

172



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARACÓN

“PROPUESTA PARA QUE LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD -PREVISTA EN EL ARTÍCULO 364 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL- SEA CONSIDERADA COMO DELITO GRAVE”.

289015

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:
FERNANDO GONZÁLEZ REYES

ASESOR: LIC. GLORIA C. ZÁRATE DÍAZ

MÉXICO 2001



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios:

Te doy las gracias Dios por haberme dado la oportunidad de conocer este precioso mundo y de darme unos maravillosos padres, ya que cuento con la dicha de tenerlos a mi lado, esperando estén conmigo por siempre con tu sagrado consentimiento; además te estoy eternamente agradecido por haberme dado la oportunidad de concretar una de las principales metas que me propuse, y por dejar que mis padres compartieran conmigo éste logro.

"Si acaso estuvieran mis padres a mi lado,
podría agradecerles su preocupación por mí,
sus tiernas caricias
que no por escasas, sinceras sentí.

Si acaso tuviera a mis padres a mi lado
les daría las gracias por estar aquí
les agradecería mis grandes tristezas,
sus sabios regaños, sus muchos consejos
y los grandes valores que sembraron en mí

Si acaso tuviera a mis padres a mi lado
LES DARIA LAS GRACIAS POR HABERME ENGENDRADO"

A mi madre:

Te doy las gracias mamá por qué con tus sacrificios, con tu apoyo incondicional y con tus
desvelos hiciste de mi un hombre de provecho, dándome confianza y optimismo para seguir
adelante y con ello alcanzar uno de mis grandes anhelos. Gracias por todo mamá.

A mi padre:

Al hombre que supo exigirme, para que yo fuera lo que soy, por qué gracias a sus regaños,
enseñanzas y consejos, me dio las herramientas necesarias para obtener uno de los tesoros
más valiosos. Gracias por todo papá.

A mis abuelos:

A mis queridos abuelitos, los señores LINO GÓNZALEZ y TRINIDAD MENA, CIRENIO REYES+ y ENEDINA NAVARRETE, a los cuales les doy gracias por haber creído en mí y por hacer que me esforzara para salir adelante.

A mis hermanos:

CARLOS, SERGIO, Y OSCAR., al primero por ser tan enojón, al segundo por tomar la vida como viene, y al tercero por tener un carácter tan agradable; a los tres les comparto mi dicha y alegría y que espero que lo hagan conmigo, además les pido que siempre estudien para que salgan adelante, para que después sean Ustedes quienes compartan conmigo su alegría.

Al amor de mi vida:

A mi querida esposa a la cual le comparto éste logro y que espero esté muy orgullosa de mí, además de que estoy muy contento de transmitirle mi alegría, así como de decirle que la quiero mucho y que espero esté conmigo toda la vida .

A mis tíos: Ricardo, Armando, Rafaela, Ma. Magdalena, Andrés, José Guadalupe, Silvia, Miguel, Rosa, Lino y Javier, a los cuales les agradezco el que me hayan exhortado para que saliera adelante.

Por otro lado comparto éste logro a mi tío ARTURO GONZÁLEZ MENA+, quien espero que donde quiera que se encuentre esté orgulloso de mí, para que el día que nos volvamos a encontrar, comparta mi dicha y además para que me siga transmitiendo las enseñanzas que adquirió en la Universidad de la vida..

Al Lic. Enrique Cedillo García

Juez Cuarto Penal del D.F.:

Le agradezco el haberme dado la oportunidad de laborar en su Juzgado, y transmitirme sus conocimientos; por otro lado le agradezco la confianza que ha depositado en mí.

A la Lic. Alma Rosa Sánchez Tirado:

Te agradezco el estímulo que me has brindado para seguir adelante, así como tus acertados comentarios para la realización del presente trabajo de investigación; aparte de creer que eres una excelente persona y una magnífica profesionista.

A mis maestros:

Les agradezco a todas las personas que contribuyeron en mi formación profesional, las cuales me transmitieron sus conocimientos y su experiencia sin esperar nada a cambio; en especial al Licenciado Juan Licona Vite, quien es un excelente profesor y una excelente persona.

A la Máxima Casa de Estudios:

A la Universidad Nacional Autónoma de México, en especial al Colegio de Ciencias y Humanidades plantel Vallejo, y a la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Campus Aragón, planteles educativos en los cuales adquirí mi formación profesional y de los cuales estoy muy orgulloso de pertenecer, para así poder sentirme un verdadero universitario.

A mi asesora, Licenciada Gloria C. Zarate Díaz:

Le agradezco el apoyo incondicional que me brinda, así como sus acertados comentarios para realizar un buen trabajo de investigación, dado que considero que es una profesionalista que sabe mucho acerca del Derecho, además de tener una gran calidad humana; nuevamente le reitero que le estoy muy agradecido, porque gracias a su apoyo pude elaborar el presente trabajo de investigación.

LA LIBERTAD

**La Libertad, Sancho,
es uno de los más preciosos dones
que a los hombres dieron los cielos;
con Ella
no pueden igualarse los tesoros
que encierra la tierra,
ni el mar encubre.
Por la Libertad,
así como por la honra,
se puede y debe aventurar la vida.
Y, por el contrario,
el cautiverio
es el mayor mal
que puede venir a los hombres.**

Miguel de Cervantes Saavedra

Í N D I C E

Introducción.	1
---------------	---

CAPÍTULO I

Reseña Histórica.	
1.1 Roma.	4
1.2 España.	9
1.3 Países Anglosajones.	10
1.4 Estados Unidos de América.	10
1.5 Alemania Occidental	11
2.1 México.	
2.1.1 Epoca Prehispánica.	12
2.1.2 México Independiente	13

CAPÍTULO II

Cuerpo del delito.	
2.1. Diversas acepciones del vocablo delito.	14
2.1.1. Definición del delito.	15
2.1.2. Evolución del concepto delito.	18
2.1.3. Delito desde el punto de vista formal.	19
2.1.4. Delito desde el punto de vista material.	20
2.2. El cuerpo del delito.	
2.2.1. El cuerpo del delito y su problemática.	22
2.2.2. Diversas interpretaciones.	24
2.2.3. Antecedentes históricos.	25
2.2.4. El cuerpo del delito en la doctrina mexicana.	27
2.2.5. Antecedentes constitucionales.	28
2.3. El sistema causalista.	30
2.3.1. Acción u omisión y la ausencia del acto u omisión.	32
2.3.2. La tipicidad y la atipicidad.	42
2.3.3. La antijuricidad y las causas de justificación.	47

2.3.4. La imputabilidad y la ininputabilidad.	60
2.3.5. La culpabilidad y la inculpabilidad.	63
2.3.6. Condiciones objetivas de punibilidad y la falta de condiciones objetivas de punibilidad.	76
2.3.7. La punibilidad y las excusas absolutorias.	77

CAPÍTULO III

La Privación Ilegal de la Libertad.

3.1. La privación ilegal de la libertad en la actualidad.	80
3.1.1. Diversas acepciones de la palabra privar.	81
3.1.2. La ilegalidad en la Privación de la libertad.	81
3.1.3. Esencia de la libertad.	82
3.1.4. Diferentes tipos de libertad.	87
3.2. Cuerpo del delito de la Privación Ilegal de la Libertad.	97
3.2.1. Problemática de sistematización.	99
3.2.2. Naturaleza de los delitos contra la libertad individual.	101
3.2.3. Clasificación y bien jurídico tutelado.	102
3.2.4. Elementos objetivos.	
3.2.4.1. Conducta.	104
3.2.4.2. Sujetos del delito (activo y pasivo).	105
3.2.4.3. Objeto material.	106
3.2.4.4. Resultado material o jurídico.	107
3.2.4.5. Nexo causal.	107
3.2.4.6. Modalidades.	108
3.2.5. Elementos subjetivos.	108
3.2.5.1. Antijuricidad.	110
3.2.5.2. Culpabilidad.	113
3.2.6. Iter criminis.	113
3.2.7. Autoría y participación.	114
3.2.8. Concurso de normas. Concurso real.	114
3.2.9. Punibilidad.	115

3.3. ¿Por qué se comete este delito?.	
3.3.1. Medios.	117
3.3.2. Móviles.	118
3.3.3. Delincuente y víctima.	119
3.3.4. Daños que resultan.	122

CAPÍTULO IV.

La Privación Ilegal de la Libertad.

4.1. El artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal antes de las reformas.	123
4.2. El artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal después de las reformas.	125
4.3. La penalidad de la figura básica de la privación ilegal de la libertad en diversas entidades federativas.	126
4.4. Propuesta.	127

Conclusiones.	131
---------------	-----

Bibliografía.	134
---------------	-----

Legislaciones.	137
----------------	-----

I N T R O D U C C I Ó N

En la actualidad, se puede observar dentro del fenómeno social, que la delincuencia día con día aumenta, por lo que la inseguridad es cada vez más, sin que los cuerpos policiacos sean eficaces para combatir el problema que nos atañe a todos, es por ello que considero necesario que al artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal contemple que cuando la privación ilegal de la libertad se realice con dos o más personas a través de la violencia, se les impondrá una pena de 4 a 8 años de prisión, la anterior manifestación se hace en virtud de que no considero justo que dos o más particulares que priven ilegalmente de la libertad a otro particular obtengan el beneficio de la libertad provisional, únicamente por el solo hecho que éstos infractores de la Ley no pidieron rescate, o por que fueron vistos cuando cometían el ilícito y la policía los detuvo antes de que éstos solicitaran rescate a los familiares del ofendido, además de que éste cuando se encontraba en manos de los delincuentes, no sabía a ciencia cierta que era lo que le iba a pasar, además de que el trauma psicológico es muy grande, por la sencilla razón de que dicha persona está aterrada sobre lo que le va a pasar. La anterior afirmación se hace debido a que cuando los ofendidos se encuentran privados de su libertad, no sabiendo si les van a quitar alguna parte de su cuerpo, a lesionar, a privar de su vida o a pedir rescate, o los delincuentes lo hacen únicamente como pasatiempo.

Las anteriores manifestaciones se hacen debido a que los ofendidos en este tipo de ilícito penal, manifiestan su inconformidad al ver que las personas que los privaron

ilegalmente de su libertad, salen enseguida del reclusorio, y muchas veces manifiestan que el Órgano Jurisdiccional obtuvo algún beneficio de tipo económico, cosa que no es cierta, ya que el Juzgador, por no violar las garantías individuales de los inculpados, les tiene que hacer valer su libertad provisional ya que en el Código de Procedimientos Penales no está contemplado como delito grave, no obstante que en la sentencia aun cuando ésta sea condenatoria, puedan gozar de algún beneficio para que éstos no compurguen la pena de prisión impuesta en el interior del Centro Penitenciario que para tal efecto designe la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social, debido a que la pena de prisión va de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa.

