

301809
UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

31
25

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESTUDIO DE LA PRIVACION ILEGAL DE LA
LIBERTAD EN EL CODIGO PENAL PARA
EL DISTRITO FEDERAL.**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
HECTOR RAMON CHAVEZ CARRIZOSA

Primera Revisión
LIC. ALICIA ROJAS RAMOS.

Segunda Revisión
LIC. FERNANDO MIRANDA ARTECHE.

MEXICO, DISTRITO FEDERAL.

1 9 9 4

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi madre y a mi abuela materna:

DRA. LUZ CARRIZOSA ONTIVEROS, y
PROFRA. AMELIA ONTIVEROS MENDIETA.

Como una muestra del agradecimiento que siento por todo el apoyo moral, económico y alicientes que siempre me han dado y que nunca podré pagar.

A alguien muy especial:
MINERVA CRUZ LÓPEZ.

Por toda la comprensión y
muestras de afecto que -
me has dado durante estos
años, así como tus pala-
bras de aliento para rea-
lizar este sueño.

A mis maestros y amigos:

LIC. VICENTE REFFREGER SAUCEDO, y

LIC. ARTURO BASÁNEZ LIMA.

Por todos los conocimientos y sabiduría que me transmitieron con dedicación y paciencia.

Í N D I C E .

ESTUDIO DE LA PRIVACIÓN ILEGAL
DE LA LIBERTAD EN EL CÓDIGO PE
NAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

INTRODUCCIÓN.

I

CAPÍTULO I
LA LIBERTAD.

1.- CONCEPTO.....	1
A) DIFERENTES CLASES DE LIBERTAD.....	2
B) ANÁLISIS DEL ACTO LIBRE.....	3
2.- ASPECTO FILOSÓFICO.....	4
3.- ASPECTO JURÍDICO.....	5
4.- OPINIÓN PERSONAL.....	15

CAPÍTULO II
LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

1.- ACEPCIONES.....	17
2.- DESARROLLO HISTÓRICO.....	18
3.- CAUSAS ACTUALES.....	25

CAPÍTULO III
ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA PRIVACIÓN
ILEGAL DE LA LIBERTAD.

1.- DEFINICIÓN.....	27
2.- ASPECTOS POSITIVOS.....	28
A) CONDUCTA.....	28
B) ANTIJURIDICIDAD.....	32
C) TIPICIDAD.....	36
D) CULPABILIDAD.....	50
E) IMPUTABILIDAD.....	58

F) PUNIBILIDAD.....	60
3.- ASPECTOS NEGATIVOS.....	64
A) AUSENCIA DE CONDUCTA.....	64
B) CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	67
C) ATIPICIDAD.....	83
D) INculpABILIDAD.....	87
E) INIMPUTABILIDAD.....	93
F) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	94

CAPÍTULO IV

VARIANTES DEL DELITO DE PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD CONSAGRADAS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

1.- ASALTO.....	96
2.- SECUESTRO.....	97
3.- ROBO DE INFANTE.....	99

CAPÍTULO V

LA PARTICIPACIÓN DENTRO DEL DELITO OBJETO DE ESTUDIO.

1.- AUTOR INTELECTUAL.....	102
2.- AUTOR MATERIAL.....	104
3.- COPARTICIPACIÓN.....	104
4.- ENCUBRIMIENTO.....	106
CONCLUSIONES.....	108
BIBLIOGRAFÍA.....	111

I N T R O D U C C I Ó N .

I N T R O D U C C I Ó N .

La libertad ha sido y es un estado natural del hombre, que nunca debe ser vulnerado por el mismo hombre, pero encontramos que en las diferentes etapas de la historia la libertad fue restringida entre las diferentes culturas a través de las conquistas.

En los tiempos de la prehistoria el hombre se movía libremente sobre la faz de la tierra, sin que existiesen fronteras entre los pueblos, sin que nadie tuviera, en un estado de esclavitud, a otro u otros hombres.

Pero al ir evolucionando el género humano, desaparecieron este tipo de movimientos libres, es decir, se restringió el libre tránsito en virtud de que se impusieron las fronteras entre los pueblos antiguos y comienzan los gobernantes las guerras para ampliar sus dominios. En razón de estas guerras empezaron a ser vencidos los pueblos al intentar resistir las invasiones y a serles restringida su libertad al estar sometidos por el invasor, dándose entonces finalmente la esclavitud entre los pueblos, podemos mencionar como claros ejemplos al Imperio Romano durante la antigüedad y parte de la Era Cristiana, así como el Continente Americano, que fue dominado por España, Portugal e Ingla-

terra, dándole entonces a la privación de la libertad, un toque de legalidad.

En el presente trabajo se estudia lo que es la libertad en todos y cada uno de sus aspectos y, a su vez también, analizaremos lo que es la privación ilegal de la libertad como un delito, puesto que no todos los casos de privación de la libertad son ilícitos como los arrestos efectuados por autoridades administrativas, - detenciones ordenadas por el Ministerio Público o re-clusión en caso de haberse cometido delitos que se sancionen con pena corporal por medio de sentencia firme que sea dictada por la autoridad competente, un juez - penal.

Al estudiar el delito de privación ilegal de la - libertad, plasmado en los artículos 364 a 366 bis del Código Penal para el Distrito Federal, encontraremos - también las modalidades en la comisión del mismo que - en el capítulo respectivo se estudiarán y son las si- guientes: asalto, secuestro y robo de infante, siendo este último un problema actual de los más frecuentes - en nuestra sociedad y que, desgraciadamente, las auto- ridades competentes no le han dado la debida importan- cia.

También se considera que la penalidad impuesta a los agentes delictivos en el robo de infante es poca, - toda vez que lo que el legislador quizá no pudo com--

prender es que no se trataba de una cosa o un animal, - sino que se esta sancionando a quien haga de UN SER HUMANO un negocio, aunque sea su padre o su madre, el - ser humano por naturaleza es libre y nadie tiene derecho a restringirle su libertad como ya se señaló en párrafos anteriores.

CAPÍTULO I
LA LIBERTAD.

- 1.- CONCEPTO.
 - A) DIFERENTES CLASES DE LIBERTAD.
 - B) ANÁLISIS DEL ACTO LIBRE.
- 2.- ASPECTO FILOSÓFICO.
- 3.- ASPECTO JURÍDICO.
- 4.- OPINIÓN PERSONAL.

CAPÍTULO I LA LIBERTAD.

1.- CONCEPTO.

La libertad se ha definido comúnmente como el poder de hacer algo o de no hacerlo y también como el poder de hacer una cosa o de hacer la contraria.

Desde otro punto de vista, se ha considerado a la libertad como el estado en que un individuo no está sujeto a los mandatos de la voluntad ajena, sino a la suya propia, por ejemplo: el hijo de familia, el doméstico el trabajador no son libres en sus relaciones con el padre, con el amo, con el patrón, respectivamente, porque deben obedecerlos. La Enciclopedia Espasa-Calpe apunta: "Se entiende por acto libre, aquél que se ejecuta con dominio, esto es, con facultad para realizar otro distinto, o contrario, o cuando menos para omitirlo" (1).

Se ha de advertir cuidadosamente que lo que impide la libertad es tan solo lo que pone una necesidad determinada de un acto concreto anteriormente "a priori" a la determinación voluntaria del mismo actor. Por esto se ha denominado tal impedimento de la libertad,

(1) ENCICLOPEDIA ESPASA-CALPE. T. XI. Ed. Espasa-Calpe. Buenos Aires, 1964. Pág. 134.

"necessitas antecedentis", es decir, que se adelanta - al ejercicio o uso de la libertad, tal sería, por ejemplo, un conocimiento tan vivo del bien que se propone que me impida deliberar, así, todo acto indeliberado - no es libre. Hay que fijar bien la atención sobre este punto para comprender la misma posibilidad de la libertad, porque la libertad y la necesidad no se oponen en absoluto, sino sólo para cuando la necesidad es antecedente al cual no puede seguirse con indiferencia uno - de los dos extremos.

De lo expuesto se infiere que el estado de libertad, y ésta en sí misma, únicamente existe cuando la propia voluntad decide el acto que ha de ejecutar y lo ejecuta y no se oponga a las dos cosas ningún impedimento u obstáculo, sea de orden material coactivo o de naturaleza moral. En resumen, la esencia de la libertad y la autonomía de la propia voluntad frente a las demás voluntades consiste en la posibilidad material - de ejecutar sus decisiones.

A) DIFERENTES CLASES DE LIBERTAD.

Son dos, la moral y la jurídica. Esta última existe cuando no se encuentran obstáculos de naturaleza material que haga imposible la ejecución de las decisiones de la voluntad. La libertad moral consiste en que el acto de la voluntad no esté prohibido por ningún -

precepto de la ley moral o, lo que es igual, que pueda ejecutarse sin infringir la ley moral.

Finalmente, la libertad jurídica consiste en la facultad de hacer algo o de no hacerlo porque la ley jurídica no lo prohíbe ni lo ordena. También puede definirse como el estado jurídico en que la persona no está sujeta a decisiones de una voluntad ajena sino únicamente a las decisiones de la propia.

B) ANÁLISIS DEL ACTO LIBRE.

Un análisis del acto libre pone en evidencia la existencia de los siguientes momentos:

- I. REPRESENTACIÓN.- Todo proceso activo del hombre implica —en tanto hay conciencia plena del proceso mismo— la representación de los medios y fines de la acción. Es ésta la primera característica del acto libre, pues no hay, en esencia, acción voluntaria en tanto no haya un conocimiento previo de las posibilidades de la acción.
- II. DELIBERACIÓN.- Es el momento en que la inteligencia juzga las motivaciones del obrar y conoce el sentido normativo de los actos. Toda supresión del acto deliberativo implicaría mecanizar la acción misma, con lo que ésta dejaría

de ser libre.

III.- DECISIÓN.- Es la determinación positiva de la voluntad en el sentido de la acción a realizar. Es éste, quizá, el momento fundamental de la secuencia activa.

IV.- EJECUCIÓN.- Es la realización exterior y sensorialmente perceptible del proceso volitivo.

Para el Diccionario Larousse Usual, libertad significa: "El estado de un pueblo que no está dominado por un poder tiránico o por una potencia extranjera" (2).

2.- ASPECTO FILOSÓFICO.

En el sentido de la filosofía del espíritu se da el nombre de libertad al estado existencial del hombre en el cual éste es dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior. Se opone este concepto al de determinismo causal, en la medida en que implica forzosidad, es y constituye una limitación a la posibilidad de obrar.

Eso vale no sólo para el individuo, sino también para sociedades y Estado, cuando por ejemplo, se renuncia al derecho posesorio sobre un territorio en favor -

(2) DICCIONARIO LAROUSSE USUAL. Ed. Larousse. México, 1985. Pág. 370.

de bienes superiores del derecho y de la libertad.

"La libertad real del hombre no podrá rebasar nunca la ambivalencia de abrirse incondicional y contenido que llena de manera finita. Toda libertad real contiene la dimensión por la que está abierta más allá de su propia concreción y apunta por encima de sí misma, - esta deficiencia la caracteriza como libertad finita. - Pero a la vez en cada acto de libertad inhabita la afirmación de la propia incondicionalidad. Ahí se da una exigencia y una anticipación de libertad perfecta. Tal exigencia y anticipación significan a la vez mantener y soltar todo, abrirse de la libertad a la libertad" (3).

3.- ASPECTO JURÍDICO.

Para el jurisfilósofo argentino Carlos Cossío la libertad es la misma vida humana viviente y plenaria. - La libertad metafísica es la única libertad verdadera y auténtica, fuera de ella no existe otra libertad y el hombre intuye esa libertad en cada uno de los momentos que integran el acontecer.

La regulación de la libertad individual es el comienzo y el fin de toda organización política, es el génesis y desarrollo de la dinámica estatal y las dis-

(3) DICCIONARIO DE FILOSOFÍA. Ed. Océano. México, 1976. Pág. 128.

tintas formas a través de las cuales se han manifestado históricamente los estados, no han sido sino la concreción, más o menos amplia de libertades individuales según determinados criterios de distribución.

Unas veces el Estado se organiza según un criterio que distribuye las libertades individuales de tal modo que, éstas corresponden, en mayor amplitud, a ciertos grupos o clases sociales cuantitativamente pequeños con relación al resto de la sociedad. Es el tipo de organización propia de la autocracia o de la aristocracia representadas, respectivamente, por los antiguos regímenes monárquico-absolutistas y feudales.

Otras veces, la organización jurídico-política se asienta sobre la base de una distribución más o menos igualitaria de aquellas libertades según lo evidencian con distintas graduaciones, los modernos regímenes democráticos representados de un modo general por las actuales formas republicanas.

La creciente curva de socialización de las instituciones que se advierte en la historia contemporánea es indicio indubitable de que las libertades individuales son distribuidas con un criterio de igualdad más estricto, con una evidente tendencia a una mayor nivelación de posibilidades de acción de un individuo frente a otro.

Esto demuestra que la libertad, como fundamento -

de la organización estatal, constituye de modo constante la preocupación central del hombre en su afán de equilibrar, dentro de un sistema de regulaciones normativas, las potencias creadoras de su alma.

El niño y el adolescente actúan no como consecuencia de una previa representación mental de los propios fines de su acción, no en virtud de una adecuada y consciente deliberación, sino por la proyección imaginativa de sus deseos, por sus impulsos insuficientemente controlados, por sus tendencias constructivas o destructivas, puede afirmarse entonces, que el niño o el adolescente fenomenolizan su conducta con entera libertad?, he aquí el primer obstáculo que las doctrinas metafísicas no han podido salvar.

En segundo lugar, aun cuando no se tome en consideración una personalidad ya integrada, tampoco puede hablarse de una libertad en sentido absoluto, por lo mismo que no puede hablarse de un absoluto dominio del hombre sobre sus propios actos.

Pues aun los espíritus más firmes, las personalidades mejor organizadas ofrecen al análisis grandes figuras y escisiones, contradicciones profundas, conflictos insolubles o inhibiciones insuperables.

Comúnmente, se define a la libertad diciendo que es la facultad que compete a todo hombre de ejercitar en su pro las actividades propias sin violar los dere-

chos de los demás.

La libertad individual es la facultad del hombre de libremente querer y manifestar su propia voluntad para la satisfacción de sus necesidades y esta libertad individual, en cuanto es jurídicamente tutelada, se transforma de libertad de hecho, en libertad jurídica, e integra en general derecho de libertad.

Es de advertir, que la libertad como bien jurídico fundamental, sólo aparece en el derecho moderno por obras de la teoría del derecho natural.

Ahora bien, la libertad es atacada si se ponen impedimentos a esa formación o actuación de la voluntad o si se le sustituye por una formación o actuación ajena, así, los hechos que ofenden al interés vital que los hombres tienen de moverse libremente, de expresarse, manifestarse y actuar como a bien lo tuvieren y sin más cortapisas que las establecidas en el orden jurídico, son delitos contra su voluntad espontánea, esto es, contra su libertad que se traduce en innumerables manifestaciones.

Necesario es pues distinguir, desde el punto de vista penal, los derechos humanos que constituyen el derecho privado de la libertad e integran la libertad civil del hombre y los derechos humanos que constituyen el derecho público de libertad y forjan la libertad política, pues los códigos se inspiran en esta di-

visión aristotélica: la primera referente a las relaciones de los individuos entre sí; la segunda, a sus relaciones con los poderes públicos.

El Diccionario Jurídico Mexicano se refiere a otro tipo de libertad, la libertad de tránsito, como el derecho de toda persona a entrar y salir del país, a desplazarse por su territorio y a fijar y mudar el lugar de su residencia dentro del mismo. Se le conoce también bajo las denominaciones de libertad de movimiento, de locomoción o de residencia.

En la antigüedad y durante toda la Edad Media, no sólo no se concebía la libertad de tránsito como un derecho del hombre, cuyo respeto y cumplimiento pudiere exigirse legalmente a las autoridades, sino que el desplazamiento físico de las personas, en tanto que simple fenómeno fáctico, estaba sometido a severas restricciones.

A partir de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, cuyos artículos 4 y 7 afirman implícitamente la libertad de ir, venir y residir, la libertad de tránsito pasaría a formar parte del derecho público interno de los países organizados bajo el régimen liberal democrático.

En nuestro país, a partir de la lucha por su independencia, esta libertad fue reconocida en numerosos -

documentos públicos fundamentales, desde el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana o Constitución de Apatzingán (artículo 7) del 22 de octubre de 1814, hasta la Constitución en vigor (artículo 11) del 5 de febrero de 1917.

Hasta antes de la Primera Guerra Mundial, el régimen del libre tránsito era común a toda la Europa Occidental. Este hecho traduciría la enorme tolerancia imperante en los estados de dicho continente, los cuales admitían la entrada y salida de su territorio a viajeros presumiblemente inofensivos. Tal situación habría de cambiar a raíz de las dos contiendas bélicas mundiales.

