

881309
34



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL LOMAS VERDES

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

NUMERO DE INCORPORACION : 8813-09

ANALISIS DEL DELITO DE SECUESTRO Y
PROPUESTA CONCRETA DE UNA MEJOR
APLICACION EN LA LEGISLACION PENAL
DEL ESTADO DE MEXICO.

FALLA DE ORIGEN
EN SU TOTALIDAD

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GUILLERMO ZAYAS GONZALEZ

DIRECTOR DE LA TESIS;
LIC. MIGUEL ANGEL ACOSTA ABARCA

REVISOR DE LA TESIS:
LIC. YOLANDA GARCIA GUTIERREZ

NAUCALPAN DE JUAREZ, MEXICO. SEPTIEMBRE DE 1995

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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

I N D I C E

	Pagina
INTRODUCCION	01
CAPITULO I.-- BREVE RESEÑA HISTORICA DEL DELITO	04
A)-- VENGANZA PRIVADA	05
B)-- VENGANZA DIVINA	07
C)-- VENGANZA PUBLICA	08
D)-- PERICLO HUMANITARIO	09
E)-- PERICLO CIENTIFICO	11
1.1.-- ROMA	12
1.2.-- GRECIA	16
1.3.-- ESPAÑA	19
1.4.-- FRANCIA	21
1.5.-- MEXICO	23
1.5.1.-- EPOCA PRECORTESIANA	23
1.5.1. a)-- LOS MAYAS	24
1.5.1. b)-- LOS AZTECAS	25
1.5.2.-- EPOCA COLONIAL	30
1.5.3.-- EPOCA INDEPENDIENTE	35
1.5.4.-- EPOCA CONTEMPORANEA	41
 CAPITULO II.-- ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORIA DEL DELITO FRENTE AL SECUESTRO EN GENERAL	 47
2.1.-- EL DELITO Y SU DEFINICION	47
2.2.-- LA CLASIFICACION DEL DELITO EN ESTUDIO	52
2.3.-- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO	57
2.3.1.-- LA CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO	58

FALLA DE ORIGEN

	Pagina
2.3.2.- EL TIPO Y SU AUSENCIA	62
2.3.3.- LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION	65
2.3.4.- LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INculpABILIDAD	68
2.3.5.- LA FORTALIDAD Y CAUSAS ABSOLUTORIAS	70
CAPITULO III.- EL SEQUESTRO EN LA LEGISLACION PENAL DEL ESTADO DE MEXICO	74
3.1.- DESCRIPCION GENERAL DE SU TIPO	74
3.2.- LOS BIENES JURIDICOS TUTELADOS	77
3.3.- ELEMENTOS ESSENCIALES Y SUS CARACTERISTICAS	79
3.4.- SEQUESTRO EQUIPARADO	83
CAPITULO IV.- LA DESPENALIZACION DE QUIEN PAGA EL RESCATE	86
4.1.- PRESENTACION DEL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO	88
4.2.- LA VIDA, LA LIBERTAD Y LA INTEGRIDAD FAMILIAR COMO BIEN JURIDICO PREPONDERANTE A QUERRIR	92
4.3.- OBLIGACIONES DE LOS FAMILIARES SEGUN EL CITADO ARTICULO	94
4.4.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION, LA INculpABILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS FRENTE A QUIEN PAGA EL RESCATE	96
CONCLUSIONES	99
BIBLIOGRAFIA	102

FALLA DE ORIGEN

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

El area que debe cubrir en su estudio el Licenciado en Derecho, es muy basta; el presente trabajo que se elaboró con dedicación y cuidado, se agrote a la consideración de este honorable jurado, versa sobre una parte de ese gran compendio del derecho, contrandose precisamente en una de esas dos ramas -- en que se ha bifurcado el mismo , siendo en el derecho público y a su vez en una de las subdivisiones que al mismo se han hecho; el derecho penal, que como lo define el ilustre maestro RAFAEL ROGINA VILLEGAS, en su compendio de derecho Civil "es la rama del derecho Público que determina cuales son los hechos punibles o sanciones respectivas y las medidas preventivas para defender a la sociedad de la criminalidad." Y como lo hace FORTE PETIT al afirmar que el Derecho Penal; .. "Debe de entenderse como el conjunto de normas jurídicas que prohíben conductas o hechos u ordenan ciertas conductas, bajo la amenaza de una sancion."

Efectivamente es en este derecho corrector de la conducta humana donde concentré mi atención para desarrollar el presente trabajo y que sin la realidad encontrada en el maestro, en la escuela y en la practica profesional, no se pudiera llegar a tal afirmación.

Debido a que la última parte del último párrafo del artículo 268 del Código penal en vigor para el Estado de México, sanciona como conducta típica

FALLA DE ORIGEN

ca de un delito, al particular que pague rescate al plagiario; situación que nos consideramos, es contraria a derecho.

Tal afirmación es en virtud, de que como lo analizaremos en las líneas que nos ocuparan en el presente trabajo, ya que, al bien jurídico que se tutela en el delito de secuestro en la legislación penal del Estado de México, - es sin duda, la Libertad, Seguridad e integridad de la persona, y el hecho de pagar el rescate por el secuestrado, por parte de un particular, que siempre recae en un familiar o un tercero allegado al mismo; significa, que también contribuye a la protección del bien jurídico que se tutela.

En este sentido espesaremos desarrollando una breve reseña histórica del delito, en forma general, para luego hacer una especial referencia de nuestro derecho penal en las diferentes épocas, como son la Colonial, Independiente y contemporánea.

Analizaremos los elementos de la teoría del delito frente al secuestro en general, dando a conocer su definición, así como su clasificación, en consecuencia se estudiarán, la conducta, la tipicidad, la antifijurisdicción, la imputabilidad, la culpabilidad y por último la Punibilidad como elementos positivos, por lo que se refiere a los aspectos negativos los abordaremos relacionándolos con los primeros, con el fin de ampliar la crítica a la legislación actual del Estado de México.

Luego entonces, se presentará la redacción del Artículo 268 de la legislación Penal del Estado de México, así como la descripción general de su tipo y estableceremos el bien jurídico tutelado por la norma, para someterlo a nuestro tema, en un sentido justificado, analizando sus elementos esenciales y sus características sin olvidarnos de observar al secuestro equiparado.

Por último centraremos nuestro estudio proponiendo la despenalización de quien paga el rescate, para lo cual, como ya se dijo, se pondrá especial atención al último Párrafo del Artículo en estudio, reafirmando, la vida, la libertad y la integridad familiar como bien jurídico preponderante a cubrir, para finalizar comentando las obligaciones de los familiares según el citado artículo y las causas de justificación, la inculpabilidad y las causas absolutorias frente a quien paga el rescate, con lo que estableceremos nuestra propuesta, despenalizando EL PAGO QUE HACEN LOS PARTICULARES O FAMILIARES DEL SECUESTRADO, para tener una mejor aplicación de la Legislación Penal del Estado de México.

CAPITULO I. BREVE RESUMEN HISTORICA DEL DELITO.

Para hablar de la historia del delito es necesario, hacer antes una reflexión filosófica acerca de la naturaleza humana, no podemos entrar en esta, sin antes ubicarnos e introducirnos al tema, por lo tanto, en este orden empezaremos por decir que el delito no tiene un origen específico o determinado en alguna cultura o pueblo de la antigüedad, sino que el delito se entiende como una manifestación de la conducta humana en un medio social, esto es, que el hombre desde su origen ha sostenido una lucha constante ante las adversidades que encuentra en su camino, teniendo que pelear, luchar, destruir, vencer, matar y hasta morir por tratar de sobreponerse a las insidencias de la madre naturaleza y del medio natural y social que tuvo que adoptar como propio, y dado que dentro de dicho medio siempre ha existido una comunidad humana con la cual ha tenido que convivir, resultando irremediablemente intereses controvertidos entre los integrantes del grupo social, lo cual, dio origen a que el hombre en su afán de supervivencia y superación o acaso en defensa de sus intereses personales tuviera que enfrentarse a una lucha sin tregua, ni piedad con lo que resultarón las primeras conductas anticólicas y que posteriormente dieron margen a la prohibición de dichas conductas, por la misma comunidad, dándose así el origen más primario del concepto de delito, aclarando, que la clasificación de figura delictuosa --

dada a determinadas conductas humanas por los jefes o gobiernos del grupo o comunidad social, tuvo tal carácter, de ser considerado como delito, no cuando el hombre lo comenzo a cometer, sino hasta que la propia comunidad lo consideró como tal, y por lo tanto, al infractor de las mismas le asigne un castigo o pena, - que conforme a la evolución histórica de los pueblos y su indisciplinancia, es también la forma en que dicha pena se aplica a los delincuentes.

Por lo anteriormente dicho, mencionaremos la evolución de las ideas penales, toda vez que cualquiera que sea el pueblo o civilización que tratemos de estudiar, se encontrará en alguna de las etapas de la historia del derecho penal, presupuesto con sus características muy particulares entendiendo a sus costumbres, ideas, leyes, circunstancias económicas, políticas y sociales de cada uno.

Al respecto es de fundamental importancia un somero estudio de dichas etapas de la historia del derecho penal, y que son a saber; la venganza privada, la venganza divina, la venganza pública, el período humanitario y el período científico.

A).- VENGANZA PRIVADA.

Esta época también llamada por Santallano Tena "Epoca barbara o venganza de la sangre" se caracteriza por ser un antecedente de las estructuras jurídicas que posteriormente habrían de fundamentar la existencia del derecho penal o como nos dice en forma más precisa Ignacio Villalobos, "se trata de un an-

tecedente en cuya realidad funden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla." (1).

Pero no por lo anterior deja de ser importante su estudio, por el contrario, en esta etapa encontramos la necesidad que tenían las comunidades humanas de la creación de un sistema jurídico más evolucionado que viniera a poner fin a las injusticias, ya que esta etapa se caracteriza por la venganza de los delitos principalmente de "sangre" como son, el homicidio y las lesiones, mismas que al ser vengadas por el ofendido, originaron que el grupo o comunidad estableciera una medida a dichos excesos, aplicándose inicialmente como sanción, la expulsión del delincuente del grupo social, pero al ser aprobada de manera implícita la retribución como una forma de castigo, fue cuando se dió curso al exceso de la venganza por el ofendido, situación que en muchos casos, ocasionó que se destruyeran entre sí, familias enteras; de lo anterior nos comenta el maestro Pavon Vasconcelos: "tal situación obligó al grupo social a que por inercia social y justicia se limitaran dichos excesos y se aplicara la ley "del Talion" "Ojo por ojo, diente por diente", dándose en algunos pueblos más evolucionados, sistemas como el de la composición en el cual se vino a sustituir el mal de la pena mediante una compensación económica dada al ofendido o a la víctima del delito." (2).

Aunque cabe decir que existían algunos delitos públicos como la traición a la patria que no admitían composición y que se llegarán a castigar con la pena capital, como podemos ver, fué una época bastante primitiva e incipiente en principios de justicia, y por lo tanto, no menos bárbara, sin embargo, queremos precisar que los castigos asignados como venganza privada (pena), nunca dejaron de tener el consentimiento de la comunidad, observándose una aprobación moral

 (1).- VILLALOBOS, IGNACIO: "La CRISIS DEL DERECHO PENAL EN MEXICO"; Editorial Jus Edición 1948, Pág. 33.

(2).- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO: "MANUAL DE DERECHO PENAL"; México, Editorial - Porrúa, S.A., 1974, Pág. 38.

del grupo a dichas penas, como lo dice el maestro Castellanos Tena con las siguientes palabras: "solo tiene relevancia, como equivalente de la pena actual, - la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole su derecho a ejercerla." (3).

B).- VENGANZA DIVINA.

En esta etapa de la evolución de las ideas penales, se observa claramente como los pueblos giran sobre una organización teocrática, funden los conceptos de religión y derecho, dándose de hecho mayor importancia a la explicación teológica o divina de las cosas; por lo que se encontró en la actividad delictiva del ser humano, una ofensa a la divinidad, de tal suerte, que la imposición de la pena tiene un carácter expiatorio, esto es, si en un principio la venganza privada dió pauta a que el hombre reaccionara de manera instintiva a la agresión de sus congéneres, una vez que éste supera ese estado instintivo, la comisión de los delitos es interpretada como una ofensa a la divinidad y los representantes de la comunidad, que a su vez eran los encargados de imponer y aplicar las penas y eran los representantes de dios en la tierra, se encargaban de aplicarlas al delincuente y así aplacaban el enojo de la divinidad; es así como en este sentido nos ilustra el maestro Pavón Vasconcelos, al decir que: "El derecho de castigar (Jus Puniendi) proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a ésta. La pena, en consecuencia, esta encaminada a borrar el ultraje

(3).- CASTELLANOS TENA, FERNANDO: "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL"; México, Editorial Porrúa S.A., Edición 1976, Página 32.

FALLA DE ORIGEN

a la divinidad, a aplacar su ira, identificándose para el delincente, como el medio de expiar su culpa." (4).

C).- LA VENGANZA PUBLICA.

Esta etapa se gestó cuando los pueblos más interesados en cuestiones políticas acerca del estado, crean sus propias leyes y tribunales y las aplican en nombre y para salvaguardar a la colectividad, pecando de inhumanas, ya que bajo el pretexto de conservar a como de lugar la tranquilidad pública, imponían sistemas represivos, severos e inhumanos, sirviendo las penas y torturas más crueles de las cuales tenga conocimiento la humanidad; es así como la administración de Justicia se torna elitista, siendo reflexible y benevolente para la clase económicamente pudiente y aplicándose con todo el rigor y muchas veces sin fundamento legal alguno, contra los desvalidos, atentando muchas veces contra la libertad del ser humano.

Lo antes expuesto, se desprende de las palabras tomadas del maestro Carranca y Trujillo, al Decir que: " En este periodo la humanidad agudó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento; la tortura era cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones o confesiones." (5).

(4).-PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO: "MANUAL DE...." Ob. Cit. Pág. 39.

(5).-CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL: "DERECHO PENAL MEXICANO"; México, Editorial Porrúa, S.A., Edición 1976, Página 60.

D).- PERIODO HUMANITARIO

Este periodo surge teniendo como marco la convulsión ideológica en el revolucionario siglo XVIII en Europa, y sus principales postulados surgen de la influencia de grandes pensadores de la época, entre los cuales encontramos como mas relevantes a Montesquieu, Rousseau y Voltaire, quienes como filósofos - que fuerón, revolucionaron diferentes campos del pensamiento humano y la materia Jurídica penal no iba a escapar de dicha influencia, dándose el caso de que César de Bonessana Marques de Beccaria, hizo que germinara la semilla del humanitarismo de la justicia social, de la técnica jurídica, del principio de legalidad, y de una política criminal en beneficio del reo, entre otras aportaciones derivadas de su obra "Tratado de los delitos y de las Penas", y que visieron a provocar una gran inquietud entre los juristas y pensadores de aquella época, quienes formaron fuertes grupos que presionaron para pagar por un sistema jurídico repressivo mas humanitario y técnico, y acabar así con viejos y obsoletos sistemas repressivos, caracterizados por su crueldad, severidad e injusticia.

De tal suerte que la obra de Beccaria y su mérito estriba en que al ser difundida provocó una reacción encadenada entre sus contemporáneos y discípulos.

Añ tenemos que dicho período se caracteriza por los postulados siguientes que nos consta el maestro Castellanos Tena y que fueron tomados de la obra de Beccaria: "A).- El derecho a castigar se basa en el Contrato Social y por lo tanto la justicia humana y la divina son independientes.

b).- Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes estas han de ser generales y solo los jueces pueden declarar que han sido violadas.

c).- Las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionaladas al delito y las mínimas. Nunca deben ser atroces.

d).- Los Jueces, por no ser legaladores, carecen de la facultad de interpretar la ley.

e).- El fin de la pena, es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres; y

f).- La pena de muerte debe ser prosrita por injusta; el contrato social no la autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual él mismo no puede disponer por no pertenecerle."(6).

De los anteriores puntos, se infiere la importancia de este movimiento, pues aunque tardó muchos años en prosperar de manera exitosa, pugó por la exclusión de torturas y crueldades innecesarias, exigió una mayor precisión de la ley y la existencia del principio de la legalidad para aplicar las penas al caso concreto, pugó por un sistema penitenciario más justo y menos viciado-- que procurara la readaptación del reo mediante la creación de hábitos de disciplina, educación y trabajo y un tratamiento más justo y adecuado para el reo.

(6).-CASTELLANOS TENA, FERNANDO; "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL"; México, Editorial Porrúa, S.A., 10a. Edición 1976, Pág. 36.

FALLA DE ORIGEN

E).- PERIODO CIENTIFICO.

Este periodo de hecho surge con las ideas del Marqués De Beccaria citado en el inciso anterior, pero se distingue del anterior periodo porque en este se aglutinan diferentes tendencias ideológicas y escuelas penales con -- las cuales no solo se perfeccionaron las ideas humanitarias iniciadas por Beccaria sino que además de pulir la estructura jurídica del derecho penal y darle un fundamento más técnico, se integran ciencias auxiliares del derecho penal, mismas que con un método causal explicativo (método inductivo), pretenden estudiar al delito como un hecho de la naturaleza y del hombre, pretendiendo darle una -- explicación científica y natural del mismo, y por ende, del tratamiento que debe darse al delincuente para su debida readaptación e integración a la sociedad.

destacan en este periodo las escuelas clásicas y positivas con -- sus más distinguidos representantes; por la primera, Francisco Carrara, Hegel, -- Kant, Rosagnoli, Von Faurbach entre otros, y por la otra, Lombroso, Ferri y Garó falo y otros pensadores que refuerzan ambas escuelas y que inclusive formarón -- otras escuelas.

Es prudente señalar que el periodo científico se encuentra vigente en todos los puebls, independientemente de su sistema jurídico penal, bug cuando mejorar día con día, aplicandose en cada país, en particular según sus medios económicos y según sus costumbres y leyes vigentes, pero siempre buscando --

FALLA DE ORIGEN

un fin; un adecuado y justo sistema jurídico penal penitenciario, para la prevención y represión del delito y un ideoneo tratamiento del delincuente para su readaptación social.

Ahora bien, una vez que hemos analizado las características generales de las diferentes etapas de la historia del derecho penal, es conveniente aclarar, que estas se observarán en cualquier pueblo que sea objeto de estudio, pero en cada uno de ellos se observarán rasgos especiales y concretos derivados de la idiosincrasia, además dichas etapas no se presentarán una tras otra en forma continuada, pues como nos dice Castellanos Tena a propósito de dichos periodos: "Sin embargo, no se substituyen íntegramente; cuando surge el siguiente no puede considerarse desaparecido plenamente el anterior; en cada uno de ellos conviven ideas opuestas y aún contrarias." (?).

Una vez ubicados en el tema, podemos pasar a dar inicio al desarrollo de los incisos que ocupa nuestro primer capítulo, quedando de la siguiente manera.

1.1.- ROMA.

Colocamos al pueblo romano, en primer lugar de éste capítulo, ya que constituye la base de la estructura del derecho occidental de nuestros tiempos y por consiguiente resulta importante remitirnos a dicha cultura, que además de ilustrarnos en múltiples campos de la actividad humana, representa el

(?)- CASTELLANOS TENA, FERNANDO: "LINEAMIENTOS...Ob. Cit. Pág. 31.

mayor grado de complejidad y evolución en el desarrollo de las instituciones jurídicas, esto es, se caracterizó este pueblo por haber alcanzado un sistema jurídico adelantadísimo para su época, constituyendo así la más amplia teoría y - práctica jurídica, de tal suerte que las instituciones de derecho civil y penal entre otras ramas del derecho, encuentran su más remota explicación y origen en la teoría del Derecho Romano.