Por lo que considero que el delito de Privación Ilegal de la Libertad (previsto y sancionado en el artículo 364 del código Penal para el Distrito Federal), le sea adicionado el párrafo al inicio citado.

En el primer capítulo de mi trabajo, se dará a conocer como estaba contemplada esta figura penal en la antigüedad, de igual forma en el segundo capítulo hablaré sobre la teoría causalista, para que posteriormente en un tercer capítulo entrar de lleno a lo que es en sí el cuerpo del delito de la Privación Ilegal de la Libertad.

Asimismo pretendo hacer un análisis del por qué considero que a esta figura se le incremente la pena de prisión.

En otro orden de ideas, utilizaré en la elaboración de mi trabajo el método deductivo.

CAPÍTULO I

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD

"El tema Privación Ilegal de la Libertad, goza de gran actualidad debido a que posee una gran trascendencia no sólo en el aspecto jurídico penal, sino también criminológico, victimológico, penológico, y sobre todo tiene capital importancia en el campo de la política criminológica, ya que a la libertad se le ha calificado como el Derecho Humano por excelencia, y como tal asume reconocimiento en todos los textos constitucionales del mundo, como una exigencia del Estado de Derecho; es de todos los derechos del hombre el más importante y su conservación es el objeto principal de todas las asociaciones humanas".¹

RESEÑA HISTÓRICA

La protección a la libertad individual, aunque no sistematizada como la tenemos en la actualidad, existió en casi todos los pueblos de la antigüedad, y que no es una categoría taxativamente, creada por el legislador, sino una potencialidad humana ontológicamente determinada. Desde culturas como Asiria desarrolladas durante siglos antes de Cristo, ya existía una reacción jurídica frente a los atentados contra la libertad.

La trascendencia evolutiva de esta figura dio lugar a múltiples denominaciones, tales como detención arbitraria, privación ilegal de la libertad, detención ilegal, cárcel

¹ María de la Luz Lima Malvido. **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD**. Edit. Talleres Gráficos de la Nación. México 1986, pág. 345.

privada, secuestro extorsivo, robo de personas, y otras denominaciones.

Así pues, la palabra secuestro, viene del latín *Sequestrare*, que significa: aprehender los ladrones a una persona, exigiendo dinero por su rescate. La sistematización de este tipo de delitos que atentan contra la libertad, proviene de la evolución de los preceptos políticos, religiosos y sociológicos del siglo XIX, después de generarse el movimiento a favor de la libertad personal como principio inalienable y esencial atributo de la dignidad humana.²

El antecedente de la Privación Ilegal de la Libertad lo encontramos en el Derecho Romano, aunque en las civilizaciones antiguas era frecuente el robo de personas así como de personas libres para reducir las a la esclavitud y venderlas.

1.1 ROMA

El Derecho Romano, reacio a las clasificaciones teóricas, no contaba con una clase de delitos contra la libertad. Ellos se encuentran dispersos en diversas leyes, que por su multiplicidad, y las penalidades que imponían demuestran la severa tutela ejercida por el sistema de Derecho Romano sobre el estado de libertad; *liberta non privata sed publica rest est*. Así existieron en el Derecho Romano figuras equivalentes a las que hoy se encuentran agrupadas entre los delitos contra la

² Procuraduría General de la República. Secuestros Exprofesso.

libertad en el Derecho penal moderno: *crimen vis, carcer privatus y ambitus*.³

El *crimen vis* se caracterizaba por su naturaleza política; fue creado para castigar algunos casos que no se encontraban comprendidos en el concepto de *majestas* (incitación a la sedición, violencia contra el senado y los magistrados, ocupación armada de lugares públicos, etc.); y puede definirse como el acto violento, mediante el cual se limita la voluntad de una persona, o la voluntad de la misma sufre una restricción por la cual es inducida a su pesar, a hacer o no hacer, o a soportar cualquier cosa. Lo hallamos incriminado por las leyes Plautia (89-665) y Lutatia (78-675).⁴

En los tiempos de Augusto, la *vis*, deviene un pública o privada, en virtud de la *lex publica et privata* (8-476). Es difícil, si no imposible, distinguir el criterio empleado para la división de este delito. El problema viene según Carrara, en que se busca una regla general, que nunca fue dictada ni pensada por los jurisconsultos romanos, pues la ubicación de un hecho en una o en otra especie dependía de las circunstancias que lo acompañaban y de la impresión del sentimiento, más bien que de un cálculo dependiente de una noción jurídica. Para Ferrini sin embargo, la diferencia se basa en la circunstancia de que se usara o no armas.

En el Derecho Romano, se llamaba plagio al delito, castigado *ad plajas*, o sea con el látigo, consistente en hurtar

³ Enciclopedia Jurídica Ormeba, Tomo XXIII. Editorial Driskill S.A., Argentina Buenos Aires 1991-1992, pág. 185.

⁴ Id.

hijos o esclavos, ajenos con el propósito, bien de utilizarlos como propios, bien venderlos a tercero.

Con la objetividad polibiana nos informa Suetonio acerca de las situaciones y circunstancias enojosas que reinaban en las provincias romanas, poco después de las sangrientas guerras civiles, en las cuales la licencia, saturada con las costumbres adulteradas, fomentaba los abusos más detestables que en fin vinieron a ser tan perniciosos que ni siquiera la paz logró enmendarlos. La mayoría de los ladrones de caminos llevaban públicamente armas con el pretexto de defensa propia, pero en realidad las tenían para apresar a los viajeros en los caminos, libres o esclavos, a los cuales encerraban luego sin distinción alguna en los grandes ergástulos de los compradores de siervos.⁵

La situación era insostenible; por ello como primer intento para aplastar el mal, ya que en su comienzo intervino la legislación republicana por medio de la *lex Fabia*, cuya fecha exacta, si bien es incierta, sabemos, sin embargo, que existía ya antes del año 64 antes de Cristo, en que M.T. Cicerón pronunció su discurso pro Cayo Rabirio en el que mencionó esta única ley, promulgada a fin de prevenir los abusos más nefastos y ya diariamente cometidos.⁶

La *lex Fabia* establecía que comete la oblicuidad, es decir el crimen de plagio, el que sabiendo y con dolo malo vende o dona a un ciudadano romano independiente contra su voluntad o los que persuaden a un esclavo a huir, o bien los apresan,

⁵ Ibid, tomo. XXII, pág. 343

⁶ Ibid, pág. 344

ocultan, venden o donan contra la voluntad y en perjuicio de sus dueños, mermando de tal manera a éstos en su patrimonio.⁷

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

Más adelante el emperador León consideraba que si bien es decoroso, que la balanza de la justicia no se incline más de lo justo a la misericordia, así también lo es que con excesiva austeridad, no se les imponga a los delincuentes pena más grave que la que requiere su pecado.⁸

El emperador Adriano, opinaba que la retención de un esclavo ajeno no excluía la posibilidad de un hurto y al mismo tiempo también de un plagio, ya que la calificación del caso más de una vez dependía del fin que creaba la causa eficiente del hecho.⁹

Así pues como caso práctico se tiene que "en el año 78 antes de Cristo viajó Caius Julius Caesar en un barco mercante a la isla de Rodhas. El barco fue capturado por piratas. Se calculó que César valía unos 10 talentos, exigiendo luego el capitán de los piratas 20 talentos, molesto por la arrogancia

⁷ Id.

⁸ Id.

⁹ Id.

de César. Entonces tomó César por primera vez la palabra. Enarcando las cejas hizo esta observación: ¿20? Si estuvieras bien enterado de tus negocios, sabrías que como mínimo valgo 50. Después de haber pagado el rescate y haber sido liberado reunió César inmediatamente barcos y soldados, capturó a 350 piratas y requisó el dinero del rescate. Cuando le fueron presentados los cabecillas, cargados de cadenas, les recordó su promesa y añadió que como último favor, los preservaría de la crucifixión y sólo haría que les fuera cortado el cuello. A continuación siguió su viaje a Rodhas".¹⁰

Florián, consideraba también como equivalentes a delitos contra la libertad, los delitos contra la religión, que aparecieron en Roma después del siglo III, con el influjo del cristianismo en la legislación: blasfemia, apostasia, herejería, turbación de sepulcros, magia, etcétera. Nada tiene que ver estos delitos con la protección a la libertad de conciencia o religiosa; más bien puede afirmarse que dichas figuras, constituían formas opresivas, que originaron como reacción los modernos delitos contra la libertad de cultos.¹¹

La *lex julia de ambitu*, castigaba las múltiples formas de corrupción que se ejercitaban en las elecciones de las magistraturas y constituían una tutela a la libertad política del ciudadano romano.¹²

¹⁰ Procuraduría General de la República. Op. cit, pág. 2.

¹¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIII. Op. cit, pág. 186.

¹² Id.

1.2. ESPAÑA

Con negras tintas escriben los autores la ola de secuestros que anegó a España en la segunda mitad de la pasada centuria: "Los primeros secuestros, a lo que parece, se presentan hacia principios de 1869, en la provincia de Málaga, por Alameda y Alora, especialmente. La primera sensación es de estupor. Luego de alarma, cuando la epidemia empieza a correrse, pasando las provincias colindantes. Acá y allá, de improviso, desaparecían las personas. Misteriosos mensajes planteaban la alternativa de su muerte o su rescate a precios abrumadores que se hacía preciso conseguir en gestiones difíciles a breve plazo. Los niños no escapaban a la codicia cruel de estos monstruos invisibles; antes bien, eran fácil presa del más subido valor. A la luz del sol, por las carreteras de más tráfico, los secuestradores, a veces, conducían a sus víctimas a caballo, los ojos cubiertos con gafas oscurísimas, que, sin llamar a nadie con quien se cruzaran la atención, quitaban a aquéllos la menor idea de su fatal itinerario. Hasta el uniforme de la Guardia Civil, aprendido a estimar en un cuarto de siglo de experiencia como el signo más eficaz de la justicia y el orden, dejó de ser una garantía desde que se le vio utilizado por los malhechores para allanar con más éxito las moradas honradas. Y en pleno día, en la acrópolis de Sevilla, más de una vez se entablaron las negociaciones del rescate, en el secreto más inviolable, bajo la misma Giralda..."¹³

En el año de 1870 en Andalucía, España los malhechores estaban organizados de forma que los más inteligentes y astutos

¹³ Mariano Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Edit. Porrúa, México 1984, 5º edición, pág. 184

dirigían desde sus casas los atentados que los más rudos y feroces cometían en los campos, cortijos y poblaciones. Los secuestros de personas que diaria e impunemente se ejecutaban, y los robos y violencias en las fincas rurales de cada población iban colocando a la mayoría de los propietarios y colonos en la gran necesidad de abandonar el cultivo de sus terrenos. Los secuestradores llegaron a constituir un peligro tan grave para las vidas y haciendas de los habitantes de Andalucía que ni las más prudentes medidas de seguridad adoptadas por los vecinos en sus casas libraban á éstos de ser víctimas de los secuestradores.

