle daño ó perjuicio en sus intereses, ó en los de un tercero: ó para obligar á otra á que ejecute alguno de los actos

mencionados”.

“Artículo 627.- El plagio se castigará como tal, aunque el plagiario obre de consentimiento del ofendido, si éste no ha cumplido diez y seis años. Cuando pase de esta edad y no llegue á los veintiuno, se impondrá al plagiario la mitad de la pena que se le aplicaría si obrara contra la voluntad del ofendido”.

Los restantes artículos comprendían lo referente a las agravantes del plagio o secuestro, así por ejemplo encontramos al que se ejecutaba en camino público, en el que fluctuaban las penas de cuatro años a doce años de prisión o pena de muerte, la penalidad para el plagio que no se cometiera en camino público sería de tres años a doce años sin pena capital, señalándose como agravantes además en que la duración de la privación de la libertad fuera por más de tres días, el maltratar al secuestrado o haberle causado daños y perjuicios. Por último la pena pecuniaria consistía en una multa que fluctuaba de quinientos a tres mil pesos.

Posteriormente el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929 contempló también al plagio o secuestro en el capítulo segundo denominado del secuestro, correspondiente al Título décimo noveno denominado de los atentados cometidos contra la libertad individual, correspondiente al libro tercero referente a los tipos legales de los delitos, toda vez que este dispositivo legal que fuera decretado bajo el mandato

constitucional del entonces Presidente de la República Emilio Portes Gil el 30 de septiembre de 1929, señaló substancialmente lo mismo, exclusivamente haremos mención a los artículos que definieron al secuestro y propiamente al que sancionaba a la privación de libertad de un menor, así los artículos 1105 y 1106 dispusieron:

“Artículo 1105.- El delito de secuestro se comete: apoderándose de otro, por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño:

I.- Para venderlo, ponerlo contra su voluntad al servicio público o de un particular, o disponer de él a su arbitrio de cualquier otro modo:

II.- Para obligarlo a pagar rescate; a entregar alguna cosa mueble; a extender, entregar o firmar un documento que importe obligación o liberación, o que contenga alguna disposición que pueda causarle daño o perjuicio en sus intereses, o en los de un tercero; o para obligar a otro a que ejecute o deje de ejecutar alguno de los actos mencionado.

“Artículo 1106.- El secuestro se sancionará como tal, aunque el secuestrador obre con el consentimiento del ofendido, si éste no hubiere cumplido veintiún años. Cuando pase, esta edad se impondrá al secuestrador la mitad de la sanción que se le aplicaría

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TEORÍA DEL DELITO.

Dentro del presente capítulo nos queremos avocar exclusivamente al análisis de la teoría del delito, sin referirnos a su aplicación en algún tipo especial, como lo sería el de nuestro tema central de tesis, ya que ello será motivo de estudio en el siguiente capítulo, de tal forma que en este capítulo nos avocaremos exclusivamente a la teoría del delito en general, comprensión que se hace indispensable para el buen entendimiento de nuestro tema de tesis, así es como daremos pauta al análisis de los elementos positivos y negativos.

A).- ELEMENTOS POSITIVOS.

Los elementos positivos de la teoría del delito constituyen todas aquellas circunstancias que acreditan la existencia del mismo, es decir que corroboran la comisión del ilícito en cuanto a todos sus elementos integrantes, de acuerdo con la teoría tentatómica estos serán:

I).- CONDUCTA.

La conducta como primer elemento de la teoría del delito se halla integrada por la voluntad materializada de quien comete el delito, bien sea mediante un hecho positivo, es decir, mediante un hacer o en un hecho negativo, es decir, mediante un no hacer o dejar de hacer.

El autor Celestino Porte Petit Candaupap²⁵ al referirse a este primer elemento de la teoría del delito señala:

"Es un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico. La conducta debe entenderse como el ejercicio de un comportamiento que tiende a un fin. Por tanto la voluntad del objeto es claramente la base de la teoría finalista de la acción."

Castellanos Tena Fernando²⁶ define a la conducta en los siguientes términos:

²⁵ *Porte Petit Candaupap, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Editorial Porrúa, 11ª. Edición, México 1987, p. 234.*

²⁶ *Castellanos Tena Fernando, "Lineamiento Elementales de Derecho Penal", Editorial Porrúa, S. A., 28ª. Edición, México 1990, p. 149.*

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

Nuestro Código Penal no establece en forma clara en que consiste la conducta, sin embargo ello puede advertirse de lo preceptuado por el artículo 7º. que dispone:

“Artículo 7º.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.

Cabe señalar que dependiendo el delito en que se trate, la conducta se consumará por un hacer o un no hacer, incluso podrá darse el caso en el que se de cualquiera de las dos o las dos, así por ejemplo tenemos el homicidio el cual puede llevarse a cabo mediante un hacer, es decir un sujeto puede privar de la vida a otro disparándole, acuchillándolo o incluso pegándole, de tal forma que la conducta se dará mediante un hacer, es decir un hecho positivo, asimismo un homicidio podrá darse mediante un no hacer y el ejemplo claro lo encontramos en la enfermera o persona que sabe que debe proporcionársele un medicamento al enfermo y al no hacerlo la consecuencia es la muerte de este, en este supuesto la conducta es homicida, es decir se encuentra en un aspecto negativo. El último de los ejemplos en los que coexisten ambas hipótesis se dará cuando a una persona enferma no se le da el medicamento, y esta al tratar de obtenerlo se halla impedido para ello, en cuyo caso tendremos la omisión al no dársele el medicamento y la acción

al impedirse que el enfermo tomo el medicamento.

II).- TIPICIDAD.

La tipicidad es el segundo elemento de la teoria del delito que constituye la adecuación de la conducta que lleva a cabo el sujeto activo. al dispositivo legal contemplado en la Ley.

El autor Raúl Carranca y Trujillo ²⁷ al definir a la tipicidad lo hace en los siguientes términos:

“La acción ha de encajar dentro de la figura de delito creada por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito. Pero puede existir la tipicidad penal sin que exista acción antijuridica, como ocurre con las causas de justificación en las que hay tipicidad y también juridicidad, por lo que el delito no existe.”

Al definir a la tipicidad el reconocido jurisperito Celestino Porte Petit Candaupap ²⁸ refiere:

²⁷ Carrancá y Trujillo Raúl, *“Derecho Penal Mexicano”*, Editorial Porrúa, S. A., 12ª. Edición, México, 1987. P. 380.

²⁸ Porte Petit Candaupap Celestino Op. Cit. p. 333.

“La tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento material porque puede contener el tipo además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto (a no ser que el tipo requiera solamente el elemento objetivo). Consecuentemente, la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo. Al respecto, recordemos las hipótesis del homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena (elemento objetivo); estupro (elementos objetivo y normativo); atentado al pudor (elementos objetivo y subjetivo del injusto), y abuso de confianza y robo (elementos objetivo, normativo y subjetivo del injusto), debiéndose observar que la tipicidad tendrá una mayor o menor extensión, según el contenido del propio tipo.”

La tipicidad es el encuadramiento de la conducta que lleve a cabo el sujeto activo del delito, a lo descrito por la Ley, de tal forma que para que se configure este ilícito se requerirá de la existencia del tipo, el cual contempla una hipótesis normativa que de realizarse en todos sus elementos existirá un delito, Rafael Márquez Piñero ²⁹ señala:

“El concepto del tipo penal nos ministra las bases jurídicas sustanciales y formales sobre las que descansa el delito; pues en primer término concretiza, a los fines penales, la antijuridicidad; concreción que dinámicamente realiza el legislador

²⁹ *Márquez Piñero Rafael, “El Tipo Penal”, Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª. Edición, México 1986, p. 177 y 178.*

durante el proceso formativo de la ley, y estáticamente queda en ella plasmada como prevención general y garantía para los ciudadanos, y como norte y guía del juzgador; y en segundo lugar pone de relieve la forma que el comportamiento antijurídico del hombre ha de revestir para que pueda llegar a ser delictivo”.

Consecuentemente el tipo determinará la existencia de un delito, y es por ello que existe el principio denominado (nullucrimellpoenal) no hay crimen ni pena sin Ley.

III).- ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad constituye la violación al derecho protegido por una norma de carácter penal, es decir que exista una violación al orden jurídico penal, el procesalista español Eugenio Cuello Calón ³⁰ la define en los siguientes términos:

“Es formalmente antijurídica la acción que infringe una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico y materialmente antijurídica, la acción que encierra una conducta socialmente dañosa (antisocial o social).”

³⁰ Cuello Calón Eugenio, *Op. Cit.*, p. 347.

Por su parte Edmundo Mezger ³¹ al definir a la antijuridicidad refiere:

"Actúa antijuridicamente el que contradice las normas objetivo del derecho. Este juicio, expresa el carácter injusto de la conducta; recae sobre la acción como tal, específicamente sobre su parte integrante de más importancia, sobre la exteriorización de la voluntad del agente."

Por último Raúl Carranca y Trujillo ³² al referirse a la antijuridicidad lo hace en los siguientes términos

"Entendemos que la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado. Se la denomina también ilicitud, palabra que también comprende el ámbito de la ética; ilegalidad, palabra que tiene una restricta referencia a la ley; entuerto, palabra puesta en circulación por los tratadistas italianos y que en español, constituye un arcaísmo; e injusto, preferida por los alemanes para significar lo contrario al Derecho, equivalente a lo antijurídico. Es, en suma, la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado;"

La antijuridicidad es el actuar contrario a las normas

³¹ Mezger, Edmundo, *"Tratado de Derecho Penal"*, Editorial Reus, Madrid España 1955, p. 337.

³² Carranca y Trujillo Raúl, *Op. Cit.* p. 311

establecidas por el Estado, la cual estará supeditada a un tiempo y lugar, baste citar como ejemplo el hecho de que anteriormente conductas que se hallaban contempladas como antijurídicas hoy no lo son, así por el ejemplo conforme lo refiere Raúl Carranca y Rivas ³³ el pueblo azteca castigaba con pena de muerte aquellos jóvenes que se embriagaban, en tanto que en la actualidad ya no es un delito ingerir bebidas embriagantes.

IV).- CULPABILIDAD.

La culpabilidad es el grado de intención en la realización de un delito, así obrará dolosamente el que sabiendo de su conducta ilícita acepte el resultado, en tanto que obrará culposamente el que sabiendo la conducta ilícita no quiere ni desea el resultado, este cuarto elemento de la teoría del delito es definido por Eugenio Cuello Calón ³⁴ de la siguiente forma:

"Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada. Hay pues en la culpabilidad, a más de una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de éste motivo por su

³³ Confrontar: Carranca y Rivas Raúl, *Op. Cit.* p. 32.