Así tenemos, que en derecho penal, los romanos nos dan una reseña de los delitos, su clasificación y la forma de castigar a los delincuentes y para el efecto de entrar en materia, nos remontaremos a los primeros siglos del pueblo romano, desde cuando al parecer, se derivó una distinción entre "DELICTA PRIVATA" (delitos Privados) y "DELICTA PUBLICA" (Delitos Públicos), los cuales en forma somera estudiaremos de la forma siguiente:

A).- LOS DELITOS PRIVADOS. Estos delitos eran considerados por los Romanos como fuente de obligaciones civiles, ya que según la concepción antigua no alteraban de manera directa el orden público, esto es, como lo dice el maestro FLORIS MARGADANT'S, al decir que: "Causaban Daño a algún particular y solo directamente provocaban una perturbación social. Se perseguían a instancia de la víctima y daban lugar a una multa privada en favor de ella." (8).

Entre estos tipos de delitos podemos mencionar entre otros, el homicidio, el parricidio, el "furtum o hurto", el daño causado injustamente, el robo y daño con violencia, la injuria, existiendo otros muy leves, pero que nos pueden servir como una mera referencia histórica, como son: El delito de corrupción de esclavos, el consistente en cortar árboles ajenos, etc. En este tipo de delitos, se dio como pena al delincuente, la expulsión del grupo por una parte,

(8).- FLORIS MARGADANT'S, GUILLERMO: "EL DERECHO PRIVADO ROMANO"; México, Editorial Esfinge, S.A., 6a. Edición 1975, Pág 432.

y por la otra la composición económica y encontrando esta última su explicación en la formación eminentemente civilista y patrimonial que tenían los Romanos, de tal suerte, que obligaban al delincuente a pagar con su patrimonio, compensando de este modo su delito, con fechas posteriores se observó el sistema talienal, - de lo que se desprende que existió la venganza privada en algunos casos concretos, como el homicidio, lesiones, daño en propiedad ajena, etc.

B).- DELITOS PUBLICOS.- Este tipo de delitos surge a raíz del predominio de la idea de Ciudad Estado o Civitas Romanas, la cual estaba ordenada y gobernada, por una autoridad política que procuraba salvaguardar el orden público, la seguridad de la nación y la organización política de la Civita Romana.

Al respecto tomaremos las palabras del ilustre catedrático español Juan Iglesias que nos dice: "Delito es todo acto ilícito sancionado con pena los delitos públicos, son actos que ofenden al estado o a un particular, son castigados con pena pública corporal o pecuniaria, reciben el nombre de Crimina."(9).

Estas penas eran sancionadas, con la decapitación, ahorcamiento, lanzamiento, etc., tenían orígenes militares y religiosos, el pueblo romano sancionaba severamente a quien osara atentar contra la soberanía de la civita romana, contra su sistema político o en general contra la estabilidad de las instituciones públicas.

Entre los delitos más comunes que tienen el carácter de públicos encontramos los siguientes: Los delitos contra la seguridad externa del Estado, encontramos encuadrados en este grupo, aquellos que comprometían la integridad territorial, la entrega del hombre al enemigo, la deserción, la traición por vileza, la excitación del pueblo a la guerra, etcetera. En general estos delitos -

(9).- IGLESIAS, JUAN: "Derecho Romano"; Barcelona España, Editorial Ariel, S.A., 6a. Edición, 1979, Pág. 470.

da la gravedad que implicaba para el gobierno del pueblo romano, eran castigados con la pena de muerte como ya se mencionó anteriormente, siendo juzgados por una jurisdicción y tribunales especiales, a diferencia de los delitos privados, que - dada su naturaleza eminentemente patrimonial, se castigaban con penas pecuniarias.

En cuanto se refiere a las características más importantes del Derecho Penal Romano, tenemos los que nos proporciona al respecto el maestro Pavón Vasconcelos, que son:

"a).- El delito fue ofensa pública aun tratándose de los delitos privados.

b).- La pena constituyó una reación pública en razón de la ofensa, correspondiendo al estado su aplicación.

c).- Los crímenes extraordinaria que integraron una especie diferente a los delitos públicos y privados, se perseguirán únicamente a instancia del ofendido.

d).-El desconocimiento absoluto del principio de legalidad o de reserva, originándose la aplicación analógica y en algunos casos el exceso en la potestad de los jueces.

e).-La diferenciación entre los delitos dolosos y culposos.

f).-Al reconocimiento en forma excepcional de las causas justificantes de legítima defensa y estado de necesidad." (10).

Con todo lo anterior, podemos darnos cuenta de que el pueblo romano tenía una adelantada estructura jurídico penal, en la que existía autonomía del acusador frente al magistrado en la sustentación del procedimiento, existiendo incluso, el derecho del acusado, de nombrar a su defensor o de hacerlo por sí

 (10).-PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO: "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO"; México, Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición, 1974, Págs. 41 y 42.

FALLA DE ORIGEN

mismo, encontrándose una marcada diferenciación de los delitos, de acuerdo a su naturaleza, tanto en la forma de enjuiciarse como de castigarse, dándose el caso de que en los delitos privados, mediante el perdón del ofendido, se llegaba a extinguir la acción penal, considerándose consentimientos como una causa de exclusión de antijuridicidad, siendo por otra parte digno de crítica la falta de consentimiento acerca del principio de legalidad como regla para la aplicación de la ley, pues la administración de justicia en materia penal debe atender al derecho positivo vigente y nunca aplicarse por analogía y mucho menos bajo la interpretación subjetiva de la ley, que en ambos casos resulta torpe pero en el peor de ellos puede resultar injusta, lesiva y mal intencionada contra el acusado.

1.2.- GRECIA.

Al referirnos a la Grecia antigua, es necesario hablar de filosofía, arte, política y democracia, pero realmente son pocas las fuentes que nos permiten conocer acerca del derecho penal griego, salvo por referencias hechas por los filósofos y pensadores de la cultura helénica, pero no obstante -- las limitaciones que al respecto tenemos, podemos afirmar que en forma similar a la del pueblo romano, Grecia en un principio utilizó "la venganza privada", -- principalmente en los delitos de "sangre" teniendo una etapa posterior en la -- que predominó la concepción teológica acerca de los fenómenos naturales en los

cuales interpretaban los sentimientos de sus dioses aplicando sus designios a determinados individuos, castigandolos con el propósito de aplacar las pasiones de sus dioses.

Para entender lo anterior vamos a utilizar las palabras del maestro González de la Vega, que nos dice: " En términos de gran generalidad, - las variadas culturas paganas principalmente las de las ciudades griegas y de la Roma primitiva, guardaban una actitud de elegante diferencia entre los problemas de la sexualidad desordenada. Si el paganismo es aquella fase de las -- presencias míticas en que el hombre politeísta proyecta en sus dioses y héroes-semidivinos que lo rodean los incomprendidos fenómenos y fuerza de la naturaleza que lo rodean amenazante y también el misterio de sus personales pasiones, - parece natural que las divinidades se comporten a imitación del hombre y tengan sus mismas inclinaciones y apetencias, aún las del delito. Así como en el Odispo el prepotente Zeus, ama corporalmente y llega hasta realizar acciones vedadas - por ilícitas, a los simples mortales; disfrazado de toro rapta; en forma de lluvia de oro estupra, encarnado en cisne viola; es además, incestuoso y adúltero, crónico. Afrodita y Eros simbolizan y prestan su nombre al amor carnal." (11).

Todo lo anterior, se presentó en la fase pagana y un tanto primitiva del pueblo griego, el cuál al pasar a la fase más resplandeciente de su cultura, se caracterizó por aplicar la llamada "venganza pública", a todas aquellas personas que cometían delitos, toda vez que fué un pueblo eminentemente político que gozó de una organización Política y Jurídica depurada y de un concepto de Ciudad-Estado (Polis Griega), de la cuál resulta el ejemplo más típico, -- Atenas, en donde floreció y se perfeccionó el sistema democrático y representati

 (11).-GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO: "DERECHO PENAL MEXICANO"; México, Editorial Porrúa, S.A., 16a. Edición, 1977, Pág. 313.

vo como forma de gobierno y que al encontrar en la soberanía de la Polis ateniense; la facultad para castigar la conducta delictuosa, marcó la pauta para que se protegieran los intereses de la ciudad-estado, en primer orden, en beneficio y conservación del mismo conglomerado social, de donde se originó una incipiente división entre delitos públicos y delitos privados, correspondiendo la mayor importancia a los primeros por el alto valor que tenía la conservación del orden de la estabilidad y paz social de la polis griega y sobre todo el predominio del sistema democrático, ante el cual se debía sacrificar hasta la vida y la formación del individuo griego en razón del espíritu y sentimiento de democracia que este debería profesar a la polis griega, encontrándose entre los principales delitos, el de traición a la ciudad-Estado, traición a las ideas democráticas, --- atentar contra el orden público. Siendo de menor importancia la comisión de delitos privados, toda vez que estos sólo afectaban intereses entre particulares y muchas veces eran de carácter patrimonial, resolviéndose por el sistema de compensación.

Ahora también, del pueblo griego podemos decir que fueron los primeros en establecer una verdadera república democrática, la cual estaba gobernada en principio, por la asamblea del pueblo y esta era la que decidía cuál sería la política a desarrollar.

Al respecto de la Antigua Grecia, el maestro Carranca y Trabajo nos dice: "No obstante ser considerado el delito como imposición fatal del destino, el delincuente debía sufrir pena: Edipo y Orestes eran sacrificados. Licurgo hizo castigar el celivato y la piedad para el esclavo. Dracon distinguió ya entre delitos públicos y privados, señalando un progreso que Roma habría de recoger. Los filósofos, principalmente Platón y Aristóteles, penetraron hasta el fin

FALLA DE ORIGEN

científico de la pena, así Platón sentó, que si el delito es una enfermedad, la pena es "una medicina del alma". (12).

1.3.- ESPAÑA.

El estudio de la reseña histórica del Derecho Español, resulta de vital importancia, en virtud de que el pueblo español unió en su formación legislativa, teórica-jurídica, diversas influencias, tales como la del derecho romano antiguo, la del derecho germano, la de los visigodos, la del derecho canónico,

De tal suerte que España en la época medieval (siglo XII al --- XVIII aproximadamente), se caracterizó por tener un gobierno monárquico eclesiástico que dió como resultado que su legislación tuviera preponderancia del derecho canónico, pero en ningún momento dejó de tener fuerte influencia del derecho romano antiguo, y concretamente de la teoría y postulados establecidos por el corpus juris civiles de Justiniano, ya que en dicha época en el derecho español fueron revividos y aplicados en los tribunales dichas disposiciones aún sin estar reglamentadas y vigentes.

Con el objeto de precisar la importancia histórica del derecho Español, al igual que en otros, estuvo fuertemente influenciado por el derecho Romano y sus instituciones jurídico penales, y posteriormente por el derecho germano, ya que la península ibérica quedó al arbitrio de los bárbaros de ori--

 (12).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL; "DERECHO PENAL MEXICANO"; México, Editorial - Ferrás, S.A., lla. Edición 1976, Pág. 94.

gen germano y quienes conquistarán parte de España influenciando con sus costumbres y sus leyes, aunque posteriormente, los visigodos, al establecer su imperio y dominio sobre la región noroeste de la Península Ibérica, impusieron un primitivo derecho visigótico, del cuál poco conocemos, aunque los visigodos no pudieron impedir que siguiera aplicándose el derecho Romano que tanta influencia tenía hasta ese entonces en el pueblo español, creándose entonces por orden de los mismos la codificación para los españoles, conocida como brevario de Alarico también llamada *Lex Romana Visigothorum*, posteriormente en el año 554 D.C. El conquistador y emperador bizantino Justiniano, dió referencia a la aplicación y vigencia de la compilación magna del derecho Romano Vulgar (Romano Bizantino).

En cuanto a la forma en que operó el sistema jurídico represivo-del delito, podemos decir, que en los primeros siglos de nuestra era, hasta el siglo XII aproximadamente, se aplicó el sistema de la venganza privada, predominando la aplicación de la ley del talión a los delinquentes, similar como se aplicaba en Roma, Grecia, Atenas, Egipto, entre otros, así nos refiere el maestro Floris Margadant's: "También encontramos allí rasgos típicamente germánicos, como las relaciones de enemistad entre "Sippe y Sappe", que nacieron de ciertos delitos, relaciones que dieron derecho a la venganza de la sangre, a no ser que llegaran a una reconciliación (generalmente mediante composición), sellada por século de la paz y la prestación de la fianza de entrar a salvo." (13).

Después del siglo XII hasta parte del siglo XIX al sistema jurídico español evolucionó debido a la autonomía y unificación posterior de los reinos que existían en España, tales como el de Castilla y Aragón entre los más importantes, los cuáles adoptaron ciertas compilaciones de leyes conocidas como fueros, entre los que destacaron el fuero viejo de Castilla, el fuero juzgo, el-----
(13).- FLORIS MARGADANT'S, GUILLERMO: "PANORAMA DE LA HISTORIA UNIVERSAL DEL DERECHO", México, Editorial Miguel Angel Porrúa Libretto Editor 3a. Edición 1988, - Pág. 29.

FALLA DE ORIGEN

fuero Real, encontrándose en ellos la influencia del Derecho Romano y que vino a compensar la fuerte influencia del derecho germánico en el derecho Español y que -- al tomar un papel preponderante, la iglesia católica tanto en el poder divino -- como en el secular impuso a España los lineamientos del derecho canónico que tuvieron una aplicación, un ejemplo concreto lo tenemos en, las siete partidas de Alfonso el Sabio, lo que provocó una crisis de competencia y gerarquía en el -- sistema jurídico penal español, es así como se crean las 83 leyes del Toro, que en parte vinieron a aclarar las lagunas y contradicciones existentes en los ordenamientos antes citados .

Fue así como el derecho penal va tomando orden observando algunos delitos tales como, el homicidio, el infanticidio, el aborto, el rapto, el robo, además de aquellos delitos públicos que atentaban contra la seguridad de la corporación, aplicándose en esta etapa la venganza pública, en la cual los tribunales españoles fueron severos e implacables, castigando en nombre de la corona hasta -- con la pena de muerte, aplicándose además la tortura que es el rasgo característico, no solo en España sino de toda Europa en la época medieval.

1.4.- FRANCIA.

El pueblo Francés ha influido culturalmente en el derecho mexicano, sobre todo en la teoría del derecho civil y en parte del derecho penal, los más típicos ejemplos de como la crueldad reinó bajo los sistemas monárquicos --

absolutistas, los encontramos en éste pueblo que pasó por encima de todo principio de legalidad y respeto a las garantías individuales, pues ni siquiera se respetaba la integridad del individuo y al delincuente se le llegaba a jugar y torturar en varias ocasiones por el solo capricho de los funcionarios del gobierno de la monarquía o por disposiciones inhumanas, injustas y arbitrarias del monarca, observándose la mayor crueldad del sistema jurídico penal de Francia en la época de los Luises, en que gran número de delitos y faltas eran castigados cruel y sódicamente hasta causarles la muerte.

Siendo el pueblo francés uno de los más representativos de la tiranía monárquica, que en exceso criminal se aplicó el sistema de la venganza pública y en el que se presentaron muchos vicios de la edad media.

Esta situación la encontramos en las palabras del maestro Burgoa quién nos expone: "La libertad humana fué en efecto, terriblemente mancillada -- por los gobiernos monárquicos absolutistas. A través de sus ordenes secretas, denominadas "Lettres de Cachet, se sometía a prisión a los individuos sin expresar se la causa o motivo de su detención, que se prolongaba indefinidamente sin intervención de alguna autoridad judicial." (14).

Por otra parte al sucitarse una gran evolución de las ideas, poco después del siglo XVII, vinieron a culminar con la revolución francesa creando un sistema liberal burgues del que se derivó en materia penal una tendencia más humanizante de la administración de justicia y la de la concepción de delitos y la forma de penarlas tratando de readaptar al individuo a la sociedad.

 (14).-BURGOA, IGNACIO: "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES"; México, Editorial Porrúa, - S.A., 9a. Edición, 1975, Pág. 91.

1.5.- MEXICO.

Con la finalidad de introducirnos al estudio de las ideas penales en México, empezaremos diciendo que una vez que todo el derecho se empezó a desarrollar y aglilar las ideas, estas son sustentadas en Francia y luego en España, para ser transportadas a nuestro país a través de las leyes de indias, las que fueron codificadas en las llamadas recopilaciones y que en un momento dado constituyeron al derecho público de aquellos tiempos.

Para el estudio del derecho penal en México, dividiremos las di versas épocas por las cuales han pasado las largas luchas sociales, observando el desarrollo en el derecho penal.

1.5.1.-EPOCA PRECORTESIANA.

En esta etapa podríamos observar un sin número de culturas regionales encuadradas dentro de lo que ahora constituye el territorio nacional, de las cuales se deriva nuestro antecedente más remoto y auténtico, razón por la cual entraremos al estudio concreto de sus dos principales culturas prehispani-

nicas, como son la cultura maya y la cultura asteca, que son de relevante avance cultural y científico, que en materia representan los avances más importantes.

1.5.1.- a). LOS MAYAS.

El Pueblo maya se caracterizó por su dureza y severidad, tanto en la aplicación de las penas a los delincuentes, como en lo riguroso del procedimiento penal, pues en el derecho penal Maya, las sentencias emitidas por los jueces llamados "batabs", eran inapelables, en ese sentido nos dice Floris Margadant's: "Contrariamente al sistema asteca, no hubo apelación. El Juez local, - el batab, decidía en forma definitiva, y los tupiles, policías verdugos, ejecutaban la sentencia inmediatamente, a no ser que el castigo fuera la lapidación por la comunidad entera, poco loable era la diferenciación de la pena según la clase social." (15).

Observese como existía una crueldad y severidad en la administración de Justicia, porque incluso la responsabilidad civil del infractor alcanzaba los bienes de los parientes para efecto de que fuera cubierto el pago de daños y perjuicios que hubiera ocasionado al ofendido o a su familia. "En cuanto a los delitos, parece ser que los de sangre", los de honor y los patrimoniales son más duramente castigados, aplicando los jueces la pena capital y la esclavitud principalmente, pero además existía crueldad y sadismo en la aplicación de las mismas, ya que en algunos casos se llevaba a lapidar al delincuente antes de provo-

(15).- FLORIS MARGADANT'S, GUILLERMO: "PANORAMA....Ob.Cit. Pág. 15.

FALLA DE ORIGEN

carle la muerte, es el caso de que el marido ofendido podría optar entre el perdón o la pena capital del ofensor (la mujer infiel solo era repudiada). También la violación y el estupro, se castigaban con la pena capital (lapidación), en caso de homicidio se aplicaba la pena del talión, salvo si el culpable era un menor, en tal caso la pena era la esclavitud. También se sancionaba el robo (gravándose en la cara de los ladrones de clase superior los símbolos de sus delitos" (16).

También el maestro Castellanos Tena, nos proporciona el siguiente comentario en relación a la cultura Maya, de la siguiente manera: "Los batob's o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicar como penas principales, la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adulteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptos de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente". (17).

Tal parece que predominaba la comisión de los delitos en contra de la integridad corporal, los delitos sexuales, en contra del honor, los patrimoniales, los daños en propiedad ajena, distinguiéndose un rango de reconocible avance técnico-jurídico en la aplicación de la pena, por cuanto se refiere al dolo y culpa que según nos dice Floris Margadant's: "un mérito del primitivo derecho penal Maya era la diferenciación entre dolo (pena de muerte) o culpa (indemnización en materia de incendio y homicidio." (18).

1.5.1.- b). LOS AZTECAS.

El estudio de esta cultura es importante al referirnos al dere-

- *****
- (16).- FLORIS MARGADANT'S, GUILLERMO: "PANORAMA..." Ob. Cit. Pág. 15 y 16.
 (17).- CASTELLANOS TENA, FERNANDO: "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL"; México, Editorial Porrúa, S.A., 10a. Edición 1976, Pág. 40.
 (18).- FLORIS MARGADANT'S, GUILLERMO: "PANORAMA..." Ob. Cit. Pág. 16.

cho penal Mexicano, ya que constituyó el más grande imperio de que se tenga conocimiento en la época prehispánica y por lo consiguiente, al extender sus dominios del imperio a gran parte de los pueblos o culturas regionales en nuestra nación, influyó determinantemente en ellos para la creación de un sistema jurídico-penal, pero introduciendolos en el sistema escrito de sus leyes penales, - al contrario del derecho civil que se conserva por la tradición oral; tenían un adelantado concepto en materia procesal penal, así lo hace saber el maestro Castellanos Tena al referirse de la siguiente manera: "ha quedado perfectamente demostrado que los Aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, la circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía." (19).