1.3. PAÍSES ANGLOSAJONES

En los países anglosajones se estima como plagio el hecho de secuestrar a una persona mayor o menor de edad, por lo general lo segundo, con el objeto de obtener rescate por su devolución y bajo amenaza de quitar la vida al secuestrado si no es pagada la cantidad exigida, aun cuando esto último puede no constituir un requisito esencial.¹⁴

1.4. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

La forma más corriente y más gravemente castigada en los Estados Unidos de Norteamérica, es la llamada *Kidnap* (hurto o robo de niños), que causó una enorme sensación universal con motivo del secuestro y muerte del hijo del aviador Lindberg

¹⁴ Enciclopedia Jurídica Ormeba, Tomo XXII. Op. cit, pág. 341.

ocurrido en el año de 1932. Posteriormente en ése y en otros países se han cometido numerosos delitos de igual índole.¹⁵

1.5. ALEMANIA OCCIDENTAL

En Alemania Occidental, la ley del 15 de Junio de 1951 para la protección de la libertad individual, introdujo una nueva disposición penal sobre plagio político, castigándose con la pena de reclusión o con la de prisión en caso de existir atenuantes, a "quien con astucia, amenaza o violencia traslada a otro a un territorio ajeno al ámbito espacial de validez de esta ley o da motivo para que se traslade al mismo o le impide el regreso". Con respecto a este delito dice Mezger, que de acuerdo con el memorial del Ministerio de Justicia de la República Federal, este delito de plagio político, así como el de sospecha política, se relaciona con el procedimiento seguido contra el abogado doctor Kemritz y se dirige contra denuncias y plagios políticos en el territorio de la República Federal y Berlín Occidental como participación en crímenes contra la humanidad, en la zona de ocupación soviética. Afirma Mezger que ambos precitados delitos han sido objeto de controversia en lo que se refiere a su ubicación sistemática; para Maurach son hechos punibles contra la condición humana, si bien la palabra *Menschlichkeit* sólo constituye una alemanización unilateral del término *Humanität* (humanidad), por lo que no hay dudas de que estas disposiciones se conectan con los crímenes contra la humanidad, y que su colocación entre los hechos punibles contra

¹⁵ Id.

la libertad personal significa tan sólo una solución de emergencia.¹⁶

2.1. MÉXICO

2.1.1. EPOCA PREHISPÁNICA

El derecho penal mexicano es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política.

El sistema penal era casi draconiano: las penas principales eran la de muerte y la de esclavitud. La capital era la mas variada; desde el descuartizamiento y la cremación en vida, hasta la decapitación y la estrangulación, el machacamiento de la cabeza con piedras, el empalamiento, el asaeteamiento y otros más.

Así pues, quien vendía como esclavo a un niño libre, hijo de otro, se volvía esclavo y su fortuna se repartía entre el niño, representado por su madre, el comprador de buena fe y el descubridor; en caso de varios descubridores, entre todos se distribuía esa parte.

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

El que impedía a un esclavo libertarse en forma legal, expiaba volviéndose esclavo él mismo.

¹⁶ *Ibíd*, pág. 342

2.1.2. MÉXICO INDEPENDIENTE

En México este delito se empieza a regular a partir del código Penal de 1871, el cual en el artículo 626 enuncia que: el delito de plagio se comete, apoderándose de otro por medio de la violencia, de amagos, de amenazas, de la seducción y el engaño, y su penalidad alcanzaba incluso hasta la pena capital.¹⁶

La evolución sociojurídica, de este delito nos lleva a describirlo en la actualidad como, la privación ilegal de la libertad; es un delito penado por las leyes del orden común, son delitos investigados de oficio y compete a las procuradurías estatales su resolución. Aunque en algunos casos la autoridad, en la práctica, a petición de los familiares del agraviado se ve limitada para actuar para no poner en riesgo la integridad física de la víctima.

El Código Penal mexicano del año de 1931, al referirse a la privación ilegal de la libertad en el título XXI determina en su artículo 366, entre otras cosas, que si el plagiario pone en libertad a la persona secuestrada, espontáneamente, antes de tres días y sin causar ningún perjuicio grave, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la detención ilegal.¹⁷

¹⁶ Procuraduría General de la República. Op. cit, pág. 3

¹⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXII. Op. cit, pág. 342.

CAPÍTULO II

2.1. DIVERSAS ACEPCIONES DE VOCABLO DELITO

La voz delito pertenece por entero a la ciencia del Derecho y, en materia penal, ésta referida a un instituto jurídico fundado en hechos de la vida real o fenoménica; aun cuando en el uso vulgar de la palabra, a menudo ella se emplee para referirse al hecho mismo, naturalísticamente considerado, pues el delito es una calificación que se realiza mediante los instrumentos que proporciona el derecho.

El término delito tiene distintos significados en derecho penal, que van desde el concepto abstracto de los hechos merecedores de una sanción hasta los casos reales que se verifican en el medio social, por un lado; y por el otro, desde la noción generalizada de las hipótesis previstas por la ley, hasta el cumplimiento de cualquiera de dichas hipótesis. En estos sentidos, se puede decir que delito es la noción abstracta que surge del estudio sistemático de los preceptos penales.

De lo anterior se puede decir que el delito es la noción abstracta que surge del estudio sistemático de los preceptos penales.¹⁸

Lo anterior tan es así, que el vocablo delito se usa en la ciencia del derecho penal en tres distintos significados; a).- EL CONCEPTO ABSTRACTO GENERAL.- de los hechos que in genere

¹⁸ Luis Cousiño Mac Iver. DERECHO PENAL CHILENO PARTE GENERAL, TOMO I. Editorial Jurídica de Chile, Chile 1975. p. 236.

están sancionados con una pena, el que se obtiene como resultado del estudio de todos los coeficientes necesarios para que se produzca dicha consecuencia jurídica; b).- EL CONCEPTO ABSTRACTO PARTICULAR.- de algunas de las hipótesis punibles contenidas en la parte especial del Código Penal. En este orden de ideas, la idea de delito tiene su fundamento en la abstracción realizada por el legislador, de los hechos determinados que ocurren en el mundo fenoménico; c).- EL CONCEPTO CONCRETO.- de un hecho punible particular, realmente acaecido, el cual constituye el cumplimiento de la previsión contenida en la ley.

2.1.1. DEFINICIÓN DE DELITO

El delito ha sido entendido, como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus precisos fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano, contrario al orden ético y social, y su especial estimación legislativa.

Así pues el maestro FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, citando a RAFAEL GAROFALO, dice que "el delito es la lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y providad), según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad."¹⁹

¹⁹ Francisco Pavón Vasconcelos. DICCIONARIO DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa. México.

De igual forma CARRARA, considera al delito "como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."²⁰

Por otro lado, para Maurach el delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible; mientras que para BELING es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad. En el mismo orden de ideas MAX ERNESTO MAYER define al delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable. Asimismo EDUARDO MEZGER, afirma que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, mientras que para JIMÉNEZ DE ASUA es un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.²¹

Por otro lado JESCHECK, define al delito como "todo aquel comportamiento que el Ordenamiento jurídico castiga con una pena".²²

En otro orden de ideas se tienen las siguientes concepciones del vocablo delito:

1.- **CONCEPCIÓN FILOSÓFICA.**- Se ha tratado de construir una concepción desde este punto de vista, pero sin éxito alguno, en

²⁰ Francisco Carrara. PROGRAMA DEL CURSO DE DERECHO CRIMINAL, PARTE GENERAL, VOLUMEN I. Editorial Temis. Colombia 1971. P. 43

²¹ Eduardo López Betancourt. TEORÍA DEL DELITO. Editorial Porrúa. México 1998. Sexta edición, p. 65

²² Hans Heinrich Jescheck. TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Editorial Bosch. Barcelona 1978. p. 70

virtud de que esta concepción filosófica se apoya en la idea de fijeza y universabilidad lo cual es inaceptable.

2.- CONCEPCIÓN SOCIOLOGICA.- Se basa en el positivismo, el cual considera al delito como un fenómeno natural y social, producido por el hombre.

3.- CONCEPCIÓN JURÍDICA.- El concepto jurídico del delito debe de ser naturalmente formulado desde el punto de vista del Derecho y así el artículo 7 de nuestro actual código penal perceptúa que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

4.- CONCEPCIÓN DOGMÁTICA.- A primera vista se diría que los elementos del delito que se obtienen dogmáticamente del concepto antes citado corresponden a una concepción bitómica o bicotómica del delito, por lo que de acuerdo con el contenido del artículo 7 del código penal, el delito es una conducta punible.²³

De lo anteriormente expuesto, para nosotros delito es una conducta típica, antijurídica y culpable y que además sea punible; por otro nos adherimos a la posición jurídica en el sentido de que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

²³ Celestino Porte Petit. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. Editorial Porrúa. México 1989, 12a. Edición.

2.1.2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DELITO

El delito como hecho de la vida real fue reconocido desde las épocas más remotas de la humanidad, aunque su elaboración hasta llegar a constituir un hecho jurídico ha sido de lenta gestación.

En aquellas épocas carecía de toda importancia la consideración del agente productor de la lesión. Por estas causas, el concepto del delito tuvo las siguientes características: 1.- solamente es punible el hecho consumado, y no la tentativa, que no causa perjuicio; 2.- el mal sufrido por un sujeto a título de castigo o de composición no es delito, porque no es injusto; 3.- son sujetos pasivos de sanción no tan sólo los seres humanos, sino también los animales, las plantas y las cosas, siempre que sean causantes de daño.²⁴

Otro carácter importante del delito fue su objetividad, es decir, no tenía ninguna trascendencia, para los efectos del castigo, la circunstancia de que el daño se hubiere causado, o no, culpablemente.