La libertad de desplazarse y establecerse es el signo exterior de los regímenes liberales. En principio ningún permiso, salvoconducto o pasaporte pueden exigirse sin que resulte inmediatamente comprometida la independencia individual.

Sin embargo, en la actualidad y aun en tiempos normales no sólo el pasaporte es un documento indispensable para poder traspasar las fronteras de cualquier Estado, sino que, además, la gran mayoría de los países requiere la obtención de una visa previamente, en la cual precisa, sobre todo, el tiempo durante el cual se autoriza la estancia en su territorio.

Conforme a lo que dispone el citado artículo 11 -

Constitucional cabe hacer la diferenciación entre dos manifestaciones distintas de la libertad de tránsito, es decir, una que consiste en la libertad de tránsito interno, respecto de la cual el Estado no puede limitar su ejercicio mediante la exigencia de documentos del tipo de los que menciona dicha disposición, o de otros requisitos similares, a cuya obtención y posesión quedase supeditado el traslado o desplazamiento temporal, o la elección, fijación o variación del lugar de residencia permanente de las personas, dentro del territorio nacional; otra que se refiere a la libertad de tránsito de uno para el exterior, en cuyo caso el requerimiento de documentos trátase de pasaporte, permisos especiales para el tránsito de personas residentes en zonas fronterizas o cualquier otro documento de la misma especie sólo será válido en la medida en que estos documentos sirvan a la autoridad para identificar a las personas que cruzan las fronteras del país, así como para registrar y controlar los movimientos migratorios, lo que, de hecho, obliga a toda persona hoy en día a la obtención y posesión de un pasaporte y de las visas necesarias en sus desplazamientos hacia el extranjero.

Por otra parte, como se desprende del texto mismo del ya citado artículo 11 Constitucional, el ejercicio del derecho de libre tránsito admite dos grandes cate-

gorías de limitaciones, según que éstas sean impuestas judicial o administrativamente.

Así, en una primera categoría se contemplan las facultades de la autoridad judicial para restringir el libre desplazamiento de las personas en los casos de responsabilidad penal o civil, restricción que suele concretarse en medidas tales como la prisión impuesta como pena por sentencia judicial, de la detención preventiva, el arraigo, el confinamiento, etcétera; según las disposiciones correspondientes de los códigos Penal o Civil (4).

En la segunda categoría, se encuentran comprendidas las restricciones que se imponen por medio de la ley en las siguientes materias: migración, inmigración o salubridad general; sea en lo referente a los extranjeros perniciosos que residan en el país, restricciones que se encuentran reguladas por la Constitución Política, artículo 33, en lo que se refiere a la expulsión de extranjeros que se consideren perniciosos; el artículo 73 fracción XVI, en cuanto a lo necesario en salubridad general; o bien, se encuentran previstas en legislaciones de tipo secundario como es el caso de la Ley General de Población, en todo lo referente a cuestiones migratorias.

(4) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S. A. México, 1985. T. VI, págs. 90 a 92.

El derecho internacional en lo referente a los derechos humanos hace mención del derecho de toda persona a salir de manera libre de cualquier país, aun cuando sea del propio, o a regresar a su país y asimismo a circular de manera libre por el territorio del Estado al que ha entrado cubriendo los requisitos exigidos por el propio derecho internacional, es decir, de manera legal.

El derecho anteriormente citado lo encontramos consignado en distintos documentos internacionales en materia de los derechos humanos, como en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, fechada el 10 de diciembre de 1948; en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mismo que se aprobó en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, entrando en vigor a partir del 23 de marzo de 1976 (diez años después), ratificado por nuestro país el 25 de marzo de 1981; en el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, celebrada el 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978 y ratificada por México el 25 de marzo de 1981; así como en los artículos 2 y 3 del Protocolo adicional número 4, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, aquél del 16 de septiembre de 1963, y éste del 4 de noviembre de 1950,

en vigencia desde el 3 de noviembre de 1953.

En razón de lo anterior, podemos afirmar que la situación que impera en la actualidad en materia de desplazamientos internacionales es como ya se señaló, precisamente de manera inversa a la que se daba antes de la Primera Guerra Mundial, puesto que las aduanas, medidas protectoras del tipo monetario, las ideologías políticas de los diversos regímenes, etcétera, hacen de cada persona, sea cual sea su calidad al momento de entrar a otro país diverso al suyo, un sospechoso o, en otros casos más graves, un indeseable, quien debe estar provisto de un pasaporte, exigencia que por sí sola constituye un claro testimonio de la desconfianza que existe entre los estados.

La libertad jurídica no es un poder, ni es tampoco una capacidad derivada de la naturaleza; la libertad jurídica es un derecho, es autorización, como expresa el maestro García Maynez, porque estar autorizado significa tener el derecho de realizar u omitir ciertos actos.

Frente a la libertad jurídica que normativamente está limitada, se coloca la libertad absoluta de la naturaleza, por ello se dice que el derecho resulta un grillete, porque limita la libertad absoluta y el Estado que obliga a circunscribirse dentro de un límite que ha sido impuesto, aparece como un mal frente al

pensamiento de tipo anarquista.

4.- OPINIÓN PERSONAL.

Analizando las definiciones expuestas, es posible afirmar que la libertad es un concepto de tipo filosófico y jurídico, que le permite al género humano desenvolverse libre de cualquier tipo de atadura, de manera tal que logre su equilibrio inicial, para aspirar a obtener un desenvolvimiento completo de su persona y de la sociedad de la cual es miembro integrante; ahora bien, por lo que hace al ámbito jurídico de la libertad, observamos que el sujeto que se encuentra investido de autoridad, con una frecuencia por demás inusitada atenta contra ese importante valor, tal y como lo podremos apreciar en los capítulos que seguirán a continuación.

CAPÍTULO II
LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

- 1.- ACEPCIONES.
- 2.- DESARROLLO HISTÓRICO.
- 3.- CAUSAS ACTUALES.

CAPÍTULO II
LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

1.- ACEPTACIONES.

Se considera privación de la libertad, impedir a una persona el traslado de un lugar a otro; podemos afirmar que se trata de la libertad física del individuo, también pudiera darse el caso en que se permitiera el traslado de un lugar a otro pero dentro de determinada área, siendo esto también privación de la libertad.

Jiménez Huerta señala al respecto que la "privación de la libertad consiste en el arresto o detención de una persona" (1).

Nuestra Constitución prevé que todos los habitantes del territorio nacional sólo por el hecho de pisar suelo mexicano gozarán de libertad, sin distinción de raza, color, sexo, religión, etcétera, entre otras garantías.

Sólo la ley podrá determinar los casos en que proceda la privación de la libertad, debiéndose cumplir con lo establecido en la propia Constitución y demás

(1) JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. - Ed. Porrúa. México, 1953. Pág. 59.

leyes reglamentarias.

2.- DESARROLLO HISTÓRICO.

"El derecho romano, reacio a las clasificaciones teóricas, no contaba con una clase de delitos contra la libertad. Ellos se encuentran dispersos en diversas leyes, que por su multiplicidad y las penalidades que imponían, demuestran la severa tutela ejercida por el sistema de derecho romano sobre el estado de libertad: *liberta non private sed publica res est*" (2).

En el derecho romano hubieron figuras equivalentes a las que hoy en día se agrupan entre los delitos contra la libertad en todo lo que es el derecho penal moderno: crimen *vis*, carácter *privatus* y *ambitus*.

El crimen se caracterizó por su conotación política, fue creado para castigar algunos casos que no se encontraban comprendidos en el concepto de majestas, (incitación a la sedición, violencia en contra del Senado y los magistrados, ocupación armada de lugares públicos, etc.) y puede definirse como el acto violento mediante el cual se limita la voluntad de una persona, o la voluntad de la misma sufre una restricción por la cual es inducida, a su pesar, a hacer o no hacer o a soportar cualquier cosa. Lo hallamos incriminado por

(2) ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. T. XVI, pág. 125.

las leyes Plautia (89-665) y Lutatia (78-675).

En los tiempos de Augusto, la fuerza deriva en pública o privada, en virtud de la Lex Julia de fuerza pública y privada (8-476). Encontramos dificultad para analizar el criterio empleado para la división de este delito. De acuerdo con Carrara, el problema se encuentra en que buscamos una regla general que nunca fue dictada ni pensada por los jurisconsultos de la antigua Roma, pues para ubicar un hecho en una u otra especie depende de las circunstancias que lo acompañan y de la impresión del sentimiento, más bien que de un cálculo dependiente de una noción jurídica. Para Ferrini, sin embargo, la diferencia estriba en la circunstancia de que se usara o no armas.

El plagio, que de acuerdo al derecho romano era un ataque a los derechos dominicales, consistía en el hurto de esclavos o efectuar la compra-venta de un hombre que gozara de libertad.

Florian maneja a su vez como equivalente a los delitos contra la libertad a los hechos cometidos en contra de la religión, mismos que hicieron su aparición en Roma un poco después del siglo III de la era cristiana, bajo la influencia de la religión cristiana en la legislación, dándose como delitos de su tipo los siguientes: blasfemia, apostasía, herejía, turbación de sepulcros, magia, etc. Nada tienen que ver estos deli-

tos con la protección de la libertad de conciencia o religiosa, más bien puede hacerse la afirmación que dichas figuras constituían formas para oprimir, las que originarían con posterioridad y en reacción los delitos que en la actualidad se dan en contra de la libertad de cultos.

La Ley Julia de ambitu castigó las diferentes formas de corrupción que se efectuaban en las elecciones de las magistraturas y constituyeron una tutela a la libertad política del ciudadano romano.

En el derecho germánico, que otorgó una gran protección a la libertad de las personas, se castigaba, además del plagio, el secuestro, el rapto, la violación, la violación de domicilio (en su carácter violento o furtivo), figura que fue desconocida en absoluto por los antiguos romanos.

En la Edad Media, no se encuentran indicios de que fuera una época propicia para el estudio de este tipo de infracciones, ya que durante este período ocuparon el primer lugar en orden a su importancia los delitos que eran cometidos en contra de la religión (la cristiana en este caso). Se da una continuidad con la figura del crimen vis que, en el derecho común germánico, se conceptualizó como una ruptura de la paz pública con un extenso contenido además del plagio y la cárcel privada.

Este tipo de infracción (el último de los mencionados) en el derecho romano era un delito de lesa majestad: se castigaba en primer plano la invasión de jurisdicción, que el propio hecho implicaba. Así encontramos en la Partida 7a., Título 29, Ley 13: "Atrevidos sin a las vegadas los omes y a fazer; sin mandado del rey, cárceles en sus casas para tener los omes presos en ellas". El castigo era la muerte. El Fuero Real sólo podrá imponer al mismo caso, pena pecuniaria.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.- En la época que subsiguió a la caída del Imperio Romano, continuó la rigidez de la estructura social y la consiguiente limitación de la libre posibilidad del individuo, sin notarse algún avance sensible en el sistema de estos delitos contra la libertad. No podemos negar, a pesar de el notable aporte del derecho germánico bárbaro, cuyo pueblo belicoso y rebelde no soportaba límites a su libertad de desplazamiento, influyendo de una manera considerable en la hechura de las antiguas leyes españolas.

Fuero Juzgo. "El Fuero Juzgo no pudo escapar de una manera total al flujo del derecho romano y aunque sus disposiciones tuvieron una mejor redacción, se consideró al secuestro como un hecho de injuria, sin eliminarse algunas reminiscencias del crimen maiestatis" (3).

(3) PUIG PENA, Federico. Derecho Penal. Ed. Gráfica, - Madrid, 1955. Pág. 129.

En el Libro VI, Título 4, Ley 3, el Fuero Juzgo agrupaba varias hipótesis clasificadas en orden a la calidad de los sujetos, según fueran hombres libres o esclavos, caracterizadas por sus marcadas tendencias al causismo y mención reiterada a los mediso comisivos apareciendo por esto diversas figuras en torno a una misma lesión jurídica que, como veremos después, llevó a confusiones lamentables y dificultades a veces de carácter insuperable en la manera de sistematizar la tarea de proteger a los bienes jurídicos.

"La descripción se inicia ofreciendo una verdadera mixtura de hechos punibles constitutivos de injurias, lesiones y privación de la libertad, sólo aplicables cuando ocurra la calidad de hombre libre en los sujetos activo y pasivo; esboza una especie de coautoría y fija una pena mixta de talión y composición, al limitar el castigo exactamente al mal causado, más una indemnización" (4).

En el Fuero Real se encuentra en el Libro IV, Título 4, Ley 12, la sanción al encierro violento en el propio domicilio, o en uno ajeno, sin encontrarse requisito alguno en los sujetos, la multa siempre era reducida a los partícipes, en el primer caso se destinaba por mitades al monarca y a la víctima; en el segundo, por terceras partes, a éstos y al propietario del-----

(4) PUIG PENA, Federico. Op. cit. pág. 129.

local utilizado.

Las Leyes de Partidas. El Código Alfonsino, mismo que para su época demostró grandes avances, manifiesta en su texto el progreso de la civilización. Su especial autoridad, sin embargo, no se encontró a salvo de críticas, puesto que en una misma disposición albergaba distintos bienes jurídicos, perfilando otras tantas figuras, tales como las lesiones, la detención, el allanamiento de morada, el robo, etc. sin exacta definición entre sí. Más reprobable resulta la consagración del criterio de analogía, utilizado, posiblemente con el afán de abarcar el mayor número de hipótesis probables o en obsequio a la economía gramatical, sin prestar atención a su extraordinario poder lesivo de la seguridad jurídica, convirtiéndose así la ley misma en veneno de injusticias y no en garantías de libertad. Esta aserción se encuentra basada en el contexto de la Partida VII, Título 9, Ley 6.

Código Penal de 1822. Este primer código penal español asienta las bases generales para la sistematización del secuestro como delito específico contra la libertad personal, determinando su autoridad la confección similar de esta figura en las legislaciones modernas, sobre todo de Latinoamérica.

"La gravedad de sus líneas generales pierde tono, sin embargo, por la extensión desmesurada y pluralidad

innecesaria de hipótesis en su texto y la inclusión, quizá irreflexiva, de hechos constitutivos de otros títulos delictivos así como de formas de aparición del delito de impropia regulación en un tipo concreto" (5).

Código penal de 1848. Aun cuando las nuevas corrientes culturales facilitaron formas de vida social y con ellas vino en declive la incidencia de estos delitos contra la libertad individual, la tarea codificadora prosiguió en sus afanes para dar efectiva y cabal protección a tan preciado bien, acorde con las exigencias de la civilización alcanzada, nunca exenta de violencias, porque —como expresara Pacheco— "si en nuestras modernas casas no hay calabozos como en las antiguas torres, todavía hemos visto alguna secuestro-pasajera y hasta algún emparedamiento horroroso" (6).

Ubicado en la sistemática moderna y orientado en la dirección del Código que lo antecedió, este cuerpo punitivo experimentó mejoras bastante apreciables. Sus modelos legales fueron caracterizados por un laconismo en la manera de ser descritos y moderados en la pena, dándose una agrupación con mejor congruencia en cuanto a su método.

En el Título Décimo Tercero, bajo el rubro de "Delitos contra la libertad y la seguridad", en su Capítu

(5) PUIG PENA, Federico. Op. cit. pág. 131.

(6) PACHECO, Joaquín Francisco. Código Penal Comentado. Ed. Manuel Tello. Madrid, 1888. Pág. 142.

lo Primero, mismo que se refiere a "Detenciones Ilegales" en dos artículos sucesivos se encuentra lo relativo a la figura delictiva en sus formas básica y agravada, haciendo la complementación entre ambas para formar una sola figura. La primera ofrece una saneada redacción en la prevención general, aludiendo a la participación y, en otro párrafo aparte, regula una figura privilegiada.

3.- CAUSAS ACTUALES.

Por lo que respecta a las causas actuales de la privación de la libertad, podemos señalar que sólo se podrá llevar a cabo según lo establecido en los artículos 14 y 16 Constitucionales.

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

"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".

"ARTÍCULO 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, pape-

les o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, - que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, - acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con la pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que - cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin de mora, a la disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando - no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persigan de oficio, podrá la autoridad administrativa bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo - inmediatamente a disposición de la autoridad judicial" (7).

(7) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ed. Porrúa, México, 1991. Págs. 13 y 14.

CAPÍTULO III
ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA PRIVACIÓN
ILEGAL DE LA LIBERTAD.

- 1.- DEFINICIÓN.
- 2.- ASPECTOS POSITIVOS:
 - A) CONDUCTA.
 - B) ANTIJURIDICIDAD.
 - C) TIPICIDAD.
 - D) CULPABILIDAD.
 - E) IMPUTABILIDAD.
 - F) PUNIBILIDAD.
- 3.- ASPECTOS NEGATIVOS:
 - A) AUSENCIA DE CONDUCTA.
 - B) CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.
 - C) ATIPICIDAD.
 - D) INCULPABILIDAD.
 - E) INIMPUTABILIDAD.
 - F) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

CAPÍTULO III
ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA PRIVACIÓN
ILEGAL DE LA LIBERTAD.

1.- DEFINICIÓN.