³⁴ Cuello Calón Eugenio, *Op. Cit.*, p. 403.

comportamiento contrario a la ley. pues al ejecutar un hecho que ésta prohíbe ha quebrantado su deber de obedecerla. Se reprocha al agente su conducta y se reprueba ésta porque no ha obrado conforme a su deber."

Fernando Castellanos Tena ³⁵ *al referirse a la culpabilidad señala lo siguiente:*

"Entre nosotros. Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. Por ello consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto."

El Fundamento jurídico de la culpabilidad y propiamente el de las formas en que se da esta, es decir, dolosa y culposamente se halla en los artículos 8º. y 9º. del Código Penal que dispone expresamente:

³⁵ *Castellanos Fernando, Op. Cit. p. 233 y 234*

“Artículo 8.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.”

“Artículo 9.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culpablemente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”

Por último el autor Raúl Carranca y Trujillo³⁶ refiere:

“Atendiendo a la causalidad psíquica del resultado y al juicio de valor que se traduce en un reproche, en una palabra, a la culpabilidad, puede presentar ésta dos grados diversos: dolo y culpa. La acción (acto u omisión) ha de contener uno u otra para hacer a alguien responsable a título de culpable y, por tanto, para constituir posible, aunque no necesariamente (p. e. Caso de legítima defensa), delito”.

La culpabilidad para efectos del delito determina la

³⁶ Carrancá y Trujillo Raúl, *Op. Cit.* p. 399.

gravedad en su comisión. lo cual será determinante para establecer la pena de acuerdo al caso en concreto.

V).- IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad son las características físicas y psíquicas necesarias en el ser humano para ser responsable de un ilícito. Fernando Castellanos Tena ³⁷ al referirse a esta señala:

“La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.”

La imputabilidad requiere como condiciones mínimas la

³⁷ Castellanos Tena Fernando, *Op. Cit.* p. 218.

capacidad que la da la mayoría de edad, y el gozar de plenas facultades mentales, nuestro Código Penal no establece en que consiste esta, por lo que hemos de acudir al Código Civil a efecto de establecer en que consiste, así el artículo 450 dispone:

"Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad.

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas, como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

III.- (Derogada).

IV.- (Derogada)."

En conclusión la imputabilidad se dará cuando el sujeto activo sea mayor de edad, no este privado de sus facultades mentales, de tal forma que alcance a comprender el carácter ilícito

de su actuar.

B).- ELEMENTOS NEGATIVOS.

Los elementos negativos constituyen todas aquellas causas que liberan al sujeto activo de la responsabilidad de un ilícito, es decir que ante la existencia de un elemento negativo no podrá configurarse el ilícito, así y en contra posición a los elementos positivos referidos anteriormente encontramos los siguientes:

1).- AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia de conducta constituye el aspecto negativo del primer elemento de la teoría del delito, como referimos la conducta es el hacer o no hacer voluntario, consecuentemente lo contrario a ello será la ausencia de voluntad, la cual se puede dar por diversas causas, al referirse a este elemento negativo de la teoría del delito Celestino Porte Petit ³⁸ señala:

"Si la conducta comprende tanto la acción como la

³⁸ *Porte Petit Candaupap, Celestino, Op. Cit. p. 322.*

omisión, la ausencia o falta de aquélla, abarca la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad no voluntarias."

Como causas excluyentes de la conducta encontramos la fuerza física irresistible, la fuerza mayor, los movimientos reflejos, el sueño el sonambulismo y el hipnotismo, cabe señalar que diversos autores no consideran a todos estos supuestos, sin embargo, por ser los más generalizados son a los que nos avocaremos.

La fuerza física irresistible tendrá lugar cuando quien comete la conducta lo hace ante la imposición de una voluntad ajena a él, a la que no puede resistirse y consecuentemente no quiere llevar a cabo. Celestino Porte Petit ³⁹ señala:

"Fuerza física irresistible o bis absoluta. En primer término, es necesario dar el concepto de fuerza física irresistible, debiéndose entender por ella, cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible."

La fuerza mayor constituye también el sometimiento de la voluntad de quien realiza la conducta pero el origen de su imposición ya no proviene del hombre sino de un hecho natural y

³⁹ *Idem.*

así lo señala Celestino Porte Petit ⁴⁰ al establecer:

"La vis maior es una de las hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana."

Tratándose de los movimientos reflejos, éstos son la reacción de cualquier parte del cuerpo que se da en forma natural e independiente a la voluntad del hombre, como ejemplo podemos señalar el instinto de conservación, Fernando Castellanos Tena ⁴¹ refiere:

"Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito)."

El sueño es un acto natural de todo ser humano, que lo aleja de la realidad al perder la conciencia en forma por demás natural, Celestino Porte Petit ⁴² refiere al respecto:

"El que está dormido o sea el durmiente, no tiene dominio sobre su voluntad y de aquí, la tajante diferencia entre el

⁴⁰ *Ibidem.* p. 324.

⁴¹ *Castellanos Tena Fernando Op. Cit.* p. 164.

⁴² *Celestino Porte Petit, Op. Cit.* p. 325.

durmiente y el que se encuentra en estado de vigilia, debiéndose concluir, que el sueño constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta, porque cuando se está en ese estado, no existe voluntad, la cual forma parte integrante de aquella como elemento de la misma."

El sonambulismo constituye también un estado de inconsciencia por considerar el sujeto activo que se haya en una realidad diversa a la que en realidad está, es así que un sonámbulo puede caminar e incluso realizar ciertas conductas, pero ello derivará de la realidad de su sueño y no de la realidad en la que se encuentra, el sonambulismo es una consecuencia del sueño, sin embargo éste no siempre se da.

El hipnotismo también constituye una fuerza de conducta que se da por la inducción de un sueño o un transe profundo en donde la voluntad del sujeto que comete la conducta se halla subordinada a la del hipnotizador, al referirse a esta ausencia de conducta Celestino Porte Petit ⁴³ manifiesta:

"1º.- Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realice una actividad tipificada por la ley penal.

En este caso el sujeto no es responsable. Unos piensan que se trata de una ausencia de conducta, y otros, de una causa de

⁴³ *Ibidem.* p. 327.

inimputabilidad.

2º.- *Que se hipnotice al sujeto con su conocimiento con fines delictuosos.*

En esta hipótesis el sujeto es responsable, pues estamos ante la actio liberae in causa, cuando el sujeto se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito.

3º.- *Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento sin intención delictuosa por parte de éste."*

Por último sólo queremos referir que el elemento negativo de la conducta, es decir, la ausencia de conducta, se haya fundamentada en las excluyentes del delito al señalar el artículo 15 fracción I del Código Penal lo siguiente:

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente"

II).- ATIPICIDAD.

La atipicidad es el elemento negativo de la tipicidad, es decir que si la atipicidad es la adecuación de la conducta al hecho

descrito por la Ley, la atipicidad será la falta de esa adecuación, de tal forma que faltará algunos de los elementos descritos por el tipo penal, al respecto Celestino Porte Petit ⁴⁴ refiere:

“Es oportuno precisar, que la ausencia de tipo, es distinta a la ausencia o falta de tipicidad. En el primer caso, no existe descripción de la conducta o hecho por la norma penal, y en el segundo caso, la descripción existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo.”

Por su parte el autor Fernando Castellanos Tena ⁴⁵ al definir a este elemento negativo del delito señala:

“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.”

El fundamento jurídico de la atipicidad y propiamente de la falta del tipo lo encontramos en el artículo 14 constitucional en el que se consagra como una garantía individual la imposibilidad de aplicar pena alguna sin la existencia del tipo:

⁴⁴ *Ibidem.* p. 366

⁴⁵ *Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. p. 172.*

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

III).- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Las causas de justificación como elemento negativo de la teoría del delito y contrario a la antijuridicidad operarán cuando una conducta siendo violatoria de la normatividad establecida por el estado y se haya protegida por una condición expresa, señalada en la Ley, éstas son definidas por Fernando Castellanos Tena ⁴⁶ en los siguientes términos:

"Las causas de justificación son aquellas condiciones que tiene el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito a saber; la antijuridicidad. En tales condiciones, la acción realiza, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, etcétera."

⁴⁶ *Ibidem.* p. 181.

Las causas de justificación son, la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

La legítima defensa es la repulsa a una agresión injusta. Fernando Castellanos Tena ⁴⁷ la define en los siguientes términos:

"Repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección."

El Estado de necesidad es la destrucción de un bien con el objeto de salvar otros, sin importar si éstos son de mayor o menor valor siempre y cuando esto sea la única forma de evitar el peligro inmediato, Fernando Castellanos Tena ⁴⁸ al referirse a esta causa de justificación nos dice:

"El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona. Es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico."

⁴⁷ *Ibidem.* p. 190.

⁴⁸ *Ibidem.* Op. Cit. p. 203

El ejercicio de un derecho como causa de justificación radica en la posibilidad jurídica de cometer un ilícito bajo el amparo de la propia Ley. Celestino Porte Petit ⁴⁹ lo define de la siguiente forma:

“El ejercicio de un derecho consiste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva o contra norma para la satisfacción de un interés más valioso, consiguientemente que prepondera sobre el interés que es antagónico.”

El cumplimiento de un deber como causa de justificación se dará cuando una persona realice una conducta bajo la orden de la propia Ley o de la autoridad pública así lo señala Celestino Porte Petit ⁵⁰:

“Hay cumplimiento de un deber cuando alguien realiza una conducta ordenada por la norma. Así Ranieri nos dice, que “hay cumplimiento de un deber, cuando alguien debe comportarse como se comporta, porque una norma jurídica o una orden obligatoria de la autoridad pública se lo impone sea por razón de su oficio, sea por su situación subjetiva de subordinado.”

Las causas de justificación se hayan contempladas como

⁴⁹ Porte Petit Cndaudap, Celestino, Op. Cit. p. 461.

⁵⁰ Ibidem. p. 475.

excluyentes del delito en el artículo 15 del Código Penal en las fracciones IV, V y VI que disponen:

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrarios, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión:

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber

juridico de afrontarlo:

VI.- La acción o la omisión se realicen, en cumplimiento de un deber juridico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro”.