Además de que las sentencias emitidas por los jueces podían ser apeladas.

Por otra parte, dada la marcada formación guerrera conquistadora que tenían los aztecas, le dieron gran importancia a los delincuentes que atentaban contra la seguridad y estabilidad del imperio azteca e incluso aquellas que atentaban contra la vida del soberano, eran castigados con la pena de muerte, teniendo esta pena la característica de ser grotescamente pintoresca, - hasta caer en los límites del sadismo y la crueldad sanguinaria y de esto nos explica el maestro Floris Margadant's, quien nos dice que: "la pena de muerte es la sanción más corriente, en las normas legales que nos han sido transmitidas y su ejecución fué generalmente pintoresca y cruel. Las formas utilizadas para la ejecución fueron muerte en hoguera, el ahorcamiento, apedreamiento, azo

(19).- CASTELLANOS TENA, FERNANDO: "LINEAMIENTOS..." Ob.Cit. Pág. 43.

tamiento, muerte por azote a palos, el degollamiento, el espalamiento y el desgarramiento del cuerpo, antes o después de la muerte hubo posibles aditivos -- inflamantes." (20).

Aunque en realidad existían algunas penas más, como son: la confiscación de bienes, la esclavitud, la mutilación, el destierro definitivo o -- temporal, cárcel, la pérdida de empleo, destrucción de chozas, etcetera, observándose penas de carácter infame para los delincuentes, como también lo era el hecho de cortar el pelo o quemárselo a fin de distinguirlo marcadamente.

El pueblo asteca, se distinguió por una depurada formación cívica y moral, así como un alto respeto a los ritos de sus dioses, existirían doctrinas que predominarían fuertemente en la idiosincrasia de los astecas fué su sentimiento de veneración y a la tribu, rasón que nos explica el porque del espíritu regionalista que tenían y por eso, dio origen a la severidad de las penas aplicadas a los individuos que ponían en peligro la estabilidad política y social del imperio.

Su depurada moral, se refleja en el duro castigo impuesto a -- aquellos que cometían delitos sexuales como la violación e incluso la homosexualidad entre hombres como entre mujeres, castigándose también a los sacerdotes -- con la pena de muerte por la sola incontinencia sexual, observándose otros delitos como el robo que inicialmente fué levemente castigado, pero conforme se fué propagando la idea de propiedad particular, se fueron reduciendo las fuentes -- alimenticias y por lo tanto se presentó el hambre en las clases bajas del imperio, dando motivo a la frecuente comisión del delito, por lo que se tuvo que -- castigar más severamente el mismo, condenándose al delincuente a la esclavitud.

También se observó la comisión de otros delitos y al respecto -- nos permitimos citar ya clasificación que nos proporciona Carlos H. Alba quien -- nos dice que: "Los delitos en el pueblo Asteca pueden clasificarse de ya siguiente forma; contra el orden de las familias; cometido por los funcionarios; cometidos en estado de guerra; CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LAS PERSONAS; Usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida y la integridad -- corporal de las personas en su patrimonio." (21).

De la anterior cita podemos decir que existía una gran severidad y la tendencia a "lavar con sangre" los perjuicios cometidos por el infractor de la ley y lo más importante para nuestro tema de estudio es que ya se contemplaba el tipo penal que atentaba contra ya libertad y seguridad de las personas, situación que resulta del todo explicable, ya que el pueblo asteca, se caracterizó -- por ser guerrero y sanguinario, teniendo entre sus cultos religiosos, el de ofrecer la vida de una doncella mediante el sacrificio en el templo a efecto de calmar el enojo de los dioses o para merecer los favores y la benevolencia de los -- mismos.

Por lo anterior podemos decir que la historia de los aztecas es muy semejante a la de todos los reinos e imperios de Europa, en los que la lucha del poder predominaba, a fin de imponer la voluntad del más poderoso, militarmente hablando.

Así la gran Tenochtitlan, no estaba exenta de esas luchas; el -- maestro José Bravo Ugarte, sobre estos aspectos nos dice: "Tenochtitlán fundada en una isla del lago de Texcoco alrededor de un hermoso mopal nacido en piedras fué la capital de los aztecas. Sus primeros reyes tenían que pagar tributos al --

(21).- CASTELLANOS TENA, FERNANDO: Ob. Cit. citando a Carlos H. Alba "Estudio -- Comparativo entre el derecho Asteca y el Derecho Positivo Mexicano", Pág. 43.

señor de Acapotzalco, Itzocatl, Cuarto rey, venció a éste y creó el imperio azteca, conquistando el oeste y el sur del Valle de México, hasta Cuauhahuas (cuer mavaca)." (22).

Según la historiadora, Concepción de Morán: "La justicia se impartía por funcionarios especiales, escogidos entre los hombres capaces y honestos, además había un tribunal superior encabezado por el gobernante ejecutor, -- que podía resolver en última instancia." (23).

En la administración de la justicia azteca, se contaba con elementos policíacos que practicaban las detenciones y llevaban a los aprehendidos ante la presencia de los jueces.

Al respecto también el maestro Colín Sánchez, nos hace la expresión respecto de las personas que realizaban estas aprehensiones al decir de la siguiente manera: "La función persecutoria la llevaban a cabo individuos llamados topillis, quienes aprehendían a los delincuentes y los conducían de inmediato ante la autoridad respectiva." (24).

Nótese como antes de la conquista ya se revelaba la obligación -- del topilli de poner inmediatamente al detenido a disposición de la autoridad -- respectiva, tal situación solamente denota como un bien tan altamente protegido -- a través de todas las legislaciones, como lo es LA LIBERTAD CORPORAL, viene a -- garantizar o cuando menos a tratar de que su situación sea definitivamente resuelta, es decir, que la privación de su libertad no sea permanente.

También podemos observar, que la policía de esos tiempos era la única facultada para llevar a cabo esas aprehensiones o privaciones de la libertad de una manera hasta cierto punto vigilada.

(22).-- BRAVO UGARTE, JOSE: "COMPENDIO DE HISTORIA DE MEXICO"; México, Editorial-JUS, 9a. Edición 1965 Pág. 27.

(23).-- MORAN DE BARRON, CONCEPCION: "HISTORIA DE MEXICO"; Editorial Porrúa, S.A. 10a. Edición 1973 Pág. 123.

(24).-- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO: "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES"; - México, Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición 1974, Pág 201.

1.5.2.- EPOCA COLONIAL.

Hablar de la historia del derecho penal en la época de la colonia en México, es referirse legislativamente a las leyes de España, en razón de que el reino español, al establecer sus colonias en América, lógicamente, asimiló a estas como parte de su territorio, aunque las costumbres y las circunstancias tanto ambientales como socioeconómicas y políticas eran totalmente diferentes a las que imperaban en España, de tal suerte, que resulta interesante como las leyes de España, se aplicaron en un contexto social, totalmente diferente.

Podemos decir que con la conquista de la nueva España, empieza la época colonial que con "La caída de la gran Tenochtitlán en manos de Cortés, en 1521 y finaliza la misma con la entrada de otra época llamada independiente y que llegó hasta el 17 de septiembre de 1821, fecha en que se consuma la Independencia en México, con la entrada del ejército trigarante a la Ciudad Capital en el citado año." (25).

En general la legislación de la colonia, era dada a capricho -- por el rey, muchas de las veces ni siquiera se obedecía y, claro esta, no se respondía a un interés directo de la población.

Sobre estos aspectos el maestro Cui Cánovas, nos dice lo siguiente: " En primer término, no obedecían un plan previo; por otra parte, las -
 (25).- MACIAS G., BERTHA DEL CARMEN: "CROMOLOGIA FUNDAMENTAL DE LA HISTORIA DE -
 MEXICO"; México, Editorial del Magisterio, 1970 Páginas 17 y 42.

leyes expedidas se obedecían pero no se cumplían, en las legislaciones indianas se consagró en general el principio de que cuando se daba una ley sin completo conocimiento de causa o con error fundamental, no podían cumplirse." (26).

Gracias a la idea del autor antes citado, nos damos cuenta del gran poder de la santa inquisición o del santo oficio, el cual tenía suficientes poderes para confiscar bienes de los acusados a los cuales podía acusar, inclusive, sancionar en procedimiento sumarísimo, sin que mediara denuncia o querrela, de tal forma que éste tribunal estaba auspiciado y dependía directamente del vaticano, que era la única organización mundial que para esos momentos podía desarrollar una serie de conceptos de derecho, para tratar de controlar a la nueva sociedad.

Para profundizar lo anterior, mencionaremos las fuentes legales de las cuales se derivó el derecho penal en la colonia de la nueva España "Este derecho, en su aspecto penal, como en otros, no es muy homogéneo, como -- sus fuentes podemos mencionar el fuero Juzgo, fuero Viejo, el fuero real, las siete partidas de Alfonso el Sabio, el ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas reales, las Leyes del Toro, la nueva recopilación con sus añadiduras (o sea los autos acordados) y finalmente la novísima Recopilación." (27).

De la cita antes mencionada, podemos darnos cuenta que realmente se aplicó en la nueva España, toda una amalgama de disposiciones que venían rigiendo en España, asimiéndose a las circunstancias, muy propias y especiales de la colonia y su problemática social para la cuál se dió cuerpo a los acuerdos hechos sobre cuestiones especiales en las que se carecía de elementos jurídicos para juzgar, ya que al no existir fundamento jurídico para hacerlo, los

(26).- CUE CANOVAS, AGUSTIN: "HISTORIA SOCIAL ECONOMICA DE MEXICO"; México, Editorial Trillas, 3a. Edición 1967, Pág. 168.

(27).- FLORIS MARGADANT'S, GUILLERMO: "PANORAMA DE LA...." Ob. Cit. Pág. 105.

FALLA DE ORIGEN

tribunales se encontraban cuando menos legalmente impedidos para aplicar la ley,

Así tenemos que uno de los tribunales que empezó a funcionar en nuestro país y que ya funcionaba en España, era "el tribunal del Santo Oficio de la inquisición, para las Indias occidentales mismo que aunque no se fundó inmediatamente a la conquista, funcionó estableciéndose diversos tipos de derechos para aquella época, aunque en realidad fué hasta el 25 de Enero de 1567, cuando empezó a funcionar oficialmente éste tribunal en la nueva España." (28).

También es de mencionarse que existieron disposiciones del emperador Carlos V de España, en la recopilación de las Indias, de carácter humanitario, en el sentido de declarar la libertad de los aborígenes, su derecho a progresar, y educarse, así como a trabajar para lograr un nivel digno como ser humano y como cristiano, tales pensamientos no fueron más que eso, un cúmulo de buenas intenciones legisladas, que nunca estuvieron en favor de los indios, llegándose a violar las leyes de Indias, pues por una parte, pagaban por la conservación de las costumbres y las leyes de las Indias en cuanto no se opusieran a la fe y a la moral, situación que quedó en una buena intención del emperador, pues nunca llegaron a cumplirse, salvo raras excepciones observadas en algunos sacerdotes misioneros que vinieron a dogmatizar en la fe cristiana a los indios, como el caso de Fray Juan de Zumarraga, Fray Toribio de Benabente y otros más que suman la excepción a la regla.

Debido a la influencia del derecho canónico, se confundía constantemente al delito con el pecado y la pena con la penitencia, dando margen a que existieran los famosos juicios de Dios en los que se castigaban los delitos contra la fe y que en muchos casos era un mero pretexto para abusar de sus facultades.

=====

(28).- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO: "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES"; - México, Editorial Porrúa, S.A., 2a. Edición 1974 Pág. 31.

tades contra los individuos inocentes, que erán objeto de vejaciones, torturas y tormentos supuestamente por haber blasfemado contra la palabra de dios.

Todo esto no fué más que producto de la evolución un tanto caótica del gobierno de la colonia de la nueva españa y de la mala administración de justicia y torpe aplicación de la legislación española.

La administración de justicia fué muy lenta y costosa, ya que el rey, tuvo que fundar diversos tribunales para que funcionaran en la nueva españa, como el tribunal del Consulado para comerciantes, el de Minería, el de la Acordada, el de la Audiencia, el de Consejo de Indias, sin olvidar los dos grandes tribunales de aquella época colonial que fuerón el Santo Oficio y la Santa Inquisición.

Era tal el descontento, para aquella época, que resultaba muy costoso para los litigantes, obtener sentencias favorables, ya que incluso se pensaba que la administración de Justicia, vivía a causa de los grandes robos y cohechos que hacían los escribanos de aquel momento, de tal manera que el maestro Cua Cánovas, nos refiere una cita al respecto: " Se ha de proveer para que se eviten los grandes robos y cohechos que los escribanos de aquella tierra hacen y han hecho cada día, sin querer estar ni pasar por los aranceles..." (29).

Estas circunstancias se debían a que la única fuente y origen de toda legislación era el monarca, pues daba leyes al arbitrio y capricho de los tribunales de esos tiempos, para que pudiesen hacer lo que se les venía en gana con la población, en especial ese tribunal dependiente del clero, que era el Santo Oficio de la inquisición, quien por ser el primer tribunal que empezó a funcionar en la nueva españa, para finales de la colonia, ésta ya tenía un gran-

(29).- CUE CANOVAS, AGUSTIN: "HISTORIA SOCIAL...." Ob. Cit.

FALLA DE ORIGEN

podería, no solo legal y económico, sino también con su propia policía que obligaba a las personas a someterse al capricho del tribunal.

Respecto a la policía de aquel momento, el maestro Colín Sánchez, nos dice: " Eran los Alguaciles los que se encargaban de practicar las detenciones exponiendo las siguientes categorías:

1. Alguacil Mayor.
2. Alguacil Menor.
3. Alguacil de Campo.
4. Alguacil de la Ciudad y
5. Alférez Real,." (30).

Así, los alguaciles se distribuían para auxiliar la administración de justicia, como los mayores auxiliaban al tribunal en la obediencia, los menores y de la ciudad, patrullaban en la Ciudad, los de campo y Alférez eran - la policía del Virrey.

En general podemos decir que a pesar de las injusticias y torpezas con que se aplicaban las leyes penales en la nueva España, estas fuerón menos severas que las analizadas en el Derecho penal Asteca.

Debido a estas tantas injusticias que se cometían en contra del pueblo mexicano de aquella época, éste, aprovecha la coyuntura histórica y en el momento en que España, es intervenida por Napoleón Bonaparte, se levanta en armas con su sed de libertad e independencia;

(30).- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO: "DERECHO..." Ob. Cit. Pág. 201.

1.5.3.- EPOCA INDEPENDIENTE.

En esta época la Nación Mexicana se caracteriza por buscar su propia personalidad como Estado, procurando tener su propio gobierno, así como una estructura política y jurídica y sobre todo una estabilidad social como país independiente, podemos decir que empieza cuando termina la colonia y esto sucede cuando se consuma la Independencia allí por el año de 1821 y se establece la junta gubernativa, permaneciendo esta época hasta el año 1917, fecha en que se inicia la época Contemporánea, donde se han vertido las ideas principales que gobiernan y rigen nuestro país, con nuestro derecho y además de manera principal nuestras garantías individuales.

El incipiente Estado Mexicano después de pasar su período de lucha y establecer posteriormente su gobierno, carecía totalmente de una legislación penal propia o por lo menos renovada, ya que el país legislativamente hablando, se quedó estancado en materia penal durante muchos años, pues realmente los imperativos del gobierno en ese entonces, eran otros, tales como legislar en materia constitucional y administrativa a fin de regir la organización política y jurídica de México, razón por la que durante mucho tiempo se siguieron aplicando las leyes de la colonia, mismas que a su vez venían de España, tal situación la encontramos en el decir del maestro González de la Vega al decir que: " a la con-

FALLA DE ORIGEN

sumación de la independencia entre México y España, (iniciando el 16 de septiembre de 1810, consumada el 21 de septiembre de 1821), era natural que el nuevo Estado conservara en vigor la legislación heredada de la colonia y que no era otra cosa que la misma de España, con las adaptaciones propias del coloniaje" (31).

Así, una vez que en 1810 se alzó en armas Don Miguel Hidalgo, - por una lucha de independencia, la única autoridad que pudo declarar y sancionar esta conducta, fué sin duda ese tribunal poderoso y del vaticano, que encomienda a, Alameda, Aldama, Abasco y por supuesto al cura Hidalgo, siendo el tribunal de la Santa Inquisición quién empieza a generar una presión en contra de estos independentistas, toda vez que no le convenía al clero en esos momentos, dejar en manos de los mexicanos, las altas utilidades que le reportaban la Administración de Justicia.

Como los reyes de España, trataron de apaciguar a la gente, emiten un decreto por el cual la Constitución de Cadix, iba a ser aplicada a nuestro país, siendo que, en esta constitución se empiezan a tener como garantías - la abolición de la esclavitud en América, y otras circunstancias, puede decirse que fueron las primeras de nuestro país, toda vez que ciertamente rigieron ya - que en esos momentos y hablando legalmente, la independencia no estaba consumada, de tal manera en su artículo 284 decía: "Las leyes distribuirán la Jurisdicción y arreglarán la Administración de Justicia en lo Criminal, de manera que - el proceso sea formado con brevedad y sin vicios a fin de que los delitos sean prontamente castigados. A este principio de prontitud se allegaba el artículo - 286 de la misma constitución que a la letra decía, "el arrestado" antes de ser puesto en prisión , será presentado al juez siempre que no haya cosa que le es-

=====

(31).- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO: "CODIGO PENAL COMENTADO"; México, Editorial Porrúa, S.A., 1978, Pág. 18.

terbe, hará que se le reciba declaración; más si esto no puede verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido y el juez le recibirá su declaración dentro de 24 horas." (32).

De estos artículos se observa la voluntad de los reyes españoles, para tratar de darle el derecho a esa población emardecida, que reclamaba para sí, los diversos derechos naturales y que en un momento dado llegarán a constituir las garantías individuales.

Sobre esta época y en relación a la delincuencia de los saltadores de caminos, ladrones y demás vagancia, el maestro Carranca y Trujillo nos dice que: "Naturalmente era que el nuevo Estado nacido por la independencia política se interesará primordialmente por legislar sobre su ser y funciones. De aquí que todo empeño legislativo mirase primero al derecho Constitucional y administrativo, pero no obstante, el imperativo del orden impulsó una inmediata reglamentación: la relativa a la portación de armas, uso de bebidas alcohólicas, represión de la vagancia y de la mendicidad y organización policial. Para prevenir la delincuencia se legialó también sobre la organización de la policía preventiva organizandose más tarde la "policía de Seguridad", un cuerpo permanente y especializado, a los delinquentes por revides se les declaró afectados de sus bienes, se reformo el procedimiento con relación a los saltadores de camino, en cuadrilla y ladrones en despoblado, disponiendose juzgarlos militarmente en consejo de guerra, los ladrones fueron castigados en obras públicas, fortificaciones, servicios de bajeles o de las californias. Se dispuso en turnos diarios a los jueces de la ciudad de México, para sustanciar las causas y determinar las competencias. Se declaró que la ejecución de las sentencias correspon-

 (32).- HERNANDEZ SANCHEZ, ALEJANDRO: "LOS DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO"; LAS COR-
 TES DE CÁDIZ"; México, Editorial del Gobierno de Aguascalientes, 1a. Edición --
 1979, Pág. 434.

día al poder ejecutivo. Se reglamentaron las Cárceles, estableciéndose en ellas talleres de artes y oficios disponiéndose un ensayo de colonización penal en -- las californias y en Texas, se reglamentó también el indulto como facultad del poder para conmutar las penas, dispensar total o parcialmente de su cumplimiento y decretar destierros". (33).