Para empezar el presente capítulo, tendremos que dar breves conceptos sobre ilegal, privación y libertad.

"Ilegal.- Que es contra la ley".

"Privación.- Acción de despojar, impedir".

"Libertad.- Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos" (1).

El Diccionario de Derecho Usual, nos dice que la privación ilegal de la libertad es "el delito que come te aquel particular que, fuera de los casos que expresamente autoriza la ley, detenga o arreste a una persona en algún lugar" (2).

Aplicado al derecho mexicano e interpretado en sentido contrario, será privación ilegal de la libertad la que no se efectúe con los requisitos que fija el artículo 16 de la Constitución Política pero, con-

-
- (1) DICCIONARIO LAROUSSE USUAL. Op. cit. págs. 25, 48- y 69.
- (2) DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. Ed. Espasa-Calpe. - Buenos Aires, 1967. Pág. 180.

cretamente en relación al caso del delito que nos ocupa, no basta con ese acto ilegal, sino que además debe ser realizado por un particular.

Ahora bien, en el delito en examen, si privar de la libertad significa impedir a la persona de cualquier modo y por cualquier tiempo, el ejercicio del derecho de trasladarse de un lugar a otro, la esencia del secuestro consistirá en "poner materialmente a una persona en tales condiciones que no pueda usar de la libertad de locomoción, sea totalmente dentro de los límites señalados por el sujeto activo" (3).

2.- ASPECTOS POSITIVOS:

A) CONDUCTA.

Es importante señalar que para que se integre el delito se debe recurrir a los aspectos positivos del mismo, los cuales son: una conducta, típica, antijurídica, culpable, imputable y punible; mismos que analizaremos detalladamente.

La doctrina no está conteste en la denominación del elemento objetivo del delito en general, por ello es pertinente esta referencia con el fin de evitar posibles confusiones en nuestro análisis, así, se le

(3) MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Ed. Temis. Bogotá, 1954. Pág. 47.

identifica con las voces acción, acto, acaecimiento, actividad, acontecimiento o mutación en el mundo fenomenológico, conducta y hecho. Al margen de toda discusión, nos parece conveniente acoger la terminología propuesta por Porte Petit: "será correcto hablar de conducta cuando el núcleo del tipo se agote en una mera acción u omisión; hecho, en cambio, cuando la conducta deba seguir, con corrección al tipo, un resultado material ligado a ella en relación de causalidad" (4).

Pero no basta, en el sentido de la ley, la sola actividad de detener, es necesario, sobre todo, la voluntariedad como fuerza física actuante, determinativa del movimiento corporal; es decir, para hablar de conducta es indispensable que el secuestrador quiera detener a otro sujeto, movido por su propia y libre determinación.

"De lo anterior deducimos dos elementos constitutivos de la conducta desplegada por el agente: uno psíquico consistente en la voluntad de privar ilegítimamente a otro de su libertad personal" (5); otro físico, la actividad misma (o inactividad en algunos casos) de detener, como manifestación exterior de la voluntad criminal. "La exteriorización criminal es la forma: la voluntariedad es la materia del secuestro, -

(5) CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Ed. Bosch. - Barcelona, 1952. Pág. 273.

es la fuerza delincuente (animus nocendi). El comportamiento del secuestrador expresará pues, su dañada voluntad objetivizada. Por esto acierta Franz Von Liszt cuando ve en la voluntad al agente mismo, proyectándose magníficamente sobre el mundo exterior, para modificarle" (6).

A.1) CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO EN ORDEN A LA CONDUCTA.- El secuestro impone el despliegue de una conducta positiva, de una actuación; por ello encuentra lugar entre los delitos de acción, atento a la naturaleza prohibitiva de la norma.

Es posible, sin embargo, su logro por omisión impropia, es decir, puede adoptar los caracteres delictuales de comisión por omisión, en cuyo caso la producción del cambio en el mundo externo se obtiene a través de la omisión de algún hacer dispuesto por el derecho.

"En esta hipótesis, la conducta, ilícita en su origen, tórnase injusta" (7), colmándose la privación típica mediante una doble violación: infringiendo una norma preceptiva (penal o extra penal) y otra prohibitiva, de cuyo imperio dimanaban concomitantemente los deberes de obrar y de abstenerse. Inobservando aquélla,-

(6) Cfr. LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. - Ed. Reus. Madrid, 1929. Pág. 440.

(7) GÓMEZ, Eusebio. Derecho Penal Argentino. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1970. Pág. 339.

deja de ejecutarse la acción esperada y exigida; transgrediendo ésta, se vulnera el área punible. Al omitirlo debido, se realiza la prohibición legal.

Si un particular aprehende a otro en flagrante delito, debe ponerlo "sin demora a disposición de la autoridad inmediata"; en caso contrario, faltará al deber general de obrar impuesto por la Constitución en su artículo 16 y con ello su conducta se conformará a las previsiones de la figura delictiva en examen.

A.2) CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL RESULTADO.- "Es el secuestro un delito permanente por excelencia. Dada la naturaleza indestructible y peculiar elasticidad de la libertad física tutelada, sólo puede ser entrabado su disfrute" (8) y por ello, susceptible de restitución en cuanto cesa la privación injusta.

"Si bien en él la consumación comienza con la detención originaria, esa consumación no se agota en un instante, antes bien, la comprensión de la libertad ambulatoria continúa indefinidamente (sine die) de modo tal que el tipo se manifiesta prolongándose a través de un espacio" (9).

El secuestro supone, "un estado consumativo y no sólo un caso de esa índole" (10), donde la voluntad

(8) ALIMENA, Bernardino. Principios de Derecho Penal.- Imprenta Clásica, Madrid, 1915. Pág. 502.

(9) BELING, Ernesto. La Doctrina del Delito Tipo. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1960. Pág. 120.

(10) NÚÑEZ, Ricardo. Derecho Penal Argentino. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960. Pág. 253.

contumaz del agente se renueva continuamente, no para incurrir en ulteriores violaciones, sino para persistir en la inicial dándoles cierta permanencia, pero - mientras ésta perdura, el secuestro "se reproduce a ca da momento en su esquema constitutivo" (11).

El secuestro, aun dentro de la corriente naturalística, es un delito de resultado (o material), porque su consumación produce un evento extremo distinto y subsecuente a la acción del secuestrador, donde radica la objetividad jurídica. En efecto, la ley reprueba la privación de la libertad ambulatoria, consecutiva a la detención injusta realizada por cualquier medio.

B) ANTIJURIDICIDAD.

La conducta del secuestrador, según hemos venido insistiendo, debe ser típica, antijurídica y culpable, para poder calificarse como delictuosa. No basta, pues la mera adecuación típica, al marcar la fase inicial del proceso valoratorio que nos llevará a comprobar si el hecho coincide o contradice con el total ordenamiento jurídico, pues no todo amoldamiento típico, en sí, es antijurídico, aunque el ingrediente de ilicitud no sea posible sin tipificación (12); pero tal examen de-

(11) MAGGIORE, Giuseppe. Op. cit. pág. 295.

(12) Cfr. BALLVE PALLISE, Faustino. Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito. Ed. La Antorcha. México, 1951. Pág. 23.

berá alcanzar a la norma inmersa en el precepto, porque el tipo sólo describe, en tanto ella valora (13). De este modo, cuando un sujeto detenga a otro debemos investigar si además de realizar una acción externamente típica, la ejecutó ilícitamente. En el análisis, veremos que detener a otro es un hecho antijurídico cuando el apoderamiento se ejecute sin derecho o, como expresara Carrara, si no obedece a una justa causa (14).

La antijuridicidad implica desvalor; significa una reprobación del hecho, puesto en contraste con las exigencias ideales integradoras del ordenamiento jurídico (14), por tanto, para revestir tonalidad de ilicitud, la privación de la libertad debe estar en pugna con el derecho (contra ius), expresándose el injusto en la relación contradictoria entre el hecho y la norma jurídica, resultante de una valoración negateductiva de ambos efectos (15).

Así considerada, la antijuridicidad constituye el juicio reprobatorio sobre la faz externa del hecho corporizado en la detención misma, sin abarcar el fin propuesto por el agente, valiendo la afirmación tanto para el secuestro simple como para el calificado en sus diversas hipótesis, salvo la contenida en la fracción-----

(13) BALLVE PALLISE, Faustino. Op. cit. pág. 26.

(14) Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Antijuridicidad. Ed. Imprenta Universitaria. México, 1952. Pág. 217.

(15) Cfr. PETROCELLI, Biagio. La Antijuridicidad. Revista de la Facultad de Derecho. UNAM. México, 1963. P. 19.

l del artículo 366, donde los fines fundantes de la calificación deben ser examinados a la luz del elemento-típico subjetivo. Con esta salvedad, la determinación del injusto se contrae al campo subjetivo, prescindiendo de toda incursión analítica al psiquismo del captor atinente a la culpabilidad.

La antijuridicidad, según Castellanos, "es oposición objetiva con el derecho; atiende sólo al acto, a la conducta externa; para afirmarla en el caso concreto, se precisa un juicio de valor estimativo entre el comportamiento en su fase material y la escala de valores sociales (16).

Ahora bien, no siendo posible precisar en forma -absolutamente positiva las características del hecho - para acordarle este calificativo, la ley adopta un sistema de regla de excepción (o negativo formal), reputándolo antijurídico cuando además de ser típico no está protegido por alguna causa de licitud, de donde la existencia de la antijuridicidad depende de la realización de dos condiciones: positiva una, adecuación típica; negativa otra, ausencia total de causa de licitud, según enseña Porte Petit (17). La privación de libertad, por ende, será antijurídica en cuanto el hecho se

(16) CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Jurídica Mexicana. México, 1963. Pág. 442.

(17) Cfr. PORTE PETIT, Celestino. Op. cit. pág. 266.

amolde a cualesquiera de los tipos estudiados y no opere alguna de las causas aludidas.

B.1) SU DOBLE ASPECTO.- La antijuridicidad es una sola —la del caso concreto— y la concebimos como un concepto unitario, producto de un juicio sustancial. Aun afirmada su unidad, nada impide distinguir en ella un doble aspecto: formal y material. Un hecho es formalmente antijurídico, en cuanto infringe una norma es total (oposición de la ley); es materialmente ilícito, en cuanto encierra una conducta socialmente dañosa (antisocial), al lesionar o poner en peligro intereses del individuo o de la colectividad protegidos por el derecho (18).

En el delito de secuestro, por consiguiente, la antijuridicidad presenta un aspecto formal localizado en la violación del artículo 364 fracción I o del 366 de la ley penal vigente —según se trate de la figura simple o calificada, en sus diversas hipótesis— al actualizarse una voluntad productiva del hecho prohibido en abierta oposición a la imperiosa voluntad de la ley; y un aspecto material, concretado en el ataque (lesión o peligro corrido) a la norma garante de libertad ambulatoria, objeto jurídico tutelado en ambos dispositivos.

(18) Cfr. LISZT, Franz Von. Op. cit. pág. 262.

C) TIPICIDAD.

Para Jiménez Huerta, la tipicidad se caracteriza por su propiedad de adaptación a un tipo en particular (19). Por esto, la adecuación típica se capta en su manifestación dinámica, objetivizada en la conducta del agente ajustándose a un molde legal.

La propiedad de adaptación se actualizará en el delito de secuestro simple, cuando el sujeto activo despliegue una conducta exactamente adecuada y subsumible en el modelo del artículo 364 fracción I del Código Penal en vigor, esto es, un particular habrá de privar a otro de su libertad personal.

En cuanto al tipo del artículo 366, el hecho se reproduce siempre y en todas sus hipótesis, en los términos del arquetipo; pero debe cumplirse, además, alguno de los elementos circunstanciados previstos en adecuación a la figura básica, originándose el secuestro-calificado.

De esta manera, cuando el hecho importe privación injusta de la libertad, sin conformarse a otra disposición del capítulo y sin ser absorbido por la previsión de otra norma, habrá secuestro simple conforme a la fracción I del artículo 364. De lo anterior deducimos—procediendo siempre por exclusión— que para él los me

(19) JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Op. cit. pág. 14.

dios carecen de significado, generándose invariablemente la figura ordinaria sea cual fuere el empleado, excepto cuando el agente opere alguno de los precisados en la fracción II del artículo 366, porque entonces se engendrará el secuestro calificado. Lo mismo puede decirse de los demás requisitos exigidos por la cualificación; pero en cuanto a los móviles determinantes de la acción, debemos salvar, además de la modalidad agravada de la fracción I del artículo 366, la adecuación a otras figuras (rapto, violación), en razón del elemento subjetivo del injusto. Así pues, se elucida el aparente conflicto de normas.

Pasaremos a aplicar a continuación el tipo en el delito que nos ocupa.

B.2) REQUISITOS DEL TIPO DE SECUESTRO.- Examinada la conducta en primer término por considerarla el soporte natural del delito, y precisados los tipos del secuestro en sus líneas generales, ahora estudiamos en particular los requisitos típicos concurrentes a su caracterización propia.

- Calidad requerida por la ley en el sujeto activo.- Debe ser el agente un particular, aunque sin distinción de condiciones especiales en relación a la víctima, porque si es un funcionario o agente de la autoridad en ejercicio abusivo del poder inherente a sus funciones públicas, se dará otro delito, a saber, el

abuso de autoridad.

Para hacer la calificación del sujeto activo debemos proyectarnos invariable y positivamente a precisar su condición de particular o su actuar como tal, bien porque carezca de carácter de funcionario público o po seyéndolo no esté en ejercicio de sus funciones al tiempo de la acción.

Esta cualidad se extiende a todos los casos del se cuestro calificado previsto en el artículo 366, pero en la fracción V se requiere, además, una condición es pecial negativa respecto del menor, concretada en no mediar entre los sujetos activo y pasivo algún vínculo parental ni relación de patria potestad, entendiéndose abarcados en la exención —ante el silencio de la ley—, desde luego los padres genitores, los adoptivos y los tutores, así como todos los familiares emparentados por afinidad o consanguíneamente y, en este último caso, en cualquier grado.

López de Goicoechea sustenta igual opinión, pero llega a conclusiones inaceptables, porque según él la disposición "...deja en la impunidad al "familiar" sin expresar grado, para que pueda cometer este delito" (20), cuando la realidad es otra: no queda en la "impunidad" ningún familiar que se apodere de un menor pariente su

(20) Cfr. PUIG PEÑA, Federico. Op. cit. pág. 390.

yo, simplemente no incurre en delito, porque hablar de "impunidad" a secas presupone la existencia ontológica del secuestro y su no punición por razones de política-criminal, en cuyo caso estaríamos en presencia de una verdadera excusa absolutoria, no contemplada, por cierto, en esta fracción. También es inexacto que esa "impunidad" sirva al familiar "para que pueda cometer este delito", pues precisamente sucede lo contrario, siendo como es voluntad de la ley que cualquier familiar del menor esté impedido jurídicamente para incurrir en él. Otra cosa bien distinta y nada extraña es la afirmación de Mezger, para quien "autor puede ser también el padre o la madre frente al otro" (21), porque la legislación alemana que él comenta, considera al secuestro de menores lesivo a la patria potestad y no a la libertad, como observa Fontán Balestra (22).

En orden al número de agentes, tanto el secuestro simple como el calificado, asumen los caracteres del delito unisubjetivo (o individual), porque para su comisión perfecta se requiere una sola persona, aunque eventualmente comprometan la actividad de varias. Esta generalización la hacemos desde luego, salvando la circunstancia contenida en la fracción IV del artículo 366, donde se exige necesariamente la presencia de un

(21) Citado por PUIG PENA, Federico. Op. cit. pág. 398.

(22) Cfr. Ibidem, pág. 379.

"grupo" como elemento agravatorio específico.

- Calidad requerida por la ley en el sujeto pasivo.- La especial naturaleza del objeto jurídico tutelado, hace del secuestro un delito personalísimo en orden al sujeto pasivo. Tanto en el tipo básico como en el calificado, "el titular del interés jurídico cuya ofensa constituye la esencia del delito" (23) es siempre una persona física, sin distinción de sexo ni alguna otra calidad, excepto la relativa a la minoría de edad requerida en la fracción IV del artículo 366 para el solo efecto de agravar la pena, como más adelante veremos.

La ley al precisar que la acción recaiga sobre "otro", comprende en sus previsiones a todo el mundo, sea varón o mujer.

La privación ilegal de la libertad puede sufrirla cualquiera; pero si el secuestro se ejecuta contra un funcionario público en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, se concursará idealmente con la figura del artículo 189. Pueden ser sujetos pasivos hasta las personas con incapacidad física para desplazarse, sea total o parcial (lisiados, paralíticos) o con incapacidad mental en cualquier grado (retrasados, idiotas, alienados), según Mezger "la ley no precisa

(23) ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal. Ed. Uteha, Buenos Aires, 1960. Pág. 137.

en el paciente la plena capacidad de querer ni de auto ejercicio de la libertad personal, pudiendo restringirse en algunos de estos casos, aun despojando a la víctima de los suplementos mediante los cuales actúa su propia voluntad de ambulación. Existe, sin embargo, la corriente contraria, negando la calidad de pasivos a los sujetos en estas condiciones, en cuyo caso, habiendo lesión a la libertad, no habrá secuestro, juicio temerario al que respondemos con Maggiore: La tesis de que los sujetos pasivos del delito pueden ser únicamente los que gocen de la libertad de movimiento y por consiguiente puedan sentir la privación de ella —por lo cual habría que excluir a los niños de brazos, a los lisiados, a los paralíticos, a los enfermos mentales y a los enfermos graves— es inaceptable porque la ley ampara la libertad corporal de todos de manera incondicional y objetiva" (24).