IV).- INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad como elemento negativo del delito constituye la ausencia del saber el carácter ilícito de la norma y el querer el resultado, lo cual sólo podrá darse mediante el error y la no exigibilidad de otra conducta, así lo refiere Fernando Castellanos Tena ⁵¹ al señalar:

“Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad. Para muchos especialistas seguidores del normativismo, llenan el campo de las inculpabilidades el error y la

⁵¹ Castellanos Tena Fernando, *Op. Cit.* p. 258.

no-exigibilidad de otra conducta."

El error constituye una falsa creencia de la realidad y para que sea una causa de inculpabilidad habrá de estarse a lo señalado por la fracción VIII del artículo 15 de nuestro ordenamiento penal que refiere:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B).- Respecto de la licitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código."

La no exigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad se dará cuando atendiendo a las circunstancias particulares del caso, el sujeto activo del delito no pudo llevar a

cabo otra conducta y la realizada es violatoria de un bien jurídico tutelado, su fundamento se haya en el artículo 15 del Código Penal fracción IX que dispone:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho."

V).- INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad como elemento negativo de la teoría del delito y contrario a la imputabilidad se dará cuando el sujeto activo del delito no cuente con las condiciones físicas y psíquicas exigidas por la Ley, al respecto el artículo 15 del Código Penal establece:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de

padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a los dispuesto en el artículo 69-Bis de este Código”.

Como causas de imputabilidad se dan el trastorno mental psicológico y la falta de edad requerida por la Ley, la cual en la actualidad es de 18 años para el varón y la mujer, cabe señalar que en décadas anteriores, la mayoría de edad se daba a los 21 años, posteriormente fue de 18 para el hombre y 21 para la mujer, pero ante la igualdad jurídica del hombre y la mujer frente a la ley ambos adquirirán la mayoría de edad a los 18 años, de tal forma que si estos son menores de edad serán inimputables.

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 366 QUÁTER DEL CODIGO PENAL.

A).- CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

La conducta como pudimos apreciar en el capítulo anterior se puede llevar a cabo por acción o por omisión, así conforme al artículo 366 quáter del Código Penal esta podrá darse en cualquiera de las siguientes formas:

Por la sustracción.

Por la retención.

Por el cambio de domicilio.

Por el impedimento de regresar al domicilio.

La sustracción implica el sacar del domicilio actual del menor a este para llevarlo a cualquier otro sitio.

La retención a diferencia de la sustracción, se da cuando el menor es llevado a un domicilio y en este se le detiene y no se le permite salir.

El cambio de domicilio se lleva a cabo cuando el menor es llevado a un domicilio diverso al suyo para que ahí more permanentemente.

Por último el impedimento de regresar al domicilio implica necesariamente la imposición de la voluntad para que el menor regrese a su domicilio.

Como se puede apreciar de las diversas formas en que puede llevarse a cabo la conducta, en todas ellas se requerirá necesariamente que se lleve a cabo mediante un hecho positivo, es decir mediante una acción, no pudiéndose producir la conducta por una omisión.

Por lo que respecta a la ausencia de conducta, y tomando en consideración que esta se podrá dar por el sueño, sonambulismo, hipnotismo, movimientos reflejos y fuerza física irresistible, el delito que nos ocupa no podrá alegarse a favor del sujeto activo una ausencia de conducta tratándose de los movimientos reflejo, el sueño, el sonambulismo y de la fuerza física irresistible, sin embargo el hipnotismo si pudiera ser susceptible de considerarse como una forma de ausencia de conducta en la que se pueda cometer el ilícito, pero cabe señalar que esta resultaría difícil de probar en un procedimiento penal.

B).- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

La tipicidad se dará como hemos referido con la adecuación de la conducta al tipo descrito por la Ley, así el tipo será en nuestro tema de tesis el artículo 366 quáter que dispone:

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

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida”.

Atendiendo al tipo preinserto, podemos señalar que el bien jurídico tutelado lo constituye el interés público de no permitir que un menor sea sustraído de su domicilio, retenido o cambiado de este, o bien que no se le permita regresar a su domicilio, no permitiendo al padre o la madre convivir con el menor.

Atento a lo anterior, podemos establecer que el bien jurídico protegido se puede dividir en el derecho del menor para habitar en su domicilio y en el derecho de los padres para convivir con este.

Atento al hecho de que el objeto material lo es la cosa o sujeto sobre la que se realice el delito susceptible como bien jurídico tutelado, podemos establecer que este será el menor que pueda ser sustraído, impedido de regresar a su domicilio, retenido o cambiado de su domicilio.

El elemento normativo lo constituirá la falta de autorización de quien ejerza la patria potestad o bien de la autoridad competente para tal actuar.

El elemento subjetivo del injusto consistirá el no permitir a la madre o al padre convivir con el menor o visitarlo.

Tratándose de los sujetos estos se dividen en activos y pasivos, respecto de los activos estos serán especiales por requerir cualidades particulares, así del propio tipo encontramos que el sujeto activo deberá ser un ascendiente sin limitación de grado, es decir que podrá ser el padre, el abuelo, el bisabuelo, etc., o bien también podrá ser el pariente consanguíneo colateral o por afinidad hasta el cuarto grado del menor, y a efecto de poder establecer

cual es uno y cual es otro es que definiremos primeramente en que consiste el parentesco, así Edgar Baqueiro Rojas ⁵² señala:

“El parentesco es un estado jurídico, ya que implica una relación jurídica general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones tanto entre los miembros de la relación como en lo que se refiere a terceros (parientes consanguíneos y políticos), que se conoce como estado civil o familiar, y se identifica como atributo de la personalidad”.

De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal existen tres clases de parentesco que serán el de consanguinidad, el de afinidad y el civil, pero para el análisis del tipo objeto de nuestro tema de tesis sólo nos referiremos al de consanguinidad y afinidad y al respecto el ordenamiento señalado dispone:

“Artículo 293.- El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor”.

“Artículo 294.- El parentesco de 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”.

⁵² Baqueiro Rojas Edgar, *“Derecho de Familia y Sucesiones”*, Editorial Harla, S. A., de C. V., 3ª. Edición, México 1990, p. 17.

Como lo establece el artículo 366 quáter los parientes sujetos activos serán consanguíneos sin limitación de grado o colaterales hasta el cuarto grado así podemos hablar respecto de los primeros del padre, del abuelo, del bisabuelo etc. en tanto que tratándose de los parientes colaterales habría que atender a cada caso concreto para determinar si se encuentran o no dentro del cuarto grado, de tal forma que primeramente debemos establecer como se llega a determinar el grado, así el autor Ignacio Galindo Garfias⁵³ señala:

“El parentesco en línea colateral se determina tomando en cuenta el número de generaciones, ascendiendo por una de las líneas y descendiendo por otra.

La línea de parentesco colateral puede ser igual o desigual, según que al ascender por una de las líneas y descender por la otra, en cualquiera de ellas halla mayor número de generaciones (las líneas son desiguales).

Entre los hijos de dos hermanos (primos) existe un parentesco de cuarto grado por la línea colateral igual, porque ascendiendo por una de las líneas hasta el abuelo hay dos generaciones y descendiendo por la otra, desde el abuelo hasta el nieto hay otras dos generaciones. Ahora bien, entre el tío y sobrino

⁵³ Galindo Garfias Ignacio, *“Derecho Civil”*, Editorial Porrúa, S. A., 3ª. Edición, México 1989, p. 452.

existe parentesco en tercer grado en línea colateral desigual, porque ascendiendo por la línea de parentesco del hijo al padre y del padre al abuelo, hay dos generaciones y descendiendo del abuelo al tío hay una generación.

La línea descendente en este caso, es menor que la línea ascendente. Será menor la línea ascendente y mayor la descendente si se procede a la inversa, tomando como punto de partida al tío hacia el abuelo y descendiendo del abuelo hacia el nieto.

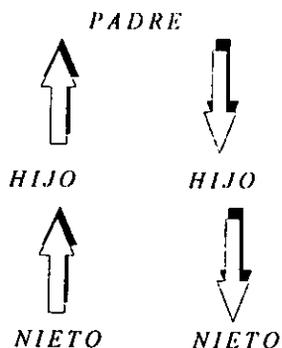
Puede determinarse el grado de parentesco en la línea colateral tomando en cuenta el número de personas, excluyendo al progenitor común. En el mismo ejemplo, el grado de parentesco entre hijos de dos hermanos, es de cuarto grado porque existen cuatro personas en la línea, excluyendo al abuelo, progenitor común: - hijo, padre, hermano, primo”.

A efecto de ejemplificar como se determina el parentesco en línea recta y transversal, proponemos los siguientes cuadros:



LINEA TRANSVERSAL
ASCENDENTE Y DESCENDENTE

TRONCO COMUN



POR EXTREMOS

TRONCO COMUN

NIETO — HIJO — PADRE — HIJO — NIETO

Respecto de los parientes por afinidad, no existe propiamente una forma para clasificar su grado, toda vez que no existe un progenitor o tronco común, sin embargo pudiera utilizarse en forma similar la regla para los parientes consanguíneos colaterales, ubicándose cualquiera de los cónyuges como si se tratará de sus parientes consanguíneos.

Asi por ejemplo podemos citar el caso de un primo en el que primeramente tenemos al menor y en línea ascendiente

tendremos al progenitor, que sería el papá y siguiendo en línea ascendiente tendríamos al abuelo, bajando por la línea descendiente al cuñado y posteriormente al hijo de este o sea al primo, quien sería un pariente por afinidad de cuarto grado, tomando en consideración que el progenitor del menor no guarda un tronco común con el resto de los parientes por afinidad.

Retomando la calidad del sujeto activo del delito, este será el pariente consanguíneo en línea recta sin limitación de grado y colateral dentro del cuarto grado siendo consanguíneo o por afinidad, y en atención al hecho de que basta con un sólo sujeto activo del delito, este será monosubjetivo.

Tratándose del sujeto pasivo del delito, este también requiere cierta calidad, que será necesariamente la de ser menor de edad, y además pariente consanguíneo sin limitación de grado o colateral, o por afinidad hasta el cuarto grado.

Tratándose de la atipicidad esta se dará por la falta de adecuación de la conducta al tipo, o bien por la falta de algunos de los elementos de este, como son; el bien jurídico protegido, el objeto material, el elemento normativo o el elemento subjetivo del injusto o por la falta de calidad de algunos de los sujetos.