Aunque realmente destaca la legislación de ese momento, no se -- podía pedir más, para un nuevo estado que empezaba a florecer, por lo que claro está, una vez que ese tribunal de la Santa Inquisición dejó de funcionar, con -- la subida al poder de personas liberales, comenzó a hacer otro tipo de política para ganarse los privilegios.

Para observar los inútiles esfuerzos hechos por los reyes españoles, en plena guerra de independencia, en la Constitución de Cadix, tratarán de reglamentar y disponían en su artículo 285 un principio de legalidad, en la detención al decir que: " Ningun Español, podrá ser preso sin que proceda una -- información sumaria de ley, por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal y así mismo, un mandamiento de Juez por escrito que se le notificará en el acto mismo de la prisión." (34).

Lo anterior denota, como España, trataba de conceder algunos de -- rechos Legislativos para poder apaciguar los amotinamientos de independencia, -- sin que lo pudiese lograr. Otro documento importante es el llamado "Decreto --- Constitucional para la libertad de América Mexicana", el cual nunca llegó a tener vigencia, vertidos por Morelos y que llegaron a constituir la Constitución de 1814, que nunca entró en vigencia o también llamada Constitución de Apatsin -- gán, solo se estableció alguna concepción de Organización Estatal.

(33).-CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL: "DERECHO PENAL MEXICANO"; México, Editorial Pórrra, S.A. 11a. Edición 1976, Págs. 119 y 120.

(34).- HERNANDEZ SANCHEZ, ALEJANDRO: "LOS DERECHOS DEL PUEBLO..." Ob. C1. Págs. 434.

FALLA DE ORIGEN

Es hasta nuestra primera Constitución de 1824 donde se presentan y expresan principios de legalidad sobre la detención de las personas: " Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba, indicio que es delincuente"; - el artículo 151 decía: " Nadie será detenido solamente por indicios más de 60 -- horas". (35).

Aunque estas ideas fueron reformándose debido a las constantes - luchas por el gobierno, dieron raíz a las Constituciones centralistas de 1836. - siendo que las ideas liberales llegan a triunfar con la promulgación de la constitución de 1857, que marca un claro inicio del México liberal independiente, -- estas vienen a revolucionar y además a proponer un país con conceptos modernos.

En 1857, año en que se desata la guerra de los tres años (debiendo a las leyes de reforma y la intervención francesa), y hasta el momento en que triunfa Benito Juárez y se firma la desamortización de los bienes a manos muertas se logra o se va logrando una estabilidad del país, permitiendo que las legislaciones vayan surgiendo.

Por lo que deducimos, que difícil y limitado se encontraba el de recho penal mexicano a mediados del siglo XIX y por lo tanto, la obligación era necesaria para la realización de un código que viniera a ordenarlas disposicio- nes penales existentes y caóticamente estructuradas en torno de una legislación desmembrada y dispersa, situación que se dió en el año 1871 al concentrarse todo un esfuerzo de estudiosos en la materia que dió como resultado el Código Penal - para el Distrito Federal y Territorios de Baja California en materia común y para toda la República en materia Federal, mejor conocida como Código Martínez de Castro, por el nombre del ilustre presidente de su comisión redactora y autor de

(35).- TENA RAMÍREZ, FELIPE: "LEYES FUNDAMENTALES DE MEXICO"; México, Editorial-Porrúa, S.A. 10a. Edición 1989, Pág. 190.

su exposición de motivos, ordenamiento que tuvo vigencia desde el día Primero - de Abril de 1872 hasta el mes de diciembre de 1929, y el cual estuvo inspirado - en gran parte por el Código Penal de España, mismo que a su vez se encontraba - influenciado de la escuela clásica, encontrándose características de dicha es - escuela tales como, la aplicación del libre albedrío, reconocer el delito como - una entidad propia, considerar a la pena con una finalidad, proponer el ejemplo y corregir, y otras más.

Es así como la legislación penal va desarrollándose a través -- del crecimiento de nuestro país, de tal forma que el "artículo 21 de la Constitu - ción de 1857, señala ya, a una autoridad que ha de incumbirle la persecución de los delitos en forma exclusiva, que es el AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO Y LA -- POLICIA JUDICIAL, quién actuará bajo autoridad y mandato inmediato de éste"(36).

De lo anterior podemos decir que espesaba a aparecer la figura - del responsable en la persecución del delito y la policía judicial, como su -- auxiliar, es hasta el año de 1858, cuando surge la primera legislación mexicana como antecedente del Ministerio Público.

Finalmente cabe hacer notar que aunque en tiempos del General - Porfirio Díaz, éste: " designo una comisión presidida por el licenciado Miguel - S. Macedo, para llevar a cabo una revisión de la legislación penal. Los traba - jos se terminaron hasta el año de 1921, sin que el proyecto de reformas pudiera plasmarse debido a que el país se encontraba en plena revolución." (37).

 (37).- CASTELLANOS TENA, FERNANDO: "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", - México, Editorial Porrúa, S.A. Edición 1976 Pág. 46.

1.5.4.- EPOCA CONTEMPORANEA.

Encastramos esta época en el periodo de tiempo que va de las primeras décadas del siglo XX, hasta la actualidad, los sucesos ocurridos tienen -- importancia en los destinos del México moderno, tales como la Revolución Mexicana: la creación de la Constitución Política (Constitución Política de 1917), la --a transición de un estado de inconformidad social y lucha armada, a otro de paz -- social y estabilidad política, sucesos que influyeron en la creación de un siste -- ma jurídico penal más actualizado para que también en el contexto social se re -- flejaran nuevas conductas antisociales, que fuerón objeto del Código que se co -- menta mediante reformas atinadas y adecuadas al momento histórico.

A pesar de los logros avanzados en el derecho, siguióse explotan -- do al humilde campesino, con la acaparación de la riqueza y el florecimiento del partido conservador, por ayudas de extranjeros que invertían en México y del mig -- mo clero.

Por lo que para el año de 1910, empiezan a generalizarse las lu -- chas de la revolución, encabezadas por don Francisco I. Madero, llegando éste al poder, para ser derrocado por Don Victoriano Huerta y éste a su vez por don Ve -- nustiano Carranza, quién se encarga y tiene la oportunidad de promulgar la Con -- titución de Queretaro, primera en el mundo que incluye las garantías sociales.

Y dentro de esta gama de garantías que nos ofrece la constitución existe una en especial, claro que todas y cada una de ellas son importantes, pero para nuestra materia criminal, es importante observar el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional que a la letra dice:

"En los juicios de órden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata". (38).

Este párrafo del Artículo 14 Constitucional, es sin duda la base principal de toda nuestra legislación penal, no solo del momento, sino de toda una larga historia del derecho penal, ya que se sienta, sobre la base que dice: "NULUM CRIMEN, NULA PENA SINE LEGE", no hay crimen y la pena sería nula si no existiera la ley, lo que significa que para nuestro derecho penal, necesariamente vamos a tener un tipo descrito en la norma penal, de lo contrario, no existiría ningún delito y esta misma acción, no podría ser punible por el orden jurisdiccional.

Es así como sobre esta base constitucional se empezaron a generar diversos conceptos, como es el tipo, la tipicidad, que veremos más adelante, de tal manera que el Código penal de 1871, vigente desde el Primero de Abril de 1972, "viene a reformarlo para el 30 de septiembre de 1929 otro Código Penal llamado "Código de Alarcas", mismo que a su vez es reformado por el Código Penal Vigente del Distrito Federal, que rige a partir de 1931, con sus reformas."(39).

De manera que el Código de 1929, tuvo que dar un cambio brusco con la elaboración del Código de 1931 el cuál fué promulgado por el presidente Ortíz Rubio el 13 de Agosto del citado año, llevando por nombre Código Penal Para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia de fuero común y pa-

(38).- CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMENTADA: México, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, - Pág. 37.

(39).-CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL: "Código Penal Anotado" México, Editorial Porrúa, S.A. 7a. Edición 1978, Pág. 12.

ra toda la república en materia de fuero federal, podemos establecer que éste código tiene un carácter más ecléctico, práctico, sencillo y actualizado.

Así en tales términos se observa en la exposición de motivos al decir que: "Ninguna escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede servir para fundar integralmente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctico y realizable. La fórmula: "No hay delito sino delincuentes", debe complementarse así: "No hay delincuentes sino hombres". El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es un resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: Por la intimidación, la ejemplaridad de evitar la venganza privada; etc. pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. La sanción penal es "uno de los recursos en la lucha contra el delito". (40).

Derivándose de la esencia de dicha exposición, la conciencia de poner todos los esfuerzos posibles para crear una legislación penal sencilla, accesible a sus destinatarios, que no sea instrumento de las élites pudientes -- tal como se observó en etapas anteriores de nuestra historia y sobre todo dirigir controversias de escuelas o corrientes de pensamiento, sustituyendo tendencias personalistas por los imprevistos de carácter social de la época actual.

Ahora bien por lo que se refiere a las aportaciones del Código de 1931, el maestro Castellanos Tena nos dice que: "Destacan como directrices importantes la aptitud del arbitrio judicial mediante mínimas y máximas para la individualización de las sanciones en los artículos 51 y 52, la tentativa en el artículo 12, las formas de participación; algunas variantes en las excluyentes -

(40).- GARRANCA Y TRUJILLO, RAUL: "DERECHO PENAL MEXICANO"; México, Edición Porrúa, S.A., Ila. Edición 1976, Págs. 128 y 129.

de responsabilidad señaladas en el artículo 15, la creación de la reparación del daño, como pena pública, en el 29, los casos de sordomudos y enajenación mental-permanente, en los artículos 67 y 68, la institución de la condena condicional - en el 90; siguiendo el código de 1929, la prescripción de la pena de muerte, --- etc." (41).

De esta manera nuestra legislación penal dió un gran paso hacia su modernización presentándose desde que dicha codificación fué creada, infinidad de modificaciones hechas al código penal vigente que no han sido más que la evolución histórica del derecho penal y del delito en su fase práctica motivada por nuevas conductas antisociales que se vinieron gestando y que constituyen la motivación y exigencia constante de la actualización de la ley al momento que la sociedad lo requiera.

También podemos decir que en la época contemporánea la libertad de las personas, además de constituir un derecho humano, constituye una garantía individual, establecida en la constitución vigente, surgida en 1917, así el artículo 14, establece en su párrafo correspondiente que: "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." (42).

La anterior garantía individual responde a un principio de legalidad en la actuación de cualquier autoridad, de manera que la privación de la libertad ha de proceder necesariamente de la autoridad competente y siempre que este fundada y motivada, de lo contrario será, contraria a derecho y si no reúne

=====

(41).-CASTELLANOS TENA, FERNANDO: "LINEAMIENTOS ELEMENTALES..." Ob. Cit. Pág. 49.
 (42).- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: México, Partido Revolucionario Institucional, 1974, Pág. 13.

los elementos que establece el artículo 16 de nuestra Constitución Política y - que a la letra dice: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles 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 ju dicial sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado - que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyados aquellas por -- otros datos que hagan probalbe la responsabilidad del inculpado, hecha exepción de los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al - delincuente y a sus cómplices, poniendolos sin demora a disposición de la auto- ridad inmediata." (43).

Nótese que los anteriores elementos, seran necesarios para que- la privación de la libertad y de le que será el tema central de nuestro trabajo en que nos ocupamos en la presente tesis.

Por otro lado, una figura jurídica que también tiene su larga -- trascendencia, es aquella que nos refiere el artículo 21 Constitucional, que es especialmente sobre la persecución del delito por una institución llamada AGEN TE DEL MINISTERIO PUBLICO quien va a tener la potestad exclusiva de perseguir - al delito, siendo el ofendido un mero coadyuvante de ésta institución para apor- tar las pruebas suficientes, que conducirán al establecimiento de la conducta - prevista en la legislación penal.

Aunque reservamos el estudio de ésta institución, por considerar que no es el tema que ocuparemos en el presente trabajo, pero es necesario de-- jar claro, que esta exclusividad, que la constitución le presenta a esta insti

(43).- Idem. Pág. 14.

tución, es de manera general y amplia, esto es, que el único abogado para la investigación del delito y facultado para el ejercicio de la acción penal, sera esta institución llamada Agente del Ministerio Publico, quién tendrá como auxiliar a la Policía Judicial, quien estara bajo el mando de éste.

Por lo que respecta al Estado de México, éste también ha visto tres códigos, el primero de 1946, el segundo de 1961 y el vigente de 1986 con sus reformas, del cual nos vamos a estar refiriendo a lo largo del presente trabajo que es "EL ANALISIS DEL DELITO DE SECUESTRO Y PROPUESTA CONCRETA DE UNA MEJOR APLICACIÓN DE LA LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO".

Finalmente queremos hacer la aclaración que el presente capítulo no pretende abarcar toda la historia del derecho penal y de los delitos de los diferentes pueblos que hemos mencionado, pues resultaría insuficiente la presente obra para tal fin, por eso es que unicamente nos limitamos a dar referencias someras acerca del derecho penal y el delito, así pasaremos al analisis y estudio de nuestro siguiente capítulo.

**CAPITULO II.- ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORIA
DEL DELITO FRENTE AL SECUESTRO EN GE-
NERAL.**

Con el fin de desglosar nuestro estudio, vamos a hablar de cada uno de los elementos que conforman la teoría general del delito, relacionandolos con el secuestro y por otro lado el tipo del delito de secuestro en el Estado de México, lo veremos en el capítulo tercero, para luego finalizar nuestro estudio estableciendo el tema que nos ocupa en esta tesis, y que es la despenalización de aquella conducta que se realiza al pagar el rescate, especialmente por un particular o familiar del secuestrado.

Por lo que, pasaremos a analizar el primero de nuestros conceptos.

2.1.- EL DELITO Y SU DEFINICION.

A fin de tomar una verdadera definición de lo que es el delito, debemos iniciarla partiendo desde la dogmática de este, hasta llegar a encontrar una valedera para nuestro derecho positivo.

El maestro Celestino Porte Petit, al hablarnos de la definición del delito, nos refiere de las doctrinas unitarias y analíticas, que son las -- dos clases principales en que podemos establecer una definición valedera para nuestro estudio, y al respecto dice lo siguiente: " La doctrina para conocer la composición del delito, ha recurrido principalmente a dos concepciones:

A).- La totalizadora o unitaria, y

B).- La analítica o atomizadora, llamada por Bettiol, método de de la consideración analítica o parcial.

A).- Los unitarios consideraban al delito, como un bloque monolítico, presentándose como una entidad que no se deja escindir o dividir en elementos diversos que no se dividen, para usar una expresión vulgar, rebanar, es decir, el delito es un todo orgánico; es una especie de bloque monolítico el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en algún modo fraccionable...

B).- La concepción analítica estudia al delito desintegrándolo - en sus propios elementos pero considerándolos con conexión íntima al existir -- una vinculación indisoluble entre ellos, en razón a la unidad del delito; de -- aquí que estemos de acuerdo con los argumentos esgrimidos por los defensores de esta concepción, quienes demuestran la inconcistencia de las objeciones de los - unitarios". (44).

Tenemos como existe una doctrina que totaliza la idea del delito lo cual no permite fraccionamiento ni división y en contraparte, tenemos otra, - la cual establece como analítica o atomizadora, en la que para hacer el estudio y la definición del delito, hay que desintegrarlo.

Ahora bien, para nuestro derecho positivo mexicano, cuál de es -

 (44).- PORTE PETIT CANDANDAUP, CELESTINO: "APUNTES DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL"; México, Editorial Porrúa, S.A., 14a. Edición 1991, Págs. 196 y 197.

tas teorías debe ser la valedera; al respecto el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, nos explica: " Esteriles esfuerzos se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito, independientemente de tiempo y lugar. La ineficiencia de tal empresa se comprueba en la sola consideración de que el delito tiene sus raíces unidas en las realidades sociales humanas, que cambian según pueblos y épocas, con la consiguiente mutación moral y jurídico política. Lo más que podría decirse del delito así considerado es que consiste en una negación del derecho o un ataque al poder jurídico y esto más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio; o bien es la acción punible lo que desde luego lo circunscribe a la sola actividad humana con exclusión de cualquier otra." (45).

Entre la teoría unitaria y la analítica, a existido, una serie de debates en las que ambas partes sostiene sus propios puntos de vista, unos, que para hacer una correcta definición, se requiere de una análisis del delito, y otros que solamente puede ser un bloque cerrado que no admite mucho despliegamiento. Dice bien el maestro Carrancá Y Trujillo, que lo más viable es definirlo como una acción punible, que en un momento determinado ofende a la sociedad en general.

En esos conceptos, es necesario que vayamos tomando parte de cada una de estas teorías para considerarlas y enfrentarlas a nuestro derecho y establecer una valedera para nuestro estudio.

Es así como el Maestro Luis Jiménez de Azúa nos dice que la definición del delito debe tener estos caracteres: "por nuestra parte en el tratado-sistemático que estamos publicando, se acepta el concepto de delito conforme a estos elementos: Acto típico, antijurídico y culpable, imputable a un hombre y -

 (45).-CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL; "DERECHO PENAL MEXICANO"; México, editorial Porrúa, S.A., 16a. Edición 1988, Pág. 220.

sometido a una sanción penal. Sin embargo, al definir la acción punible, nos interesa establecer todos los requisitos, aquellos que son constantes y los que aparecen variables. En este aspecto, diré que el delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, y sometido a bases o condicionaciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. A nuestro juicio, en suma, las características del delito serían una actividad; adecuación típica; -- antijuridicidad; culpabilidad; pena; y en ciertos casos condiciones objetivas de punibilidad." (46).

Nótese que el maestro Jiménez de Asúa, habla también de una conducta punible independientemente de que utiliza la teoría analítica para desglosar los caracteres del delito, así, vamos a encontrar sus elementos, como esa -- conducta una vez exteriorizada y si además se adecua a un tipo penal, produce la tipicidad; la cual invariablemente es antijurídica por encuadrarse a un presupuesto establecido en el código penal. De ahí, el siguiente carácter o elemento que es de considerarse, es el hecho de que si esa conducta o la persona que realiza la conducta es imputable y tiene la capacidad de entender su acción. Luego entonces, debemos de tomar en cuenta si esa imputabilidad es culpable, esto es, si no existe alguna causa de error o de inculpabilidad que en un momento determinado pudiese hacer culpable la conducta.

Por último, ese tipo de conducta que llena todos los caracteres del delito, invariablemente que debe estar sujeta a una pena.

Pero, todas estas concepciones en nuestro derecho penal, simple y sencillamente son tomadas como doctrinas subjetivas que rodean la definición del delito toda vez que el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional señala-

 (46).-JIMENEZ DE ASUA, LUIS: "LA LEY Y EL DELITO"; Buenos Aires, Argentina, Editorial Suramericana, 13a. Edición Págs. 206 y 207.

una garantía suficiente, para los ciudadanos, y que esta nos establece las siguientes condiciones:

"En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate." (47).

Observese que esta garantía establece la relación entre el gobernado y el gobierno, y hace que una norma o una regla de conducta específica, sea el hecho de que en todo juicio del orden criminal solamente pueda aplicarse una ley exacta al hecho delictuoso que se trata o se trate.

Al respecto, podemos transcribir el comentario que nos ofrece el maestro Héctor Fix Zamudio quien sobre el particular nos dice: "En efecto, por lo que respecta al delito penal el tercer párrafo del artículo 14 constitucional, prohíbe imponer pena alguna que no esté establecida por la ley exactamente aplicable al delito que se trata, (en realidad estrictamente) principio esencial, enjuiciamiento criminal que se conoce tradicionalmente con el aforismo de "NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE". (48).

Desde el ámbito constitucional, ya la idea del derecho penal y especialmente la definición del delito, se va a encuadrar directamente y sin variación, a una concepción totalizadora unitaria del delito, esto es que debe ser una norma de aplicación exacta de lo contrario no pudiese en un momento determinado establecerse una conducta como delito, de tal forma que la concepción del delito debe estar fijada totalmente por la ley.

Esta circunstancia, la podemos notar claramente en la legislación del Distrito Federal, como su Código penal lo establece, una concepción

(47).-CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; México, Casa del Libro, Editorial Prisma, 1992, Pág. 10.