Algunas hipótesis, inconcebibles en otros delitos, son perfectamente posibles en el secuestro. Aquí puede ser sujeto pasivo aun la persona privada legalmente de la libertad, según advierte Eusebio Gómez (25), como sería el caso del procesado a quien el compañero de celda le impidiera, en cualquier forma, la salida de la misma.

(24) Cfr. ANTOLISEI, Francesco. Op. cit. pág. 457.

(25) Cfr. ibidem, pág. 342.

El artículo 366 en su fracción VI contiene una circunstancia objetiva de calificación en orden a la minoría de edad del sujeto pasivo, elevada a esta jerarquía para reprimir más severamente a quienes se aprovechen de la inexperiencia y natural incapacidad defensiva de algunos menores. Este dispositivo, que habla de "robo" y de "infante" incorrectamente —pues no hay ni uno ni otro— fija una edad especial derogativa al exigir que la privación injusta recaiga en un "menor de doce años", de donde resulta un límite máximo y no mínimo como pudiera pensarse, quedando amparados en sus previsiones desde los recién nacidos hasta los de edad inferior a la señalada, en cuyo caso se configurará el secuestro calificado; pero será simple cuando al tiempo de la acción el menor tenga doce años cumplidos o más sin límite alguno, adecuándose entonces el hecho al modelo básico del artículo 364 fracción I.

Referencias especiales. La cuestión relativa al lugar de comisión del secuestro (locus commissi sequestrum), surge de su carácter permanente porque por lo regular presenta un iter que puede desenvolverse en sitios diversos, siendo de importancia su precisión para resolver problemas de competencia interna y frente a otros estados.

La privación injusta, según el tipo básico, ha de realizarse en una "cárcel privada", se considera satis

fecho el tipo donde quiera que se realizó la conducta del secuestrador y durante todo el período consumativo aplicando la teoría de la ubicuidad. En efecto, "el hecho puede verificarse lo mismo en el lugar cerrado o abierto (manicomio, campo de concentración), y aun en la cómoda mansión o en el propio domicilio" (26).

También es posible a pesar del desplazamiento en el espacio (ferrocarril, automóvil, aeronave), siendo indiferente, en consecuencia, el encierro no precedido de abducción o la abducción no subseguida de encierro, como suele acontecer cuando el secuestrador huye con la víctima (abductio de loco ad locum), en cuyo caso la competencia deberá fijarse a prevención; subsistiendo el delito, finalmente, aun cuando el paciente conserve su libertad ambulatoria dentro de ciertos límites. "Lo importante es que tales límites existan, y firmemente trazados" (27).

El artículo 366 fracción IV, consigna como motivo de agravación un elemento objetivo del injusto, el camino público o paraje solitario, referidos al lugar inicial del hecho y no al abditorio, colocándolos en igual nivel calificante y, por ello, permutables entre sí, bastando la ejecución del secuestro en alguno de

(26) TEJERA JR., Diego Vicente. Delitos cometidos con ocasión de los Derechos Individuales Garantizados por la Constitución. La Habana, 1930. Pág. 127.

(27) Ibidem.

esos lugares, alternativamente, para dar por satisfecho el extremo circunstanciado, cuyo fundamento radica en el aumento potencial del agente y en la disminución de las posibilidades defensivas de la víctima, al quedar en desamparo ante el acometimiento injusto, sin oportunidad de pedir y obtener auxilio de otras personas.

El sentido técnico de "camino público" nos lo proporciona la ley en el artículo 165:

"Se llaman caminos público a las vías de tránsito habitualmente destinadas al uso público, sea quien fuere el propietario y cualquiera que sea el medio de locomoción que permita y las dimensiones que tuviere; excluyendo los tramos que se hallen dentro de los límites de las poblaciones" (28).

Como el dispositivo deja a un lado los tramos comprendidos dentro de los límites de las poblaciones, el concepto se integrará por exclusión con el de "vía pública", pudiendo ser lugar del hecho a los efectos agravantes del secuestro, tanto las carreteras, calzadas, brechas, veredas, vías ferroviarias, ríos y canales, como la atmósfera misma, sin poderse delinear con precisión absoluta, correspondiendo al juez determinar lo en el caso concreto, siempre con vista a la menor posibilidad racional de socorro que otras personas pu-

(28) CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ed. Porrúa. México, 1990. Págs. 56 y 57.

dieran haberle impartido al paciente.

"El paraje solitario, sustentado algunas veces en la ocasión de nocturnidad, encierra en su latitud todos aquellos sitios desamparados, solos, desiertos, donde el pasivo se halle sin compañía, pudiendo localizarse en regiones despobladas o en aledaños de una población, y aun dentro de la población misma como observa Ferrer Sama" (29).

Si el secuestro se ejecuta en calles apartadas donde no hubiera concurrencia de personas, no basta la objetividad del lugar para la integración de la circunstancia; es necesario, además, que el agente la busque de propósito o se aproveche de ella para prevalecerse de la indefensión de la víctima, no pudiendo estimarse la agravante, por tanto, cuando el hecho del camino público o paraje solitario haya sido mero accidente de la acción, no procurado ni aprovechado por el secuestrador (30).

Referencias temporales. La ley no hace referencia expresa al tiempo de comisión del secuestro (*tempus commissi sequestrum*), pero como la ocasión de nocturnidad va implícita en el concepto de paraje solitario, reproducimos aquí la opinión ya vertida.

El prototipo sólo se refiere al tiempo, para fijar

(29) TEJERA JR., Diego. Op. cit. pág. 470.

(30) Cfr. PUIG PEÑA, Federico. Op. cit. pág. 157.

el criterio mensurador de la pena correspondiente al secuestro simple; y el tipo circunstanciado alude a él, para disminuir la del secuestro calificado, funcionando el mecanismo de aplicación, en ambos casos, con base en la duración del hecho consumado.

Medios exigidos en el tipo. La figura del secuestro simple guarda silencio acerca de los medios necesarios para su perpetración, pudiendo servirse el agente de los más variados.

De los diversos *modus operandi* directos, el legislador ha seleccionado los más usuales para erigir en el tipo especial del artículo 366 fracción II, una circunstancia agravante y objetiva, elevando la escala penal cuando el agente haga uso de amenazas (*vis moralis*) o de violencia física (*vis phisica*) concretada en maltrato o aplicación de tormento a la persona secuestrada.

La libertad ambulatoria aquí tutelada importa, pues, un derecho civil reconocido a los particulares entre sí y, por tanto, sólo ellos pueden violarlo. Cosa muy distinta es su significación como garantía específica constitucional, porque si bien la consagra en el artículo 11, su reglamentación entre particulares la difiere a las leyes secundarias del sistema, permaneciendo en su texto únicamente como derecho público subjetivo. Admitir que esta garantía es el objeto jurí

dico tutelado en el delito de secuestro —como lo hace Carranca y Trujillo— (31), crearía una situación discordante con el espíritu y texto del tipo, vivificado por la pretensión de preservar la libertad ambulatoria de las personas contra posibles ataques de los particulares en especial. Por esta misma razón, resulta inexacto el rubro del título: "Privación Ilegal de la Libertad y otras Garantías".

Respecto al objeto jurídico protegido en el secuestro calificado por la minoría de edad, nuestra ley es terminante, ella está orientada, indudablemente, a resguardar la libertad del menor, sin embargo, en la doctrina y la legislación no hay uniformidad de criterio, destacando a su lado una corriente que radica la objetividad jurídica en los derechos inherentes a la patria potestad y una postura ecléctica apoyada en la lesión de una y otra, cuyos argumentos han determinado colocar la figura entre los delitos contra la familia.

Elemento subjetivo del injusto. Para el arquetipo los móviles son indiferentes; el secuestro simple puede ejecutarse por odio o por venganza, y aun por sentimientos nobles o altruistas. En todos estos casos el resultado siempre será el mismo, la privación injusta de la libertad ajena, como efecto ordinariamente perse

(31) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Robledo. México, 1955. Pág. 780.

guido por el secuestrador.

Esta también se consuma, según la doctrina alemana, en aquellos casos singulares de paralíticos y liisados a quienes se les quite la persona encargada de su cuidado, o sea, les desapodere de los suplementos - mediante los cuales realizan su facultad de desplazamiento. La cuestión debe resolverse atendiendo no al medio sino al elemento interno yacente en la faz subjetiva del autor, a "la palanca que ha hecho saltar su voluntad" como expresa Antolisei (32), examinando en cada caso concreto si el hecho se ejecutó o no para privar de la libertad al inválido. Si el resultado es afirmativo, habría un doble secuestro en concurso - ideal cuando el medio fuere la aprehensión del guardador, o un solo secuestro si se operó mediante el apoderamiento del suplemento, sin considerar el robo porque su elemento material se consumaría en el propósito tendiente al fin logrado; si el resultado es negativo, só lo habrá la privación injusta sufrida por el guardador o solamente robo, en su caso.

La amenaza, en general, es el uso de una energía-moral consistente en la resolución manifestada de causar un mal injusto y futuro, cuya actuación depende de la voluntad del agente (33), enderezada contra la per-

(32) ANTOLISEI, Francesco. Op. cit. pág. 326.

(33) MAGGIORE, Giuseppe. Op. cit. pág. 470.

sona del amenazado, sus bienes, honor o derechos o hacia esos mismos bienes jurídicos de un tercero ligado o aquélla por cualquier vínculo paternal de amor, respeto, gratitud o estrecha amistad. Por consiguiente, no es amenaza la simple predicción de un mal futuro de pendiente sólo del orden natural o de la acción de un tercero ajeno al sujeto activo; ni la constituye la simple advertencia, la expresión de un deseo, de un augurio o de una imprecación.

Objeto jurídico. "Al lado del objeto material, la persona o cosa sobre la cual recae la actividad del agente, se estudia en doctrina como el objeto jurídico, aquel interés vital del individuo o de la colectividad social, oriundo de la vida misma y razón de la existencia del tipo penal" (34).

Aunque en la descripción típica se habla de los casos previstos por la ley, aludiendo a aquéllos en los que un particular puede legalmente detener a otro, en realidad se trata de uno solo, excepcionado de la prohibición general por el dispositivo constitucional, relativo a la flagrancia, la cual toma vida en el momento preciso de la comisión delictuosa, fuera del cual ningún particular puede detener a otro lícitamente.

(34) LISZT, Franz Von. Op. cit. pág. 302.

D) CULPABILIDAD.

La culpabilidad —cuma de la construcción delictiva— comprende el examen del contenido interno de un hecho ilícito, del cual el sujeto ya es considerado físicamente su autor. Satisfechos estos presupuestos, es - el momento de investigar si lo ejecutó culpablemente, - esto es, si fue también su causa moral.

D.1) FORMAS DE CULPABILIDAD.- Al autor únicamente se le podrá declarar culpable si el hecho pasó por su conocimiento y fue ordenado por su voluntad o si omitió su deber cautelar, procediendo con ligereza, desinterés o desprecio hacia la posible lesión del orden jurídico. Luego, la culpabilidad es susceptible de asumir dos formas primarias: dolosa una, si la voluntad -consciente se encamina a la ejecución del hecho; y culposa otra, cuando éste se produce aun sin haberlo pretendido, a virtud de un obrar imprudente o negligente; pero si ambas concurren, darán vida a una forma compuesta: la preterintencionalidad.

1.- El dolo. Atento a los lineamientos anteriores una noción completa del dolo exige conciliar la representación (elemento intelectual) y la voluntad (elemento volitivo). Por esto, lo definimos según Maggiore como "la libre y consciente determinación de la voluntad

encaminada a causar un resultado contrario a la ley penal" (35); mas si sus elementos —en cuanto dirigidos a un fin— se funden en voluntas sceleris, todavía podemos sintetizarlo en la dañada intención de causar un resultado antijurídico.

La diversidad de teorías ha enriquecido la doctrina con variadísimas especies de dolo basadas en distinciones de escasa utilidad práctica, las más de las veces sutiles y a menudo sofisticadas, perdiéndose su signo distintivo en la confusa terminología imperante en esta materia. En orden a su contenido, sólo debemos considerar de riguroso valor dogmático el dolo directo y el eventual; aquél, como forma de referencia propiamente dicha; y éste, por su función de señalar el límite entre la intencionalidad y la culposa consciente. Fundados en estas razones, a ellos se contraerá nuestro examen.

En el *dolus directus* el agente se representa el resultado y lo quiere, de modo tal que siempre concuerda con la intención de producirlo, esto es, hay coincidencia entre el efecto y la intención causativa (36). En el *eventualis*, en cambio, el sujeto se representa como posible un resultado y lo acepta; él puede no quererlo directamente, es decir, puede no haber volunta-

(35) Cfr. MAGGIORE, Giuseppe. Op. cit. pág. 286.

(36) Cfr. REYES NAVARRO, Angel. Ensayo sobre la Preterintencionalidad. Ed. Jus. México, 1949. Pág. 101.

riedad respecto a ese efecto, pero en última instancia lo acepta (37).

Según la communis opinio el secuestro simple sólo puede privar a otro de su libertad ambulatoria (38), - en efecto -admitimos con reservas- generalmente en las modalidades comisivas el sujeto activo debe tener voluntad de ejecutar la privación injusta con plena conciencia de la ilicitud del hecho; sin embargo, también vemos la posibilidad de realizarla por dolo eventual, - en la hipótesis de comisión por omisión. Recordemos el caso de quien consiente permanecer encerrado por cierto tiempo, si el encerrador desde antes o en el momento del pacto ya ha resuelto dejarlo encerrado y se retira llevándose las llaves, o si se embriaga para no estar en condiciones de liberarlo a la hora convenida y así prepararse una excusa, estaremos en presencia del dolo directo; pero si en el transcurso del encierro el agente se dedica a ingerir bebidas alcohólicas para distraer el tedio y cuando debe ejecutar la acción esperada no puede hacerlo por su ebriedad completa, el secuestro se le imputará a título de dolo eventual, porque aunque no quiso privarlo ex profeso se presentó como posible tal evento y a pesar de ello continuó bebiendo sin importarle las consecuencias.

(37) Cfr. REYES NAVARRO, Angel. Op. cit. pág. 102.

(38) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit. pág. 780.

No podemos decir lo mismo del secuestro calificado contenido en el artículo 366, aquí, además de la conciencia y voluntad de secuestrar, la intentionem de be abarcar necesariamente el elemento constitutivo de cada circunstancia mediante un querer definido y concreto, incompatible con toda eventualidad. El propósito de lograr fines específicos, emplear medios determinados, procurarse un conveniente lugar de ejecución y escoger como víctima a un menor de doce años, son elementos circunstanciados anexos al núcleo central cuya especialidad los erige en vallas que sólo el dolus pue de saltar, imprimiendo a la acción la intensidad adecuada y dirección inequívoca capaces de responder al designio del secuestrador. No obstante, nuestra afirmación general, debemos anticipar respecto a la hipótesis calificada por la minoridad de la fracción VI su excepcional forma culposa en algún hecho contingente.

Refiriéndose a la discutida figura de menores, Cuello Calón recoge las dudas surgidas en la doctrina acerca de si el conocimiento de la edad del paciente, por parte del activo, concurre a la integración del elemento moral, decidiéndose por la negativa para afirmar la única exigencia de que la acción recaiga sobre un menor con apariencia de tener la edad fijada por la ley, punto al cual nos adherimos porque, como observa Manzini —a quien cita— el descuido por parte del se--

cuestrado en averiguar esa condición no puede producir la invalidez de la norma (39).

La culpa. La elaboración de un concepto cabal de la culpa requiere armonizar los elementos intelectual y volitivo, con el deber cautelar de todo individuo, - tal como lo hace Jiménez de Asúa al afirmar: "existe culpa cuando se produce un resultado típicamente anti-jurídico por falta de previsión del deber de conocer, - no sólo cuando ha faltado al autor la representación - del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se produce - sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo" (40).

Distínguense, en consecuencia, la culpa consciente (con previsión o representación) y la inconsciente (sin previsión o representación). En la primera, el su jeto se representa como posible un resultado derivado de su conducta; pero difiere de su colindante, porque no lo quiere directo ni indirecto y lejos de aceptar - lo abriga la esperanza de su no producción. En la segunda, el sujeto no se representa las consecuencias po sibles de su conducta, pudiéndoselas representar, esto es, no prevé un resultado evitable (41). Aquí termina-

(39) Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. cit. pág. 682.

(40) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit. pág. 371.