Así por ejemplo si no está prohibida la sustracción, retención del menor y desde luego la prohibición de la convivencia

con sus padres. no existirá la adecuación de la conducta a lo descrito por la Ley. en igual circunstancia si no existe el objeto material, es decir, la sustracción del menor, retención de este, etc., tampoco existirá tipicidad. situación idéntica ocurre ante la falta del elemento normativo, es decir que cuando exista una sustracción o retención del menor esta se da con autorización, tratándose del elemento subjetivo del injusto este no se dará cuando se permita la convivencia del menor con los padres, por último y tratándose de los sujetos, no se configurará la tipicidad cuando no exista parentesco consanguíneo o por afinidad en el sujeto activo, y en el sujeto pasivo cuando este sea mayor de edad.

C).- ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

La antijuridicidad se dará cuando habiendo tipicidad no existe a favor del sujeto activo del delito, una causa de justificación, recordemos que como causas de justificación encontramos a la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

La legítima defensa como la repulsa a una agresión actual e inminente no puede operar como causa de justificación tratándose del artículo 366 quáter, toda vez que en esta no operará la repulsa de alguna agresión.

El estado de necesidad entendido como la destrucción de un bien con el objeto de salvaguardar otro, tampoco operará tratándose del artículo objeto de tesis, toda vez que no existe la posibilidad de salvaguardar un bien diverso violando este.

El ejercicio de un derecho, entendido como la facultad que concede la Ley o por sentencia a un sujeto para satisfacer un interés más valiosos, si operará como causa de rescisión, baste citar como ejemplo el hecho de que un menor que haya sido confiado para su guardia y custodia a una persona diversa a sus padres, puede incluso por resolución judicial retenerlo no permitiendo que regrese a su domicilio y desde luego prohibiendo la convivencia con los padres, cabe señalar que incluso el propio artículo 366 quáter establece la posibilidad de que la retención del menor se de con autorización judicial.

Por lo que respecta a la última causa de justificación que es el cumplimiento de un deber y que consiste en la realización de una conducta llevada a cabo por la norma jurídica o por una orden de la autoridad a la que guarda subordinación, podrá darse en el supuesto en que la autoridad judicial disponga que un menor debe permanecer en custodia de algún pariente en tanto se dirime un proceso en contra de los padres, y que por lo mismo se prohíbe la convivencia de estos con el menor, es el caso de la tutela legítima cuando se nombre por causa de divorcio y el juez estime que resulta

perjudicial para el menor el contacto y convivencia con los padres conforme lo establecen los artículos 482. fracción segunda y 483 del Código Civil en relación con el artículo 941 del código de procedimientos civiles que disponen:

“Artículo 482.- Ha lugar a tutela legitima:

I.- Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario;

II.- Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.”

“Artículo 483.- La tutela legitima corresponde:

I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;

II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.”

“Artículo 941.- El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y

Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento."

Atento a lo anterior podemos señalar que las únicas causas de justificación que pueden operar a favor del sujeto activo del delito serán el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

D).- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

Como señalamos en el capítulo anterior, la culpabilidad radica en la intención del sujeto activo de saber, querer y aceptar la conducta y el resultado descrito por la Ley.

La culpabilidad reviste un doble aspecto, es decir, que se puede dar en forma dolosa, cuando el sujeto activo desea la conducta y acepta el resultado descrito por la Ley, en tanto que la culpabilidad culposa se da cuando se obtiene un resultado típico, realizándose la conducta por la violación de un deber de cuidado, en cuyo caso el

sujeto activo conoce la conducta, pero no quiere ni desea el resultado.

Atento a lo anterior, en el delito objeto de estudio, este solo podrá cometerse en forma dolosa, pues desde luego que el sujeto activo a de saber la conducta violatoria de la norma y acepta el resultado, es decir, que podrá sustraer, retener, no permitir que regrese el menor a su domicilio, etc., y además no permitirá la convivencia con sus padres, lo cual evidentemente sólo se puede dar en forma dolosa.

Atendiendo al hecho de que el artículo 366 quáter del Código Penal se comete en forma dolosa, este reviste un dolo genérico y un dolo específico.

El dolo genérico consistirá en la sustracción del menor, en su retención, en el no permitir que el menor regrese a su domicilio, o sea cambiado de su domicilio.

El dolo específico consistirá en el no permitir la convivencia de los padres.

Cabe señalar que conforme a la doctrina existe una tercera forma de culpabilidad que es la preterintencionalidad, que en la actualidad ya no es vigente en nuestro Código Penal, pero que creímos pertinente el señalar, la preterintencionalidad consiste en causar un resultado mayor al deseado, de tal forma que con una conducta se puede realizar un delito doloso y otro culposo, por ejemplo una

persona que pretende asesinar a otro, y al dispararle causa daños en la propiedad de un tercero y la muerte de la persona, así obra dolosamente respecto del homicidio y culposamente en relación a los daños en propiedad ajena. Celestino Porte Petit ⁵⁴ al referirse a esta forma de culpabilidad señala:

“El profesor Celestino Porte Petit, al comentar la reforma al Código Penal, expresa que con la preterintención se evita sancionar como intencionales conductas que realmente no lo son, como ocurre cuando el responsable del ilícito quiere causar un delito menor y ocasiona imprudencialmente uno más grave”.

Como elemento negativo de la culpabilidad tenemos a la inculpabilidad la cual como hemos referido en páginas anteriores, se podrá dar en dos formas, mediante el error y la no exigibilidad de otra conducta.

El error como falsa creencia de la realidad deberá darse sobre los elementos esenciales que integran al tipo penal, que en el caso concreto sería el considerar que se está autorizado para sustraer, retener, cambiar de domicilio, o no permitir regresar al domicilio a un menor, o bien que no se sepa que se es pariente del menor, o bien por el hecho de que se desconozca la existencia de la Ley, el alcance de la misma, o porque considere que está actuando justificadamente, sirve de apoyo lo preceptuado por el artículo 15 en su fracción VIII, y las

⁵⁴ Citado por: Castellanos Fernando, *Op. Cit.* p. 252.

siguiente tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dispone:

“Séptima Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 187-192 Segunda Parte

Página: 29

ERROR DE HECHO Y ERROR DE PROHIBICION CUANDO OPERAN COMO EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. *Frente a la ignorancia que constituye el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción sobre una cosa, surge el concepto de error, que no es sino la distorsión de una idea respecto a la realidad de un hecho, de una cosa o de su esencia. No obstante la diferencia entre la ignorancia y el error, en sentido jurídico se usan indistintamente tales términos, pues tanto vale ignorar como errar sobre la esencia de una cosa o de un hecho. Para que el error de hecho resulte inculpable, además de esencial debe ser invencible, pues quien no advierte, por no encontrarse en posibilidad de hacerlo, lo típico e injusto del hecho, no puede ser censurado penalmente no obstante, su violación al derecho. Por ello, cuando el error es vencible se genera responsabilidad. El error de hecho, como causa de inculpabilidad, requiere por tanto que el mismo sea tanto esencial como insuperable o invencible, y supone distorsión o ausencia total del conocimiento del carácter típico del hecho o de un elemento del tipo penal. El error de prohibición es el*

error que recae sobre la licitud del hecho. Cuando el autor no tiene conocimiento de la norma penal referente al hecho que realiza y consecuentemente considera lícito su proceder, se está frente a un error de prohibición directa. Este error se puede originar por tanto en el desconocimiento de la norma o bien, aún conociéndola, en la creencia de que no está vigente o bien no tiene aplicación concreta en la especie. Se está en presencia de un error de prohibición indirecto cuando el agente, no obstante conocer la prohibición derivada de una norma penal, esté en la creencia, por error, de que concurre en el hecho una justificante no acogida por la ley. Por último, existe igualmente el error de prohibición, cuando el autor suponga erradamente que concurre, en el hecho, una causa de justificación, en cuyo caso se habla de un error de permisión. El error del autor recae, en esta última hipótesis, en la creencia de una "proposición permisiva", como lo es una legítima defensa. Por ejemplo, en el caso del homicidio, el error incidirá respecto a la permisión legal del hecho de homicidio, como necesaria consecuencia del rechazo de una supuesta agresión calificada, de la cual se estima deriva un peligro inminente y grave para bienes jurídicos. Debe agregarse que el llamado error de permisión no es un error de hecho, y, como se advierte, en esta especie se encuentran las llamadas eximentes putativas, cuya capacidad para excluir la culpabilidad del autor precisa su carácter invencible o insuperable.

Amparo directo 2769/84. Enrique Enríquez Rojas. 27 de septiembre de 1984. 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

Secretario: José Jiménez Gregg.

NOTA (2):

Esta tesis también aparece en:

Informe de 1984, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 25, página 22, con el rubro "ERROR DE HECHO CUANDO OPERA COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD".

A pesar de que es claro el Código Penal al señalar como excluyente del delito el hecho del desconocimiento de la Ley, nosotros consideramos que este no puede darse, ya que conforme a la existencia de los diversos medios de comunicación difícilmente puede darse la ignorancia de la Ley, pero si lo anterior fuera poco esto no puede ser susceptible de la aplicación de la misma, conforme a lo preceptuado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señala:

"Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXI, Segunda Parte

Página: 32

LEY, IGNORANCIA DE LA. El acusado no puede eludir su responsabilidad penal, afirmando que al desconocer las leyes que

norman la conducta de los ciudadanos. ignoraba que cometia un hecho delictuoso. pues la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento, y esta regla se funda en la presunción legal de su conocimiento. presunción que ha sido dictada por la necesidad, puesto que si este conocimiento se debiera subordinar a un juicio de hecho entregado al criterio sentenciador, la ley no sería eficaz por si misma, ni general para todos. En efecto, admitida la excusabilidad de su ignorancia, la ley Penal se volvería condicional y quedaría supeditada a la excepción de cualquier particular que por negligencia, malicia u otra circunstancia, la desconociera, a pesar de ser una obligación para todos mantenerse informados sobre las leyes que gobiernan al país.

Amparo directo 2465/66. Juan Pio Pérez Tamayo. 29 de septiembre de 1966. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva”.

En conclusión podemos señalar que la inculpabilidad, tratándose del delito objeto de tesis, operará cuando exista un error sobre los elementos esenciales que integran al tipo penal, o bien porque crea que esta justificada su conducta, no así por la ignorancia de la Ley.

Tratándose de la no exigibilidad de otra conducta, y atendiendo al hecho esta forma de inculpabilidad se da por no poderse llevar a cabo otra conducta, y al realizarse esta se viola algún bien jurídico tutelado, esta no podrá operar, tratándose del artículo 366 quáter del Código Penal, toda vez que si podrá realizarse una conducta diversa para tal caso, como lo es solicitar la autorización de

un juez familiar, para retener, sustraer, cambiar de domicilio o no permitir regresar al domicilio al menor, y desde luego el no permitir la convivencia con los padres.