Desde esta época primitiva del derecho penal hasta nuestros días, en que se concibe el delito como un ente jurídico, todos los esfuerzos realizados para elaborar una teoría del delito fueron casi nulos, a pesar de haberse ido delineando, poco a poco, sus caracteres esenciales: la antijuricidad y la culpabilidad. Al mismo tiempo en forma paralela, se fue afinando la noción de protección de los bienes jurídicos, merced al derecho privado y al trabajo de los

²⁴ Luis Cousiño Mac Iver. Op. cit, p. 235

prácticos, con lo cual se completó el proceso formativo del concepto de delito.

2.1.3 DELITO DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL

Las primeras definiciones del delito se han tenido en su aspecto formal, para destacar la contradicción existente entre el hecho concreto y el precepto punitivo. A este respecto, es conocida la posición divergente de Binding, para quien la contradicción está entre el hecho y la norma, pues el súbdito no viola la ley penal sino el principio que está detrás de esa ley y que la informa: el ladrón no quebranta el precepto que castiga al que roba a otro, ya que, a la inversa, lo cumple. En efecto, Binding manifiesta que muy lejos que el delincuente quebrante la ley penal por la cual es condenado, por el contrario, para que pueda ser castigado debe haber actuado conforme a dicha ley.

Las definiciones llamadas formales, vinculan el hecho con la pena o la amenaza de pena y, al respecto, un buen ejemplo es la que contiene nuestro Código Penal en el artículo 7° parte inicial, al decir que "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Entre los diversos autores se encuentran conceptos parecidos, expresados en fórmulas mas o menos similares. Así pues, para MAGGIORE delito es "toda acción legalmente punible"; en tanto que para MANZINI es "el hecho para el cual es conminada una pena"; así pues GRISPIGNI manifiesta que delito es "todo hecho al cual el ordenamiento jurídico asocia como consecuencia una pena; en el mismo orden

de ideas CUELLO CALÓN dice que delito es "la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena".²⁵

Frente a esta clase de definiciones formales, se han esgrimido dos suertes de críticas:

1.- Se señala que el hecho de destacar la pena o la amenaza de pena como uno de los elementos del delito, es gravemente vicioso, puesto que la sanción es una consecuencia del delito y jamás puede elevarse a la categoría de uno de sus caracteres formativos.

2.- Se acusa, también a estas definiciones, como tautológicas, pues constituyen un verdadero círculo vicioso, ya que afirman, por una parte, que son delitos las acciones castigadas por la ley, y por la otra, si se pregunta cuáles son las acciones, ellas responden que son los delitos, o sea, repiten dos veces el mismo pensamiento sin aclarar nada en definitiva.

Debe advertirse, no obstante, que son también numerosos los ius penalistas que resisten las anteriores críticas, con valiosos argumentos.

2.1.4. DELITO DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL

Se ha sugerido la conveniencia de formular conceptos reales o materiales, con directa referencia al contenido o sustancia del delito y con prescindencia de elementos normativos; sólo que en este terreno se encuentran numerosas

²⁵ Ibid, p. 239

dificultades y las definiciones se han multiplicado tantas veces como autores tratan de la materia, lo que no debe extrañarnos ya que el hecho que constituye el delito, puede ser enfocado desde diversos ángulos: filosófico, naturalista, bio-psicológico, sociológico, etc.

El delito, es siempre un instituto jurídico; en consecuencia, es imposible que tras la búsqueda de su substancia real se prescindiera de su calificación jurídica, ya que su única y verdadera realidad es, precisamente esa calificación, llevada a cabo con los instrumentos proporcionados por el ordenamiento jurídico-penal.

Otra cosa diversa es investigar acerca de la ratio-legis, es decir el motivo por el cual impulsa al legislador a elevar a la categoría de delito determinados hechos, ya provenga ese motivo de campos ético-sociales o jurídicos. Aunque se señale la LESIÓN O PELIGRO DE LESIÓN de bienes jurídicos, como uno de los contenidos reales o materiales del delito, con ello nada se avanza, salvo el de señalar la razón de la punición. En efecto, si bien la idea del daño está ínsita en la mayor parte de los delitos, hay muchísimos que son inocuos; lo mismo, que hay numerosos hechos gravemente lesivos que no constituyen delito.

Para Bettiol, delito es "todo hecho del hombre lesivo de un interés, que pueda comprometer las condiciones de existencia, de conservación o de desarrollo de la sociedad". Cabe hacer mención, que dicho autor no se conforma con señalar como objeto del delito la protección de las condiciones de existencia y de conservación de la sociedad, sino que agrega las condiciones de desarrollo de la misma, con lo cual atiende

a lo que Antolisei llama "la función evolutiva de la comunidad social".²⁶

2.2. EL CUERPO DEL DELITO

2.2.1. EL CUERPO DEL DELITO Y SU PROBLEMÁTICA

El cuerpo del delito en el procedimiento penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contiene en la definición. Esta idea es la más precisa y completa que se ha conocido y nos permite distinguir el cuerpo del delito, del delito mismo. Erróneamente se ha entendido por cuerpo del delito, el instrumento con que el delito se ha cometido o el que ha servido al delincuente para su perpetración, o las señales, huellas o vestigios que el delito dejó, como lo sería el cadáver del que fue asesinado, el arma con que se le hirió, la tenencia en poder del ladrón de la cosa robada, etc., que no son otra cosa que los efectos resolutivos del delito o los signos de haberse cometido. El cuerpo del delito no está constituido por las lesiones, el puñal o la pistola, o el objeto robado, sino por la existencia material, la realidad misma del delito: de este modo comprobar el cuerpo del delito es comprobar su materialidad.

La base de todo procedimiento del orden criminal, es la comprobación plena del cuerpo del delito. Si no se encuentra comprobado, no podrá procederse formalmente contra persona alguna. Antes de perseguir al plagiario, es necesario comprobar que la privación ilegal de la libertad existe como una verdad de hecho, porque, si así no fuera, equivaldría a buscar la

²⁶Ibid, p. 242

causa de un fenómeno imaginario. El cuerpo del delito debe quedar perfectamente comprobado, con el objeto de evitar que personas inocentes se vean envueltas en investigaciones judiciales por delitos que no han existido.

La palabra "cuerpo", nos da la idea de una substancia u objeto físico; de un conjunto formado por la reunión de diversas partes materiales, unidas entre sí con más o menos coherencia. Delito, en su acepción más amplia, es toda violación al derecho, delinquere, delictum, abandono de la línea recta, separación, apartamiento de la regla, idea abstracta que requiere una mejor comprensión. Así como no existe ser humano sin que se reúnan los dos elementos: el físico y el moral, no concebimos la existencia del delito, sino por la reunión de elementos materiales e inmateriales, o elementos normativos, comprendidos en la definición que da la ley.²⁷

Cuando hablamos de cuerpo del delito, nos viene a la memoria la idea de algo preciso, objetivo, material que podamos apreciar con el auxilio de nuestros sentidos. En la contemplación de los fenómenos que nos rodean, concebimos la existencia de un cuerpo como una substancia material en el mundo de relación. Cuerpo es todo aquéllo que tiene existencia y que es perceptible por nuestros sentidos. Los jurisconsultos romanos diferenciaron lo material de lo inmaterial, lo que constituye un cuerpo, como objeto físico de lo que significa un derecho, que es una abstracción del pensamiento humano. Cuerpo del delito es, en consecuencia, todo fenómeno en el que interviene el ilícito penal, que se produce en el mundo de relación y que puede ser apreciado sensorialmente, es decir, es

²⁷ Juan José González Bustamante. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL PROCESAL MEXICANO. Editorial Porrúa. México 1983, 7º edición, p. 160

el conjunto de los elementos físicos, de los elementos materiales, ya sean principales, ya accesorios, de que se compone el delito.

2.2.2. DIVERSAS INTERPRETACIONES

Al cuerpo del delito se le han dado tres diferentes acepciones. Los tratadistas antiguos entendieron que el cuerpo del delito es el delito mismo. El célebre D'Aguesseau decía que "el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo, cuya existencia estuviera establecida por el testimonio de testigos dignos de fe, concordes entre sí y perseverando entre sus disposiciones, incapaces de variar y afirmando a la justicia que se ha cometido un crimen".²⁸

Otros han entendido que el cuerpo del delito está constituido por el conjunto de elementos materiales comprendidos en la definición legal, incluyendo los elementos psicológicos o subjetivos; la voluntad y el dolo: lo que equivale a decir que el cuerpo del delito es el delito mismo.

Por último, la tercera opinión contempla al cuerpo del delito exclusivamente en función de los elementos materiales, y da un sentido práctico y novedoso al concepto como lo reclama la índole del procedimiento penal. Esta opinión es la que priva en la actualidad en las leyes procesales y nos permite distinguir el cuerpo del delito del delito mismo, así como los objetos o instrumentos que se hubiesen empleado en su comisión.

²⁸ Ibid, p. 161.

Por lo que el cuerpo del delito se entiende como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito.

En los casos en que la ley misma pone en la descripción de la conducta prevista como delito en elemento subjetivo o normativo como elemento constitutivo esencial será necesario la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

2.2.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Cabe hacer mención que desde la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1894, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo de manera constante que "por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, pues esta conclusión sería antijurídica, ya que por delito, según el artículo 4° del Código Penal (Código Penal del año de 1871), se entiende la infracción voluntaria de una ley penal, requiriéndose, por tanto, para que exista delito, elementos psicológicos o subjetivos, mientras que "por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito". Criterio federal que se ha afirmado con mayor número de ejecutorias, liquidando la vieja discusión habida entre los criminalistas, sobre lo que significa la existencia del delito y la existencia del cuerpo del delito.²⁹

²⁹ *Ibíd*, p. 162.

En rigor, solo existen dos reglas para la comprobación del cuerpo del delito. La primera, es la regla genérica; las segundas son las reglas especiales. Si hemos entendido por cuerpo del delito en el procedimiento penal mexicano, los elementos materiales que se contienen en la definición, si no existieran reglas especiales, sería suficiente que tuviéramos noción de lo que se entiende por elementos materiales para que el requisito primordial que establece el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedara satisfecho. En otro orden de ideas, considero que es la regla más precisa y la que no da lugar a las confusiones que son consecuencia de la pluralidad de reglas; pero es indudable que el legislador no quiso abandonar solamente a la regla general de la comprobación del cuerpo de ciertos delitos que por su misma índole requieren el complemento de otras pruebas, y justifica su determinación de haber creado reglas especiales, si bien es cierto que aun en aquellos delitos que requieren una prueba especial para su comprobación, lo hacemos en función de los elementos materiales.

Regla genérica.- Consiste en comprobar la materialidad del cuerpo del delito, separando los elementos materiales de los que no lo son en la definición contenido de cada tipo penal.