(41) Cfr. REYES NAVARRO, Angel. Op. cit. pág. 277.

el campo de la culpabilidad; más allá —en lo imprevisi-
ble— está el caso fortuito, raro azar donde todas las
acciones son inculpables, como advierte Pessina (nu-
llum crimen est in casu)(42).

Ahondando un poco más, todavía podemos ensayar al-
guna forma de culpa inconsciente, contra el parecer de
Tejera Jr., empleando su propio ejemplo, según él, -
"...por negligencia no puede producirse una detención-
o encierro... el único caso que pudiera ser propuesto-
como culposo sería que un agente tratase de tapiar -
puertas y ventanas de una casa y no previera, pudiéndo
lo prever, que había alguien dentro que quedaba ence-
rrado; pero este hecho, aparte de rayar en lo inverosí-
mil, no podría estimarse como detención culposa, por-
que el encierro —en el caso de una persona que no ve-
las tapias que se levantan— no es previsible por el -
agente y cae de lleno en el caso fortuito" (43). La -
opinión no parece fundada. Tapiar significa cerrar o -
tapar, de donde el tapiamiento obedece al deseo de im-
pedir todo acceso al lugar; luego, antes de colocar -
las tapias pudo haber entrado alguna persona, posibili-
dad lógicamente previsible, pero si este razonamiento-
elemental escapa al agente y no prevé por negligencia-
que alguien pueda quedar encerrado, el secuestro se im-
putará a título de culpa inconsciente. Por otra parte,

(42) Cfr. ALIMENA, Bernardino. Op. cit. pág. 419.

(43) Ibidem, pág. 153.

si bien el hecho es algo académico y poco agible en la realidad, nada tiene de inverosímil porque el lugar aludido está destinado al uso de las personas y bien pudo tratarse de un individuo dormido o ebrio inconsciente, imposibilitado para percatarse del levantamiento de las tapias.

Con lo expresado en ocasión al dolo directo como forma necesaria del elemento moral en el secuestro calificado del artículo 366, nada falta agregar para concluir en la exclusión de toda posibilidad culposa en sus dos grados, sea cual fuere el subtipo contemplado; excepto el descrito en la fracción VI porque si en el ejemplo anterior el encerrado resulta ser un menor de doce años, la circunstancia se integrará a base de culpa inconsciente, habida cuenta de no ser indispensable por parte del activo el acontecimiento exacto de la edad del paciente.

La preterintencionalidad. Esta forma compuesta de culpabilidad se configura cuando el resultado sobrepasa a la intención del agente, concurriendo a integrar su esencia una mixtura de las formas primarias: dolo directo respecto al resultado querido; y culpa (consciente o inconsciente), con relación al resultado causado, no querido ni aceptado. En esta peculiar amalgama, el elemento subjetivo reviste una configuración especial frente al resultado. En un principio, la acción es pro

pulsada por dolo directamente hacia el resultado querido (primum delictum); pero a éste se le sobrepone un plui in effectu culposo, transformando el delito inicial en una figura más grave, la preterintencionalidad (o ultraintencionalidad).

En el secuestro simple es dable esta tercera forma. Tal acontecería si el abducido contrae una enfermedad por la condición insalubre del lugar o si una mujer honesta sufre menoscabo en su reputación por haber sido encerrada en una casa de lenocinio. En ambos casos, el agente quería solamente privarlos de su libertad ambulatoria; sin embargo, con su obrar imprudente provocó un suceso más allá de su intención. En el primer supuesto, desde luego, la condición de insalubridad no debe ser captada por el dolo del agente, porque entonces el hecho dejaría de ser simple para conformarse a las previsiones de la circunstancia descrita en la fracción II del artículo 366, por entrañar un acto de maltrato procurado, aun cuando subsistiría la forma preterintencional; pero saldríamos de los presupuestos de esta figura mixta, sin decaer la calificación, si el activo lo encierra deliberadamente en ese lugar para causarle el daño en su persona, concretado en la adquisición de la enfermedad —aunque no la adquiriera— en cuyo caso el hecho doloso de tendencia interna trascendente se amoldaría a la fracción I del mismo dispositi

vo. De igual modo, la segunda hipótesis perderá su naturaleza simple y forma preterintencional, si la objetividad ideológica halla un fin en causar a la secuestrada aquel perjuicio en su honor, siendo atraída la pura intención al subtipo calificado de la fracción indicada.

E) IMPUTABILIDAD.

Afirmada su típica ilicitud, falta aún verificarse si el secuestro fue ejecutado culposamente, para entrar al examen del elemento subjetivo, es preciso determinar la capacidad delictiva del secuestrador, como *conditio sine qua non*. La imputabilidad es, entonces, umbral indefectible de acceso al terreno de la culpabilidad o, reproduciendo a Castellanos Tena, su antecedente lógico-jurídico (44).

Esta condición psíquica, signo de idoneidad para delinquir, se resume en la posibilidad de actuar culpablemente. En consecuencia, el sujeto será imputable si al tiempo de la acción podía comprender la injusticia del acto; pero devendrá imputado, si efectivamente la comprendió y a pesar de ello la ejecuta, procediendo a analizar *ex post* la discrepancia entre el deber y su obra. De aquí el acierto de Beling al ver en la imputa

(44) CASTELLANOS, Fernando. Op. cit. pág. 359.

bilidad la faz criminal de la libertad del querer (45).

No es necesaria, sin embargo, una fina conciencia valorativa lindante en la perfección psíquica para entender que el secuestro es un hecho inicuo y, por ende, merece la imputación penal. "Quien priva ilícitamente de la libertad a otro, únicamente debe poseer en el momento inicial del secuestro, un minimum de salud y desarrollo mentales exigidos por la ley como aptitud subjetiva de conocer y querer el hecho, para poderse atribuir sui opus y establecer posteriormente el nexopsíquico entre resultado y autor" (46). Sólo así podrá representarse la criminalidad de su acto y dirigirlo conforme a ese conocimiento.

Actio libera in causa. La imputación delictiva también recaerá sobre el secuestrador, aunque se halle inconsciente en el momento de producirse la privación de libertad, con anterioridad resolvió colocarse en ese estado ut melius delinqueret. En este caso, la imputación del secuestro realizado en el lapso de inimpunitabilidad preordenada, "se retrotrae al estado consciente y, según sea el contenido subjetivo del hecho, se atribuirá a título de dolo o culpa" (47). Si un sujeto, obligado por su conducta precedente, tiene el de

(45) Cfr. SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. - Ed. Tipográfica Argentina. Buenos Aires, 1956. - Pág. 113.

(46) ALIMENA, Bernardino. Op. cit. pág. 371.

(47) *Ibidem*, pág. 372.

ber de hacer cesar mediante un acto propio una privación de libertad originalmente lícita y se embriaga - hasta la inconciencia para atreverse a omitir la conducta esperada, le será imputable el secuestro aun - cuando se haya producido encontrándose bajo un estado actual de incapacidad. Tal sería el caso de quien obligado a liberar a una persona enclaustrada con su consentimiento, procediera en la forma descrita para no - estar en condiciones de abrirle conforme a lo convenido.

Esta es la solución y no otra, porque en el momento relevante -el del impulso para el desarrollo de la cadena causa- existía la imputabilidad; el secuestrador no estaba ebrio cuando movió su voluntad poniendo la causa de la ulterior privación y, por tanto, el secuestro fue cometido en aquel instante decisivo. La acción siendo libre y consciente en su causa, estaba - sin embargo, determinada en cuanto a su efecto y por ello vale cargar en su cuenta lo no hecho al hallarse trastornado, sino cuando tenía serena su mente (48).

F) PUNIBILIDAD.

Según hemos venido insistiendo, la acción típica en oposición objetiva y subjetiva con el derecho integra plenamente el delito y, por tanto, debe aplicarse

(48) ALIMENA, Bernardino. Op. cit. pág. 374.

la pena prevista en el dispositivo vulnerado. Luego, la punibilidad no es elemento esencial del delito, sino su consecuencia ordinaria (49).

Para Petrocelli no sólo es elemento esencial del delito, según él, "la sanción condiciona la existencia del ilícito penal" (50), cuando en realidad sucede lo contrario, pues como afirma Villalobos, "un acto es punible porque es delito, mas no reviste delictuosidad porque sea punible" (51).

El Código Penal vigente sanciona el secuestro simple descrito en el tipo básico del artículo 364 fracción I, con pena mixta de un mes a tres años de prisión y multa hasta de mil pesos, cuando la detención dure menos de ocho días, pero si excede de ese término por cada día se aumentará un mes de prisión.

Como se aprecia en la segunda hipótesis, el sistema de fijación de la pena es derogatorio del general instituido en los artículos 51 y 52 del mismo ordenamiento, y matemáticamente objetivo a semejanza de las antiguas leyes españolas, fundado en la naturaleza permanente de la figura. Su rigidez sin embargo, deriva consecuencias inconvenientes al limitar el arbitrio judicial para la individualización de la pena, por cuya-

(49) Cfr. CASTELLANOS, Fernando. Op. cit. pág. 369.

(50) Ibidem, pág. 370.

(51) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1960. Pág. 234.

razón nos parecería acertado suprimir la excepción estableciendo sólo el mínimo y el máximo con amplio margen donde el criterio del juzgador pueda oscilar con mayor elasticidad ajustándose a las peculiaridades del caso concreto, tal como se plantea en los anteproyectos de Código Penal de 1949, 1958 y 1963. Por otro lado, si bien la ley no estimó de magnitud considerable el ataque al bien protegido, resalta la indulgencia de la pena corporal y lo muy pequeño de la pecuniaria, pa^{re}ciéndose preciso fijar los extremos de la prisión en uno y cuatro años y el aprovechamiento entre doscientos y mil veces el salario mínimo.

En el tipo especial del artículo 366 se prevé y sanciona con prisión de seis a cuarenta años y multa de doscientos a quinientos días de salario mínimo, el secuestro calificado por la especialidad de fines, medios, lugar, plurisubjetivismo y minoridad de la persona, elevando cuantitativamente la pena prevista para la figura simple, dada la gravedad objetiva del delito y la peligrosidad revelada por el activo. Esta penalidad, empero, no se aplicará si el secuestrador espontáneamente pone en libertad a la víctima dentro del plazo de tres días, sin haber causado algún perjuicio grave, en cuyo caso procederá imponer la correspondiente al secuestro simple, según ordena el párrafo in fine del mismo dispositivo. El agente debe obrar de propio-

motivo expresando arrepentimiento; el término se computará de momento a momento, desde el inicio de la privación injusta hasta la completa soltura (52) y la ausencia de perjuicio grave —independientemente del causado con el secuestro mismo— será determinada por el juez —en el ejercicio de su prudente arbitrio.

Esta triple condición, en pluralidad, no podemos considerarla circunstancia privilegiada, aun con su poder minorativo, sino más bien una circunstancia impropia con efectos impeditivos del funcionamiento de la penalidad agravada, habida cuenta de radicar su virtud no en disminuir la pena por debajo de la prevista en el tipo básico, sino en llevar el hecho precisamente —bajo su sanción. Este mecanismo obedece a imperativos de política criminal orientada a favorecer la devolución incólume del secuestrado, estimulando el arrepentimiento activo del secuestrador al tenderle un "puente de plata" —como diría Liszt— para hacerlo desistir de su acción contumaz. No obstante el encomiable espíritu de la medida, López de Goicoechea la considera —magnánima (53) cuando no tiene por objeto nulificar —graciosamente la pena, sino responder a una exigencia específica de tutela, porque si en todos los casos se aplicara la pena agravada el captor carecería de ali-

(52) Cfr. PUIG PENA, Federico. Op. cit. pág. 130.

(53) LÓPEZ GOICOECHEA, Francisco. Código Penal Comen-
tado. Ed. Lumen. México, 1962. Pág. 122.

ciente para retroceder, con lo cual la ley antes de -
cumplir esa finalidad, dejaría al ofendido a merced de
la voluntad criminal del secuestrador. Igual efecto -
contraproducente resultaría si se impusiera la pena ca
pital, pues entonces el sujeto no tendría ya, en el te
mor a un castigo más grave, ningún freno que le impi--
diera dar muerte a su víctima, como justamente observó
Carrara (54). Por esta razón la ley penal no hizo va--
ller la autorización constitucional y optó por fijar el
límite superior establecido en su artículo 25, aun -
cuando estimáramos más conveniente reducirla a veinte
años por los motivos expuestos, reservando un amplio -
margen para la eventual acumulación de sanciones en -
presencia de delitos concurrentes.

3.- ASPECTOS NEGATIVOS.

A) AUSENCIA DE CONDUCTA.

Si la conducta se presenta desde el punto de vis-
ta subjetivo como expresión de voluntad, cuando el com
portamiento (acción u omisión) no pueda ser referido a
la energía psíquica del agente como poder de dirección
-impulso o inercia- no habrá una conducta jurídicamen-
te relevante y, en consecuencia, desde un principio, -

(54) CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho
Criminal. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1945. Pág.-
96.

no existiría delito. "Obrar sin voluntad -dice Liszt- es obrar sin previo juicio, sin deliberación, sin acuerdo con nosotros mismo, sin poder elegir entre dos cosas... Colocado en esta situación, el hombre deja de ser hombre para convertirse en instrumento" (55).

La opinión dominante niega relevancia jurídico-penal a la conducta de quien hace u omite por atracción ejercida directamente sobre su cuerpo (vis absoluta), bien a la ejecutada mediante un acto reflejo ajeno a toda excitación de influjos psíquicos o a la arrancada por una fuerza natural ineluctable (vis mayor). En estos casos el individuo no obra, es violentado a obrar (non agit sed agitur); si bien permanece consciente, se halla carente de voluntad electiva para determinarse, constreñido sólo a ejecutar "movimientos pasivos" sin motivo propio -como los llama Be ling- (56) dando lugar a los "delitos forzosos" o "tipos forzados", como los denominaríamos nosotros; sin embargo, en la práctica son raros y poco agibles, aun que abundan en la doctrina los ejemplos de pupitre (exempla docent).

En el secuestro, a decir verdad, se nos hace difícil la operación de un acto reflejo con capacidad suficiente para eliminar el elemento objetivo, tanto más si recordamos que sus medios comisivos son, sobre

(55) LISZT, Franz Von. Op. cit. pág. 446.

(56) Ibidem, pág. 448.

todo, la violencia y la amenaza. También vemos muy remota la presencia de una causa de fuerza mayor, con esa eficacia eliminatoria.

Hallamos factible, en cambio, la ausencia de conducta —sobre todo en sus formas de omisión impropia— cuando la fuerza material del agente es dominada totalmente por la de otro, sin posibilidad de manifestar su voluntad en acciones contrarias. Si el particular aprehensor en flagrante delito, el taxista, el aya o el ignorante u olvidadizo con que ilustramos la figura en esa modalidad, es violento físicamente impidiéndole en forma absoluta el cumplimiento de su deber de obrar, inevitablemente habrá secuestro, pero tal delito sólo será imputable al autor mediato, no al inmediato.

Algunos tratadistas también acuerdan efectos imputativos del nacimiento de conducta punible, a los movimientos derivados de estados fisiológicos, como el sonambulismo, la sugestión hipnótica, la fiebre extrema y otros semejantes, porque ven a la voluntad gobernada o impotente. Nosotros, con no poca cautela, desechamos aquí esos casos por parecernos más bien con poder de impedir la imputación delictiva.

Bajo el rubro "Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad", el Código Penal vigente consigna sólo una causa de ausencia de conducta, al prescribir taxativamente:

"ARTÍCULO 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad:

"1.- Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias".

B) CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

La acción de secuestrar guardará armonía con el derecho, no obstante ser típica y lesiva de la libertad-ambulatoria, si concurre alguna causa de ilicitud; ante la operancia de una sola, el hecho -indiciariamente antijurídico- no constituye delito por efecto de una norma que lo autoriza o impone (57). No niegan, pues, el derecho, sirven a su eficaz actuación. Con razón -Porte Petit les reconoce el poder de conformar a derecho una conducta o hecho, sin cuya presencia serían antijurídicos (58); y como el ajustamiento es concomitante al hecho mismo, determinan al origen su licitud, -obstruyendo el nacimiento del injusto. Estas causas -observa agudamente Antolisei- no hacen decaer la antijuridicidad, sino impiden su originación (59).

De tal manera que, cuando obra cualquiera de dichas causas, el hecho es lícito y, por tanto, nunca llega a existir la antijuridicidad; sin embargo, hay

(57) ANTOLISEI, Francesco. Op. cit. pág. 201.

(58) PORTE PETIT, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. Ed. Panamericana. México, -1954. Pág. 308.