E).- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

La imputabilidad consistente en las condiciones físicas y psicológicas requeridas por la Ley, al momento de llevarse a cabo el delito, se dará cuando el sujeto activo del delito, sea mayor de edad y se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales, de tal forma que sea capaz de entender el carácter previsorio de su conducta.

Como causas de imputabilidad sólo encontramos el trastorno mental, psicológico y la falta de edad requerida por la Ley.

Atento a lo anterior, cuando el sujeto activo sea mayor de edad y no encuentre psicológicamente sano, estaremos ante una causa de inimputabilidad en la que si bien es cierto se cometió una conducta típica, antijurídica y culpable, por el hecho de no ser responsable de sus actos, no será sancionado penalmente, pues se trata de un inimputable, así aún cuando se halla sustraído a un menor, retenido, cambiado de domicilio, o no se le permita regresar a su domicilio al menor, y además no se permita la convivencia con los padres, no podrá instaurarse un proceso penal en su contra.

La minoría de edad también constituye una causa de inimputabilidad, de tal forma de que si el sujeto activo del delito, al llevar a cabo la sustracción, retención, cambio de domicilio, o el no permitir regresar al domicilio al menor, y al no permitir la convivencia con los padres, no será responsable el menor.

Por último cabe aclarar que no por el hecho de considerarse como inimputable al sujeto activo del delito, este se deje en completa libertad, toda vez que existen procedimientos especiales para ello, como lo refiere el Código Federal de Procedimientos Penales al señalar:

“Artículo 496.- Inmediatamente que se compruebe que el inculpado está en alguno de los casos a que se refiere el artículo anterior, cesará el procedimiento ordinario y se abrirá el especial, en el que la ley deja al recto criterio y a la prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculpado, y la de estudiar la personalidad de éste, sin necesidad de que el procedimiento que se emplee sea similar al judicial.”

“Artículo 500.- En los lugares donde existan tribunales locales para menores éstos serán competentes para reconocer de las infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de dieciocho años, aplicando las disposiciones de las leyes federales respectivas”.

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS DE LA SUSTRACCIÓN, RETENCIÓN Y CAMBIO DE DOMICILIO DE UN MENOR SIN AUTORIZACIÓN.

A).- CONCEPTO Y DIFERENCIA ENTRE SUSTRACCIÓN, RETENCIÓN Y CAMBIO DE DOMICILIO.

No puede pasar inadvertido para nuestro trabajo la distinción de los conceptos de sustracción, retención y cambio de domicilio, pues ello es indispensable para determinar la comisión o no de un ilícito, toda vez que ello constituye el elemento normativo del delito, así lo refiere el Diccionario de la Lengua Española de Visión Jurídica⁵⁵ y respecto del primero de ellos señala:

"Substraer [verbo trans.] Apartar, separar, extraer.

• Hurtar, robar fraudulentamente.

• {Álgebra} {Aritmética} Restar.

• [verbo prnl.] Separarse de lo que es de obligación, de lo que se tenía proyectado o de alguna otra cosa".

⁵⁵ *"Visión Jurídica Profesional" Diccionario de la Lengua Española, Editorial Casa Zepol, S. A. de C. V., México 1998, sin página.*

La sustracción para efectos del artículo 366 quáter se debe entender como el separar o extraer al menor de su domicilio, es decir que éste estando en el sea llevado a otro lugar, cabe señalar que mediante la sustracción se presume el hecho de que quien realiza la conducta lo hace separando al menor de su domicilio, es decir que implica que el agente pone bajo su control personal al menor como una especie de apoderamiento.

La retención constituye el no devolver, el quedarse para sí o el guardar algo, el Diccionario de la Lengua Española de Visión Jurídica ⁵⁶ lo define en los siguientes términos:

"Retener.- [verbo trans.] Detener, conservar, guardar en sí.

- Conservar en la memoria una cosa.*
- Conservar el empleo que se tenía cuando se pasa a otro empleo.*
- Interrumpir o dificultar el curso normal de algo.*
- Suspender el uso de un rescripto que procede de la autoridad eclesiástica.*
- Suspender en todo o en parte el pago del sueldo, u otro*

⁵⁶ *Ibidem. sin página.*

haber que uno ha devengado, por disposición judicial, gubernativa o administrativa.

- *Descontar de un pago o de un cobro una cantidad como impuesto fiscal.*

- *Imponer prisión preventiva, arrestar.*

- *{Derecho} Asumir un tribunal superior la jurisdicción para*

- *[Verbo prnl.] [fig.] Reprimirse. contener un sentimiento, deseo, pasión, etc."*

En la retención el sujeto activo no se dirige a sustraer al menor de su domicilio, si no por el contrario es precisamente él quien lo tiene, pero con la salvedad de no regresarlo o devolverlo a su domicilio y a sus padres, pudiéramos señalar que existe una especie de detentación subordinada y así lo señala Porte Petit Candaupap Celestino ³⁷:

"Habrá detentación subordinada, si el detentador tienen la cosa en virtud de sus situación de dependencia, si se le ha entregado precisamente para cumplimentar las órdenes e

³⁷ *Porte Petit Candaupap Celestino, "Robo Simple", Editorial Porrúa, S. A., 2ª. Edición, México 1989, p. 14.*

instrucciones de aquel que tiene sobre él poder jurídico de mando, y para que la retenga en provecho del propietario”.

Si bien es cierto la detentación subordinada se da respecto de las cosas, no menos cierto es que en la retención también existe el hecho de que el menor no a sido sustraído si no encargado para su cuidado a diversa persona, la cual desde luego no desea o no permite que el menor regrese a su domicilio o con sus padres.

Para poder definir el cambio de domicilio primero tenemos que definir que es el domicilio, así para Jorge Mario Magallón Ibarra ³⁸ define al domicilio en los siguientes términos:

“En un orden etimológico, la palabra domicilio se integra por la conjunción de domus que significa casa, con el verbo colere, que entraña el hecho de habitar; luego entonces, en su connotación original, el domicilio es la casa en la que se habita”.

Rafael De Pina ³⁹ define al domicilio de la siguiente forma:

³⁸ Magallón Ibarra Jorge Mario, *“Instituciones de Derecho Civil”*, Tomo II, Editorial Porrúa, S. A., 1ª. Edición, México 1987, p. 73.

³⁹ De Pina Rafael, *“Derecho Civil Mexicano”*, Volumen Primero, Editorial Porrúa, S. A., 6ª. Edición, México 1982, p. 212 y 213.

"El domicilio de la persona física es el lugar en que reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle".

Por último Ignacio Galindo Garfias ⁶⁰ define al domicilio de la siguiente manera:

"En términos amplios el domicilio es el lugar de habitación de una persona, el lugar donde tiene su casa (domus). Jurídicamente, el domicilio es el lugar en que una persona física reside habitualmente con el propósito de radicarse en él".

Atento a las anteriores definiciones de domicilio para los efectos del artículo 366 quáter del Código Penal, el cambio de domicilio se dará en atención al menor, es decir que el sujeto activo del delito lo llevará a un nuevo lugar para que resida, desde nuestro particular punto de vista consideramos que el cambio de domicilio sólo podrá darse cuando el sujeto activo del delito pretenda incorporarlo a su familia, pues se supone que esto implica materialmente un cambio de familia ya que se pretende dar una nueva casa y desde luego con ello una nueva vida a esta persona, ya que no se le permitirá ver a los padres.

Por cuanto hace a la diferencia entre sustracción,

⁶⁰ Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit. p. 358.

retención y cambio de domicilio, estas serán las siguientes:

La substracción y la retención hacen presuponer que será momentánea y pasajera en tanto que el cambio de domicilio dará la apariencia de ser más duradero, el no permitir la convivencia con los padres.

En la substracción el sujeto activo del delito se apodera del menor en tanto que en la retención se dará por una detentación de este, es decir que el sujeto activo del delito tiene al menor por cualquier circunstancia pero no va apoderarse de él, cabe señalar que en el cambio de domicilio el menor puede ser substraído o retenido, pero con la modalidad de que éste es llevado a otra casa con el objeto de que sea su nuevo domicilio.

Cabe señalar que el cambio de domicilio es una práctica común en nuestra sociedad, sobre todo tratándose de cónyuges o parejas que han tenido dificultades y optan por abandonarse, llevándose uno de ellos a los menores y ante el enojo o disgusto existente no permiten al otro el que pueda verlos, tal vez por el hecho de que antes de la reforma del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y siete, este actuar no constituía ilícito alguno.

B).- QUIENES PUEDEN DAR LA AUTORIZACIÓN.

El artículo 366 quáter establece que la retención, sustracción, o cambio de domicilio que realice un ascendiente o pariente consanguíneo o colateral hasta el cuarto grado será sancionada siempre y cuando este actuar se haya realizado sin la autorización de quien ejerza la patria potestad o de la autoridad competente, es por ello que se hace indispensable el analizar que personas pueden conceder la autorización y en que forma a efecto de no incurrir su conducta en un ilícito de naturaleza penal, así las cosas la autorización puede admitir dos supuestos el permiso de quien ejerce la patria potestad, o bien la autorización judicial a la que nos abocaremos a continuación.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

1).- PATRIA POTESTAD.

A efecto de poder establecer quien puede dar la autorización para la sustracción, retención y cambio de domicilio, hemos de definir primeramente que es la patria potestad, así la maestra Sara Montero Duhalt ⁶¹ señala:

⁶¹ Montero Duhalt Sara, "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, S. A., 1ª. Edición, México 1992, p. 339.

“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”.

Por su parte el autor Ignacio Galindo Garfias ⁶² al referirse a esta figura jurídica señala:

“El cuidado y protección de los menores, que corresponde desempeñar en manera original y por decirlo así natural, al padre y a la madre, atribuye un complejo de facultades y derechos a los progenitores para que en el ejercicio de esa autoridad, puedan cumplir esa función ético social que actualmente es la razón que funda la autoridad paterna.

En este sentido, el concepto de patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. En esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad”.

De las definiciones propuestas nos parece más acertada la de la maestra Sara Montero Duhalt, toda vez que la patria potestad, si bien es cierto en primer lugar incumbe a los padres, también lo es que a falta de estos o por imposibilidad de los mismos

⁶² Galindo Garfias Ignacio, *Op. Cit.* p. 668.

recaerá en otras personas como son los abuelos, conforme lo señala nuestro Código Civil en su artículo 414 que señala:

“Artículo 414.- La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

Atento a lo anterior primeramente habrá de determinarse quien ejerce la patria potestad que conforme a lo preceptuado por el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal podrán ser los padres o bien los abuelos, de tal forma que incluso los padres pueden llegar a ser sujetos activos del delito, el ejemplo claro lo encontraríamos cuando los padres habiendo perdido la patria potestad de un hijo, lo retengan, los substraigan o lo cambien de domicilio y el ejemplo más típico lo podemos encontrar cuando los cónyuges se divorcian y uno de ellos es condenado a la pérdida de la patria potestad y posteriormente comete la conducta ilícita.