(48).- FIX ZAMUDIO, HECTOR: "COMENTARIOS DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL DENTRO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMENTADA"; México Editorial, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985 Págs. 38 y 39.

evidente del delito en su artículo siete que dice: "Delito es el Acto ó omisión que sancionan las leyes penales." (49).

Podemos observar como el código penal del Distrito Federal, hace una definición monolítica, esto es, delito es la acción u omisión que sanciona la ley penal, si en un momento determinado la ley no sanciona o no establece tipo, simple y sencillamente en ningún momento va a poder ser entendida o comprendida como delito.

En el código penal del estado de México, en ningún momento se hace este tipo de definición, de tal forma que el delito, en los artículos 6o. y 7o., del Código Penal para el Estado de México, sólo habla de las formas de realización de las conductas delictivas estableciendo una conducta de acción totalmente positiva, otra de omisión considerada negativa y una de comisión por omisión como resultado de las anteriores. Luego el artículo 7o., nos refiere los grados de culpabilidad, señalando la imprudencia y la preterintencionalidad

Por lo anteriormente expuesto, debemos de considerar que en nuestro derecho, especialmente en el código penal para el estado de México, independientemente de que no se define realmente el delito, debemos de tener una definición totalizadora la cual esta basada en que solamente el delito puede ser esa acción ó omisión que sanciona la ley penal.

2.2.- LA CLASIFICACION DEL DELITO EN ESTUDIO

Vamos a tratar de clasificar al delito en estudio, que es el se-

 (49).- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL; México, Editorial SISTA, S.A. DE C.V. Edición -- 1994 Pág. 4.

FALLA DE ORIGEN

cuestro para poder saber realmente cuales son los extremos de su comisión.

Para esto, sera nuestro deber iniciar su estudio haciendo una -- transcripción del mismo, para conocer sus extremos.

Al respecto nos dice el artículo 268 del Código Penal del Estado de México, lo siguiente:

"Artículo 268.- Se impondrán de cinco a cuarenta años de prisión y de cien a mil días-multa, al que por cualquier medio preive a otro de la libertad, con el fin de obtener rescate o causar daños o perjuicios al secuestrado o a otra persona relacionada con éste.

La pena señalada en el Párrafo anterior se atenuará o agravará en los términos de las siguientes fracciones:

I. Se impondrán de tres meses a cuatro años de prisión y de treinta a trecientos días-multa al que sin haber recibido rescate pusiere espontáneamente en libertad al secuestrado antes de cinco días, cuando no le haya causado ningún daño o perjuicio, ni a persona relacionada con éste.

II. Se impondrán de seis meses a seis años de prisión y de cien a cuatrocientos días-multa, al que sin haber recibido rescate pusiere espontáneamente en libertad al secuestrado antes de cinco días, cuando le haya causado lesiones de las previstas en la fracción I del Artículo 235 de éste Código.

III. Se impondrán de tres a ocho años de prisión y de ciento cincuenta a quinientos días-multa, al que sin haber recibido rescate pusiere espontáneamente al secuestrado en libertad, antes de cinco días cuando le haya causado lesiones de las previstas en la fracción II del Artículo 235 o I del 236 de éste Código.

IV. Se impondrán de cinco a quince años de prisión y de docientos a setecientos cincuenta días-multa, al que sin haber recibido rescate pusiere espontáneamente en libertad al secuestrado antes de cinco días, -- cuando le haya causado lesiones de las previstas en las fracciones II y III del artículo 236 de éste Código o de las que pusieren en peligro la vida.

V. Se impondrán de veinticinco a cuarenta años de prisión y de treientos a mil días-multa, cuando con motivo del secuestro falleciere el secuestrado o persona relacionada con éste.

Se equipara al secuestro y se impondrán las penas señaladas en este artículo, al que detenga en calidad de rehén a una persona y amenaze con privarla de la vida o causarle un daño, sea a aquella o a terceros, para obligar a la autoridad a realizar o dejar de regular un acto de cualquier naturaleza.

Siendo el secuestro un delito de los que se persiguen de oficio, la autoridad tendrá en todos los casos la obligación de intervenir en la investigación de los hechos y persecución del inculcado, tan pronto como tenga conocimiento del ilícito y aún cuando el ofendido o sus familiares se opongan a ello o no presenten denuncia formal, se impondrá de tres meses a tres años de prisión y de veinte a doscientos días-multa a los servidores públicos que teniendo el deber de hacerlo, no procedan en los términos de esta disposición. Igual pena se impondrá AL PARTICULAR QUE PAGUE RESCATE AL FLAGIARIO." (50).

Evidentemente por lo que se refiere a la conducta que debe de regularse para cometer éste ilícito, debe de ser de actividad, de acción, ya que en una ocasión es muy difícil privar de la libertad a una persona por lo que la conducta que se desarrolla, indudablemente, es de acción.

Ahora bien, en cuestión al resultado, los delitos pueden ser, forzosamente cuando no hay un cambio en el mundo exterior o materiales cuando realmente lo hay. En el delito que nos ocupa, evidentemente que va a darse un cambio en el mundo exterior, ya que se le tiene que privar de la libertad a una persona, de ahí que sea un delito de acción, con resultado material.

Por lo que se refiere al daño, necesariamente es un delito de lesión, en virtud de que se están provocando perjuicios inmediatamente en la privación de la libertad de la persona, y por tal motivo, este delito independiente --

(50).- CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MEXICO; Estado de México, Editorial CAJICA, S.A. Puebla, Pue. 1994, páginas -- 201 a 205.

de acción y de resultado material, por el daño que produce para de lesión.

En lo que se refiere a la duración, es necesario hacer una breve reflexión, en virtud de que los delitos en forma general, por el momento de consumación pueden ser instantáneos cuando los elementos del tipo se dan inmediatamente, pueden ser también continuados, cuando con unidad de propósito delictivo se viola la misma fracción Penal, como es el caso de robo hormiga, y pueden ser permanentes cuando sus efectos de consumación se prolongan en cuanto al tiempo. De esto nos habla el maestro César Augusto Osorio y Nieto en los siguientes términos: " En los delitos instantáneos la Acción que los verifica y los perfecciona se da en un solo momento, en el cual se agota el delito... Los delitos instantáneos con efectos permanentes se caracterizan porque el bien jurídico protegido se lesiona o disminuye en forma instantánea, pero los efectos causados por esta lesión disminuyen o se prolongan conforme al tiempo...

El delito continuado es aquel en el que hay varias lesiones y un solo resultado antijurídico...

Existe en el delito continuado, según los tratadistas, unidad de resolución por la idea de acciones y unidad de lesión.

El delito permanente es aquel en el que la acción en que se consuma el delito puede prolongarse en el tiempo a voluntad del activo, de modo que en cualquier momento en que se integra la figura típica, se estima que le lesiona el bien jurídicamente protegido, tal como sucede en el caso de rapto y la privación ilegal de la libertad." (51).

Como puede observarse en el delito que nos ocupa, tiene por su naturaleza una situación muy especial en cuanto a su consumación en virtud de -

 (51).- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO: "SINTEISIS DE DERECHO PENAL"; México Editorial Trillas, la. Edición 1984 Págs. 46 y 47.

que esta se prolonga en el tiempo, invariablemente, sin lugar a dudas es una clasificación distintiva de éste delito que lo hace un delito especial.

Ahora el grado de culpabilidad que veremos en el inciso 2.3.4.,- evidentemente que tiene que ser con carácter doloso, ya que a nadie se le va a - privar de su libertad por una situación imprudencial, tal vez pudiéndose pensar- que en un momento determinado exista preterintencionalidad pero en lo general eg te delito es doloso.

En la forma en que esta estructurado éste delito, podemos considerarlo como un delito complejo, ya que señala varias situaciones e incluso la - situación especial y modo de punibilidad, que nos ocupa en éste trabajo, simple- y sencillamente son las dos últimas líneas que dicen: "IGUAL PENA SE IMPONDRÁ AL PARTICULAR QUE PAGUE EL RESCATE AL PLAGIARIO".

De lo anterior podemos observar que este tipo señala diversas -- acciones, que son necesarias para su existencia, debido a la gran complejidad -- que puede resultar el secuestro de una persona.

Por otro lado, por el número de actos que deben de realizarse ag cesariamente que es un delito plurisubsistente, en virtud de que al principio - se ejecuta el apoderamiento y la privación ilegal de la persona, luego el tipo - de secuestro se establece y se configura en el preciso momento en que se pide a- cambio una cantidad de dinero por el rescate de la persona, de ahí que se requir- re de varias acciones para la existencia de éste delito.

Luego, su persecución, como lo establece el mismo artículo 268 - del Código Penal, será siempre de oficio, y es en ese sentido como ya podemos -- empezar a criticar este tipo de delito, ya que si notamos el último párrafo del- citado artículo que se comenta, ya que la autoridad correspondiente deberá inter

venir aún en contra de la voluntad de los familiares del secuestrado; esto como se puede ver puede lesionar más todavía, los intereses de la víctima y peligrar la vida de éste, por la intervención forzosa de la autoridad; por lo esta es otra de las situaciones que criticamos y que iremos proponiendo continuamente su solución.

Por último la autoridad competente para conocer de éste delito debe de ser del fuero común, pero en el caso cuando se secuestra a algún funcionario público Federal en ejercicio de sus funciones o es algún militar, la investigación deberá recaer dentro del ámbito de la autoridad Federal o militar.

2.3.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO

Conforme a lo establecido en el inciso anterior, tenemos un tipo que requiere necesariamente de una conducta de acción, la cual dará un resultado material y por el daño que causa, sera de de leion, con una duración permanente, y por el elemento subjetivo de la culpabilidad del activo, sera doloso; de estructura compleja, plurisubsistente, de oficio y principalmente de materia del fuero común.

En estos términos, hemos visto la clasificación del delito, ahora tenemos que pasar a hablar de cada uno de sus elementos de configuración, de lo anterior, para que el delito pueda darse, se requiere:

1.- Que por cualquier medio se prive de la libertad a un individuo.

FALLA DE ORIGEN

venir aún en contra de la voluntad de los familiares del secuestrado; esto como se puede ver puede lesionar más todavía, los intereses de la víctima y peligrar la vida de éste, por la intervención forzosa de la autoridad; por lo esta es otra de las situaciones que criticamos y que iremos proponiendo continuamente - su solución.

Por último la autoridad competente para conocer de éste delito debe de ser del fuero común, pero en el caso cuando se secuestra a algún funcionario público Federal en ejercicio de sus funciones o es algún militar, la investigación deberá recaer dentro del ámbito de la autoridad Federal o militar.

2.3.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO

Conforme a lo establecido en el inciso anterior, tenemos un tipo que requiere necesariamente de una conducta de acción, la cual dará un resultado material y por el daño que causa, será de de lesión, con una duración permanente, y por el elemento subjetivo de la culpabilidad del activo, será doloso; de estructura compleja, plurisubsistente, de oficio y principalmente de materia del fuero-común.

En estos términos, hemos visto la clasificación del delito, ahora tenemos que pasar a hablar de cada uno de sus elementos de configuración, de lo anterior, para que el delito pueda darse, se requiere:

1.- Que por cualquier medio se prive de la libertad a un individuo.

FALLA DE ORIGEN

2.- Que dicha privación sea el fin de obtener rescate.

3.- Que dicha privación pueda tener como fin causar daños o perjuicios al secuestrado o a otra persona que este relacionada con éste.

De lo anterior, notamos como el secuestro va a caer directamente en la privación ilegal de la libertad de la que es objeto una persona, y el bien jurídico que realmente es por el cual la humanidad ha luchado durante varios siglos, esto es que durante mucho tiempo la humanidad a tenido que luchar por su libertad, no solo la personal, sino la de creencia, de culto, de expresión, de política y en fin de todo tipo de libertades que el ser humano necesita para poder desarrollarse.

En base a todo esto, la libertad personal, sera sin duda, uno de los valores que más representa o son fundamentales para el ser humano, y que deben estar más protegidos por la legislación penal.

Ahora bien, estos tipos de elementos, los vamos a ir criticando conforme a esta teoría analítica del delito, para hacer un razonamiento más eficaces y preciso.

2.3.1.- LA CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Realmente para que un delito exista, se requiere de una conducta no importa que esta sea inimputable o de que de algún modo no vaya a ser punible que sea justificativa y otra circunstancia, pero se requiere necesariamente de la conducta o acción humana.

El maestro Raúl Zaffaroni, nos habla de la conducta en los siguientes términos: " Conducta es para nosotros una expresión menos extensa, que- hecho, por hecho, tenemos una voz que denota un concepto aproximado al código civil. Cualquier acontecimiento susceptible de producir efectos jurídicos; hecho, - por ejemplo, es la caída del rayo, que provoca un incendio, que genera la exigibilidad de una obligación proveniente de un contrato de seguro. Pero también las conductas son hechos, solo que en especial categoría de los hechos, los hechos - humanos voluntarios...

En nuestro esquema, si el resultado está fuera del movimiento -- corporal y este es la manifestación de una voluntad, el resultado esta fuera de la conducta y por ente el nexo causa, también. La relación causal y el resultado son fenomenos físicos que van imperiosa e ineludiblemente unidos a la conducta, - pero que de ninguna manera la integra...

La causalidad y el resultado acompañan siempre a la conducta -- aunque no siempre a nivel típico interesan a la prohibición. El concepto se verifica mediante la comprobación del nexo causal y el resultado como elementos contingentes de los tipos penales, porque hay tipos en los que el legislador no los individualiza." (52).

El maestro Zaffaroni nos señala sobre el movimiento muscular del ser humano, generalizador de todo tipo de conductas, en tal forma que ese movimiento corporal, puede ser de carácter positivo, esto es de acción, o puede ser de un carácter negativo, de omisión, que consiste en un no hacer, provocando un resultado delictivo.

Ahora bien, el maestro nos lleva más lejos al establecer la idea

(52).- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL: "TRATADO DE DERECHO PENAL"; México, Cárdenas - Editor y distribuidor, 1a. Edición Tomo III, 1988 Págs. 50, 51 y 79.

del nexo de causalidad, esto es la ilación de todo ese movimiento corporal, al resultado querido o no querido por el agente activo. De tal forma que ilación o íntima relación entre lo que la conducta realiza y su propio resultado, a ese elemento se le denomina como el nexo causal.

Luego, para lograr una mayor explicación sobre la conducta el maestro Porte Petit, nos explica lo siguiente: "Nosotros pensamos que no es la conducta únicamente como muchos se extrean, sino también el hecho, elemento material del delito, según la descripción del tipo, dando lugar a este punto de vista, a la clasificación de los delitos de merca conducta y de mero resultado material. Nadie puede negar que el delito lo integran una conducta o un hecho humano. Y dentro de la relación lógica, ocupa el primer lugar, lo que les da una relevancia especial dentro de la teoría del mismo. El delito es ante todo una acción humana, el fenómeno de la naturaleza o el hecho del animal nunca pueden producir o constituir delito, ya que sin la acción, el delito no es concebible.- Primordialmente todo el delito es acción, pues únicamente la acción humana puede hoy tener por consecuencia una pena. Sin referirse a las características de la acción." (53).

Definitivamente que sin la conducta humana, no vamos a tener la acción punible, de tal forma que si en esta se realiza un hacer del sujeto activo, tendremos una conducta positiva la cual se realiza en el delito de secuestro, pero cuando es una conducta de omisión, entonces estaremos frente a esa situación de no hacer, que produce el efecto delictivo como es el caso típico de aquél que no cambia las vías del tren y produce la colisión del mismo.

Este delito de secuestro según los maestros Carranca, se pueden -

 (53).- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO: " APUNTES DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL"; México, Editorial Porrúa, S.A., 14a/ Edición 1991, Pág. 229.

desglosar en los siguientes términos: "el plagio consiste en el apoderamiento arbitrario de una persona para obtener rescate a cambio de su libertad. El concepto de secuestro es a fin al plagio; pero especialmente se refiere a los ladrones que se apoderan de una persona acomodada y exigen dinero por su rescate"(54).

Es evidente que la conducta por lo que se refiere al sujeto activo del delito, debiera de ser de acción, ahora bien, debemos también considerar ese aspecto negativo de la conducta como es su ausencia de la cual el maestro Francisco Pavón Vasconcelos nos explica: "La ausencia del hecho y del delito, surgen al encontrar cualquiera de los elementos que lo componen a saber:

1).- Ausencia de la conducta;

2).- Inexistencia del resultado

3).- falta de la relación causal entre la acción u omisión, integrantes de la conducta, y el resultado material considerado.

Casos de ausencia de la conducta. La Vis absoluta que ha recibido el nombre de "fuerza irresistible" y la "fuerza mayor", se presentan por actividad o por inactividad voluntaria, por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior irresistible a él con un carácter totalmente irresistible.

La vis absoluta se diferencia de la vis mayor, en que esta fuerza impulsora proviene necesariamente del hombre, mientras que aquella encuentra su origen en una energía distinta ya natural o sobrehumana." (55).

Es así, que el sujeto activo del delito podría llegar a secuestrar a otra persona, en virtud de recibir alguna amenaza o de alguna situación de hipnotismo que segan totalmente la voluntad de éste; en éste caso estaremos frente a una vis absoluta que inhibe la conducta y la voluntad del ser humano y de ahí la ausencia de la responsabilidad penal, ese tipo de circunstancias, son

(54).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL: "CODIGO PENAL ANOTADO" México, Editorial Porrúa, S.A., 9a. Edición 1981, Pág. 627.
 (55).- PAVON VASCONCELLOS FRANCISCO: "Manual de Derecho Penal Mexicano"; México, Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición, 1981 Pág. 247 y 252.

seramente extraordinarias, por lo que podemos decir que en general, la conducta del sujeto activo en el delito que nos ocupa, evidentemente sera de acción y la posibilidad de la ausencia de éste, es verdaderamente muy remota.

2.3.2.- EL TIPO Y SU AUSCENCIA.

Ya hemos establecido la redacción del artículo que nos ocupa en esta tesis, y que es el artículo 268 del Código Penal para el Estado de México, señalamos que dentro de sus elementos esta en un principio la privación de la libertad con el fin de obtener un rescate o causar daños o perjuicios a la víctima o a otra persona relacionada con éste.

Por lo anterior, vamos a establecer cuando menos la idea de lo que por tipo debemos entender y su tipicidad, además de la ausencia del mismo.

al respecto, Fernando Castellanos Tena, nos explica su definición con las siguientes palabras: " hemos insistido en que para la existencia del delito se requiere una conducta o hechos humanos; más no toda conducta o hechos son delictuosos; precisa además que sean típicos, antijurídicos, y culpables. la tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración. Avida cuenta de nuestra Constitución Federal, en su artículo 14 establece en forma expresa que en los juicios de orden criminal se aplique exactamente la ley de que se trata; lo cual significa que no existe delito ni tipicidad.

no debemos confundir el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto." (56).

La descripción que hace el poder legislativo en función de una cierta conducta que la sociedad requiere que se proteja un bien jurídico es fundamental para ella; esto sin duda es el caso que nos ocupa, el aseguramiento de la libertad personal de los individuos.

De tal forma que el capítulo II del subtítulo tercero en donde está impreso el artículo 268 del Código Penal del Estado de México, al establecer los delitos contra la libertad y seguridad de las personas; es lo que revela evidentemente el objeto jurídico protegido por la norma.

Ahora bien, el hecho de que una conducta encuadre al tipo descrito por la norma, quiere decir sin duda, que tendremos o estamos frente a la tipicidad, esto es cuando una persona priva de la libertad a otra con el fin de obtener un rescata, pues no tenemos otra situación enfrente mas que la tipicidad, producto de una acción delictuosa.

Por otro lado vamos a ver el momento en que ha de presentarse la tipicidad o ausencia del tipo y al respecto el maestro Castellanos Tena nos dice que el artículo 14 Constitucional exige que exista el tipo para que pudiésemos hablar del delito, de tal forma que si el artículo 268 del Código Penal que comentamos no existiera, evidentemente que el hecho de privar de la libertad a una persona en forma violenta, exigiendo dinero por su liberación, ya no debería considerarse como delito y entonces el Agente del Ministerio Público del Estado

(56).- CASTELLANOS TENA, FERNANDO: "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL", México, Editorial Porrúa, S.A. 15a. Edición 1981, Pág. 165.