(59) ANTOLISEI, Francesco. Op. cit. pág. 305.

quienes presuponen su existencia y posterior destrucción, desnaturalizando su esencia. Estas causas, al decir de Beling, "despojan" al hecho de la antijuridicidad y a un tiempo hacen "desaparecer" la punibilidad; según Ferrer Sana, su virtud consiste en "legitimar" una conducta delictuosa; para Núñez, "transforman" el hecho jurídicamente perjudicial en un hecho jurídicamente beneficioso; y Maggiore, con más temeridad, les acuerda la eficacia de "hacer jurídico lo que es anti-jurídico", volviendo "a poner dentro de la órbita del derecho una acción que debía ser excluida de allí" y como "borran" la antijuridicidad, logran la transformación de un delito en un "no delito", el delito justificado (60).

Ante estas opiniones, no podemos silenciar nuestra censura. Si, como quedó visto, el efecto de estas causas estriba en dar licitud al hecho típico desde su gestación y, por consiguiente, en impedir el nacimiento del injusto, no puede despojarse ni borrarse lo inexistente, no desaparecer una consecuencia sin supuesto causativo; además, el hecho lícito no necesita ser legitimado, dada su legitimidad de origen; quien no lesiona algún interés jurídico —razona Jiménez Huerta— o lesionándolo al obrar conforme a derecho, no efectúa

(60) PORTE PETIT, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Op. cit. págs. 24, 26, 28, 30, 102 y 104.

una conducta que deba ser legitimada (61). Por otra parte, no hay posible retorno a lo lícito; la vida de relación se escinde en lícito (secundum ius) o ilícito (contra ius) pero no se da término medio (medium non datur); todo depende de la armonía o contraste con el derecho, sin lugar a un indiferente jurídico, contra el parecer de Beling. Un hecho —afirma con acierto Petrocelli— sólo puede ser relevante desde el punto de vista del derecho por dos razones opuestas: o es conforme al interés y entonces es combatido (62), pero no existe una categoría inter o extra ius irrelevante, porque el campo del total actuar humano está dentro y bajo el gobierno del ordenamiento jurídico, cuya plenitud herméctica todo lo abarca y penetra, nada, pues, está fuera ni puede salir de la esfera del derecho y si esto es así, nada puede volver a su órbita. Tampoco hay, finalmente, mudanza posible a lo lícito, cierto, pero la afirmación contraria no sería exacta, atento a la imposibilidad de tránsito regresivo, esto es, no hay un antijurídico con poder de reversión, ni escalas neutras entre uno y otro extremos, sea cual fuere el punto analítico de partida. La antijuridicidad, por tanto, existe o no existe, pero existiendo, no declina y lleva a

(61) JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Antijuridicidad. Op. cit. pág. 119.

(62) PORTE PETIT, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. Op. cit. pág. 43.

determinar la licitud del hecho de modo irrefragable.- Esta es la alternativa y contra ella choca la tesis de Maggiore, porque si el hecho no constituye delito, no reclama justificación y si lo integra, no puede justificarse. Hablar, pues, de delito, no delito y tenerlo por delito justificado, es falaz y sólo conduce a una contradicción in terminis (63).

Ahora bien, la razón fundamental en cuya virtud estas causas impiden el nacimiento del injusto, descansa en la falta de daño social, bien por ausencia de interés público a la punición —en el consentimiento— o —en presencia de un interés socialmente preponderante,— supuesto donde encuadran las demás causas consagradas por nuestra ley penal en su artículo 15.

El consentimiento, en aquellos casos donde el titular del bien jurídico tiene facultad de disposición, y la existencia de un interés social predominantemente desvalorizador de otro a inferior rango, impiden que la conducta enjuiciada adquiera matiz antijurídico alguno, y en la segunda, no hay ofensa para los ideales valorativos de la colectividad (64). Ausente de este modo el daño social, nada excita la reacción punitiva del Estado.

A pesar de la enérgica tutela jurídica dispensa-

(63) Cfr. MAGGIORE, Giuseppe. Op. cit. pág. 128.

(64) Cfr. JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Antijuridicidad. Op. cit. pág. 122.

da a los intereses vitales, a veces la vida misma los enfrenta en colisiones. Ante estas eventualidades, empero habrá de prevalecer el de mayor entidad; la solución justa —dada por Liszt— resuelve el sacrificio del interés de menor importancia, si sólo a este precio — puede resguardar el interés superior. Acorde con este principio, cuando una conducta lesione un interés humano y simultáneamente salvaguarde otro de superior jerarquía, su licitud siempre será proclamada y como de cualquier norma puede resultar el carácter lícito, para establecerlo es evidente la necesidad de considerar el domicilio total del ordenamiento jurídico (65).

Estas causas poseen eficacia objetiva desprendida de su intrínseca naturaleza, en cuanto funcionan por la razón de existir, sea cual fuere la opinión del agente, favoreciendo a todos los partícipes —quienes en última instancia cooperan a la ejecución de un hecho lícito ab origen— y, en consecuencia, no procede fincarles responsabilidad penal ni civil, pues cuando se obra secundum ius no puede redundar ofensa a intereses jurídicos ajenos.

La causa de justificación de legítima defensa. La entendemos con Jiménez de Asúa, como la "repulsa de la agresión ilegítima, actual o inmediata, por el ata-

(65) JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Antijuridicidad. Op. cit. págs. 146 a 149.

cado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o re pelerla" (66).

La doctrina acepta su operancia en el delito de se cuestro simple viendo como es perfectamente lícita la acción repelente del secuestrado en cualquier momento del período consumativo, dada la naturaleza permanente de la figura.

Atento a la solidaridad humana fundante de todo sistema jurídico, también procede esta causa cuando la acción es intentada por un tercero (ayuda legítima), así, no sería antijurídica la defensa ajena ejecutada en auxilio necesario por quien priva de su libertad a un sujeto atacante limitándose a paralizar la agresión actual, violenta y sin derecho enderezada contra otro, puesto en peligro inminente, sólo para evitarle de este modo el auxiliante, el repeler el ataque que vulneró el artículo 364 fracción I; mas a pesar de ello, na die negará la rectitud de su conducta, porque al defen der un derecho legítimo actuó en afirmación del derecho todo, cobrando relieve la licitud de la defensa ne gativa como contrapartida de la agresión sine iure (67).

(66) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Ley y el Delito. Ed. -
Hermes. México, 1959. Pág. 289.

(67) GRAF ZU DOHAN, Alexander. La Illicitud. Ed. Jurídi
ca Mexicana. México, 1959. Pág. 149.

Aquí por tanto la ratio de la licitud apóyase en la injusticia de la ofensa y en la justicia y necesidad del rechazo, en consecuencia, si el acontecimiento súbito es injusto, justa será la repulsa en su causa prima, si es actual, la respuesta debe producirse contemporáneamente, no antes, porque ausente el primer brote de peligro la defensa de peligros pretéritos y la acción asumirá el carácter de venganza, no amparada por el derecho; si es violenta, en fin, la acción repelente de ese ímpetu lesivo será lícita ab initio, porque no se trata de colisión de derechos, sino de un derecho oponiéndose a la violencia (68).

No es ocioso advertir, sin embargo, su inoperancia en el secuestro calificado en el artículo 366, privación de la libertad más ciertas características, incompatibles con toda idea encuadrable en una defensa lícita; pero debemos excepcionar la modalidad contenida en la fracción IV, porque si para el agredido el camino público o el paraje solitario son marcos naturales del hecho, lo serán de su reacción defensiva.

Su operancia pende, en todos los casos, de un juicio de estimativa jurídica, donde el requisito de autoridad, como los de necesidad y proporción, deben juzgarse para evaluar correctamente la directriz defensiva, atemperándolos al momento mismo del hecho concreto

(68) GRAF ZU DOHAN, Alexander. Op. cit. pág. 348.

y habida cuenta de todos sus ascendientes y no a la ri gida del crítico alejado del peligro.

Estado de necesidad. El estado de necesidad surge en una situación de peligro actual, para intereses pro tegidos por el derecho, sólo evitable mediante la le sión de intereses ajenos igualmente tutelados. En es tos casos, el orden jurídico atribuye a quienes se en cuentran en tal dilema la facultad de interferir la es fera de los intereses ajenos (69). Su necesidad obedece, por consiguiente, a un conflicto entre intereses l egítimos donde uno ha de ser sacrificado para la pre servación del más valiente.

La situación de necesidad sólo toma vigor si la amenaza del mal es presente, no futura ni pasada, real, no imaginaria y grave; pero para eludirlo han de que brantarse bienes de un sujeto inocente, la acción nece saria únicamente procede si se ejecuta posteriormente, si se han agotado los recursos para la salvación, por esto, el estado necesario siempre debe responder a un pe ligro no evitable por otro medio distinto al emplea do (70), pues si existe algún medio practicable y me nos perjudicial, la necesidad se desvanece emergiendo el daño social negativo de licitud.

Si como se desprende, el ataque necesario entraña

(69) Cfr. LISZT, Franz Von. Op. cit. pág. 352.

(70) Cfr. Ibidem, pág. 62.

la salvaguardia de los propios intereses o de un tercero (socorro de necesidad) en detrimento de los ajenos, el *quid* radicará en hallar el criterio para trazar la línea divisoria entre lo justo y lo injusto, esto es, en precisar cuando y hasta donde es lícito ofender tales intereses para esquivar el peligro (71), cuestión-sólo despejable a través del balanceamiento de los bienes contrapuestos, con vista al interés público determinativo del socialmente preponderante. Así, la conducta no es antijurídica cuando el bien puesto a salvo contiene un valor más elevado, pero lo será si resulta de menor o si ambos se equivalen.

La doctrina inoperante conviene en la eficacia de estas causas en el secuestro simple. Si un elevadorista al llegar al piso solicitado percibe una falla mecánica, con riesgo de precipitarse al vacío si abre la puerta, lícitamente podrá negarse a impedir abrirla, sobre la protesta de los pasajeros en tanto da la alarma para aplicar las medidas de seguridad y reparación. Ciertamente los privó de su libertad ambulatoria pero al mismo tiempo salvó un bien predominante como es la vida o la integridad corporal propia y la de los mismos apresados. Igual efecto de licitud se producirá, si a un automovilista se le obliga a desviar su rumbo para transportar al hospital a un enfermo comatoso.

(71) Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Antijuridicidad. Op. cit. pág. 25.

El estatus necessitas, según la opinión corriente es oriundo de un caso fortuito o de fuerza mayor; nosotros, con Antolisei, también lo ponemos a cargo de una gestión (72).

En cuanto al secuestro calificado, no estimamos posible su operancia en las hipótesis de las fracciones I, II, III y V del artículo 366 atendiendo a las circunstancias sobre las cuales se yergue, inconciliable en toda acción necesaria; pero si procede en los supuestos de las fracciones IV y V, obraría iure el piloto de una aeronave si en pleno vuelo fuera sorprendido por una tempestad amenazando derribarla y para evitar la catástrofe se viera precisado a trancar su ruta trasladando a los pasajeros a lugar distinto del convenido, no obstante su oposición. Del mismo modo sería patente la licitud, si se sustrae a un menor para evitar su maltrato o su depravación (73).

Cumplimiento de un deber. El ordenamiento jurídico impone a los particulares, no sólo a los funcionarios, determinadas obligaciones en cuyo cumplimiento es lícito lesionar bienes jurídicos ajenos, originándose así un choque de dos deberes de los cuales ha de tener primacía el exigido imperiosa y directamente por la ley, contentivo del interés social preponderante.-

(72) Cfr. ANTOLISEI, Francesco. Op. cit. pág. 141.

(73) Cfr. CARRARA, Francesco. Op. cit. pág. 480.

Ello es así porque las normas imperativas (norma agenda) se dictan ad abundantia y sería contradictorio imponer la obediencia a la ley por un lado, y sancionar a quien viola un derecho de obediencia, por otro (74).

La ilicitud del secuestro en un esquema simple es inobjetable, si se ejecuta en acatamiento de la ley, atendiendo al deber jurídico dimanado del artículo 16 Constitucional. En este caso el aprehensor, lejos de realizar un hecho antisocial, obra injustamente en interés de la comunidad y parece recurrir incluso a las vías de hecho, pues de otro modo tal deber sería prácticamente incumplible.

Su operancia, sin embargo, no puede generalizarse al secuestro calificado del artículo 366. Esto, porque las circunstancias de sus fracciones I, II, III, V y VI, están integradas por elementos incongruentes con cualquier deber legal; excepto la fracción IV, pues si en camino público o paraje solitario surge la obligación de actuar, deberá cumplirse un deber.

Obediencia jerárquica. Cuando el deber de actuar llega a través de una persona interpuesta, el superior jerárquico, hablamos de una obediencia debida. En esta hipótesis el deber de obedecer también emana de la ley; pero la orden a cumplir, de una autoridad, y -

(74) Cfr. MAGGIORE, Giuseppe. Op. cit. pág. 392.

la licitud de la conducta del subordinado, no proceden de su obediencia misma, sino del deber cumplido al obedecer porque la ley le imponía esa obligación específica de obediencia. De este modo, la figura queda insuñida en la causal genérica del cumplimiento de un deber y funciona sólo cuando la orden es vinculante para el inferior y carece del poder de inspección, estando obligado a obedecerla sin condición alguna, como acontece en materia militar, y en organismos equiparables, aunque el hecho aparezca delictuoso (75).

Vista así la *necessitas obediendi* como causa de licitud, es clara su inoperancia en el secuestro, tanto en su esquema simple como calificado porque presuponiendo siempre el ejercicio de una función pública al tiempo de la acción, jamás se satisfaría la calificación exigida en el sujeto activo, quedando el hecho al margen de las previsiones típicas y si, por otra parte, ordenador y acatante actuaran como meros particulares, saldrían de los presupuestos de obediencia jerárquica.

Ejercicio de un derecho. Si el ordenamiento jurídico impone deberes, correlativamente confiere derechos (*facultas agendi*), aunque al ejercitarlos se lesionen intereses jurídicos de terceros, siempre y cuando

(75) Cfr. CASTELLANOS, Fernando. Op. cit. pág. 450.

se satisfaga un fin justo. Con esta limitación vale ratificar la vigencia del aforismo: A nadie agravia - quien usa de su propio derecho (qui suo iure utitur ne minem leadit) (76).

Por tal razón, no es lícito el secuestro simple - cuando se lleva a cabo un ejercicio o una facultad legalmente otorgada (77), como la privación de la libertad sufrida por los menores de 18 años no emancipados - pero mayores de 12, por obra de la potestad correctiva de los padres o tutores (ius corrigendi) en su ejercicio, empero, debe discurrir dentro de los límites fijados por el Código Civil, esto es, en el cauce de la me sura y al solo efecto de procurar el interés educacional colectivo, primordial sobre la libertad del menor - reprimido. No hay dirección sin castigo sentencia Tejera Jr. (78), aunque nosotros complementaríamos la frase diciendo no hay dirección sin autoridad ni autoridad sin poder coactivo.

Esta causa, por su propia naturaleza carece de poder para dar licitud a las circunstancias descritas en las fracciones I, II, III, IV y V del artículo 366, - distantes de armonizar con el derecho legítimamente - ejercitado.

Su efecto es palmario, en cambio, en la hipótesis

(76) MAGGIORE, Giuseppe. Op. cit. pág. 393.

(77) Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. cit. pág. 361.

(78) Cfr. TEJERA, Diego Vicente. Op. cit. pág. 192.

de la fracción VI, como sería el secuestro con el fin correctivo impuesto al educando menor de 12 años por su maestro, en ejercicio del *ius corrigendi* delegado y reconocido por una notable corriente doctrinal (79), obviamente, los padres y tutores también pueden ejercerlo en este supuesto, pero tal acción no opera como causa de licitud, sino de atipicidad.

Consentimiento del interesado. El consentimiento también tiene el poder de impedir la generación del injusto, en determinadas condiciones, sin embargo, Jiménez de Asúa piensa distinto y en forma sintética la encuadra en el único mérito de "destruir el tipo" (80), aserción parcialmente verdadera porque ello acontece sólo si el tipo lo utiliza en su construcción, mas no cuando la contiene en su inteligencia en cuyo caso, ejecutado el hecho concreto, la adecuación típica permanece firme sin alteración alguna, imponiéndose la necesidad de buscar su presencia en el campo de la valoración objetiva y dejada atrás la tipicidad.

En efecto, el consentimiento posee la virtud de conformar al derecho algunas conductas típicas donde la nota de ilicitud pende del consentimiento del interesado. Luego, cuando su manifestación de voluntad es fiel imagen del tipo, se funde con la voluntad de la

(79) Cfr. ANTOLISEI, Francesco. Op. cit. pág. 205.
(80) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit. pág. 287.

ley, irrumpiendo la acción del derecho-habiente en el sector de lo jurídicamente potestativo, sin producirse lesión alguna. De esta suerte la armonía colectiva, de terminaría la ausencia del interés estatal a la represión.

Pero la eficacia del consentimiento es finita, - porque si bien las normas de derecho amparan los parti culares intereses de las personas individualmente consideradas, protegen con prioridad los del grupo social razón bastante para fijar a los titulares el límite de disposición sobre sus derechos, a la luz de los idea les valoratorios de la colectividad, barrera jurídica donde el interés personal se funde. Ante esta realidad incontestable, hoy no puede sostenerse la validez plenaria si el caso concreto pugna contra el interés gene ral (81).