Ahora bien, si la retención, substracción o cambio de

domicilio se realiza con anuencia o con consentimiento de quien ejerce la patria potestad, no se configurará el ilícito pues existe la autorización previa para ello, así por ejemplo podemos citar el hecho tan común en nuestra sociedad en el que una madre soltera que tiene que trabajar para mantener a sus hijos los deja encargados, o bajo la custodia de la abuela o abuelos, sin embargo el problema sucederá cuando habiendo autorizado la madre la sustracción, retención o cambio de domicilio, el padre no lo haya hecho o viceversa, acarrea una problemática en el sentido de que el padre no dio su consentimiento y la madre si por lo que atendiendo a la regla procesal consagrada en nuestra Legislación, habrá de atenderse al hecho de que si quien retenia al menor lo hacia con conocimiento de que el diverso cónyuge no había dado el consentimiento, actualizando así en su favor lo dispuesto por el artículo 15 del Código Penal que excluye al delito por creerse que se esta actuando en forma justificada.

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible; o porque crea que está justificada su conducta".

2).- AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

La autorización de la retención, sustracción o cambio de domicilio de un menor, también puede darse mediante la autorización judicial, conforme lo establece el artículo 366 quáter del Código Penal, para ello será necesario que quien pretenda realizar la conducta, comparezca ante la autoridad judicial y propiamente ante el juez de lo familiar a solicitar se sustraiga al menor o se permita retenerlo o cambiarlo de domicilio y desde luego se otorgue la guardia y custodia de él.

Cabe señalar que dependiendo el caso concreto será la forma en que pueda solicitarse esta autorización, es decir que bien puede darse conjuntamente con una demanda de divorcio o con otra de la pérdida de la patria potestad, o simple o llanamente en vía de jurisdicción voluntaria, en el caso de que un cónyuge abandonará al otro, pero por no querer demandar el divorcio y por las necesidades del caso necesitaré cambiar de domicilio desde luego que se requerirá la autorización judicial, atento al hecho de la existencia de una demanda de orden familiar, la autorización de sustracción, retención o cambio de domicilio de un menor, viene hacer una medida provisional, sin embargo, tratándose de último de los supuestos señalados tendrá que tramitarse en forma autónoma como una jurisdicción voluntaria, y si bien es cierto que conforme al Código de Procedimientos Civiles, no se requiere de

formalidad alguna para comparecer ante el juez de lo familiar, esta pudiera darse en los siguientes términos:

*NOMBRE DEL PROMOVENTE
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.
ESCRITO INICIAL.*

*C. JUEZ DE LO FAMILIAR DEL
DISTRITO FEDERAL EN TURNO.
PRESENTE*

Nombre del promovente, por mi propio derecho, señalando como domicilio para oír y recibir todo tipo de notificaciones y documentos, el departamento 13, del número 63, de la calle Oklahoma, Colonia Nápoles, Delegación Benito Juárez, Código Postal 03810, y autorizando para los mismo efectos a los C. David Pérez Maison, con el debido respeto expongo:

Que en la vía de jurisdicción voluntaria vengo a solicitar la autorización para la substracción y cambio de domicilio del menor Rogelio Olvera Vargas, atento a los siguientes:

H E C H O S:

Primero.- La señora Susana López Vargas es madre del menor Rogelio Olvera Vargas como consta del acta de nacimiento que se anexa al presente escrito y consecuentemente ejerce la patria potestad del mismo.

Segundo.- Con fecha seis de febrero del año que transcurre el padre del menor Juan Olvera Zarco abandono el domicilio conyugal ubicado en Río Panuco, Número 160, Código Postal 06820, Delegación Cuauhtémoc, en esta Ciudad.

Tercero.- Con fecha diez de febrero de mil novecientos noventa y

nueve, la madre del menor sufrió un trastorno mental, por lo que se haya imposibilitada para cuidarse a ella misma y a su menor, lo cual se acredita con las constancias médicas expedidas por el Instituto Mexicano del Seguro Social, de fecha diez de febrero, quince de febrero y veinte de febrero, todas de mil novecientos noventa y nueve.

Cuarto.- La suscrita es hermana de la señora Susana López Vargas como se acredita con las copias certificadas de las actas de nacimiento mía y de mi hermana, que se anexan al presente escrito.

Quinto.- Atento a que el padre del menor abandono a mi hermana y a su menor hijo, sin recursos económicos para subsistir y más por la circunstancia de que a últimas fechas se ha hecho adicto a las drogas, lo cual constituye un mal ejemplo para el menor, es que solicito se autorice la sustracción y cambio de domicilio de éste como de mi hermana quienes habitarán en Calle Pilares, Número 42, Colonia Portales, Código Postal 03720, en esta Ciudad, asimismo solicito se suspenda el derecho de convivencia del padre del menor con éste, en tanto se recupera mi hermana y pueda deducir lo que a su interés convenga, asimismo solicito lo anterior a efecto de que la conducta de la suscrita no constituya un ilícito conforme a lo preceptuado por el artículo 366 quáter del Código Penal para el Distrito Federal.

D E R E C H O:

Resultan aplicables al presente asunto lo señalado por los artículos 417 y demás relativos del Código Civil para el Distrito Federal, así como de los artículos 893, 894, 895 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Por lo anterior,

A Usted C. Juez pido:

Primero.- Tenerme por presentada en los términos del presente escrito y ante las circunstancias particulares del caso, permitir la sustracción y cambio de domicilio de el menor Rogelio Olvera Vargas, así como de mi hermana

Susana López Vargas.

Segundo.- Ante la actitud del padre del menor y esposo de mi hermana, Juan Olvera Zarco, ordenar la suspensión de la convivencia con ambos, por haberlos abandonado y los recursos económicos necesarios para subsistir y ante a su adicción a las drogas por dar mal ejemplo.

Tercero.- Autorizar la substracción, retención y cambio de domicilio de mi hermana Susana López Vargas y del menor Rogelio Olvera Vargas, pues de lo contrario la suscrita podría incurrir en una conducta ilícita, lo cual sería injusto pues lo que se busca es el bienestar de las personas referidas.

A t e n t a m e n t e

México Distrito Federal a 12 de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

FIRMA DEL PROMOVENTE.

Una vez resuelta la jurisdicción voluntaria por el juzgador, este será quien determina si se dará o no la autorización para la substracción del menor, con lo cual no se incurrirá en ninguna de las conductas ilícitas señaladas en su artículo 366 quáter del Código Penal del Distrito Federal.

C).- LA REALIDAD SOCIAL DEL MENOR.

Sin lugar a dudas el menor es el ser más desprotegido de la humanidad y por ello es presa y víctima de constantes abusos por parte de todas las personas, e incluso a veces de los padres.

Cuando surgen problemas de naturaleza conyugal, los que siempre llevan la carga de estos sin ninguna culpa son los menores al recibir la frustración e incluso rencor de sus padres y que decir cuando estos pasan por la penosa experiencia del divorcio, en donde los niños se convierten en un verdadero motín para los padres, quienes a veces lejos de pensar en el bienestar del menor sólo pretende molestar al otro cónyuge, era común en la práctica de los abogados que asesoraban a una de las partes recomendará a su cliente el sustraer a los menores y cambiarlos de domicilio, ello en parte debido a que no existía regulación jurídica al respecto. situación que afortunadamente en la actualidad a cambiado.

Desafortunadamente no existe una Legislación protectora del menor en la que se establezcan sus derechos frente a sus padres, y aún cuando existen algunos dispositivos que buscan salvaguardar algunos derechos de esto, lo cierto es que resultan insuficientes, si tomamos en consideración todas las consecuencias psicológicas que los menores tienen cuando los padres los utilizan como chantaje moral hacia su otro cónyuge.

No debemos olvidar que la gran mayoría de los menores que se desarrollan en circunstancias desfavorables o en un medio ambiente hostil tenderán a crear resentimientos o conductas adictivas, así por ejemplo el no atenderlos correctamente, es decir el descuidarlos traerá como consecuencia la baja productividad en su escuela, y desde luego la poca preparación de estos para

enfrentar la vida en lo futuro, es por ello que consideramos que el legislador debe ser mas cuidadoso y buscar siempre la protección del menor.

Diverso problema que también se presenta lo es el hecho de que generalmente los padres desobligados dejan al cuidado de los abuelos a los menores, dejando caer en ellos toda la responsabilidad de la educación y crianza de estos, y sin más ni más se presenta un día la madre o el padre y sin importar nada los subtrae de ese domicilio situación que tampoco sea legislado.

D).- PROPUESTAS PERSONALES.

Consideramos que la creación del artículo 366 quáter del Código Penal para el Distrito Federal es acorde a la realidad social, sin embargo a tenido algunas deficiencias que consideramos pueden ser fácilmente subsanadas, así las cosas, primeramente debe darse una mayor difusión respecto del artículo pues pocas son las personas que realmente conocen su contenido y alcance, llegando incluso al grado de que compañeros abogados lo desconocen.

Atento al hecho de que la conducta ilícita debe de ser sancionada es que consideramos importante el que se difunda el artículo 366 quáter a efecto de que el sujeto activo del delito no

alegue como causa excluyente de este el error invencible porque crea justificada su conducta.

Como diversa propuesta de reforma consideramos que tratándose de la autorización para la sustracción, retención o cambio de domicilio de un menor, debe darse por los dos padres que ejerzan la patria potestad y sólo a falta de uno de ellos, por imposibilidad sólo uno de ellos diera la autorización.

Asimismo consideramos pertinente que la autorización que otorgue quienes ejercen la patria potestad sea en forma escrita a efecto de no dejar lugar a dudas sobre esta y de esta forma se evitarían problemas como el hecho de que el padre halla dado la autorización posteriormente lo niegue y alegue que el otro cónyuge, sustrajo, retuvo o cambio de domicilio al menor sin la autorización correspondiente.