FALLA DE ORIGEN

de México, no podría investigar este tipo de conducta por no estar debidamente especificado en el ordenamiento penal.

Lo antes comentado significa la ausencia de tipo muy diferente-- al hecho de la tipicidad, la cual según el maestro Porte Petit, esta consiste en: "La atipicidad se puede presentar en los siguientes casos: 1.- Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho; 2.- Ausencia de la calidad del sujeto activo requerida por el tipo; 3.- Ausencia de la calidad del sujeto pasivo requerida en el tipo; 4.- Ausencia del objeto jurídico; 5.- Ausencia del objeto material; 6.- Ausencia de las modalidades de la conducta, que pueden ser; a).- De referencias temporales, b).- De referencias especiales; c).- De referencias a otro hecho punible; d).- De referencias de otra índole, exigida por el tipo, y e).--- De los medios empleados; 7.- Ausencia de elementos normativos; 8.- Ausencia de elemento subjetivo del injusto.

Las consecuencias de la tipicidad son: La reintegración del tipo la translación de un tipo a otro; y la existencia de un delito ~~injusto~~ (57).

El hecho que no re llenen los extremos del tipo, quiere decir -- que no hay un cuerpo del delito o que no hay tipicidad si en algún momento una persona priva de la libertad a otra pero no pide rescate, evidentemente que no se da el delito de secuestro sino unicamente el de privación ilegal de la libertad, si una persona priva de su libertad a otra, sin pedir rescate y para--causarle daños y perjuicios al secuestrado, evidentemente que los elementos del delito si estaran presentes y por lo tanto existira la tipicidad.

(57).- PORTE PETIT. CAUDAUDAP, CELESTINO: Ob. Cit. Pag. 478.

2.3.3. LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Una conducta que encuadra perfectamente a un tipo penal, y en virtud de que este tipo penal previene y protege un bien jurídico, consecuentemente que esta, es antijurídica, porque es contraria a lo jurídico.

Dicho de otra forma, una conducta típica siempre tendrá que ser antijurídica simple y sencillamente porque viola la norma.

El aspecto negativo de la antijuridicidad, sin lugar a dudas con las causas de justificación, mismas que a grandes rasgos, el maestro Cuello Calón, nos explica; "Cuando en un hecho de apariencia delictuosa le falta el elemento de antijuridicidad, no hay delito. Un hombre a maltratado a otro, pero si lo mato injustamente atacado, esta situación de defensa excluye la antijuridicidad en la acción homicida y en consecuencia del delito..

En las causas de exclusión de la antijuridicidad el agente obra con condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad conciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado al derecho, la situación especial en que cometió el hecho constituye una causa de justificación de una conducta. Como consecuencia de la licitud de esta no sera posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal ni siquiera civil, pues del que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesiona intereses jurídicos."-(58).

(58).- CUELLO CALON, EUGENIO: "DERECHO PENAL"; México, Editorial Nacional, 9a Edición, 1976, Pág. 316.

Lo que es la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio del derecho, el cumplimiento de un deber, son parámetros en los que de alguna manera, intervienen forzosamente una teoría muy particular como es la del interés jurídicamente preponderante.

Esta teoría, se basa en que al repeler un ataque inminente actual real, se está protegiendo un bien jurídico de igual o mayor jerarquía a cambio o en sacrificio de otra igual o de menor jerarquía esto es que se repelle y se protege el bien jurídico propio o el ajeno repeliendo un ataque inminente.

Otra situación de esta teoría del bien preponderante pudiese ser el estado de necesidad, en el que una persona por tratar de huir de sus secuestradores, roba un vehículo y logra salvar su integridad personal, claro está que su conducta aparentemente ilícita, tiene una causa de justificación que va directamente en proporción al interés jurídico más preponderante que es salvar su libertad o su vida.

El maestro Sergio Vela Treviño, cuando nos habla de un interés nos explica: "Ya ha quedado establecido que la norma jurídica protege y trata de preservar bienes que han sido valorados por el legislador como acreedores a esta tutela; sin embargo, es frecuente que en una escala jerarquizada de valores tutelados, en un momento determinado y respecto de cierta conducta típica, se considera de mayor importancia un bien jurídicamente protegido que otro igualmente tutelado. En tal coalición de interés con identidad en su consideración de interés jurídico, necesariamente se recurre a los principios de la jerarquización, consistentes en determinar cual de los intereses en conflicto es más importante para el orden jurídico.

La determinación del interes preponderante, la realiza por razon natural el Juegador, por ser él, el titular en el juicio de la antijuridicidad de las conductas típicas." (59).

Una situación que debemos subrayar, es el juego o el choque y - conflicto de los intereses que en un momento determinado forman las causas de - justificación.

por ejemplo en el impedimento legitimo, en el que por citar al - gún ejemplo los parientes más cercanos del acusado pueden negarse a declarar, se protege un interes preponderante como es el cariño y afecto de las relaciones fa miliares que se tienen.

En el cumplimiento de un deber, cuando no se sabe realmente el - delito, más evidentemente que existe una jerarquización de tipo laboral en virtud de que se cumple con ese deber, simple y sencillamente no llega a configurar se esa ilicitud en la conducta.

En el ejercicio de un derecho, se atiende básicamente al ejercicio de acciones, en las que un actuario, ejerciendo el derecho, establece y hace ejecutable materialmente hablando, el derecho a la parte que en un momento determinado perdió o no pudo demostrar suficientemente su causa.

En general, tenemos como ese principio del interes jurídicamente protegido, será sin lugar a dudas el parámetro general en el cual se ha de mover todo lo que son las causas de justificación como una situación que deja sin anti juridicidad a la conducta.

Evidentemente que en el delito de secuestro, no puede encajar -- ninguna de éstas circunstancias porque simple y sencillamente nadie secuestra -

por legítima defensa, ni por estado de necesidad, ni ejerciendo un derecho, ni -
mucho menos por cumplir un deber.

Ya que las detenciones y aprehensiones, que realiza la policía Judicial en un momento determinado se realizan en virtud de la investigación - de un delito, no para pedir una cantidad por el rescate aunque en la práctica - pudiésemos decir que la extorsión subsiste en muchas comandancias policíacas.

2.3.4.- LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Esto es sin duda un concepto demasiado subjetivo ya que va a entrar en la psicología de la persona de querer y entender la conducta, que en un momento éste ha realizado,

Se requiere de entender en principio la conducta para ser imputable de derecho, luego entonces, si se comprende esta conducta, y existe aquel nexo causalidad del cual nos habló anteriormente el maestro Raúl Zaffaroni cuando decíamos sobre la conducta, entonces, estaremos frente a una conducta evidentemente culpable.

El maestro Carrasá y Trujillo al explicarnos estas circunstancias, nos dice: "Atendiendo a la causalidad psíquica del resultado y el juicio de valor que se traduce en un reproche, en una palabra, a la culpabilidad, puede presentar esta, dos grados diversos: Dolo y culpa. La acción ha de contener - uno u otra para hacer a alguien responsable al título de culpable y, por tanto,

para constituir posible, aunque no necesariamente, delito. Por el contrario, si la una ni la otra existen no habrá culpabilidad ni delito, la posibilidad de imputación habra desaparecido. Por ello se establece en nuestro derecho, la -- formula por cierto demasiado precisa en su parte final, que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal, causar un daño por mero accidente sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho ilícito con todas las precauciones debidas. En estos casos se trata de un hecho causal o contingente, de una - desgracia como si ese hecho hubiera sido causado por fuerza fatal de la naturaleza." (60).

Nótese que la culpabilidad va directamente a establecer como ese reproche que la sociedad le debe de hacer al sujeto activo del delito, por la comisión de éste. Además, las formas de la misma son el Dolo cuando se ha obrado - intencionalmente y en la culpa cuando y cumpliendo los deberes se da el resultado pero, no se ha podido tener la suficiente precaución.

El artículo 7o. Del Código Penal del Estado de México, hace alusión de tres tipos generales de la culpabilidad estableciendo los delitos dolosos, culposos y preterintencionales, definiéndolos de la siguiente manera:

"El delito es doloso cuando se causa un resultado querido o aceptado, o cuando el resultado es consecuencia necesaria de la acción u omisión.

El delito es culposo cuando se causa el resultado por negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado.

El delito es preterintencional cuando se causa un daño que va más allá de la intención y que no ha sido previsto ni querido y siempre y cuando el medio empleado no sea el idóneo para causar el resultado." (61).

Obsérvese que estos tres tipos o grados de culpabilidad que se eg

(60).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL: "DERECHO PENAL MEXICANO"; México, Editorial Porrúa, S.A., 16a. Edición, 1988 Pág. 441.

(61).-CODIGO EPNAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MEXICO; Ob. Cit. pág. 16.

FALLA DE ORIGEN

establece en la legislación del Estado de México, pueden darse en la práctica, pero, realmente en el delito de secuestro al pedirse el rescate, en éste momento se tendrá necesariamente una culpabilidad dolosa. Por lo que consideramos que sólo el dolo será aplicable para el delito de secuestro.

Calro esta, que existen sus aspectos negativos de la culpabilidad, como es el error, la obediencia jerárquica, que en un momento determinado pueden dejar inculpa la conducta, pero, en lo que se refiere al error, ya sea en el golpe en la persona o en el delito, a pesar de que en un determinado momento no haya un hecho de causalidad entre lo querido por el agente activo y su resultado, de todos modos se realiza la conducta ilícita y existiran ciertas culpabilidades.

2.3.5.- LA PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

La punibilidad, es el último de los elementos del delito, y este será sin lugar a dudas la caracterización del derecho penal ya que esta situación llega a resolverse, mediante una pena que hace coercible al derecho y por lo mismo establece la diferencia del mismo, al privar la libertad de las personas cuando estas hayan sido declaradas y demostradas culpables de algun delito.

Pero realmente nuestro derecho penal, no establece penas con el fin de que el reo sufra, sino que se establece para que éste se rehabilite; de hecho la responsabilidad que tiene éste sobre la comisión del delito se va a re-

flejar en el grado mínimo o máximo de peligrosidad y en relación a esto se impondrá una pena.

El maestro Jorge Alberto Mancilla Gvando, nos dice en este sentido de una definición de lo que es punibilidad expresando: " La punibilidad es la --responsabilidad penal que corresponde al delito. La punibilidad no es elemento --constitutivo del delito porque el delito existe cuando se consagra en la ley, --con independencia de que se señale, o no responsabilidad penal. La característica del derecho es su coercitividad; constituye un absurdo legislativo crear delito--en la ley y no establecer sanción. En tales casos si la ley es constitucional el delito existe, pero no se podría fincar responsabilidad penal al delincuente, --ante la ausencia de sanción...

La punibilidad, significa la ausencia de responsabilidad penal en el delito.

La ausencia de punibilidad penal, deja subsistente el carácter de delito de la conducta e impide la aplicación de la pena, por no existir sanción en la ley. Es erróneo determinar que la imputabilidad no busca excusas atenuatorias.

Son casos de ausencia de punibilidad. El robo de famélico, el aborto por imprudencia de la mujer embarazada, y el aborto como resultado de una violación; el delito de evasión de reca realizado por los ascendientes, descendientes, conyuges, hermanos, parientes por afinidad, parientes hasta el segundo grado, los que cometen el delito de violación de leyes sobre inhumación, cuando sean ascendientes, descendientes, conyuges, hermanos del responsable del homicidio...

La ley penal en los casos citados señala que en las conductas no tienen calidad de delito, en los ejemplos establecidos, la ley de manera precisa demuestra que la conducta no es delito. Esos casos no son excusas absolutorias, - solo significan que la ley reproduce el derecho de libertad de los gobernados, - en excluir la conducta como delito." (62).

Debemos subrayar que la punibilidad, es sin duda un elemento de la teoría general del delito, no coincidimos con lo expresado por el maestro Mancilla, en el sentido de que no lo es; toda vez que como él mismo dice, la coercitividad es necesaria para que exista el derecho, ya que la normatividad coercible es sin duda el derecho, si no existe ese tipo de coercitividad será una ley imperfecta y además inadecuada.

Lo anterior, resulta que si existe el delito, es porque existe la pena, así como no puede existir el delito sin un tipo, también no puede haber un delito sin una pena, de tal forma que exista un gran relación y la pena realmente forma una parte de lo que es la consecuencia directa del delito, claro está, que en este momento ya no vemos conceptos sub-jetivos de la conducta, como puede ser su tipo o la culpabilidad, pero, el agente activo en un momento determinado es sabedor del carácter previsorio de la norma penal, cuando sabe que si comete esa conducta ilícita puede ser acreedor a una privación de su libertad.

Es pues, la punibilidad un elemento distintivo del delito, con consecuencia del mismo tipo.

Ahora bien para dejar más claro su aspecto negativo lo encontramos en las excusas absolutorias mismas que según el decir, del maestro Raúl Carrancá y Trujillo, consistirán en: " Las causas de inisputabilidad, la acción deja de ser delictuosa porque el sujeto no es imputable, y en las de inculpabili
 (62).- MANGILLA OVANDO, JORGE ALBERTO: "TEORIA LEGALISTA DEL DELITO"; México, -- Editorial Porrúa, S.A. Edición 1969, Pág. 50, 51 y 55.

dad, porque su acción no puede serle reprochada, y las de justificación porque la acción no es antijurídica, en las excusas absolutorias, falta sólo la punibilidad en la acción; son causas que dejan subsistir el carácter delictivo de la acción, causas personales que excluyen sólo la pena, por las circunstancias que concurren en la persona del autor, el estado no establece como para tales hechos sanción penal alguna. Se les define por ello diciendo: Son circunstancias en las que a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluido desde el primer momento de posibilidad de imponer la pena al autor." (63).

Circunstancias tan especiales como los vínculos familiares, la misma temibilidad de las personas ó las otras establecidas legalmente, van a redundar respecto a la idea de que llega un momento en que es mejor proteger un bien jurídico de mayor jerarquía como lo es el núcleo familiar, como es el caso de robo entre familiares establecido en la legislación penal del Estado de México.

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos establecer que para cada uno de los elementos que le dan vida y existencia al delito, el aspecto negativo va a hacer nulativo su castigo y por tales motivos y razones, el inculpa do en determinado momento al no integrarse completamente los elementos citados, podrá quedar en libertad toda vez que por ser tan estricto el derecho penal, los elementos del delito en general han de presentarse en el caso concreto de manera plena.

 (63).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL: "DERECHO PENAL MEXICANO"; México, Editorial Porrúa, S.A., 16a. Edición 1968, Pág. 651.

74

**CAPITULO III.- EL SECUESTRO EN LA LEGISLACION DEL
ESTADO DE MEXICO.**

Queremos aclarar que la transcripción de lo que es el secuestro en el Estado de México, se hizo en el capítulo anterior, por lo que, vamos a seguir hablando de ella únicamente en cuanto a sus elementos.

Por lo anterior, solamente nos enfocaremos al artículo 268 de la Ley Penal del Estado de México.

3.1.- DESCRIPCION GENERAL DE SU TIPO.

Hemos ya transcrito el contenido del artículo 268, y dejamos claro que este requería de los siguientes elementos a saber:

- 1.- El privar de la libertad a una persona.
- 2.- Que dicha privación sea con la intención de pedir y obtener dinero por su rescate.
- 3.- Que dicha privación se realice con el fin de causarle daños o perjuicios al secuestrado o a otra persona relacionada con éste.

Para tener bien precisada nuestra idea, queremos hacer los señ

FALLA DE ORIGEN

lamentos que respecto al delito de secuestro, hacen los maestros Carranca, al decir que: " El nucleo y el tipo penal lo constituye el apoderamiento que el agente perpetra, de una persona, privandola de su libertad y manteniendola en calidad de rehén, con el propósito:

- A).- De pedir dinero por su rescate;
- B).- o bien, de causarle un daño o perjuicio cualquiera en su persona, en sus bienes o en su reputación;
- C).- O bien de causarle iguales daños a una persona que este en relación de cualquier especie con el plagiado.

El dolo específico consiste en el propósito de obtener rescate o de causarle daño o perjuicio al plagiado a o terceros.

Se consuma el delito con el hecho de privación arbitraria de la libertad del plagiado, aún cuando el precio del rescate no sea pagado o no se hubiere causado distinto daño o perjuicio al plagiado o al tercero. Es posible la tentativa. El delito es permanente y la prescripción comienza a correr y a contarse desde que cesa la privación de la libertad del plagiado." (64).

Un ejemplo muy claro de la la privación de la que podemos mencionar, es como aquella persona que tiene que absolver posiciones un día en un juzgado, y es secuestrado para que no se presente; el efecto que se produce es que se declare confeso, esto es una forma ficta, con lo cual una de las partes puede beneficiarse, lo cual sin duda configura el delito que analizamos.

Ahora bien, otro de los requisitos que en un momento determinado adolece nuestro tipo penal del estado de México, es ese fin de obtener rescate, derecho de rescate, es una situación un poco amplia, por lo que debemos tomar el diccionario de la lengua española para establecer cual es su definición de lo

(64).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL: "CODIGO PENAL ANOTADO" México, Editorial Porrúa, S.A., 9a. Edición 1981. Página 687.

que por rescate debemos de entender, y este nos dice, que: "recobrar mediante - pago, redimir, liberación, recuperar, sacar." (65).

El pagar una suma determinada, lleva implícito en la concepción de rescate, así para nuestro gusto consideramos que puede afinarse un poco más - la terminología utilizada, con lo que podemos pensar a quien priva de la libertad a otro con el fin de obtener un lucro, sería un poco más técnico, tal vez mejor, un lucro indebido.

Aunque, la palabra rescate, denota mayormente la intención de - lucro, ya que evidencia el fin de la conducta.

por lo anterior, debemos tener en cuenta, que en general el tipo de secuestro, presenta los citados elementos.

Por otro lado, las atenuantes y las agravantes que las cinco -- fracciones presenta, le darán otro tipo de elementos, por el ejemplo la primera, la cual básicamente trata de la tentativa por medio del arrepentimiento, o la -- tentativa inacabada por voluntad del agente activo. Esto es liberar espontánea - mente al secuestrado y que no se le haya causado ningún perjuicio y no se haya - recibido ningún pago por el rescate.

La segunda fracción establece otra atenuación de la pena, cuando sin haber recibido el rescate también se pusiere espontáneamente en libertad al secuestrado y se le haya causado lesiones de las que tardan en sanar hasta -- quince días y no ameritan hospitalización, es decir, de las previstas y sancio - nadas en lo dispuesto por los artículos 234 y 235 Fracción I del Código Penal -- que comentamos.

Posteriormente en la fracción Tercera también tenemos una ate-

(65).- GARCIA PELAYO, RAMON: "DICCIONARIO LAROUSSE ILUSTRADO"; México, Editorial Larousse, 1961, Pág. 441.

nuación, tomando en consideración la sanción prevista en el tipo penal de referencia ya que no obstante de que la pena se va aumentando según la gravedad de las lesiones, es decir, cuando las lesiones, para esta fracción, tardan en sanar más de quince días y ameritan hospitalización, es así, como la pena se va -- agravando en relación a cada una de las fracciones que denota el artículo 268 - del Código Penal del Estado de México.

El agravamiento de la pena que se conota, lo encontramos en la Fracción V, en donde la pena se aumenta de veinticinco a cuarenta años de prisión cuando con motivo del secuestro falleciere el secuestrado o persona relacionada con éste.

Todas estas circunstancias han sido consideradas y tomadas por el legislador del Estado de México, y de alguna manera nos ilustra estableciendo las bases o criterios para proteger la libertad y seguridad de las personas.

3.2.- LOS BIENES JURIDICOS TUTELADOS.

Todas las normas, no solo las penales, sino todas en general -- intentan proteger bienes que a la sociedad le interesa proteger de los ataques-peligrosos de que pueden ser objeto.