El cuerpo del delito no sólo se comprueba con elementos objetivos, sino también con subjetivos y normativos si los requiere el tipo, adquiriendo relevancia la teoría de la acción causalista y la teoría de la acción finalista que empezó a ser difundida en los años '30s y que impulsó las reformas constitucionales de 1993.

2.2.4. EL CUERPO DEL DELITO EN LA DOCTRINA MEXICANA

Entre los doctrinarios como en los servidores públicos, lo relativo a la comprobación del cuerpo del delito adquiere grandes controversias en atención a que la mayoría de ellos identifican al cuerpo del delito como lo puramente objetivo, sin tomar en cuenta el elemento subjetivo que se deriva en algunos supuestos. Quizás porque no han querido reconocer que el texto constitucional comprende más de lo que sus propios autores pretendieron, en detrimento de la eficacia de la garantía; v.g. ¿puede acaso considerarse comprobado el cuerpo del delito de **POSESIÓN DEL OBJETO O PRODUCTO DEL ROBO** sin la comprobación del elemento subjetivo A SABIENDAS?, para mi particular punto de vista considero que no, ya que es un elemento esencial para la comprobación del ilícito en comento. Sin embargo existen resoluciones de sobra que atienden a lo estrictamente objetivo, trayendo esto como consecuencia la restricción de la libertad de una persona con la sola comprobación del hecho externo.

Juan José González Bustamante sostiene que el cuerpo del delito está integrado por los elementos materiales, y aun cuando reconoce que en algunos delitos no se dan esos elementos, concluye afirmando que "los casos de excepción no bastan para invalidar la regla". La teoría es inadmisibles, porque la garantía constitucional no permite la existencia de delitos sin cuerpo comprobable y porque las excepciones nos indican falta de lógica en la estructura de la propia regla.

Por su parte Franco Sodi admite, a más "de los elementos objetivos o materiales propiamente hablando, los normativos y los subjetivos lo que, en última instancia quiere decir, en un

lenguaje técnicamente penal, que el cuerpo del delito está constituido por todos los elementos del tipo y nada más por ellos". Desafortunadamente a continuación se niega a sí mismo preocupado porque en alguna ejecutoria de la Corte establece, a manera de excepción, que cuando el dolo entra como elemento esencial constitutivo del delito, su comprobación es indispensable para decretar el auto de formal prisión, entonces el dolo forma parte del cuerpo del delito (en el caso de la Difamación), y concluye afirmando que no puede admitirse que no sea necesario comprobar el dolo cuando éste se contenga como elemento destacado en la definición del delito, pues aun cuando así sea, es decir, cuando aparezca expreso en la definición, siempre, seguirá siendo una forma de culpabilidad y no elemento del tipo, es decir, jamás será elemento constitutivo del cuerpo del delito.

2.2.5. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

El primer precedente procesal relativo al concepto de cuerpo del delito, lo encontramos a mediados del Siglo XVI y se la atribuye a Farinaccio, en nuestra legislación es captado en el estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856, en el que se establecía "Artículo 44.- La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere: que esté averiguando el cuerpo del delito; que haya datos suficientes, según las leyes para creer que el detenido es responsable, y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere".

El segundo antecedente lo es el artículo 19 del Proyecto de Reformas Constitucionales de la Secretaría de Justicia de 1916, en el que se establece "Ninguna detención podrá exceder del tiempo de tres días sin que se justifique con un auto motivado de prisión que tendrá como base, la comprobación del cuerpo del delito, el indicio, cuando menos de la culpabilidad del acusado y los demás requisitos que establezca la ley."; dicho proyecto no pasó a ser más que eso. El autor de dicho proyecto lo fue el licenciado Fernando Lizardi. El contenido, en la discusión lo objetó Don José Diego Fernández, ya que no consideraba como requisito indispensable para el auto de formal prisión la comprobación del cuerpo del delito, puesto que creía que sospechas vehementes bastaban para fundarla... ; a lo que contestó Lizardi que es un principio aceptado por toda la teoría, en toda la jurisprudencia del derecho penal, que no se puede proceder ni siquiera a la detención, ni menos a la formal prisión de un individuo, mientras no esté comprobada la existencia de un hecho delictuoso y comprobar la existencia de un hecho delictuoso es comprobar el cuerpo del delito.

Así pues, finalmente el artículo 19 de nuestra Carta Magna de 1917 estableció: "ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresaran: el delito que se imputa al acusado; los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado...".

El día 3 de septiembre de 1993, se reformó la Constitución Federal y en el artículo 19 se precisa: "ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas, a

partir de que el indiciado sea puesto a su disposición sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se imputa al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste”.

Por último y con motivo de las reformas que sufrió nuestra Carta Magna el día 8 de marzo de 1999, el artículo 19 estableció: “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresaran: el delito que se imputa al acusado: el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. En la exposición de motivos se precisa que el cuerpo del delito no es un concepto nuevo en nuestro derecho que ha sido ampliamente estudiado y que si bien se le ha interpretado de diferente manera antes de la reforma de 1993 la Suprema Corte de la Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por CUERPO DEL DELITO se entendía EL CONJUNTO DE ELEMENTOS OBJETIVOS O EXTERNOS QUE CONSTITUYAN LA MATERIALIDAD DE LA FIGURA DELICTIVA DESCRITA CONCRETAMENTE POR LA LEY PENAL.

2.3. EL SISTEMA CAUSALISTA

El sistema jurídico penal llamado causalista, nace a partir de la obra de Franz Von Liszt, quien se apoya en el concepto de “acción” como un fenómeno causal natural como punto de partida del delito.

La dogmática penal, o sea el análisis del delito a partir de la ley penal en forma sistemática la debemos al jurista alemán Franz Von Liszt, quien recoge las ideas de las escuelas Clásica y Positivista y aplicando el método naturalístico, en boga a fines del siglo XIX se avoca al estudio del Código Penal Alemán de 1871, para desprender de dicho código la estructura del delito, naciendo así la dogmática jurídico penal, es decir el conocimiento del delito a través del dogma, de la ley.

Para el Código Penal Alemán de 1871, el delito es la acción sancionada por las leyes penales. De esta definición legal y de las demás disposiciones de esta ley, Liszt realiza un análisis sistemático del derecho penal y del delito, y partiendo de una base naturalística, causalista, que es el acto o acción humana, su teoría va a recibir el nombre de Causalista, denominación que se va a extender a quienes en buena medida aceptan como punto de arranque de la teoría del delito, la explicación naturalística del acto o la acción.

El descubrimiento de los elementos del delito y su contenido, ha sido producto de más de un siglo, en varias etapas.

La aportación de diversos estudiosos de nuestra ciencia ha traído en número de siete los elementos del delito y su respectivo aspecto negativo. A partir de la configuración de todos y cada uno de los predicados de la conducta o hecho, se estudia al delito en dos esferas; una referente a la existencia e inexistencia del hecho delictivo (aspecto positivo y negativo), otra referente a las formas de aparición (a la vida del delito).

Los elementos del delito que son conocidos, como ya lo indicamos anteriormente, son siete:

POSITIVOS

NEGATIVOS

- | | |
|--|--|
| 1.- Acción u omisión | 1.- Ausencia de Acción u omisión |
| 2.- Tipicidad | 2.- Atipicidad |
| 3.- Antijuricidad | 3.- Causas de justificación |
| 4.- Imputabilidad | 4.- Inimputabilidad |
| 5.- Culpabilidad | 5.- Inculpabilidad |
| 6.- Condiciones objetivas de punibilidad | 6.- Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad |
| 7.- Punibilidad | 7.- Excusas absolutorias |

2.3.1. ACCIÓN U OMISIÓN Y LA AUSENCIA DEL ACTO U OMISIÓN

ACCIÓN U OMISIÓN

La conducta es el primer elemento básico del delito, y se define como "el comportamiento humano voluntario, positivo, o negativo, encaminado a un propósito". Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

La conducta tiene varios sinónimos que son utilizados por diversos autores: se encuentran el de hecho, acción, acto, etc., pero estas expresiones no contemplan la posibilidad de una inactividad, por ello resulta más conveniente la denominación de conducta.

Debemos entender a la conducta en dos sentidos:

1.- En sentido amplio consiste en la manifestación exterior voluntaria (hacer activo u omisión), encaminada a la producción de un resultado, ya consista éste en una modificación del mundo exterior o en el peligro de que ésta llegue a producirse.

La conducta consiste en un acto de voluntad, su exteriorización mediante un hacer o mediante inactividad, y el resultado será la modificación producida en el mundo exterior o el peligro creado con dicha conducta. De lo que se desprende el nexo causal entre la conducta y el resultado.

2.- En sentido estricto consiste en un movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado, consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca.

La conducta, exige además de voluntad en el agente, una inactividad corporal.

El Derecho Positivo Mexicano se ocupa de estos actos y debemos entender a la conducta en sentido amplio, comprendiéndola en su aspecto positivo como tal y en su aspecto negativo como omisión.

Abarca dice "la acción en Derecho Penal equivale a conducta humana y por lo tanto comprende tres elementos: 1.-. Un querer interno del agente; 2. Una conducta corporal del mismo agente, y 3. Un resultado externo"; acción - dice Maggiore - es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior; para Jiménez de Asúa el acto es: "la manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda".³⁰

Las formas de la conducta son:

a) LA ACCIÓN.- La cual es una acción voluntaria del sujeto.

b) LA OMISIÓN.- Es una actividad en donde existe una violación de un deber jurídico de obrar

c) LA COMISIÓN POR OMISIÓN.- También es una inactividad, pero que se distingue de la omisión porque aquí se violan dos deberes que son:

1.- uno de obrar, y

2.- otro de abstenerse.

De todo lo anterior podemos concluir que la conducta tiene tres elementos:

³⁰ Eduardo López Betancourt. Op. cit, p. 86.

- 1.- Un acto positivo o negativo (acción u omisión).
- 2.- Un resultado.
- 3.- Una relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

El hombre puede ser sujeto activo del delito y punible a las sanciones penales, ya que es el único ser capaz de tener voluntad.

La conducta consiste en una actividad corporal, externa, y el Derecho se ocupa sólo de estos actos, en virtud de que los actos puramente espirituales, los pensamientos, las ideas o intenciones solas, no son sancionadas penalmente, por estar fuera del Derecho Positivo.

Liszt señala "que la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material. Desprende Liszt que la voluntad tiene dos caracteres: uno interno, contenido de la voluntad; y otro externo, la manifestación de la voluntad".³¹

En la teoría causalista en el estudio de la conducta, lo que interesa es la fase externa, la interna corresponde a otro nivel, es decir, a la culpabilidad, donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo.