Diversa propuesta que consideramos debiera también ser aplicable se da en el hecho que para que se configure el delito consagrado en el artículo 366 quáter se requiere que la sustracción, retención o cambio de domicilio se haga sin autorización de quien ejerza la patria potestad o bien resolución judicial y además que no se permita a los padres conjunta o indistintamente el convivir con el menor; esta situación se nos hace engorrosa, pues estamos al sentido literal del artículo con el hecho de que se permita convivir a los padres con el menor, ya no existirá

delito, o bien habiendo autorización para un cambio de domicilio si no se permite la visita del menor, luego entonces tampoco habrá delito al no configurarse todos los elementos de esta.

Atento a lo anterior consideramos sería más factible el establecer la pena a quien sustraiga, retenga, cambie de domicilio o no permita regresar al menor a este simple y llanamente, sin la necesidad de que además no se permita la convivencia con los padres.

Situación diversa pudiera darse cuando no se permita la convivencia del menor, pues puede darse el caso de que uno de los cónyuges no permita la convivencia, así por ejemplo y a efecto de burlar la Ley cuando quien a de realizar la convivencia acude al domicilio para solicitar al menor y este es atendido por algún pariente que no el otro cónyuge, negando esta no se incurriría en delito alguno, pues contaría con la autorización de quien ejerce la patria potestad y exclusivamente se negaría la convivencia lo cual no es un delito.

Atento a lo anterior es que creemos más conveniente que se establezca en lisa y llana que será sancionada la persona que niegue la convivencia con el menor sin justa causa.

Diversa propuesta que también consideramos pertinente no sería el hecho de aumentar la penalidad, pues la pena resulta

irrisoria y susceptible de ser substituida, conforme lo establece el artículo 70 del Código Penal que dispone:

"Artículo 70.- La prisión podrá ser substituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

I.- Por trabajo a favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años:

II.- Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años, o

III.- Por multa, si la prisión no excede de dos años.

La substitución de la pena de prisión no podrá aplicarse por el juzgador cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por el delito doloso que se persiga de oficio".

Atento a lo anterior y dependiendo de la condena a cada caso en particular, la pena podrá ser substituida por trabajo a favor de la comunidad, tratamiento en libertad o multa, e incluso para este delito no se dejará de aplicar a favor del sujeto activo del delito este derecho, pues como o refiere el artículo 70 para que esto suceda debe existir previò un delito doloso que se persiga de oficio

y en el caso que nos ocupa no puede darse de oficio, si no sólo por querrela de la parte ofendida, consecuentemente no aplicará la prohibición tratándose de este ilícito.

Diversa propuesta que pudiéramos hacer se dará en función de la intención con que se substraiga, retenga, cambie de domicilio o se impida regresar a este al menor, de tal forma que se pueden dar dos hipótesis en la primera que resulta benéfico para el menor, en cuyo caso consideramos puede operar en favor de sujeto activo del delito, una atenuante, es decir que la pena se reducirá hasta una cuarta parte, en cambio si la conducta que se lleve a cabo es perjudicial para el menor debiera incluso aumentarse hasta en una mitad.

Hemos establecido que la conducta puede darse en estas dos formas, toda vez que existen parientes que preocupados por el bienestar del menor llegan incluso a cometer esta conducta, en cuyo caso el juzgador al momento de dictar sentencia debiera de tomar en consideración estas circunstancias, sin embargo para ello sería obligación del sujeto activo el probar la intención y el beneficio del menor, en tanto que los perjuicios del menor deberán ser probados por el Ministerio Público.

Lo anterior se da en razón de que muchos parientes substraen al menor no mas con el afán de causar un daño y molestia al menor y a su familia y es por ello que en este caso debiera de

aplicarse una mayor sanción, tomando en consideración la peligrosidad del delincuente.

A nuestro parecer el artículo 366 quáter pudiera quedar en los siguientes términos:

ARTÍCULO 366 QUÁTER AL ASCENDIENTE SIN LIMITACIÓN DE GRADO Y AL PARIENTE CONSANGUÍNEO, COLATERAL, HASTA EL CUARTO GRADO Y A LOS PARIENTES POR AFINIDAD:

I QUE SUBSTRAIGA, RETENGA, CAMBIE DE DOMICILIO O IMPIDA QUE UN MENOR REGRESE AL MISMO SIN LA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DE QUIENES EJERZAN LA PATRIA POTESTAD.

A FALTA DE ALGUNO DE LOS PADRES O DE ALGUNA PERSONA QUE EJERZA LA PATRIA POTESTAD, LA OTRA PERSONA PODRÁ AUTORIZAR ESTA CONDUCTA BAJO SU MÁS ESTRUCTA RESPONSABILIDAD.

II A QUIEN IMPIDA INJUSTIFICADAMENTE TENER CONVIVENCIA O VISITA DEL MENOR CON QUIEN EJERZA LA PATRIA POTESTAD.

LA PENA SE INCREMENTARÁ HASTA EN UNA MITAD

CUANDO LA CONDUCTA HALLA CAUSADO ALGÚN PERJUICIO AL MENOR, PERO SI EL ACTUAR DEL SUJETO ACTIVO FUE CON EL OBJETO DE SALVAGUARDAR AL MENOR ESTA PODRÁ SER REDUCIDA HASTA UNA CUARTA PARTE. EN AMBAS SITUACIONES EL JUEZ GOZARÁ DE LAS AMPLIAS FACULTADES PARA DETERMINARLO SEGÚN SU ARBITRIO.

Analizando nuestra definición el sujeto activo del delito será cualquier ascendiente, cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado y cualquier pariente por afinidad.

La conducta consistirá en la substracción, retención, cambio de domicilio o impedimento de regresar al domicilio sin autorización de quien ejerza la patria potestad.

Diversa conducta que también será sancionada es el impedir injustificadamente a quienes ejerzan la patria potestad del menor la convivencia o visita con este, cabe señalar como causas de justificación pueden ser la salud del menor, el trastorno emocional o incluso salvaguardar su integridad física o ante todo ello deberá de acreditarlo quien realiza la conducta.

La agravante y atenuante de la pena se dará en función de la intención y peligrosidad de quien realiza la conducta, ya que es indiscutible que no debe de recibir la misma pena quien actúo tratando de auxiliar al menor, que quien realizo la conducta o un

mal o un daño.

E).- PERSPECTIVAS Y CONSECUENCIAS POLÍTICAS, ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS.

Las perspectivas del artículo 366 quáter consideramos son viables, toda vez que este artículo aún con sus deficiencias actuales pretende dar solución a un hecho real y actual de nuestra sociedad.

Es evidente que la substracción, retención, o cambio de domicilio del menor se da en la inmensa mayoría por cuestión de problemas entre quienes ejercen la patria potestad, quienes no buscan en muchos casos el bienestar de los pequeños si no el deseo de molestar a su cónyuge, es por ello que consideramos que el artículo 366 quáter busca dar solución a este conflicto, brindando una mayor protección al menor, pues este no podrá ser cambiado de domicilio si no es previa autorización de quien ejerza la patria potestad o en su caso del juez.

Asimismo también es acorde en permitir a los parientes el substraer al menor, retenerlo o cambiarlo de domicilio con autoridad judicial, la cual se dará desde luego si se determina que puede existir un perjuicio o peligro par el menor, aún en contra de

quienes ejercen la patria potestad como pudieran ser los padres o abuelos según sea el caso.

Es evidente que el artículo 366 quáter es acorde a la realidad social que vivimos, por lo que consideramos que este será vigente mientras las condiciones de vida y la idiosincrasia de nuestra sociedad no cambie.

Como consecuencia política consideramos que la incursión de este dispositivo en nuestro Código Penal ha sido tomada con beneplácito, pues es evidente que la intención del legislador lo es, el dar una mayor protección a los menores.

Al ser satisfactoria la medida impuesta por el Estado es evidente que ello repercutirá en beneficio de la clase gobernante, toda vez que ello es punto de partida importante para seguir gobernando.

Por lo que respecta a las consecuencias económicas, estas existen tanto para el Estado como para los particulares a quien va dirigida, así las cosas el Estado realiza un gasto en la propuesta, promulgación aceptación y difusión del artículo 366 quáter.

El Estado además tendrá que realizar diverso gasto cuando los gobernados en su derecho de impartición de justicia

soliciten al Poder Judicial la aplicación del artículo en comento, de tal forma que la iniciación del procedimiento de averiguación previa, posteriormente la iniciación del procedimiento penal respectivo, la asistencia jurídica mediante la asesoría de oficio e incluso la manutención del sentenciado al cumplir su sentencia en algún centro de rehabilitación (reclusorio o penitenciaria), todo ello será un gasto que habrá de sufragar el Estado.

Para en particular también representa un gasto, pues el hecho de acudir a la agencia del Ministerio Público y posteriormente al juzgado de lo penal, conlleva de por sí un esfuerzo de naturaleza económica, la cual se incrementará si se contrata a un abogado para que coadyuve con el Ministerio Público en la busca de la impartición de justicia.

Como consecuencia de naturaleza social podemos señalar que la sustracción, retención o cambio de domicilio de un menor implica un total descontrol para el menor, pues en muchos de los casos ya no puede asistir a la escuela en donde se hallaba inscrito, asimismo encontramos las consecuencias psicológicas que tendrá que enfrentar el menor al percibir la separación de sus padres y no sólo de estos si no incluso de sus compañeros de escuela, maestros y vecinos, lo que desde luego se verá reflejado en su comportamiento.

Por lo que respecta a las consecuencias sociales que

puede llegar a tener el sujeto activo de este delito, estas se circunscribirán al hecho de que podrá ser señalada esta persona como un delincuente y por lo mismo contará con antecedentes penales, lo que en muchas ocasiones conllevará a la pérdida de la confianza entre sus compañeros de trabajo e incluso vecinos, cabe señalar que algunos trabajos requieren el certificado de no antecedentes penales y en caso de contar con algunos de ellos les es negado el empleo.

Por lo que respecta a las consecuencias jurídicas es evidente que ante la comisión de este ilícito el que se ve afectado con este actuar habrá de acudir ante la agencia del C. Ministerio Público a efecto de solicitar realice las investigaciones necesarias y en su caso ejercite la acción penal, como señalamos en páginas anteriores el delito señalado en el artículo 366 quáter se perseguirá por querrela, es decir que se hace necesaria esta para que el Ministerio Público pueda intervenir, atento a lo anterior, sólo quien ejerce la patria potestad podrá acudir ante el Ministerio Público a solicitar se proceda con la investigación respectiva.

Una vez que el Ministerio Público recibe la querrela, entendiéndolo por esta según el ilustre maestro Guillermo Colín Sánchez ⁶³ :

“La querrela es un derecho potestativo que tiene el

⁶³ Colín Sánchez Guillermo, *Op. Cit.* p. 218.

ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido"

Enterado de la comisión del ilícito y del presupuesto de procedibilidad el Ministerio Público se abocará a realizar las investigaciones pertinentes a efecto de comprobar la existencia de los elementos del delito y en caso de satisfacerse estos procederá a ejercer acción penal en contra del sujeto activo del ilícito.

Posteriormente consignado ante el juzgado se tomará la declaración preparatoria del procesado y se dictará el auto de formal prisión y a continuación se procederá a la recepción y desahogo de las pruebas ofrecidas por el procesado y el Ministerio Público y hecho lo anterior el juzgador estará en actitud de poder dictar sentencia.

Continuando con el procedimiento si la sentencia del juez de primera instancia no es favorable al procesado este podrá apelar ante la sala del Tribunal Superior de Justicia y si la sentencia de la sala confirma la del juez inferior, el sentenciado todavía tendrá la oportunidad de interponer el juicio de amparo, con lo cual se dará por concluido el procedimiento.

Es evidente que la consecuencia jurídica más importante lo constituye la sentencia que emita el juez, pues de ella dependerá la privación de la libertad, la multa, el trabajo a favor de la

comunidad o el tratamiento en libertad según halla sentenciado el juzgador.

Queremos hacer mención que el delito señalado en el artículo 366 quáter será aplicable lo dispuesto por el artículo 70 del mismo Código Penal, es decir que la pena que imponga el juzgador podrá ser sustituida por trabajo a favor de la comunidad, tratamiento en libertad o multa, sin embargo no se toma en consideración la peligrosidad del delincuente y su intención, asimismo se olvida pro completo de prohibir la sustitución de la multa en caso de reincidencia, pues esto sólo podrá acontecer para los delitos dolosos que se persigan de oficio, consecuentemente cualquier persona podrá cometer el ilícito en comento las veces que quiera y siempre gozará del beneficio de la sustitución de la pena.

Conclusiones

Primera.- La sustracción de menores o mejor conocido como robo de infante siempre ha sido tema de protección por el derecho penal, el cual ha tenido que evolucionar junto con la sociedad.

Segunda.- En la actualidad se haya penada la sustracción, retención o cambio de domicilio que se haga de un menor sin la autorización de quien ejerza la patria potestad o de un juez y que además se prohíba la visita o convivencia del menor con su madre o padre o ambos.

Tercera.- La conducta en el delito señalado por el artículo 366 quáter se dará siempre por acción.

Cuarta.- La tipicidad en el ilícito contemplado en el artículo 366 quáter del Código Penal se dará cuando con la conducta se substraiga, retenga o cambio de domicilio a un menor sin autorización y además no se permita la convivencia de este con los padres.

Quinta.- El delito sustracción, retención o cambio de domicilio se dará en forma dolosa, toda vez que en forma culposo no existe la posibilidad.

Sexta.- Como elemento negativo del delito se dará la falta de calidad del sujeto activo, es decir que este necesariamente habrá de ser un pariente consanguíneo dentro del cuarto grado o por afinidad, o bien un ascendiente sin limitación de grado, pues de no ser así el delito en comento no prosperaría y en su lugar estaríamos en presencia de una privación de libertad simple y llana.

Séptima.- A favor del sujeto activo del delito podrá proceder como causa de inculpabilidad el error invencible que se tenga por creer que esta justificada su conducta, sin embargo cabe hacer mención que esta situación habrá de ser probada en el juicio.

Octava.- La inimputabilidad también puede operar a favor del sujeto activo del delito, pues de no ser mayor de edad no existirá delito.

Novena.- La sustracción en el delito que nos ocupa constituye el apoderamiento del menor, en tanto que en la retención no existe este, pues el menor le fue confiado a una persona que ya no quiere devolverlo y el cambio de domicilio a diferencia de los dos anteriores se constituye por cualquiera de estos pero con la salvedad de que se busca ser en forma más permanente la estadia del menor y desde luego se evidencia en forma más clara el deseo de incorporarlo a su antiguo domicilio.

Décima.- Es indiscutible que las conductas descritas por el artículo 366 quáter se llevan a cabo por los cónyuges con el objeto de molestar al otro y en muchas de las ocasiones no se toma en consideración los efectos nocivos que ello implica para el menor.

Décima Primera.- El artículo 366 quáter responde a una realidad social de nuestro país, sin embargo debe redactarse en forma más clara para sancionar en forma efectiva a quienes cometen esta conducta ilícita.

Décima Segunda.- Proponemos que la reforma que pudiera sufrir el artículo 366 quáter pudiera quedar en los siguientes términos:

ARTÍCULO 366 QUÁTER AL ASCENDIENTE SIN LIMITACIÓN DE GRADO Y AL PARIENTE CONSANGUÍNEO, COLATERAL, HASTA EL CUARTO GRADO Y A LOS PARIENTES POR AFINIDAD:

I QUE SUBSTRAIGA, RETENGA, CAMBIE DE DOMICILIO O IMPIDA QUE UN MENOR REGRESE AL MISMO SIN LA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DE QUIENES EJERZAN LA PATRIA POTESTAD.

A FALTA DE ALGUNO DE LOS PADRES O DE ALGUNA

PERSONA QUE EJERZA LA PATRIA POTESTAD, LA OTRA PERSONA PODRÁ AUTORIZAR ESTA CONDUCTA BAJO SU MÁS ESTRICTA RESPONSABILIDAD.

II A QUIEN IMPIDA INJUSTIFICADAMENTE TENER CONVIVENCIA O VISITA DEL MENOR CON QUIEN EJERZA LA PATRIA POTESTAD.

LA PENA SE INCREMENTARÁ HASTA EN UNA MITAD CUANDO LA CONDUCTA HAYA CAUSADO ALGÚN PERJUICIO AL MENOR, PERO SI EL ACTUAR DEL SUJETO ACTIVO FUE CON EL OBJETO DE SALVAGUARDAR AL MENOR ÉSTA PODRÁ SER REDUCIDA HASTA UNA CUARTA PARTE. EN AMBAS SITUACIONES EL JUEZ GOZARÁ DE LAS AMPLIAS FACULTADES PARA DETERMINARLO SEGÚN SU ARBITRIO.

BIBLIOGRAFÍA

1.-BAQUEIRO ROJAS EDGAR. "DERECHO DE FAMILIA Y SUCESSIONES". EDITORIAL HARLA, S. A. DE C. V., 39ª. EDICIÓN. MÉXICO 1990.

2.-BIALOSTOSKI SARA. "DERECHO ROMANO". EDITORIAL PAX- MEXICO, LIBRERÍA CARLOS CESARMAN. S.A., 6ª. EDICIÓN, MÉXICO 1983.

3.-COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO. "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", EDITORIAL PORRÚA, S. A., 11ª. EDICIÓN, MÉXICO 1989.

4.-CUELLO CALÓN EUGENIO, "DERECHO PENAL", EDITORIAL LIBRERÍA BOSCH, BARCELONA ESPAÑA 1989.

5.- CARRANCA Y RIVAS RAÚL. "DERECHO PENITENCIARIO", EDITORIAL PORRÚA, S.A .A., 2ª. EDICIÓN. MÉXICO 1984.

6.-CASTELLANOS TENA FERNANDO, "LINEMAIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", EDITORIAL PORRÚA, S. A., 28ª.EDICIÓN, MÉXICO 1990.

- 7.-CARRANCA Y TRUJILLO RAÚL. "DERECHO PENAL MEXICANO". EDITORIAL PORRÚA, S. A., 12ª. EDICIÓN, MÉXICO 1987
- 8.-DE PINA RAFAEL. "DERECHO CIVIL MEXICANO" VOLUMEN PRIMERO, EDITORIAL PORRÚA, S. A. 6ª. EDICIÓN, MÉXICO 1982.
- 9.-DELGADO MOYA RUBÉN. "ANTOLOGÍA JURÍDICA MEXICANA". EDITORIAL INDUSTRIAS GRÁFICAS UNIDAS, S. C., DE R. S., 1ª. EDICIÓN, MÉXICO 1993.
- 10.-"DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO". EDITORIAL PORRÚA, S. A., 8ª. EDICIÓN, MÉXICO 1995.
- 11.-"ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA". EDITORIAL DRISKILL, 1ª. EDICIÓN, BUENOS AIRES ARGENTINA 1987
- 12.-FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. "DERECHO ROMANO". EDITORIAL ESFINGE, S. A., 5ª. EDICIÓN, MÉXICO 1984.
- 13.-GALINDO GARFIAS IGNACIO. "DERECHO CIVIL", EDITORIAL PORRÚA, S. A. 3ª EDICIÓN, MÉXICO 1989.
- 14.-MÁRQUEZ PIÑERO RAFAEL. "EL TIPO PENAL". EDITADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE

MÉXICO, 1ª. EDICIÓN, MÉXICO 1986.

15.-MEZGER EDMUNDO. "TRATADO DE DERECHO PENAL". EDITORIAL REUS. MADRID ESPAÑA 1955.

16.-MAGALLÓN IBARRA. JORGE MARIO. "INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL". TOMO II. EDITORIAL PORRÚA. S. A., MÉXICO 1987.

17.-MONTERO DUHALT SARA. "DERECHO DE FAMILIA". EDITORIAL PORRÚA, S. A. 1ª. EDICIÓN. MÉXICO 1992.

18.-PETIT EUGENE. "DERECHO ROMANO". CÁRDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR. 4ª. EDICIÓN. MÉXICO 1993.

19.-PORTE PETIT CANDAUPAP CELESTINO. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". EDITORIAL PORRÚA, S. A., 11ª. EDICIÓN, MÉXICO 1987.

20.-PORTE PETIT CANDAUPAP CELESTINO. "ROBO SIMPLE". EDITORIAL PORRÚA, S. A. 2ª. EDICIÓN. MÉXICO 1989.

21.-TENA RAMÍREZ FELIPE. "LEYES FUNDAMENTALES DE MÉXICO (1808-1992)". EDITORIAL PORRÚA, S. A. 17ª. EDICIÓN, MÉXICO 1992.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

1.- "CODIGO PENAL". PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. EDITORIAL SISTA, S. A. DE C. V., MÉXICO 1998.

2.- "CODIGO CIVIL". PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. EDITORIAL SISTA, S. A. DE C. V., MÉXICO 1998.

3.- "CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". EDITORIAL SISTA, S. A. DE C. V., MÉXICO 1996.

4.- LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL "CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES". EDITORIAL SISTA, S. A. DE C. V., MÉXICO 1997.