Lo mismo con el derecho penal, el cual protege bienes absolutamente necesarios y merecedores para cada uno de los individuos,

Para poder conocer esta estructuración del bien jurídico tutela

do por la norma que estudiamos, vamos a realizar la cita del concepto del bien jurídico tutelado, en las palabras del maestro argentino Raúl Goldstein: " la tutela del bien jurídico es común a todo el ámbito del derecho; pero adquiere especial importancia en el ámbito penal, por su particular forma de otorgar esa protección, utilizando la amenaza y la pena, y también en función específica la defensa más enérgica de los intereses particularmente dignos, al punto que se dice que el derecho penal es el protector de los demás derechos.

Pero en cierto modo, el bien como objeto de protección del derecho implica una abstracción, porque es un concepto generalizador. Es el interés medio o genérico tenido en cuenta por el orden jurídico y cuya lesión constituye el contenido material de lo injusto. El bien jurídico así entendido, puede presentarse como el objeto de protección de la ley o como objeto de ataque contra el que se dirige el delito, por lo cual no debe confundirse con el objeto de la acción que pertenece al mundo sensible." (66).

Nótese que el objetivo que persigue la norma básicamente es proteger el derecho, en el caso que nos ocupa, evidentemente que esta protección, se va a dar directamente en la protección de la seguridad y libertad de las personas.

Decíamos que la libertad, es uno de los principios básicos que más ha tratado de defender la población, y en donde más ataques han existido, ya que si recordamos la historia, encontraremos que anteriormente existía la esclavitud, en donde se coartaba totalmente la libertad personal de los individuos.

Así la libertad es sin duda uno de los tesoros más preciados por el ser humano, y es en éste ámbito en donde el bien jurídico tutelado por la ley

 (66).- GOLDSTEIN, RAUL: "DICCIONARIO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA"; Buenos Aires Argentina, Editorial Astrea, S.A., 2a. Edición 1983, Página 85.

na que nos ocupa a de desarrollarse en esta tesis.

El derecho penal, a través de los múltiples tipos que establece va dadnole a la población en general, la seguridad jurídica que esta necesita - para realizar pacíficamente su actividad.

De tal forma, que este objetivo directo del delito, sera sin du^{da} da el proteger ese tipo de seguridad y basicamente la libertad de las personas - para que estas puedan tener la seguridad jurídica de que su libertad esta de al guna manera protegida.

3.3.- ELEMENTOS ESENCIALES Y SUS CARACTERISTICAS.

Uno de los principales supuestos de este delito será sin duda la privación ilegal de la libertad.

De tal forma que esta privación de la libertad, debe ser o lle^{varse} varse a cabo como su mismo nombre lo indica, en forma ilegal.

Es decir, existirá la privación legal de la libertad de las personas, cuando esta se realice en forma en que la ley lo permita.

Al respecto, el maestro Raúl Avendaño Lopez, nos proporciona la siguiente explicación: " Tenemos como seguridad jurídica por un lado, nos otorga ra diversos derechos para que la organización social pueda subsistir. Así, exig tirán codigos como el civil, el penal, los laborales, etcetera, a través de los cuales se van estableciendo derechos, que intentan proteger a la persona en sus

bienes y sus derechos. Pero cuando estos son atacados, la misma seguridad se amplía, y ofrece un sistema de derecho a efecto de que se pueda encontrar una reparación en el daño que se le pueda causar.

Por otro lado, tenemos como el infractor, también se protege con esa seguridad jurídica para el efecto de que sea oído y vencido en juicio antes de que legalmente se le pueda cambiar su situación jurídica.

Así, en relación a la privación de la libertad, el marco jurídico parte de la idea establecida como garantía individual dada en el artículo 16-constitucional. No cabe duda que la garantía de seguridad jurídica de libertad, -incluso de propiedad, estan contempladas en dicho artículo.

Para que el acto de molestia de privación legal tenga su legitimación, se requiere en primera instancia que éste se realice por escrito, segundo que se lleva a cabo por autoridad competente, en tercer lugar que dicha autoridad funde y motive la causa legal de su procedimiento.

La actividad del estado debe de estar regulado por la ley, esto quiere decir, que el acto administrativo para ser valedero requiere que provenga de un funcionario publico que tenga conforme a la ley la competencia para realizarse." (67).

De lo anterior debemos de hacer notar varios elementos, en principio, que exista realmente la privación legal de la libertad, y esta estará dada, como el maestro avendaño ya lo indicó, a través de un organo competente como sería el caso tanto del Agente Del Ministerio Publico, que investiga el delito, -como un Juez Penal que en un momento determinado puede librar una orden de aprehensión en contra de algún delincuente.

 (67).- AVENDAÑO LOPEZ, RAUL: "ESTUDIO CRITICO DE LAS DETENCIONES Y APREHENSIONES DE LA POLICIA JUDICIAL": México, Editorial PAC, 2a. Edición 1992. Págs. 15 a 17.

Ahora bien, el maestro Avendaño nos dirige al artículo 16 consti tucional, para establecer un marco general de la privación legal, esto es que el artículo 16 constitucional General de la República, establece que para que en -- cuente la legalidad este tipo de aprehensiones, esta puede sobrevenir ya sea -- por orden de aprehensión o simple y sencillamente por la flagrancia del delito, -- esto es que se capture al delincuente en el momento mismo de estar cometiendo el delito.

El mismo artículo 16 Constitucional permite y faculta a toda la ciudadanía la posibilidad de detener al delincuente con la condición de ponerlo -- inmediatamente a disposición del Agente del Ministerio Público, a quien le correponde, investigar el delito conforme a lo dispuesto en el Artículo 21 Constitu -- cional.

Ahora bien, el artículo 16 Constitucional hace competente al -- Agente del Ministerio Público, para iniciar la Averiguación Previa, está necesariamente debe de hacerse por escrito, y forzosamente, en cada uno de sus actos -- debe de fundamentarlos y relacionarlos a través de la motivación.

Estos dos conceptos de fundamentación y motivación, por ser de -- gran importancia, para todo acto administrativo de los órganos del estado, en -- tal virtud vamos a hacer la transcripción de sus definiciones las cuales el mag -- stro Ignacio Burgoa nos proporciona la siguiente redacción: " La fundamentación -- Legal de la causa del procedimiento autoritario, consiste en que los actos que -- originen la molestia de que habla el artículo 16 constitucional, deben de basar -- se en la disposición normal general, es decir, que esta prevea la situación con -- creta para la cual sea procedente al realizar el acto de autoridad, que exista --

una ley que la autorice. La fundamentación legal de todo acto autoritario que cause al gobernado una molestia en los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 16 constitucional, no es sino una consecuencia directa del principio de legalidad que consiste en que las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite.

La motivación de la causa legal del procedimiento, explica que existiendo una norma jurídica, al caso o situación concretos respecto de lo que se pretende cometer acto autoritario de molestia, sean aquellos a que se refiere la disposición legal fundatoria esto es, el concepto de motivación empleado por el artículo 16 constitucional, indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuendren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley. " (68).

La apelación legal de la libertad puede sobrevenir, independientemente de la flagrancia del delito, puede establecerse por el libramiento de una orden de aprehensión, en la cual el Código Penal debe de fundar y motivar su acción para no dejar en estado de indefensión a quienes han de detenerse y que de alguna manera tiene que responder a los cargos que en un momento determinado se les haga en su contra.

Otra de las características esenciales del tipo básico será sin duda el obtener rescate, ya habíamos dicho que esta palabra de rescate, a pesar de que suena un poco ambiguo, revela el contenido directo de la obtención de un lucro a través de la privación de la libertad, en tal virtud, opinamos que sería un poco más técnico, el hecho de cambiar la palabra de rescate, a cambio de obtener un beneficio económico o un lucro aneado.

(68).- BURGEO, IGNACIO: "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES"; México, Editorial Porrúa, S.A., 9a. Edición 1975, Págs. 602 y 604.

FALLA DE ORIGEN

Consideramos que la palabra rescate, por su terminología gramatical denota el contenido correcto.

Ahora bien, otra de las circunstancias concretas que el mismo tipo señala, es el hecho de realizar la privación para perjudicar al secuestrado - situación en la que pusimos el ejemplo de aquel que va a testificar, que su testimonio tal vez beneficia a un tercero, y para que no llegue a testificar, es secuestrado, o para ir al partido de fut-bol, o para que no llegara al rin de la - lucha, etc., esta es la forma en como la legislación, independientemente de proteger la libertad también tiene una relación directa con la intención del delito esto es la intención del delito, refleja totalmente el privar de la libertad obteniendo un beneficio para el sujeto activo del delito.

3.4.- SECUESTRO EQUIPARADO.

Vamos a realizar la transcripción de la idea del secuestro equiparado que contiene el artículo 268 en su tercer párrafo despues de las fracciones, dicho párrafo nos refiere lo siguiente:

"Se equipara al secuestro y se impondrán las penas señaladas en éste artículo al que detenga en calidad de rehén a una persona y amenaze con privarla de la vida o con causarle un daño sea a aquella o terceros, para obligar a la autoridad a realizar o dejar de realizar un acto de cualquier naturaleza." (69).

Nótese que de nuevo nos enfrentamos a la intención del secuestro o de privación de la libertad, el hecho de tener a una persona en calidad de -----
 (69).- CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO-
 DE MEXICO: Ob. Cit. Pág. 204.

rehén, para que una autoridad básicamente no realice lo que tiene que hacer, como es el caso típico de aquellos asaltabancos o de los aereo-piratas que mantienen rehén para garantizar su vida, su libertad, o para tratar de negociar ciertas relaciones políticas internacionales con el fin de presionar a las autoridades de esa manera. En la legislación penal del Estado de México, esta es una situación totalmente equiparada y que consideramos realmente tiene una gran trascendencia debido a que puede suceder e incluso a nivel de un juzgado o de cualquier dependencia de gobierno, puede darse el caso, que algún delincuente utilizando a un rehén logre obtener algún beneficio.

De lo anterior que volvemos a tener en cuenta la palabra beneficio con la privación de la libertad, aunque esta sea totalmente transitoria.

La siguiente jurisprudencia citada por los maestros Carrancá, -- nos dará mayores criterios de convicción:

"El bien jurídico protegido en el delito de secuestro es la libertad external de la persona, la libertad de hablar y moverse, por ende, el dolo o elemento psíquico consiste en la conciencia y voluntad del delincuente para privar ilegalmente a alguno de la libertad personal, ya con el fin de pedirle rescate o causarle daños como lo expresa el artículo 366 fracción I del Código Penal; más de la detención arbitraria que sirve de medio para la comisión inmediata de otro delito como el homicidio, es de manera constante el título absorbido, nunca el absorbente, es decir, que prevalece el delito fin y se aplica a la pena que respecto a este la ley establece (S.C. Amparo Directo 4935/62, - Informe 1965, Página 45). " (70).

En este secuestro equiparado, encontramos la transitoriedad de un elemento esencial del secuestro, como es el hecho de detener a un rehén o de privarlo provisionalmente de su libertad, de restringirle su libertad de tal forma que el hecho de privarlo obligadamente de su libertad sea privación

(70).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS Y RIVAS, RAUL. Jurisprudencia Visible, Código Penal, Ob. Cit. Pág. 697.

FALLA DE ORIGEN

nal o permanentemente, y el hecho de que obtenga un beneficio quien lo realiza, simple y sencillamente se va a tener la configuración de lo que es el secuestro de lo anterior, que debemos ahora enfocar la idea hacia aquellos que sufren el secuestro, esto es, a las personas que tratan de liberar a esa persona privada de la libertad, y que de alguna manera nuestro código penal punibiliza, el hecho de que para salvar a mi padre, mi hermano, a mi tío, yo no pueda pagar el rescate, ya que como observamos, el último párrafo del artículo 268 simple y sencillamente sería mi conducta delictuosa, toda vez que posiblemente se pudiere fomentar los secuestros, cosa que la legislación ha tratado de prevenir, pero en la práctica, evidentemente de que los familiares en un principio, tratan de conseguir todo el dinero para liberar al secuestrado.

Tenemos que todo este delito de secuestro, va a basarse directamente en una privación de la libertad de forma ilegal totalmente, esta privación de la libertad puede ser provisional o permanente, y quien lo realiza, debe de alcanzar un fin o un beneficio directo ya sea de lucro o de cualquier otro forma.

Así, tenemos ya este último concepto por lo que pasaremos al capítulo cuarto, en donde ya enfrentaremos la otra cara de la moneda como son las víctimas del secuestro y que no solamente es a quien se le prive de la libertad, sino a sus familiares quienes deben de buscar su liberación a través del pago de una cantidad de dinero para lograrla.

CAPITULO IV.- LA DESPENALIZACION DE QUIEN PAGA EL RESCATE.

Para este último capítulo, haremos las diferentes reflexiones - necesarias para poder tener nuestro criterio en relación a que no es factible ni conveniente que se castigue con una pena a los particulares o familiares del secuestrado, cuando estos por lograr la libertad y su integridad corporal del secuestrado, pagan el rescate.

Al inicio de nuestro trabajo, observamos como el derecho penal - protege realmente los intereses, a través de la prevención que la norma intenta- establecer en el Código Penal. Luego entonces, cuando se comete el delito, el - procedimiento penal nos dará las vías necesarias para poder ejercitar nuestro de recho.

Será en el momento en que se pida al juez, a través del Agente - del Ministerio Publico, la pena que debe aplicarse al acusado, quien una vez im- puesta tendrá que purgarla no para que éste recienta o para que sufra, sino para que se rehabilite su conducta y se reincorpore a la sociedad.

Todas estas situaciones son de derecho penal, pero también lo es el carácter del ofendido. en un sentido general, podemos decir, como lo establece el maestro Colín Sánchez al referirse que el sujeto pasivo del delito: " Es - usual el término ofendido en el campo del derecho de procedimientos penales, sin

embargo, es necesario diferenciarlo del concepto víctima del delito,

El ofendido en el delito, es la persona física que resiente directamente la lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el derecho penal.

La Víctima es aquel que por razones sentimentales o de dependencia económica del ofendido, resulta afectado con la ejecución de dicho ilícito⁽⁷¹⁾.

Siguiendo la idea del maestro Colín Sánchez, vamos a tener que el ofendido, será el secuestrado, y la víctima del delito serán los parientes, amigos y familiares que en un momento determinado pretendan pagar los reclamos a los secuestradores, para el efecto de que se logre su liberación.

Son sin duda las víctimas las que independientemente de que el derecho penal haya intentado protegerlas, y que el mismo derecho a través del tipo estableció un estorvo político al delincuente, un alto en su conducta, una intimidación con una pena corporal, esto fué desatendido totalmente por el legislador ya que no es posible considerarse a la víctima del delito como un delincuente.

Evidentemente que el ofendido, es el motor de todo el derecho penal, porque, el principio de la norma lo protege; en segundo lugar la norma sanciona y es gracias a su denuncia, acusación o querrela a través de la cual el Agente del Ministerio Público toma conocimiento de los hechos, y si en algún momento el juez de la causa, libra Orden de Aprehensión es porque el Agente del Ministerio Público, ejerció la Acción Penal en contra del presunto responsable - pidiendo no solamente se libere la Orden de Aprehensión sino también la Reparación del daño ocasionado, esto como uno de los objetivos de la Acción Penal.

(71).-COLIN SANCHEZ, GUILLERMO: "Derecho de Procedimientos Penales"; México, editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición 1974 Pág. 192 y 193.

FALLA DE ORIGEN

De lo anterior tenemos que el ofendido, a pesar de que para el - esta hecho todo el derecho penal, tratando de protegerlo, en el el procedimiento - simple y sencillamente se le hace a un lado y la figura del Agente del Ministerio Publico ser quien lo represente en juicio, con la unica posibilidad de coadyuvar - con el mismo Agente del Ministerio Publico, para poder lograr un resarcimiento - del daño que la misma seguridad jurídica asegura a los individuos.

Por lo que consideramos necesario que a los familiares que son - víctimas del delito no se les imponga una pena simple y sencillamente por pagar - el rescate a los secuestradores, situación que analizaremos a continuación.

4.1.- PRESENTACION DEL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO.

Para fijar nuestro objetivo de éste trabajo, vamos a pasar a -- transcribir el último párrafo del artículo 268 del Código Penal del Estado de México, el cual establece los siguientes lineamientos:

"Siendo el secuestro un delito de los que se persiguen de oficio, la autoridad tendrá en todos los casos la obligación de intervenir en la investigación de los hechos y persecución del inculpaado, tan pronto como tenga conocimiento del ilícito y aún cuando el ofendido o sus familiares se opongan a ello o no presenten denuncia formal, se impondrán de tres meses a tres años de prisión y de veinte a doscientos días multa, a los servidores públicos que teniendo el deber de hacerlo, no procedan en los términos de esta disposición. IGUAL PENA SE IMPONDRÁ AL PARTICULAR QUE PAGUE RESCATE AL PLAGIARIO." (72).

=====
(72).- CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO - DE MEXICO: Ob. Cit. Pág. 204.

De tal forma, si a un familiar nuestro lo secuestran y se exige una cierta cantidad de dinero para liberarlo, y se tiene la posibilidad económica para ello, la familia entrega la cantidad de dinero que se pide, con la finalidad de rescatar sano y salvo al ofendido,

La naturaleza jurídica del delito de plagio o de secuestro puede darnos algunas claves respecto de cual es necesariamente la idea tomada para punibilizar así a los familiares o particulares cuando pagan el rescate.

El maestro Mariano Jiménez Huerta, nos habla de esto en los siguientes términos: " Ha sufrido el delito de plagio las vicisitudes y transformaciones circunstanciales al cambio de las costumbres y a la evolución de los tiempos. Durante el paganismo imperó el desconocimiento el desconocimiento de la personalidad de hombres y fué considerado esto, como una cosa susceptible de propiedad privada.

De ahí la institución de la esclavitud, universal entre los pueblos de la antigüedad y que tuvo su génesis en el desconocimiento de la naturaleza espiritual del hombre y de la igualdad de su estirpe y en la negación de la fraternidad humana.

Mientras que duró la esclavitud fué muy frecuente el robo del hombre para ser vendido como esclavo y alcanzar un lucro. La palabra plagio expresa en su origen, la sustracción de un sirvo en daño de su dueño, como el secuestro de un hombre libre para venderlo como esclavo. La frecuencia con que acontecieron estos hechos se atestigüa por los historiadores y se corrobora por la uniformidad de las leyes y la severidad de las penas citadas para sancionar el delito de plagio." (73).

 (73).- JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO: "DERECHO PENAL MEXICANO"; México, Editorial Porrúa, S.A. 4a. Edición Tomo III, Páginas 136 y 137.

Actualmente, a pesar de que el esclavismo y el tráfico de peregrinos, se dice, que ya no se da, pudiésemos considerarlo realmente ya que hay autores que dicen que sigue existiendo y esto se da a nivel internacional.

El tráfico de infantes, el tráfico de órganos, a los principales consumidores de órganos, de niños como son los Estados Unidos de Norteamérica.

El maestro Nigor Karpets, nos habla del comercio de los seres humanos en un nivel internacional en los siguientes términos: " La esclavitud y el comercio de esclavos que de ella se derivan, se practican en la sociedad de tiempos inmemorables. Como herencia que son de régimen esclavista, la esclavitud y la falta de esclavos no desaparecieron cuando se liquidó la formación socioeconómica esclavista, se han observado y existen hasta hoy con aspectos modificados para vergüenza de la sociedad humana.

Como forma específica del comercio de esclavos deben de clasificarse una serie de casos de secuestro de niños para su venta posterior. Es un delito, que en países occidentales tiene carácter de delito común, ahora se modifica simplificándolo como comercio de esclavos. El secuestro de niños, como comercio de esclavos se distingue del secuestro común, de estos fines personales que persigue, en que el primero se realiza con el fin de vender los niños secuestrados, quienes después serán empleados en calidad de fuerza de trabajo. El occidente que ha formado un mercado negro clandestino de la venta de niños. La revista de la Policía Nacional editada en Francia, (1976 número 100), escribe que la venta de niños, en el mercado negro, despierta gran inquietud, en California, Estados Unidos por ejemplo, un niño cuesta entre cinco a cincuenta mil do-

lares. Así es como los nuevos comerciantes de esclavos crean un ejercito de gentes condenados a trabajos forzados, también se secuestran adultos para éste mismo fin. Según esta misma revista en 1974 se secuestrarán en Italia 190 personas y en 1975, 299." (74).