³¹ Octavio Alberto Orellana Wiarco. TEORÍA DEL DELITO. SISTEMAS CAUSALISTA Y FINALISTA. Editorial Porrúa. México 1998, 7º edición, p. 10

A). - MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

La manifestación de la voluntad consiste en la inervación voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal, o en su inactividad (cuando nos hallamos frente a la omisión).

La conducta es la manifestación de la voluntad limitada a la producción de un resultado.

La omisión se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal "esperado" que debía producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa (en la acción la norma es prohibitiva); así pues la omisión tiene los siguientes elementos:

1.- La voluntad

2.- La inactividad

LA VOLUNTAD se encamina a no realizar la acción ordenada por el Derecho.

LA INACTIVIDAD está íntimamente ligada al elemento psicológico ya que el sujeto se abstiene a efectuar el acto que a su realización estaba obligado.

Por otro lado la comisión por omisión, en donde se produce un resultado material a través de una omisión, de ahí que en este supuesto se violan tanto una norma imperativa como prohibitiva.

B). - RESULTADO

En los delitos de acción el resultado es material; en los delitos de omisión el resultado material no se presenta.

Jiménez de Asúa y la corriente dominante se inclina por sostener que no existen delitos sin resultado, y que en los delitos de omisión el resultado es jurídico.³²

En este punto se pueden mencionar las clasificaciones de delitos en materiales y formales.

Mezger considera que en los delitos de simple actividad el tipo penal se agota con el simple movimiento corporal, sin que sea necesario un resultado externo, pues el resultado va insito en el propio movimiento corporal.³³

C). - NEXO CAUSAL

En la conducta debe establecerse la relación de causalidad entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto, esto es, debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material; dicho nexo causal viene a ser un elemento de la conducta y no elemento del delito.

³² *Ibid*, p. 14.

³³ *Id*.

TEORÍAS DEL NEXO CAUSAL

TEORÍA GENERALIZADORA o TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES.- Esta teoría toma en cuenta todas las condiciones como causa del resultado, ya que si se suprimiera una de las condiciones, el resultado no se produciría, es decir, no concibe al resultado sin la participación de todas las condiciones.

TEORÍA INDIVIDUALIZADORA.- Considera sólo a una de las condiciones como productora del resultado, en relación a una característica temporal, cuantitativa o cualitativa.

Las teorías individualizadoras son:

a).- **Teoría de la última condición:** parte de un criterio temporal y se debe estimar como causa del resultado producido, la última condición realizada.

b).- **Teoría de la condición más eficaz:** esta teoría considera como la causa más eficaz, la condición que más contribuyó al resultado.

c).- **Teoría de la prevalencia, del equilibrio o de la causa decisiva de Binding:** según el criterio de esta teoría, el mundo se rige sobre un equilibrio de fuerzas, y el rompimiento de ese equilibrio es originado por aquellas fuerzas tendientes a modificarlo, frente a las que quieren conservarlo.

d).- **Teoría de la causa eficiente o de la cualidad:** esta corriente, distingue a la causa que tiene como su nombre lo dice, la capacidad de ocasionar un resultado.

e).- *Teoría de la adecuación o de la causación más adecuada:* para ésta la conducta más adecuada para producir el resultado es la causa que debe tomarse en cuenta.

La relación de causalidad será el nexo entre la conducta y el resultado de la misma.

AUSENCIA DEL ACTO U OMISIÓN

De acuerdo a la teoría planteada por Guillermo Saver de que a cada elemento positivo del delito se opone otro negativo, que impide su integración y por ende la del delito mismo, corresponde apuntar que el primer elemento del delito, o sea, la conducta; se opone su ausencia. Así el penalista Francisco Pavón Vasconcelos, citado por Octavio Alberto Orellana Wiarco, asegura que el aspecto negativo del primer elemento del delito se presenta cuando falta cualquiera de sus sub-elementos, a saber: a) ausencia de conducta; b) inexistencia del resultado, y c) falta de relación causal entre la acción y omisión integrantes de la conducta, y el resultado material considerado.³⁴

La ausencia de conducta se presenta por:

- 1.- Vis absoluta o fuerza física superior exterior irresistible
- 2.- Vis maior o fuerza mayor
- 3.- Movimientos reflejos

³⁴ Ibid, p. 16.

Para algunos tratadistas también son aspectos negativos:

- 4.- El sueño
- 5.- El hipnotismo
- 6.- El sonambulismo

Por lo que respecta a la Vis absoluta, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho a este respecto que: "De acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre el se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es voluntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no puede resistirla y se vea obligado a ceder ante ella." (Semanao Judicial de la Federación, XCIII, p. 2018).

De igual forma, existe el siguiente criterio federal: "Por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediamente, lo que no ha querido ejecutar." (Semanao Judicial de la Federación 84, p. 175).

Esta fuerza física irresistible es un aspecto negativo de la conducta; el sujeto, a través de ésta va a realizar una acción u omisión, que no quería ejecutar, por lo tanto esta situación no puede constituir una conducta, por faltar la voluntad del sujeto, elemento esencial de la conducta.

Cuando un sujeto comete un delito por una fuerza física e irresistible proveniente de otro sujeto, no hay voluntad en la realización y no se puede presentar el elemento de conducta, en

virtud de no ser un acto voluntario. Es importante determinar que la fuerza debe ser física, es decir, material -no puede ser de naturaleza moral- porque es la única que puede obligar al sujeto a actuar contra su voluntad, porque eso debe ser "exterior" e irresistible porque el sujeto que recibe la fuerza física, no la puede dominar o resistir y es vencido por ella.

Así pues en la fracción I del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, determina como causa de exclusión del delito: "el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente", esto es la afirmación de que no puede constituir una conducta delictiva cuando no se presenta la voluntad del agente.

Por lo que respecta a la vis maior o fuerza mayor, en la ausencia de conducta, es cuando se presenta una conducta delictiva por causa de fuerza mayor, es decir, es cuando el sujeto realiza una acción, en sentido amplio (acción u omisión), coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.

Los movimientos reflejos son otra causa de ausencia de conducta, porque el igual que en las anteriores tampoco participa la voluntad del sujeto. Para el maestro Eduardo López Betancourt los movimientos reflejos son actos corporales involuntarios, no funcionarán como factores negativos de la conducta, si se pueden controlar o retardar.

Para algunos penalistas también son eliminadores de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, ya que en estos estados el sujeto realiza la actividad sin voluntad. Más sin embargo hay juristas que ubican a estos últimos citados como causas de inimputabilidad.

2.3.2. LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD

LA TIPICIDAD

Para la existencia de un delito se requiere una conducta o hechos humanos; más no toda conducta o hecho son delictuosos, además de que sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta que dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 14 párrafo cuarto, establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo que significa que no existe delito sin tipicidad.³⁵

No debe confundirse el tipo con tipicidad. El tipo es la descripción que el legislador hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Basta que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo, para que el delito quede excluido.

Sin embargo, en ocasiones la ley limitase a formular la conducta prohibida (u ordenada, en los delitos omisivos); entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del mismo.

Así pues la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del

³⁵ Fernando Castellanos Tena. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa. México 1994, 34ª edición, p. 167.

comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit la tipicidad "es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume con la fórmula *nullum crimen sine tipo*".

El tipo es, para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración.

Por otro lado, si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuricidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho liberal, por no haber delito sin tipo legal (*nullum crimen sine lege*, equivalente a *nullum crimen sine tipo*). Para Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no sólo es pieza técnica. Es, como secuela del principio legista, garantía de libertad.

CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS

1.- NORMALES Y ANORMALES

La ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva, pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal.

La diferencia entre tipo normal y tipo anormal estriba en que, mientras el primero sólo contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además, situaciones valoradas y subjetivas.

Si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo. Cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieren ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo. Puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se está en presencia de elementos subjetivos del tipo.

2.- FUNDAMENTALES O BÁSICOS

Los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código Penal para el Distrito Federal. Según el maestro Luis Jiménez de Asúa, el tipo es básico cuando tiene plena independencia.

3.- ESPECIALES

Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial.

4.- COMPLEMENTADOS

Se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta.

Para el jurista Jiménez Huerta, se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento,

la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

Los especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad.

5.- AUTÓNOMOS E INDEPENDIENTES

Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo.

6.- SUBORDINADOS

Dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan, sino se subordinan.

7.- DE FORMULACIÓN CASUÍSTICA

Son aquéllos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Se clasifican en alternativamente formados y acumulativamente formados. En los primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas. En los acumulativamente formados, se requiere el concurso de todas las hipótesis.

8.- DE FORMULACIÓN AMPLIA

A diferencia de los tipos de formulación casuística, en los de formulación amplia, se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución. Algunos autores llaman a estos tipos "de formulación libre" por considerar posible que la acción típica se verifique mediante cualquier medio idóneo, al expresar la Ley sólo la conducta o el hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías.

9.- DE DAÑO Y DE PELIGRO

Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de daño; de peligro, cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado.

LA ATIPICIDAD

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito, llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de atipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En cambio la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

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

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) Ausencia de calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos

específicamente señalados en la Ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial.

Se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, como cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene (en este caso tampoco hay objeto jurídico). A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo; si no operan, la conducta será atípica. Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integración del ilícito.

2.3.3. LA ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

LA ANTIJURICIDAD

Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir a las normas penales, esto es, ha de ser antijurídica.

Así pues, el maestro Luis Jiménez de Asúa, al referirse a la antijuricidad nos dice que: "provisionalmente puede decirse que es lo contrario al Derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho".³⁶

En cuanto al concepto antijuricidad, algunos tratadistas opinan que es preferible el término injusto.

³⁶ Octavio Alberto Orellana Wiarco. Op. cit, p. 24.

Guillermo Sauer, Binding y otros penalistas distinguen entre antijuricidad e injusto, afirmando que en el primer término es un "anti" y el segundo es sólo "no derecho"; por lo que debe preferirse el uso del vocablo antijuricidad.

Kelsen y Faustino Ballvé, plantean que el uso del término correcto en este terreno es el de "ilicitud" y así piensan que la "ilicitud", es el comportamiento contrario al comportamiento jurídicamente obligatorio, y la antijuricidad es la lesión no sólo al deber jurídico, sino también al bien jurídico tutelado por la norma jurídica.³⁷

En realidad más compleja es la cuestión el contenido de la antijuricidad, dado que la antijuricidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho), no resulta fácil dar una definición de la misma. Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a normas de cultura reconocidas por el Estado.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación "son aquellas causas que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, eso es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto del delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de

³⁷ Ibid, p. 25.

contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen".³⁸

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad como elemento positivo del delito, y su aparición excluye la antijuricidad, más no así el acto (conducta o hecho), y la tipicidad.