De este modo, el consentimiento puede ser eficaz cuando la tutela responde a un derecho subjetivo priva do; pero será inoperante en absoluto, si el protegido es su interés público aun cuando simultáneamente coincida con un derecho individual, por cuanto la tutela - no agota su fin en esa facultas optandi, sino en un in terés jurídico superior, el social (82).

(81) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit. pág. 314.

(82) Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Antijuridicidad. Op. cit. pag. 312.

En el secuestro simple la peculiar naturaleza del objeto jurídico tutelado es decisiva para la eventual eficacia del consentimiento. La libertad ambulatoria es un bien disponible, en cuanto representa un derecho reconocido por el Estado exclusivamente para garantizar su libre goce al individuo. No debe hablarse por tanto, de abandono, enajenación o renuncia, sino del ejercicio de la facultad inherente a tal derecho (83).

Basados en este criterio, consideramos lícito el encierro consentido en una biblioteca durante el desarrollo de un trabajo o en una clínica para observación científica, no obstante el encuadramiento del hecho al prototipo del artículo 364 fracción I; pero en todo caso la privación deberá tener un límite racional, puesto a tono con los ideales valorativos de la colectividad.

La aquiescencia del titular, en cambio, carece de influjo en el secuestro calificado del artículo 366 porque la intensidad de privación deducida de sus fracciones I, II, III y V mermarían notablemente la potestad liberatoria, lejos de consonar con el interés público de la sociedad; y en la fracción VI, además, porque el consentimiento del menor es inoperante, atento a la presunción de involuntariedad, si bien el de los

(83) Cfr. CASTELLANOS, Fernando. Op. cit. pág. 253.

padres o tutores puede actuar como dirimente eficaz. - Sólo en la hipótesis de la fracción VI es factible su operancia si tiene por objeto la permanencia razonable en un retiro enclavado en un paraje solitario, con fines de salud o para realizar una obra artística o literaria, por ejemplo, para la determinación de su validez siempre reclamará valorar con hondura la concreta situación del hecho, mirando a la incolumnidad social (84).

El consentimiento, sin embargo, ha de ser otorgado exento de vicios y espontáneamente por sujeto capaz con anterioridad a la privación de la libertad, y subsistir todo el período consumativo, siendo revocable en cualquier momento dada su naturaleza precaria. De aquí la irrelevancia de su manifestación, porque al no identificarse con la tolerancia de la acción ya ejecutada, significaría sólo un perdón sin efecto alguno (85).

C) ATIPICIDAD.

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad, se traduce en la no adaptación de una conducta a un tipo penal concreto, denominado técnicamente atipicidad, en virtud de la cual surge la imposibilidad ju

(84) Cfr. CARRARA, Francesco. Op. cit. pág. 242.

(85) Cfr. ANTOLISEI, Francesco. Op. cit. pág. 216.

rídica de reprimir el hecho, aun siendo repudiable, no hay delito sin tipicidad.

En la privación de la libertad sólo habrá atipicidad por dos causas: porque el agente no sea un particular o la acción no recaiga sobre una persona física. - En el primer caso no se integrará este delito, si bien el hecho encajará en el tipo de abuso de autoridad. En el segundo caso no se producirá delito alguno, si el objeto material es una cosa, o si se quiere emplear una contradicción en el término, se dará el delito imposible; pero si la acción recae sobre el cuerpo de un difunto, el hecho se ajustará al tipo de profanación de cadáver.

En cuanto al secuestro calificado habrá atipicidad cuando el hecho no se adecúe al prototipo, aunque se dé algún elemento constitutivo de cualesquiera de las circunstancias estudiadas o habiendo conformidad con aquél, no satisfaga alguna de éstas.

CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL TIPO.- El tipo del artículo 364 fracción I pertenece a la clase de delito tipo porque se presenta en su puro modelo legal, estructurado solamente por elementos esenciales del delito.

Es un tipo cerrado porque lleva en sí mismo todas las características del secuestro simple, sin necesidad de recurrir a complementos de otros dispositivos.

Su índole fundamental y plena independencia respecto del elenco típico, la identifican con el tipo básico, porque la sola lesión del bien jurídico protegido es suficiente por sí misma para integrar el delito.

El tipo puede ser realizado por cualquier medio, siendo idóneo es, por tanto, un tipo de formulación libre.

Dada su calidad de delito permanente, el tipo es - compuesto, por cuanto pertenece a él no solamente la - producción, sino también el mantenimiento de la situación antijurídica (86).

Es tipo simple, en contraposición al complejo, - porque su efecto abraza a un solo bien jurídico (87).

Y es anormal, atenta referencia a los elementos - normativos.

El tipo de secuestro contenido en el artículo 366 asume los caracteres del delito circunstanciado, porque además de constar de los elementos del tipo neto, - se presenta acompañado de los accidentales.

Se trata pues, del mismo delito simple, pero agravado por la adición de circunstancias específicamente previstas en sus fracciones que aumentan la intensidad antijurídica de la conducta tipificada y tienen el -

(86) Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Programa - de la Parte General del Derecho Penal. Op. cit. - pág. 274

(87) Cfr. ibidem, pág. 425.

efecto de alterar en más la escala penal, respecto del arquetipo, tomando el nombre de calificado.

Este tipo, al derivar del básico tutela el bien jurídico y supone el mantenimiento de sus caracteres orgánicos; pero la presencia de sus circunstancias le dan vida propia y el poder suficiente para atraer hacia sus previsiones la privación injusta particularmente considerada, excluyéndola la aplicación del que tomó su origen. Es, por consiguiente, un tipo especial y no complementado.

A semejanza del prototipo, también es anormal, en virtud de las reiteradas referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto.

Atendiendo a su naturaleza causística, es un tipo mixto alternativo porque, está formado por varias especies del mismo caso o pluralidad de hipótesis, configuradas en los seis subtipos circunstanciados como modalidades equivalentes con variedades completamente permutables, constituyendo en conjunto, un cuadro cerrado e individualizado en su especialidad cualitativa.

Analizaremos las circunstancias de las fracciones del artículo 366, se presentan como subtipo fijo y como subtipos alternativos, en virtud de funcionar con elementos intercambiables de igual valor y alcance, basta la concurrencia de uno solo para que la circunstancia en tratamiento sea cumplida en el proceso de

subsunción.

Pero si bien los tipos circunstanciados tienen sus caracteres propios y cada uno por sí mismo puede dar vida al secuestro calificado, todos ellos están ligados por un vínculo interior que circunda el contenido del delito, en cuanto sustentan su base en el mismo núcleo central, la privación injusta, y llevan a un concepto común la agravación delictual, reuniéndose en una perfecta unidad externa y bajo una sola sanción penal.

D) INCULPABILIDAD.

De acuerdo con la posición adoptada, el autor será inculpable si al tiempo de la acción se efectuaron en su psiquis los elementos intelectual, en el caso de error, o el volitivo, en el de coacción; pero de ningún modo pueden quedar indemnes y sólo "carentes de relevancia valorativa ante la motivación irreprochable" como supone Sánchez Cortés (88).

El error implica un conocimiento falso, una representación extraviada acerca de un objeto cierto; la ignorancia, en cambio, una carencia absoluta del conocimiento respecto de un objeto determinado, mas como am-

(88) SÁNCHEZ CORTÉS, Alberto. Una Eximente que no se omitió en la Ley. Ed. Robledo. México, 1962. 1ª edic. pág. 28.

Los estados conducen en definitiva al conocimiento de la ilicitud de un acto concreto, se asimilan a los efectos jurídico-penales.

Sobre la eficacia exculpante del error iuris, existen serias divergencias doctrinales, sin embargo, nosotros se las negamos de plano porque en nuestro sistema jurídico a nadie es lícito ignorar la ley, luego a nadie beneficia su ignorancia.

El error facti lo clasificamos en esencial y accidental, vencible e invencible; el esencial incide en alguno de los elementos del tipo; el accidental sólo versa sobre modificaciones del hecho, sin alterar su esencia. El vencible lo es con un actuar diligente; el invencible no puede superarse aun extremando la diligencia.

De estos estados psíquicos, el único idóneo para producir la inculpabilidad es el error de hecho esencial e invencible, con sus variedades de eximentes putativas y la obediencia jerárquica, cuando el subordinado posee el poder de inspección y la orden no es vinculante, pero los hechos constitutivos de la misma los aprecia como lícitos, por un error con estas características. En todos estos casos la inculpabilidad es plena, porque si bien el sujeto obra antijurídicamente, procede en la creencia de actuar y, por tanto, des conoce la ilicitud de su conducta; sin embargo, convi

ne aclarar, subsistirá la forma culposa si el error de hecho, aun siendo esencial, era vencible o imperfecto, según denomina Soler (89).

En el secuestro simple, es posible la operancia del error exculpante, excepto el derivado de la relación jerárquica por las razones expuestas. En el ejemplo de Tejera Jr., el tapiador será culpable aun advirtiendo que pudiera quedar alguien encerrado sólo se asomo a la ventana, cuando aquél individuo yacía en la cama, porque si bien medió error esencial, también podía vencerlo; pero será inculpable si para cerciorarse entró a las diversas estancias de uso común, aunque el individuo dormido o inconsciente haya quedado atrapado en el sótano o azotea, habida cuenta de no ser estos lugares los usuales para esa clase de reposos.

De igual manera, será inculpable el imputado, si algún individuo al suponer injusto agresor y procede a detenerlo guiado por la falsa idea de intervenir en legítima defensa, cuando algún sujeto sólo estaba bromeando con un amigo; o si lo aprehenden en el momento de recoger una cartera del suelo, por haberse creído sorprenderlo "in fraganti" y cumplir un deber ejecutando la aprehensión, cuando en realidad levantaba la propia antes caída. Aquí, pues, el autor no ignoraba rea-

(89) Cfr. PORTE PETIT CANCAUDAP, Celestino. Importancia de la Dogmática Penal. Op. cit. pág. 52.

lizar la acción típica, pero cree obrar bajo el amparo de una causa de licitud.

En cuanto al secuestro calificado del artículo - 366, descartamos toda inculpabilidad por esta causa, - dadas las circunstancias sobre las cuales se yergue ca da sùbtipo, donde ningún error es lo suficientemente - poderoso para sobreponerse al elemento intelectual y - conducir al desconocimiento intelectual y al de la ili citud de hechos cuya gravedad exigen la conciencia ine quívoca de ejecutarlos; sin embargo, nuestra afirma- ción no alcanza a la hipótesis de la fracción VI, por- que estando fundada en una cualidad del paciente y no- en una especial disposición anímica del activo, el co- nocimiento de la ilicitud queda expuesto a ser afecta- do por un error exculpante evidenciando así la ausen- cia de intención criminal, acontecería en el caso del tapiador acabado de analizar, si el encerrado resulta- tener una edad comprendida en la calificación o en la hipótesis de quien llevara consigo a un menor creyén- dolo su hijo, cuando legalmente no lo fuera.

La vis compulsiva. No obstante el conocimiento de la ilicitud de su conducta, el autor será inculpable - si obra constreñido por una fuerza moral, con efecto - de engendrar en su ánimo el temor fundado e irresisti- ble de sufrir un mal inminente y grave en su persona, - porque ante una seria amenaza el dominio volitivo se -

paraliza y somete al sujeto a la voluntad ajena compeliéndolo a tomar la decisión contra ius como único medio de evitar el injusto daño por venir (90).

Como se ve, el fundamento de la exculpante descansa, en un principio, en el temor infundido, pero ésta a su vez reconoce su origen racional en la vis compulsiva cuya actuación disminuye la facultad de querer al privar la voluntad de su poder electivo, quedando el sujeto entre dos caminos, por uno de los cuales ha de ir fatalmente. De aquí el decaimiento, porque bajo una conturbación psíquica tan grave de la voluntad siempre estará exento el dolo, perdiendo así su relevancia como expresión genuina de espontáneo querer. En efecto, para la integración sólo se requiere la libertad del querer, no bastando el mero querer y no es libre la voluntad cuando está cohibida por la necesidad de evitar un perjuicio mayor (91). Así pues, la violencia moral no anula la voluntad de realizar el hecho delictuoso, más la intención de producirlo; el sujeto coaccionado podrá querer la conducta, pero jamás el resultado, afectándose de tal modo el elemento volitivo.

La exculpante, en consecuencia, halla su causa prima en una caución relevante, para apreciar su existencia es indispensable valorar los bienes en conflic-

(90) Cfr. ANTOLISEI, Francesco. Op. cit. pág. 297.

(91) Cfr. ibídem. pág. 345.

to y la seriedad de las amenazas y, en general, aplicar el criterio determinativo del estado necesario o tal vez indispensable (92).

En esta causa extraordinaria de culpabilidad puede operar el secuestro simple, tanto en sus modalidades de acción como de comisión por omisión. Quien con voluntad quebrantada por compulsión de un tercero detenga a otro, o en las mismas condiciones deje de ejecutar la acción esperada, indiscutiblemente será inculpable y en todo caso la responsabilidad moral recaerá sobre el autor mediato.

No podemos admitir su operancia, sin embargo, en las hipótesis del secuestro calificado, descritas en las fracciones I, II, III, IV y V del artículo 366, porque en un ánimo perturbado en esa intensidad, no es posible la generación del propósito criminal específico requerido por cada circunstancia. Esos momentos psicológicos se excluyen recíprocamente; un sujeto invadido por el temor de sufrir el daño amenazado, ejecutaría el hecho externo, pero su actividad material estaría despojada en la faz subjetiva, fundante de la calificación. En cambio, su eficacia es palmaria en el supuesto de la fracción VI, porque estando calificado sólo por la minoría de edad, el hecho objetivamente de

(92) MAGGIORE, Giuseppe. Op. cit. pág. 428.

lictuoso se agotaría con el despliegue de la conducta-violentada.

E) INIMPUTABILIDAD.

La condición de inimputable escapa por adelantado a todo examen de culpabilidad, porque obviamente no se puede reprobar a quien no es capaz de reprobación (93). Por esto, si el sujeto carece del minimum de salud y -madurez mentales para entender y querer, después de -tal conclusión, investigar el contenido subjetivo del-hecho, no pudiendo hablar de secuestro simple o califi-cado, a pesar de su típica ilicitud.

La imputación es siempre atraída por el sujeto, -necesariamente su esencia se agotará al declararlo im-putable o inimputable ante el caso concreto, como acon-tece con todos los autores de conducta típica, sea -cual fuere la hipótesis delictiva contemplada.

Siguiendo el sistema de excepción a la regla, la ley establece cuándo el sujeto no es imputable. El artículo 15 fracción II consigna los trastornos mentales o desarrollo intelectual retardado que impida compren-der el carácter ilícito del hecho. El miedo grave pre-visto en la fracción VI puede tener igual fuerza efi-ciente, en cuanto produzca la inconciencia un verdade-

(93) ALIMENA, Bernardino. Op. cit. pág. 110.

ro automatismo en el sujeto (94).

En tratándose de inimputables, víctimas de alguna anomalía mental permanente y los menores de 18 años, - incapacitados per legis, debemos estar a lo preceptuado en los artículos 67 a 69 y 119 a 122 del Código Penal, regulación terminante y sin excepción alguna (95).

F) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad. Luego, su eficacia fundada en razones de utilidad pública, sólo consiste en impedir la asociación de pena a un acto típico y antijurídico ejecutado culpablemente por sujeto capaz (96).

Ante su operancia, el delito permanece inalterable; pero queda excluida toda posibilidad de sancionar penalmente al autor por "utilitetas causa", no así a los copartícipes para quienes la imputación no decae y la pena se actualiza dada la naturaleza personal e intransferible de este auténtico perdón legal.

La ley, siguiendo una prudente política criminal, no estimó provechoso para la sociedad establecer causa absolutoria alguna tratándose del secuestro simple y -

(94) CASTELLANOS, Fernando. Op. cit. pág. 304.

(95) Cfr. ibidem, pág. 163.

(96) Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Importancia de la Dogmática. Op. cit. pág. 195.

con mayor razón negó este beneficio a los autores del delito calificado, dada la entidad considerable de la lesión al objeto jurídico tutelado, apreciada en todas sus hipótesis.

CAPÍTULO IV

VARIANTES DEL DELITO DE PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD CONSAGRADAS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

- 1.- ASALTO.
- 2.- SECUESTRO.
- 3.- ROBO DE INFANTE.

CAPÍTULO IV

VARIANTES DEL DELITO DE PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD CONSAGRADAS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

1.- ASALTO.

El delito de asalto aparece por vez primera en el Código Penal de 1931 vigente, sin que hubieran existido precedentes en los códigos penales anteriores.

Son los artículos 286 y 287 de nuestro Código Penal, los que se ocupan de este delito, el cual desde el punto de vista de su tipología, presenta dos formas diversas: una básica y otra especial. Además como se dejó asentado con anterioridad, dicha figura delictiva la encontramos incluida dentro del título relativo a los "Delitos contra la paz y la seguridad de las personas", donde además quedan tipificados los de amenaza y allanamiento de morada, siendo que su lugar corresponde a los delitos privativos de la libertad.