Nótese como no sólo en el secuestro se va a pedir dinero o vengaficio a las víctimas del mismo o sea de los familiares, sino que también se da el tráfico de seres humanos, especialmente de niñas a los cuales facilmente se les somete, y son utilizados en los Estados Unidos como bancos de organos o para adoptarlos a las familias que así lo soliciten y para formar parte del esclavismo moderno que se esta dando en un nivel internacional.

Lamentablemente, en nuestro país y a pesar de estar a un lado o ser vecino de los Estados Unidos, esta situación poco le importa a nuestro gobierno local y federal, ya que en vez de protestar por estas situaciones, se prefiere abrir totalmente la frontera para el paso del comercio con éste país.

Entonces cuando el derecho penal debe de ser más enérgico en protección para el efecto, que no se produzcan tanto el robo de infantes como su tráfico y por supuesto del secuestro de algunas gentes por parte de otros países.

Lo anterior debido a que no es conveniente, dejar desprotegidos a toda esa parte de la sociedad, en virtud de que nuestro país por ser soberano y destinatario del derecho penal, debe de ser ampliamente protegido.

(74).- KARPET'S, HIGOR: "DELITOS DE CARACTER INTERNACIONAL"; Moscú Rusia, Editorial Progreso, 1983, Pág. 239 y 244.

4.2.- LA VIDA, LA LIBERTAD Y LA INTEGRIDAD FAMILIAR
 COMO BIEN JURIDICO PREPONDERANTE A CUBRIR.

Cuando en el capítulo segundo, especialmente en el inciso 2.3.3. hablamos de las causas de justificación, hicimos notar una teoría del interes -- preponderante.

esta teoría, sin lugar a dudas vamos a tenerla que someter respecto a la situación concreta que analizamos.

Por un lado tenemos un hecho, un secuestro, una persona que ha sido privada de su libertad por gentes que van a tener un beneficio económico de cualquier otra índole. Y por otro lado tenemos sus víctimas, familiares o amigos que en un momento determinado va a tratar de pagar el secuestro para lograr la libertad y seguridad de esa persona.

Luego entonces, en otro aspecto, vamos a tener también a la ley y a la autoridad o institución que la presente como aquel que cumpliendo su deber debe avocarse a la investigación que le impone la misma ley. Tenemos como un interes preponderante, va a cubrir sin lugar a dudas en un principio a la vida, en ese caso del que mayo peligro corre, como es el secuestrado, para lograr su libertad y fortificar su integración familiar, esta familia tendrá que pagar una cantidad de dinero, situación que provocará que esta o algún particular cometa -

FALLA DE ORIGEN.....

un delito y se haga acreedor a una pena que va desde tres meses a tres años de prisión y por supuesto que a la sociedad no le beneficia en nada, sino que por el contrario, pone en riesgo, la seguridad de las personas que sufren este delito.

Así la familia integrada, va a tratar de cubrir esa cantidad para lograr en un principio la libertad y que se le entregue sano y salvo, es decir, con vida al ofendido.

Que es más para el derecho, la vida o la misma norma; si la misma norma trata de prevenir y cubrir la vida, y esta hecha para protegerla, es evidente que la norma debe de ser para proteger un interés material real, que lejos de ser jurídica es práctico, esto es proteger la vida del secuestrado. -- Luego la libertad de la persona que ha sido restringida, si ya habíamos dicho que éste ha sido uno de los principios mayormente defendidos en toda la historia del hombre, al tratar de lograr la libertad de alguien a quien se le ha privado en forma ilegal, y se pide rescate por ella, consideramos que también el derecho debe de ser de un interés preponderante, protegiendo la libertad de la persona, además de su seguridad física, básicamente cuando hay conflictos en el derecho, siempre hay que prescindir por la situación justa, y si la persona secuestrada tiene integrada y vida realmente a su familia, como uno de los puntos principales, entonces, podrá sentir o estar seguro, esto es si su familia, es solvente, que no pagará su rescate sobre esta idea de la integración familiar, es necesario decir, que la familia es la célula más pequeña de la sociedad, y que a través de ésta y su desenvolvimiento, se va formando un tipo de comunidad que va a ser el elemento primordial de la Constitución de los Estados.

Aquí, el secuestrador perjudica a toda la sociedad, en el momento en que toma a una persona con la finalidad de obtener un rescate, y que es lo que pasa si la familia no quiere pagar el rescate, entonces, estaremos en una situación en la que se van a reflejar problemas de integración familiar, en donde la gratitud y el amor que se le tiene al secuestrado, simple y sencillamente esta sancionado.

Pero como quiera que sea el valor de la vida, como el valor libertad, como el amor elemento de la integridad familiar, simplemente son superiores al ordenamiento penal, porque este ordenamiento esta hecho en favor de la protección de esos principios, y es su deber protegerlos a toda costa, entonces, si son intereses preponderantes, la aplicación de la pena para el particular que paga el rescate, simple y sencillamente estaría en una causa de justificación, como es la situación negativa de la Antijuridicidad y su conducta evidentemente no llegaría a integrar el delito.

4.3.- OBLIGACIONES DE LOS FAMILIARES SEGUN EL CITADO ARTICULO.

Según el artículo que hemos transcrito, los familiares en un principio, van a estar obligados a presentar su denuncia porque en caso de no hacerlo, la autoridad podrá intervenir a pesar de que los familiares se opongan a ello.

De hecho, la misma legislación previene que la autoridad, que no cumpla sus funciones en los términos señalados, se hará acreedor a una conducta

delictuosa, intimidandola con una pena corporal que va de tres meses a tres años de prisión.

En consecuencia, tenemos que los familiares estan obligados en cierta manera a denunciar el secuestro y los mismos secuestradores, en el momento en que notifican a la familia, su secuestro del ofendido, lo primero que le piden a la familia, es que no den parte a la policia, amenazando que en caso contrario mataran al secuestrado.

El modo de operar evidentemente, que es el mismo para todo secuestro, ya que primero, se priva de la libertad y luego se establece una comunicacion de cual genero, con los familiares del secuestrado, como ya se dijo pidiendoles que no den parte a la policia, para posteriormente pedir una cantidad de dinero por el rescate del secuestrado.

Esta circunstancia, hace que los familiares, esten obligados a denunciar o que comprometan la vida y la seguridad y libertad del secuestrado, e incluso el servidor público (policia o Agente del Ministerio Público), que tiene conocimiento de los hechos, de alguna manera debe de intervenir y esta obligado a continuar con la investigacion, por tratarse de un delito de interes de la sociedad y por lo tanto la misma legislacion lo sanciona, por lo que podemos observar que la intencion del legislador, no es más que, no se siga fomentando este delito y así lo dispuso en la norma penal que comentamos, por lo que consideramos valedera esta situacion.

Ahora bien, una circunstancia que tenemos que anotar, es que la última parte del citado articulo, habla de una pena impuesta al particular que pague el plagio, realmente esto nos hace dudar, ya que el legislador refiere una

pena establecida a la autoridad o servidor público, que no cumpla con sus funciones, y para distinguir a la autoridad de otras personas, simple y sencillamente se relacionó a un particular, haciendolo, acreedor a la misma sanción, situación con la cual la sociedad no esta de acuerdo.

4.4.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION, LA INculpABILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS FRENTE A QUIEN PA- GA EL RESCATE.

En un principio, ya lo habíamos empezado a señalar, el estado de necesidad, simple y sencillamente puede estar o quedar comprendido, dentro del pago que se hace, por parte, claro esta de un particular ó los mismos familiares.

El maestro Raúl Eugenio Zaffaroni, nos habla de estas circunstancias en los siguientes términos: " En este supuesto, el que sufre el mal menor no ha hecho nada contrario al derecho, y no obstante, debe soportar el mal, porque el que lo infiere se encuentra en una situación de necesidad en la que el conflicto fáctico le impone una elección, de ahí que a diferencia de legítima defensa, en que sólo tiene valor correctivo para los extremos en que se excede la racionalidad, la ponderación de los males tiene una importancia capital.

El mal que se quiere evitar puede provenir tanto de una fuerza de una naturaleza como de una acción humana, actua en estado de necesidad justificante quien arranca unadero de una cerca para repeler la agresión de que fué objeto, como el que comete un delito contra la propiedad coaccionado por otro --

que le amenaza con matar a su mujer, como el que viola un domicilio para escapar de un secuestro, como el que mata al puma que lo ataca, el que empuja al epiléptico que le cae encima, el que trompea al hipnotizado que tiene orden, el que -- villa un domicilio para refugiarse de un ciclón, etc." (75).

Es necesario anotar, que el maestro ya fija claramente un elemento que habíamos observado anteriormente, pero ahora nos lo confirma.

El maestro establece que actúa justificadamente quien obra en una necesidad, por lo que los familiares o el particular, evidentemente que están, actuando en un estado de necesidad, al pagar el rescate, y además esto se justifica, por el estado de angustia, y de ahí la teoría del interés preponderante, tiene que resurgir, esto es, que genéricamente se debe de determinar, que es lo que debe de prevalecer, la protección de un bien jurídico tutelado de mayor importancia, como es el caso del delito en estudio, ya que lo que se sacrifica es un bien jurídico de menor importancia, como es, el no fomentar los secuestros.

El maestro Carlos Creus, nos explica también, esa circunstancia con los siguientes comentarios: " No obstante la genérica dominación de la ley solo queda comprendida en la protección penal el interés por integridad física y psíquica del hombre en todas sus manifestaciones: Su vida, su estructura corporal, la plenitud de un equilibrio fisiológico y del desarrollo de sus actividades mentales. Los demás atributos de la persona, los que constituyen como el honor, la honestidad, el estado civil, la libertad, se encuentran al amparo en otros títulos.

La protección de los atributos vitales, orgánicos y fundamentales se emplean mediante el delito de resultado dañoso, de peligro, o que pueden dar-

 (75).- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL: "MANUAL DE DERECHO PENAL"; México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2a. edición 1988, Pág. 533.

como una y otra característica." (76).

La ley penal, en un principio trata de proteger la libertad y seguridad de las personas, de tal forma, que la norma que analizamos, se contrapone con el bien jurídico que se protege, ya que al estar protegiendo la seguridad y la libertad, debe de permitirse por todos los medios lograrla.

En tal virtud, pudiésemos pensar que todo esto que acarrea el rapto, o secuestro, puede quedar comprendido totalmente en una causa de justificación, como es el estado de necesidad en donde simple y sencillamente no sería la conducta delictuosa.

Por lo que se refiere a los efectos de la culpabilidad, evidentemente, que estaríamos apoyando más el estado de necesidad, que alguna otra situación de inculpabilidad, e incluso de excusa absolutoria, ya que el mismo tipo y en un momento determinado pudiera establecerse la carencia de la pena para los familiares que pagan el rescate.

De lo anterior, podemos establecer que realmente, el último párrafo del artículo 268 del Código Penal del Estado de México, debe de ser reformado, esto es debe de derogarse o despenalizarse, no solamente por el pago que hacen los particulares por el rescate o los familiares, sino también por la obligación que se impone a los servidores públicos, que investigan el delito, situación que puede entorpecer la protección del bien jurídico tutelado por la norma y que es la libertad y seguridad de las personas.

CONCLUSIONES.

La función y fin del derecho penal, es ha sido a través de los tiempos, el de tutelar no solo bienes de las personas, sino también sus derechos y libertades de todos y cada uno de los individuos que forman la sociedad.

Al derecho penal le preocupa que al infractor o proplable responsable, se le aplique una pena, claro esta, una vez que ha sido oído y vencido en juicio, para el efecto de que éste se rehabilite, sometiénolo a un tratamiento para después se útil y desarrollarse suficientemente dentro de la sociedad.

En nuestro Estado de México y no solamente en el Estado, sino en todo el país, uno de los principales delitos que al derecho le ha preocupado en la actualidad, es el de SECUESTRO, ya que sin lugar a dudas, se trata de un tipo penal, en donde participa "la delincuencia organizada", situación de la que no comentamos en éste trabajo, por considerar que es otro tema que debe ser analizado minuciosamente por separado.

En el delito de Secuestro para el Estado de México, se establece que quien paga el rescate, tendrá que purgar una pena; evidentemente que esta situación, no esta de acuerdo con la realidad social que se vive.

Consideramos que los alcances y límites de la norma penal son muy bastos, que se crea al derecho penal para protección y seguridad de la comunidad, pero en la norma que analizamos del artículo 268 en su último Párrafo, se establece una contradicción en relación con el bien jurídico que se tutela; esto es debido a que, si el bien jurídico protege LA SEGURIDAD, LIBERTAD Y HASTA LA VIDA DE LAS PERSONAS, luego entonces, si mediante el pago se puede obtener la seguridad del ofendido (secuestrado), no se debe entorpecer esta finalidad, penalizando al particular o familiar que paga el rescate, a fin de brindar la seguridad jurídica que la sociedad requiere.

Este delito, es de acción, el cual en su configuración, provoca un resultado material, en virtud de que hay un cambio en el mundo exterior, como es la privación de la libertad de una persona; su característica principal, se puede decir, es de duración, ya que es de esos delitos permanentes que se prolongan en cuanto a su tiempo de consumación.

Por lo expuesto, observamos que hay un elemento que nos puede servir de justificación para la falta de sanción a los particulares o familiares que pagan el rescate, y sin duda, es el llamado Estado de Necesidad, que es perfectamente como una excluyente de responsabilidad.

Podemos decir, que al legislador del Estado de México, le preocupó, el no fomentar los secuestros, por las ganancias económicas que este representa, situación que se manifiesta al penalizar EL PAGO POR EL RESCATE; de tal forma que al pagarse este, se sacrifica un bien jurídico tutelado de menor importancia (EL NO FOMENTAR EL SECUESTRO), para salvar otro de un peligro real, grave actual e inminente y de mayor jerarquía, como es la libertad, seguridad y hasta

la vida de las persona secuestrada.

El Estado de Necesidad, presupone un sacrificio de menor interés jurídico al salvado, ya que el no fomentar los secuestros, es de menor importancia a la libertad, seguridad y hasta la vida de la persona; de hecho el derecho es ha creado y estructurado en beneficio de la vida, de la libertad y seguridad de las personas y en tal forma son los requerimientos de soberanía que la sociedad requiere.

De lo anterior, en un momento determinado, si una persona es secuestrada y su familia intenta pagar el rescate, evidentemente que existe un estado de necesidad, porque el bien jurídico salvado, es la libertad, seguridad y hasta la vida de la persona, situación que el legislador del Estado de México, no lo consideró, preocupandose unicamente por no fomentar los secuestros.

En tal virtud existe una contradicción en el citado artículo 268 porque el bien jurídico que se tutela (LIBERTAD, SEGURIDAD Y HASTA LA VIDA), - tiene mayor importancia que el que se sacrifica (EL NO FOMENTAR LOS SECUESTROS) luego entonces, lo que se hace es poner un estorbo para la seguridad de la persona secuestrada y esto la sociedad no lo quiere.

En tal sentido es una contradicción a los objetivos del derecho penal, por lo que es necesario e inminente la reforma al referido artículo, derogando no solamente la última parte sino el último párrafo, ya que la pena que se aplica en todos los delitos que se persiguen de oficio a los servidores públicos, se encuentran contempladas por separado en en los delitos cometidos por servidores publicos en la Administración de Justicia, y solo así tendremos UNA MEJOR APLICACION DE LA LEGISLACION PENAL DEL ESTADO DE MEXICO.

FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFIA

OBRAS.

AVENDAÑO LOPEZ, RAUL. "Estudio crítico de las detenciones y Aprehenciones de la Policía Judicial". México, Editorial Pac, 2a. edición 1992

BURGOS, IGNACIO. "Las Garantías Individuales", México, editorial Ferrua, S.A. 9a edición 1975.

BRAVO UCARTE, JOSE. "Compendio de Historia de México", México, Editorial Jus 9a. edición 1965.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. "Derecho Penal Mexicano", México, Editorial Ferrua - S.A. 11a. edición 1976.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. "Código Penal anotado" México, editorial Ferrua, S.A. 7a Edición 1978.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales del Derecho Penal" México, Editorial Ferrua, 1976, 10a Edición.

COLLI SANCHEZ, GUILLERMO. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" México, - editorial Ferrua, S.A. 3a edición 1974.

CREUS, CARLOS. "Derecho Penal" Buenos Aires, Argentina, editorial Astrea, 2a. - edición 1988.

CUE CANOVAS, AGUSTIN. "Historia Social Economica de México" México, Editorial -- Trillas, 3a. edición 1967.

CUBIJO GALCIN, EUGENIO. "Derecho Penal", México, Editorial Nacional, 9a. edición- 1976.

FLORES MARGADANT, GUILLERMO. "El Derecho Privado Romano" México, Editorial Esfinge, S.A. 6a Edición 1975.

FLORES MARGADANT, GUILLERMO. "Panorama de la Historia Universal del Derecho" Editorial Miguel Angel Ferrua Librero editor 3a. edición, México, 1988.

GARCIA PELAYO, RAFAEL. "Diccionario Larousse Ilustrado" México, editorial Larousse 1981.

GOLDSTEIN, RAUL. "Diccionario de Derecho Penal y Criminología" Buenos Aires Argentina, editorial Astrea 2a. Edición 1992.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. "Código Penal Comentado" México, editorial Porrúa, S.A. 1978.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. "Derecho Penal Mexicano" México, Editorial Porrúa S.A. 16a edición 1977.

HERNANDEZ SANCHEZ, ALEJANDRO. "Los Derechos del Pueblo Mexicano; Las Cortes de Cadena" México editorial del Gobierno de Aguascalientes, 1a. edición, 1979.

IGLESIS, JUAN. "Derecho Romano" Barcelona España, editorial Ariel, S.A. 6a. edición 1979.

JIMENEZ DE USUA, LUIS. "La Ley y el Delito" Buenos Aires Argentina, editorial Suramericana, 13a. edición.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "Derecho Penal Mexicano" México, editorial Porrúa, S.A. 4a Edición Tomo III.

KRETS, IGOR. "Delitos de Carácter Internacional" Moscú Rusia, editorial Progreso, 1983.

La Procuración de Justicia, nueva Filosofía del Ministerio Público. México, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, sin fecha de Edición

MARTÍNEZ C., BERTHA DEL CARMEN. "Cronología Fundamental de la Historia de México", México, editorial del Magisterio, 1970.

MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO. "Teoría Legalista del Delito" México, editorial Porrúa, S.A. edición 1989.

MORAN DE BARRON, CONCEPCIÓN. "Historia de México" México, editorial Porrúa, S.A. 10a. edición 1973.

OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, "Síntesis de Derecho Penal" México, editorial Trillas, 1a. Edición 1984.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal" México, editorial Porrúa S.A. 1974.

PEREZ FERRIT CANDANDEP, CELESTINO. "Apuntes de la parte general del Derecho Penal" México, editorial Porrúa S.A. 14a. edición, 1991.

SIX ZAMUDIO, HECTOR. "Comentarios al artículo 14 Constitucional dentro de la — Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, comentada" México, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

TEJERA RAMIREZ, FELIPE. "Leyes Fundamentales de México" México, editorial Porrúa, S.A. 10a. Edición, 1990.

VELA TRIVELCO, SERGIO. "Antijuridicidad y Justificación" México, editorial Trillas, 3a edición 1992.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. "Manual de Derecho Penal" México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2a edición 1983.

LEGISLACIONES CONSULTADAS

CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MEXICO. Estado de México, Editorial Cajica, S.A. Puebla, Pue. 1994

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, México, Partido Revolucionario Institucional, 1994

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. México, Casa del Libro, - editorial Prisma, 1992.