Así pues, las causas de justificación, vienen a resultar conductas lícitas, y por ende no pueden ser antijurídicas, o sea contrarias a derecho, sino por el contrario ajustadas a derecho y por ende carentes de sanción.

Se aceptan generalmente como causas de justificación a la legítima defensa, sea propia o de un tercero; al estado de necesidad; obrar en cumplimiento de un deber; al actuar en el ejercicio legítimo de un derecho, o el consentimiento del ofendido, en algunos casos.

De la existencia de alguna causa de justificación podemos derivar algunos de los siguientes principios:

a).- Siendo lícita no cabe en un mismo acto obrar en contra de derecho;

b).- Cualquier participe en un acto justificado ejecutado por el autor, también se encontrará justificado;

c).- A quien obró con una "causa de justificación" no le es aplicable ninguna medida de seguridad o cualquier tipo de

³⁸ *Ibíd.*, p. 30.

sanción (ya que desde luego dicha conducta no es punible), puesto que su obrar fue lícito;

d).- La existencia de una "causa de justificación" al excluir la antijuridicidad de la conducta, hace innecesario, el estudio de la culpabilidad del sujeto, pues este estudio sólo podría llevarse a cabo si la conducta fuese antijurídica, presuponiendo la imputabilidad.

La legítima defensa es una de las causas de justificación de mayor importancia. Así pues podemos definir a la legítima defensa como una repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida para la protección.³⁹

Por otro lado, en relación a esta causa de justificación, el artículo 15, fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal, menciona que "se repele una autoagresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor".

Asimismo, el artículo antes mencionado señala "que se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre sin derecho al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o

³⁹ Fernando Castellanos Tena. Op. cit, p. 191-192.

ajenos respecto de los que existan la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

Para algunos autores, realmente el fundamento de la legítima defensa es único, porque se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Es una situación en la que el sujeto puede actuar en defensa de sus derechos o bienes jurídicos tutelados, en virtud de que el derecho no tiene otra forma de garantizar los mismos.

En relación a este tema han surgido algunas teorías, destacando la de la escuela clásica, la cual fundamenta la legítima defensa en la necesidad, explicando que se presenta ante la imposibilidad de la presencia del Estado para repeler la agresión y proteger al injustamente atacado, siendo justo y lícito que éste se defienda. Así, esta causa viene a ser sustitutiva de la defensa pública, cuando la necesidad así lo requiera.

La escuela positiva también reconoce la juricidad de la legítima defensa, la cual representa el ejercicio de un derecho y todo cuanto se haga para rechazar la agresión constituirá un acto de justicia social.

Para que se pueda dar esta causa de justificación, la doctrina y las legislaciones han exigido como requisitos los siguientes:

1.- Que sea una agresión a los intereses jurídicamente protegidos de quien se defiende, o a los de otra persona, sin

existir un completo acuerdo sobre cuáles intereses o bienes jurídicos podrán defenderse, pero si hay unanimidad en la defensa de la vida, de la integridad personal y de la libertad.

2.- La agresión debe ser actual o inminente y sin derecho, pues antes de que el peligro aparezca, no es necesaria la defensa, pero el amenazado no necesita esperar que sean dañados efectivamente sus intereses jurídicos.

3.- La agresión debe ser ilegítima, contraria al derecho, así como el atacante no debe tener ningún fundamento jurídico para la agresión. Por lo tanto, es importante señalar no cabe la legítima defensa contra actos de fuerza legítimos de la autoridad o de sus agentes. No es necesario que el atacante sea una persona imputable, ya que es posible la defensa contra inimputables, locos, ebrios, menores, etcétera.

4.- La defensa debe ser necesaria , esto es, se tienen que agotar todos los medios no violentos, para recurrir a la legítima defensa.

5.- La agresión no debe ser provocada por la actitud o la conducta del agredido.

La legítima defensa, como ya se dijo, no restringe a la propia persona, e intereses jurídicos propios, puede ejercitarse a favor de los parientes y hasta de algún extraño. Asimismo, puede ejercitarse a favor del ser que ha de nacer, cuando la madre haya permitido el aborto y aun de no haberlo permitido, la legítima defensa se podrá ejercer, ya que la violencia contra el feto se confunde con la violencia contra la madre.

Nuestro sistema jurídico, se ha basado en la salvaguarda de un interés jurídico preponderante, y aun cuando son de igual valor, mediante el necesario sacrificio del interés legítimo del atacante.

Se han planteado hipótesis de la aplicación de la legítima defensa, siendo primeramente un conflicto entre bienes de igual valor, tanto del agresor como del atacado; contraposición entre bienes desiguales, considerándose de mayor valía el del injustamente atacado y controversia entre bienes también de diferente valor, siendo el del agresor el preferente.

La legítima defensa se tiene que determinar en razón a la peligrosidad e intensidad del ataque, y no en virtud del bien atacado. No se trata de una preponderancia cuantitativa, sino cualitativa.

En relación a los sujetos, puede darse la legítima defensa propia, cuando son al menos dos, el agresor y el injustamente atacado; en favor de terceros, cuando son tres sujetos, el agresor, el injustamente agredido y el que interviene en favor de éste último y en el caso de autoagresión, el autoagredido y el que interviene en su favor.

No procederá la legítima defensa contra una conducta lícita. Para el caso de legítima defensa contra el exceso de la misma, algunos autores se han pronunciado por la admisión de ésta, en el sentido de que el exceso en la repulsión del ataque, se vuelve contrario a derecho.

En relación a la legítima defensa contra inimputables, algunos penalistas han señalado su procedencia, siendo la antijuricidad objetiva, porque si se aceptara el criterio

subjetivo, la agresión de un inimputable no sería antijurídica. Algunos otros, piensan que en este caso no se da la legítima defensa, sino un estado de necesidad.

EL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.⁴⁰

Sobre el particular la fracción V del artículo 15 del Código Penal nos dice: "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

Indudablemente, ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado opta por la salvación de uno de ellos; aquí sigue cobrando el principio de interés preponderante; nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, porque sólo entonces el atacante obra con derecho jurídicamente.

Desde un punto de vista objetivo, en razón de la esencia misma, del elemento del delito antijuridicidad, cuyo nacimiento se impide, encuéntrase el fundamento de esta causa de justificación y no puede ser otro sino el valor

⁴⁰ Ibid, p. 203

preponderante que, dentro de la jerarquía de los bienes en colisión, tiene el salvado con relación al sacrificado.

Hay casos en que la igualdad de los bienes en concurso es sólo aparente; en realidad no se compara el valor de un objeto con otro, sino el de cualquiera de ellos con el de un conjunto de que ambos forman parte; v.g., cuando en el incendio de un bosque se destruye gran número de árboles para salvar el resto, aun cuando la parte destruida sea igual o mayor a la que se salva; o cuando se arroja al mar parte del cargamento de un bosque para evitar el naufragio. El acto es jurídico, pues el dilema consistirá en perderlo todo o salvar alguna parte.

DIFERENCIAS DEL ESTADO DE NECESIDAD CON LA LEGÍTIMA DEFENSA

ESTADO DE NECESIDAD

LEGÍTIMA DEFENSA

- | | |
|--|--|
| 1.- El estado de necesidad constituye una acción o ataque legitimado. | 1.- La legítima defensa es una reacción contra el ataque. |
| 2.- En el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente. | 2.- En la legítima defensa la lesión es sobre bienes de un injusto agresor. |
| 3.- En el estado de necesidad hay ausencia de agresión. | 3.- En la legítima defensa hay agresión. |
| 4.- En el estado de necesidad no existe una situación de choque entre un interés ilegítimo y otro lícito, sino un conflicto entre intereses legítimos. | 4.- En la legítima defensa se crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro lícito (la reacción, el contraataque o defensa). |

ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

Los elementos del estado de necesidad son:

- 1.- Una situación de peligro, real, actual o inminente.
- 2.- Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente.
- 3.- Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno).
- 4.- Un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario.
- 5.- Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

CASOS ESPECÍFICOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

EL ABORTO TERAPÉUTICO

El aborto terapéutico, como una forma genérica de estado de necesidad, así pues el Código Penal para el Distrito Federal consagra en el artículo 334 la excluyente por aborto terapéutico. No hubiera sido preciso reglamentarla por separado, por caber la hipótesis prevista perfectamente dentro de la amplia fórmula de la fracción V del artículo 15. Se trata también de dos bienes en conflicto, ambos tutelados jurídicamente: la vida de la madre y la vida del ser en formación; se sacrifica el bien menor para salvar el de mayor valía.

El artículo 334 señala que no se aplicará sanción cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el

dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

OBEDIENCIA JERÁRQUICA

Cabe señalar que antes de las reformas realizadas al Código Penal, el día 10 de Enero de 1994, se consideraba como causa de justificación la obediencia jerárquica, conceptuada como tal, cuando una persona obedecía a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando con su mandato constituyese un delito, si esta circunstancia no era notoria ni se probaba que el acusado la conocía.

Esta causa de justificación, se estimó posible entre los funcionarios públicos, o en el ejército. Pero no se consideraban al temor reverencial existente en el seno de una familia, a la simple relación obrero patronal, o a la jerarquía política, como causas de obediencia jerárquica.

Asimismo, tiene que ser patente el delito, porque de lo contrario el subordinado que dejare de cumplir las órdenes superiores sin que esté presente en la orden la comisión de un delito, estará sujeto a las sanciones correspondientes.

EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

La fracción VI del artículo 15 del Código Penal, establece como causa de justificación, que "la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho y

que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

De este supuesto, si la acción o la omisión está permitida y mandada por la ley, entonces el daño ocasionado no será ilegítimo. Existen determinadas personas, como los funcionarios, a los que se les dota de un derecho para realizar actos concretos ordenados por las leyes o reglamentos de sus funciones. Asimismo, hay ocasiones en las que la ley puede obligar a personas que no son funcionarios ni agentes o a quienes no les alcanza obligación alguna de servicio, a realizar determinados actos, para poder intervenir en la esfera de poder de otro o lesionar algún interés ajeno con el fin de salvaguardar el orden jurídico.