Tipo básico del delito de asalto.- Se encuentra descrito en el primero de los citados preceptos, consistente en "al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de violencia sobre una persona con el propósito de causarle un mal, obtener un lucro o de exigir su asentamiento para cualquier fin y cualquiera -

que sean los medios y el grado de violencia que se emplee, e independientemente de cualquier hecho delictuoso que resulte cometido, se le castigará con prisión de uno a cinco años" (1).

Tipo especial del delito de asalto o de penalidad agravada.- Los constituye el tipificado por el segundo de los citados preceptos que dice: "Si los asaltantes atacaren una población...", pues en tal caso la aplicación de la pena será de 20 a 40 años de prisión a los cabecillas o jefes y de 15 a 20 años de prisión a los demás (2).

2.- SECUESTRO.

Por lo que respecta a este ilícito, nuestro Código Penal señala:

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

"I.- Para obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a otra persona relacionada con aquella;

(1) CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edic. cit.- págs. 104 y 105.

(2) Idem, pág. 105.

"II.- Si se hace uso de amenazas graves, de maltrato o de tormento;

"III.- Si se tiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o con causarle un daño, sea a aquella o a terceros, si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza;

"IV.- Si la detención se hace en camino público o en paraje solitario;

"V.- Si quienes cometen el delito obran en grupo, y

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

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

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

"En caso de que el secuestrado sea privado de la vida, por su o sus secuestradores la pena será hasta de cincuenta años de prisión" (3).

(3) CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edic. cit.-
págs. 120 y 121.

3.- ROBO DE INFANTE.

La figura delictiva de la cual hacemos referencia en el presente inciso, no se encuentra tipificada en nuestro Código Penal como tal, sino más bien como una de las formas del plagio, establecido en el artículo 366 fracción VI, que a la letra establece:

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

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

"Cuando el delito lo cometa un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la pena será de seis meses a cinco años de prisión" (4).

Con criterio, se sostiene que la fracción VI del artículo 366 del Código Penal anteriormente transcrito, contiene una figura de delito perfecta por agotar la descripción de la conducta. Contiene, en efecto, referencia al sujeto activo, al pasivo y a la acción. Esta última consiste en "robar", la cual ha de ser entendida no en sentido jurídico, identificándola con el

(4) CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edic. cit. - pág. 121.

apoderamiento de cosa mueble, a que alude el artículo 367 del Código Penal, sino en sentido teleológico, es decir, finalista. Como dice certeramente Jiménez de Asúa, en la interpretación teleológica juega un papel importante el bien jurídico tutelado. Ahora bien, como el robo de infante no se halla colocado bajo el rubro de los delitos patrimoniales, resulta inconcuso que, en ningún caso podrá ser identificado, ni en la totalidad de sus elementos, ni en alguno de ellos, con el robo descrito en el artículo 367 del Código Penal. Si, por otra parte, prosiguiendo con las reglas de la interpretación teleológica, tomamos en cuenta que ésta consiste en desentrañar la voluntad de la ley, se llega a la conclusión de que si el bien jurídico tutelado en la especie, es el derecho de guarda sobre el menor, dicho bien se lesiona por el solo hecho de que tal menor en virtud de un acto voluntario del sujeto activo-pase a la esfera de guarda de éste.

Es indispensable, por razones de seguridad jurídica, reformar el Código Penal vigente; con urgencia se reclama la tipificación del delito de robo de infante en sus diversos aspectos, para sancionar con estricta-legalidad este acto reprobable éticamente, pero que en la actualidad no cae dentro del ámbito punitivo; la sociedad no debe encontrarse sin protección por tal omisión legislativa.

Pugno igualmente, porque se suprima la expresión "robo de infante", técnicamente incorrecta, y se sustituya por "substracción, retención, ocultación e introducción de infantes"; que se excluya de los delitos en contra de la libertad de las personas, integrándose para tal fin un capítulo que podría denominarse: "Delitos en contra del derecho de guarda y custodia de los infantes", dentro del Título Décimo Sexto al que se le denominaría: "Delitos en contra de la familia", dejándose en capítulo separado lo relativo a los "Delitos en contra del estado civil y bigamia", máxime que, como ya lo dije, la fracción IV del artículo 277, hace referencia a la ocultación de infante; determinarse a quiénes deben considerarse extraños a la familia del menor, diferenciar la penalidad en cada caso, atendiendo preponderantemente a los móviles, con lo cual se lograría operasen la libertad provisional y el beneficio de la condena condicional; aceptando la posibilidad de conceder la libertad preparatoria.

CAPÍTULO V

LA PARTICIPACIÓN DENTRO DEL DELITO OBJETO DE ESTUDIO.

- 1.- AUTOR INTELECTUAL.**
- 2.- AUTOR MATERIAL.**
- 3.- COPARTICIPACIÓN.**
- 4.- ENCUBRIMIENTO.**

CAPÍTULO V

LA PARTICIPACIÓN DENTRO DEL DELITO OBJETO DE ESTUDIO.

1.- AUTOR INTELECTUAL.

De acuerdo con Carrancá y Trujillo, se consideran como autores intelectuales de un delito "a quienes no realizan por sí un delito pero logran que otro lo ejecute, usando para ello medios eficaces que no lleguen a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido" (1).

Manzini dice: "Para juzgar de la eficacia del medio empleado convendrá examinar la naturaleza de las relaciones entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la determinación, el grado de la fuerza de voluntad de cada uno de ellos, la más o menos fácil sugestibilidad del sujeto pasivo, etc. Una larga e insistente obra de persuasión, una mirada o un signo expresivo, una palabra convencional, una burda imposición, una clara proposición, un discurso de doble sentido, un sorteo consensual o una designación arbitraria (como en las sociedades secretas), una incitación demagógica (como en muchedumbres tumultuarias), y así sucesivamente

(1) CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit. pág. 502.

te, son todos ellos medios con los cuales se puede determinar a otro al delito y asumir consecuentemente su responsabilidad, cuando en realidad se haya conseguido formar en el ánimo ajeno el propósito (o la aceptación) de cometer un cierto delito" (2).

"Es autor intelectual el que concurre a la comisión del delito, determinando su comisión con la expresión de su voluntad o de su propósito, pero sin realizar actos materiales de ejecución" (3). Existen varias clases de autores intelectuales, como el que concurre al delito por medio de la orden o el mandato, tomando a este último en su acepción lata y no restringida al poder jurídico; también los encontramos como consejeros; aunque no toda persona que aconseja la comisión de un delito es el causante del mismo, puesto que en ocasiones únicamente afirma la voluntad criminal determinada por el agente material del delito, es por ello que la doctrina establece como elemento esencial para considerar al consejo como autoría intelectual, que sea la causa que determine la comisión del delito en ausencia de otras.

Nos adherimos al certero criterio sustentado por el Código Penal, que señala como autor intelectual a

-
- (2) MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Ediar Editores. Buenos Aires, Argentina, 1940. 3a.edic.- Pág. 318.
 - (3) ABARCA, Ricardo. El Derecho Penal en México. Ed. - Cultura. México, 1984. Pág. 157.

toda persona que acuerda o prepara la realización de un delito.

En el delito de privación ilegal de la libertad, cualquier persona puede ser autor intelectual, puesto que únicamente se requiere que acuerde o prepare la realización del mismo.

2.- AUTOR MATERIAL.

"Es autor material el que por sí mismo ejecuta los actos externos descritos por la ley como elementos del delito" (4).

Consideramos como autor material, a toda persona que comete la actividad externa tendiente a la realización del hecho típico, dicha actividad se encuentra dentro de la fase ejecutiva.

En consecuencia, el autor material puede ser cualquier persona o grupo que realiza por sí la privación ilegal de la libertad.

3.- COPARTICIPACIÓN.

"La coparticipación se presenta, primeramente, desde el punto de vista objetivo, el de la concurrencia real de los delincuentes cuyos actos externos coo-

(4) ABARCA, Ricardo. Op. cit. pág. 190.

peran a los fines del propósito criminal que los inspira. Pero, al afirmarse la doctrina sobre esta cuestión palpitante del derecho y de la criminología, se busca el lazo de unión entre los diversos delincentes que concurren al delito, no en la actividad externa que los une, sino en el propósito y en el conocimiento de cada uno de ellos para la comisión del delito" (6). El artículo 13 de nuestro Código Penal federal indica que debe de existir un concierto entre los delincentes, es decir, un acuerdo de voluntades, para que exista la coparticipación, como sería el caso de una conspiración; pero este acuerdo de voluntades se expresa a menudo por los actos de ejecución, conforme al propósito que se hayan trazado. Esta es la circunstancia distintiva en la concurrencia de delincentes entre la coparticipación y otros fenómenos jurídicos, en los cuales, los actos externos de cada uno de los delincentes concurren a producir un hecho típico, sin que previamente se concierten las voluntades.

El fenómeno de coparticipación interesa fundamentalmente desde el aspecto de la penalidad, pues la interrogante estriba en que si a los cómplices y encubridores se aplicará una pena idéntica o menor que a los autores del hecho típico. Nuestro derecho, siguiendo -

(6) ABARCA, Ricardo. Op. cit. pág. 190.

el sistema tradicional o de común denominador, establece que es una sola figura delictiva la cometida, independientemente del número de personas que participen en la comisión de la misma, todos serán responsables, pero no en el mismo grado de culpabilidad, en razón de que algunos serán autores, otros cómplices y otros tendrán el carácter de encubridores. Por consiguiente, la pena se determina por el grado de participación que individualmente tengan en la comisión del ilícito.

En el delito de privación ilegal de la libertad se presenta la coparticipación, tan es así que nuestro Código punitivo así lo señala en la fracción V del artículo 366. En una forma muy clara, sin decir con esto que sólo en este caso se pudiera dar, sino únicamente para ejemplificar con mayor claridad.

4.- ENCUBRIMIENTO.

En esta materia la ley adopta un sistema mixto, considerándolo una forma de participación en el artículo 13 y como delito autónomo en el artículo 400. En el primer caso, la conducta de encubrir consiste en ofrecer auxilio a los delinquentes, para después de ejecutado el delito; pero como el pacto es anterior al hecho delictuoso, la sola promesa constituye, en sí misma, el aporte a la ejecución del delito y el vínculo -

causal con el prominente. La ley silencia el acuerdo - previo, así debemos interpretarlo, porque de otra manera estaríamos en las previsiones del encubrimiento como delito, como advertimos, sino un auxiliador subsequens, sobre quien recae la imputación no por el hecho post delictum, sino por la ayuda preordenada, sin cuya promesa quizá no se hubiera ejecutado el delito (7).

Ambas formas pueden operar tanto en el secuestro simple como en el calificado. Si antes de iniciarse el delito, un individuo acepta asilar al secuestrador una vez agotado y liberar a la víctima, será partícipe del secuestro en los términos de la fracción VI del artículo 13; pero si realiza la misma actividad sin haber mediado previo concierto, su conducta encuadra en el tipo descrito por el artículo 400 fracción VI de nuestro Código Penal vigente, como auténtico encubrimiento, siempre conexo al delito de privación ilegal de la libertad.

(7) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÓA, Luis. Op. cit. pág. 218.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La libertad es un derecho de todo ser humano que bajo ningún motivo puede ser restringida por distinción de raza, sexo, color, religión, edad, etcétera.

SEGUNDA.- La privación de la libertad consiste en no permitir el traslado de un lugar a otro a una persona, o bien, permitirlo dentro de un área restringida.

TERCERA.- La privación de la libertad únicamente procederá en los casos previstos por la ley, realizando los actos, formas y formalidades esenciales que la misma establece.

CUARTA.- La privación ilegal de la libertad se realiza cuando un particular detiene a otro, siempre que la ley no determine que lo pueda hacer.

QUINTA.- El delito de privación ilegal de la libertad únicamente podrá ser cometido por particulares y en perjuicio de otros particulares, puesto que un funcionario público no podrá cometer dicho delito, por que a nuestro juicio, éste se convertiría en abuso de autoridad.

SEXTA.- Por lo que respecta a la fracción I del artículo 364, la podemos considerar como un secuestro simple; y el artículo 366 como un secuestro calificado.

SÉPTIMA.- El llamado robo de infante debe ser cambiado en cuanto a su denominación, puesto que no existe el mismo, ya que para que se configure el robo genérico, se debe apropiarse de cosa ajena mueble, y el infante no entra en esta categoría, siendo imprecisa dicha denominación, pudiéndose llamar simplemente secuestro de infante.

OCTAVA.- En cuanto a la fracción VI del artículo 366, debe ser reformada la calidad del sujeto pasivo, es decir, del menor y no ser de 12 años, sino de 18 años de edad, en virtud de que es entonces cuando se adquiere la mayoría de edad y, con ello, un criterio más amplio, así como una fuerza física mayor, que en determinados casos pudiera repeler la agresión del secuestrador; tampoco estamos de acuerdo con la pena privilegiada que se le concede al sujeto activo cuando es familiar y realiza la conducta típica, ya que creemos que no debe importar quién sea el agresor, sino que se debe de cuidar el bien jurídico protegido, que en este caso es la privación ilegal de la libertad del menor.

NOVENA.- En la privación ilegal de la libertad se puede dar la autoría tanto intelectual como material, - asimismo la coparticipación y el encubrimiento.

DÉCIMA.- La penalidad de la privación ilegal de - la libertad debe ser aumentada al máximo permitido por nuestra ley, ya que como se puede observar, se encuentra regulada tanto en la fracción I del artículo 364 - como en el artículo 366 del Código Penal, así como en el artículo 11 de nuestra Carta Magna, que consagra la libertad de tránsito de las personas.

B I B L I O G R A F Í A

- 1.- ABARCA, Ricardo. El Derecho Penal en México. Ed. Cultura. México, 1984.
- 2.- ALINENA, Bernardino. Principios de Derecho Penal. Ed. Clásica Española. Madrid, 1915.
- 3.- ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal. Ed. Uthea. Buenos Aires, 1960.
- 4.- BALLWE PALLISE, Faustino. Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito. Ed. La Antorcha. México, 1951.
- 5.- BELING, Ernest Von. La Doctrina del Delito Tipo. Ed. de Palma. Buenos Aires, 1944.
- 6.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Robledo. México, 1955.
- 7.- CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal. Ed. de Palma. Buenos Aires, 1945.
- 8.- CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editora Jurídica Mexicana. México, 1963.
- 9.- CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Ed. Nacional. México, 1953.
- 10.- GÓMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Ed. Compañía Argentina Editores. Buenos Aires, 1940.
- 11.- GRAF ZU DOHNA, Alexander. La Ilicitud. Ed. -

Jurídica Mexicana. México, 1959.

12.- JIMÉNEZ DE ASÓA, Luis. La Ley y el Delito. - Ed. Hermes. México, 1959.

13.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Ed. Robledo. México, 1952.

14.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Antijuridicidad. Ed. Imprenta Universitaria. México, 1952.

15.- LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. - Ed. Reus. Madrid, 1929.

16.- LÓPEZ GOICOECHEA, Francisco. Código Penal Comentado. Ed. Lumen. México, 1962.

17.- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Ed. Temis. Bogotá, 1954.

18.- MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Ed. Editores. Buenos Aires Argentina, 1948.

19.- NÓNEZ, Ricardo C. Derecho Penal Argentino. - Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.

20.- PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal-Concordado y Comentado. Ed. Manuel Tello. Madrid, 1888.

21.- PETROCELLI, Biagio. La Antijuridicidad. Rev. de la Facultad de Derecho. UNAM. México, 1963.

22.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Ed. Gráfica Paname-ricana. México, 1954.

23.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Programa - de la Parte General de Derecho Penal. Ed. Porrúa. Méxi

co, 1980.

24.- PUIG PENA, Federico. Derecho Penal. Ed. Gráfica. Madrid, 1955.

25.- REYES NAVARRO, Angel. Ensayo sobre la Preter-intencionalidad. Ed. Jus. México, 1949.

26.- SÁNCHEZ CORTÉS, Alberto. Una Eximente que no se omitió en la Ley. Ed. Robledo. México, 1962.

27.- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. - Ed. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1956.

28.- TEJERA JR., Diego Vicente. Delitos Cometidos con Ocasión del Ejercicio de los Derechos Individuales Garantizados por la Constitución. La Habana, 1930.

29.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1960.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

30.- DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. Ed. Espasa-Calpe. Buenos Aires, 1967.

31.- DICCIONARIO DE FILOSOFÍA. Ed. Océano. México, 1976.

32.- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Ed. Porrúa. México, - 1985.

33.- DICCIONARIO LAROUSSE USUAL. Ed. Larousse. México, 1985.

34.- ENCICLOPEDIA ESPASA-CALPE. Ed. Espasa-Calpe. Buenos Aires, 1944.

35.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Ed. Driskill. -
Buenos Aires, 1979.

LEGISLACION CONSULTADA

36.- CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ed. -
Porrúa. México, 1990.

37.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS-
MEXICANOS. Ed. Porrúa. México, 1991.