La intromisión o quebranto, se encuentran justificados por el deber impuesto a un particular o a un profesional. Este tipo de acciones son muy variadas, siendo las más sobresalientes las siguientes:

1.- Deberes impuestos a un individuo en instantes de necesidad o urgencia; éste se dará ante la comisión de un delito.

2.- El deber de denuncia o revelación impuestos a ciertos profesionales cuando tienen la obligación de denunciar determinados hechos de los que toman conocimiento, presentándose un conflicto de deberes; por un lado el proteger el interés público y por el otro, guardar el secreto de lo que se sabe por la profesión, oficio o cargo. Resolviéndose este conflicto, siempre en pro de lo más valioso.

3.- El caso de deberes de una profesión entre los que descuella el de guardar secreto.

4.- El de los deberes del testigo; en su realización como tal puede llevar a testificar sobre acciones o conductas ajenas que lesionan la reputación de aquéllos, sobre cuyos negocios, intereses o actos deponen en juicio.

IMPEDIMENTO LEGÍTIMO

Antes de las reformas del 10 de enero de 1994 al código penal, establecía el impedimento legítimo como un excluyente de responsabilidad señalándose como tal, contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda.

Este supuesto se presenta, cuando un sujeto teniendo la obligación de actuar en cumplimiento de una ley, no lo hace, con base en una causa igualmente fundada en la ley. Es una conducta de omisión y algunos autores han manifestado, es una excepción a la obligación de cumplir con la ley.

Esta causa de justificación, se caracteriza porque sólo se refiere a las omisiones que contravienen la ley penal.

El impedimento legítimo es un derecho de excepción. En cuanto a los funcionarios, podemos citar a los que no ejecutan sus funciones en virtud de que un superior les ha otorgado una licencia, o quien no conoce de un negocio jurídico, por estar atendiendo otro anterior, ambos relacionados con sus funciones estarán en esta causa que se observa el cumplimiento de una obligación.

2.3.4 LA IMPUTABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD

LA IMPUTABILIDAD

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad (como más adelante se verá), intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud, (intelectual y volitiva), constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el derecho penal), se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito según pretenden algunos especialistas como es el caso del notable jurista CELESTINO PORTE PETIT.⁴¹

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente, es decir que la imputabilidad la podemos definir como la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal será imputable, todo aquél que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el

⁴¹ *Ibíd*, p. 217.

momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.⁴²

Así pues el código penal federal mexicano de 1931, en su actual redacción señala, en su artículo 15 fracción VII interpretado a contrario sensu, que se es imputable cuando el sujeto pudo "comprender el carácter ilícito su hecho y conducirse de acuerdo a dicha comprensión". De lo anterior se desprende que la imputabilidad exige dos límites mínimos para su existencia:

a) Un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo logra el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable;

b) Un límite psíquico, o sea, la capacidad de "entender" y "querer".

Así pues, en los ordenamientos punitivos es usual encontrar que se es imputable, si se alcanza determinada edad, en el momento de llevar a cabo la conducta típica, y si además satisface el límite psíquico exigido por la propia ley.

A la capacidad de "entender" se le considera en un plano "intelectivo", o de "comprensión", y a la capacidad de "querer", en un plano de "voluntad"; ambos conceptos como fundamento de la imputabilidad, sin embargo, estas concepciones sufren actualmente críticas porque reduce todas las facultades humanas a los planos intelectual y volitivo, que no son las únicas, ni tan siquiera las más importantes. En todo caso, las

⁴² *Ibíd*, p. 218

facultades intelectivas y volitivas humanas están condicionadas por otra serie de factores, que también deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de culpabilidad (factores psíquicos y socioculturales). Por eso, no puede considerarse actualmente que la capacidad de culpabilidad sea únicamente un problema de facultades intelectivas y volitivas del sujeto, sino algo mucho más complejo.

La imputabilidad va a radicar en la capacidad de motivarse por el mandato de la norma; y en la medida que esa capacidad de motivación no haya podido desarrollarse, sea por falta de madurez, por defectos psíquicos, o por cualquier razón, no podrá imputarse al sujeto una conducta y menos establecerse un juicio de culpabilidad.

LA INIMPUTABILIDAD

Las causas de inimputabilidad serán aquéllas que constituyen el aspecto negativo de la imputabilidad, y las vamos a referir a los casos en que el sujeto que ha ejecutado una conducta típica y antijurídica, no resulta imputable porque no reúne el límite físico y psíquico que exige la ley, es decir, o no alcanza el límite de edad previsto en la ley, o bien no reúne las condiciones psíquicas previstas en la norma.

Así las causas de inimputabilidad, según lo prevé la ley, vendrán a ser aquéllas en que el sujeto no alcance la edad mínima que la ley señale, o que alcanzando esa edad no haya podido comprender el hecho o conducta que realizó, o bien, que habiendo comprendido dicha conducta o hecho no haya podido determinarse para ajustar esa conducta o hecho a los parámetros

exigidos por la ley; tal y como se observa en el artículo 15 fracción VII del Código Penal.

Con respecto a la inimputabilidad hay una clasificación triple; en primer lugar encontramos a los inimputables **OPE LEGIS** o sea los menores de edad, inimputables estos por disposición de la ley. En segundo lugar los inimputables **TRANSITORIOS** y a los que padecen un desarrollo intelectual retardado. En tercer lugar por tanto, están los inimputables **PERMANENTES** que son los que en forma absoluta e irreversible están privados de la capacidad de entender y de querer.

2.3.5. LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD

LA CULPABILIDAD

La culpabilidad ha sido considerada a través del tiempo, de diversas maneras. Primeramente en las épocas más antiguas, la punición del hecho dañoso atendió al nexos objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado de ella. La responsabilidad, por tanto, tuvo un carácter exclusivamente objetivo, siendo la lesión o el daño causado la legitimación de su punibilidad.

Posteriormente, se tomó en cuenta para reprimir y castigar el hecho, pero fundamentalmente para fincar la responsabilidad, un elemento psicológico relacionante del daño con su autor, el cual hizo consistir en la previsión del evento y la voluntariedad de la causación. Esta fórmula llegó a exagerarse, pues la manifestación de la voluntad criminal, en ocasiones, se castigó con independencia de la realización integral del hecho lesivo o de su proceso de ejecutividad.

En épocas relativamente recientes surgió una corriente conocida como "concepción psicológica", cuya meta, la esencia de la culpabilidad, descansa en el reconocimiento de la relación psicológica existente entre el hecho concreto antijurídico y su autor, que hace posible la aplicación de las consecuencias penales.

En el devenir del tiempo se fueron elaborando los conceptos de dolo y culpa como manifestaciones de la culpabilidad.

Así pues, posteriormente, en los autores de la Escuela Clásica, aparece la culpabilidad integrada por los conceptos de dolo y culpa.

TEORÍAS SOBRE LA CULPABILIDAD

Tratando de estructurar el concepto de la culpabilidad, la doctrina penalista se debate, principalmente, en dos posiciones diversas: la psicologista y la normativista.

TEORÍA PSICOLÓGICA

Para esta teoría la culpabilidad es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa. Así como la antijuricidad es el resultado de una valoración objetiva concreta del hecho, la culpabilidad proviene de la comprobación de la discordancia subjetiva entre la valoración debida y el desvalor creado, conciencia de la criminalidad del acto.

En el mismo orden de ideas el maestro Villalobos, concretiza el concepto afirmando que la culpabilidad es el

quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, esto es, el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.

De lo anterior se infiere que para esta teoría lo predominante es la relación subjetiva entre el autor y su hecho, lo cual implica afirmar un carácter fundamentalmente psicológico.

TEORÍA NORMATIVA

La teoría normativa presupone, para estructurar su concepto de la culpabilidad, la existencia de una conducta o hecho antijurídico.

La culpabilidad agrega a la acción antijurídica un nuevo elemento mediante el cual se convierte en delito, pues mientras la antijuricidad es la relación entre la acción y el orden jurídico, que establece divergencia objetiva entre una y otro, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla.

La culpabilidad, para la concepción normativa, no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo representa el punto de partida. Teniendo presente un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa.

En suma la culpabilidad consiste en el reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica, pues como se ha dejado anotado, el hecho antijurídico concreto es el punto de partida del reproche contra su autor.

Así pues para el notable jurista Mezger, la culpabilidad es "el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que ha cometido."⁴³

El tratadista Ignacio Villalobos, estima integrada la culpabilidad con dos elementos: una actitud psicológica del autor y una valoración normativa de aquélla, productora del reproche en virtud de la posición en que, con relación al Derecho, se coloca el sujeto, sin embargo, lo que ahora interesa es la actitud psicológica del sujeto que, si se tiene presente que en el delito se ha de referir a un presupuesto necesario de antijuricidad, es el nuevo elemento que por sí solo constituirá la culpabilidad, ya que traerá consigo el proceso de valoración, de reproche y aun de punibilidad.⁴⁴

FORMAS DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa). Ahora, en el Código Penal reformado se excluye la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la culpabilidad, que antes se incluía.

En el dolo, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa consciente o con

⁴³ Eduardo López Betancourt. Op. cit. p. 214

⁴⁴ Francisco Pavón Vasconcelos. DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa. México 1999, décima cuarta edición, pág. 406.

previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; en la inconsciente o sin previsión, no se prevé un resultado previsible; existe también descuido por los intereses de los demás. Tanto en la forma dolosa como en la culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico.

El desarrollo actual de la teoría normativa ubica, dentro del concepto de culpabilidad y por tanto como sus elementos, los siguientes:

- 1.- La imputabilidad.
- 2.- Las formas de culpabilidad: dolo y culpa.
- 3.- La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

EL DOLO

Para el notable jurista EUGENIO CUELLO CALÓN, citado por el maestro Fernando Castellanos Tena, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. El profesor Luis Jiménez de Asúa lo define como la producción de un resultado antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.⁴⁵

⁴⁵ *Ibíd*, p. 239.

En resumen, el dolo consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

ELEMENTOS DEL DOLO

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

DIVERSAS ESPECIES DE DOLO

En este apartado únicamente nos ocuparemos de las especies de mayor importancia práctica.

1.- **DOLO DIRECTO.**- El dolo directo es aquél en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Según Cuello Calón, el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente.

2.- **DOLO INDIRECTO.**- Conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

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

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

LA CULPA

Para que una conducta sea delictuosa, se requiere, entre otras cosas, que haya sido determinada por una intención (dolo), o por un olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida gregaria (culpa). En ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin ésta el delito no se integra.

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin diligencia de vida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Al efecto se han elaborado diversas teorías, de las cuales solo nombraremos las de mayor relevancia siendo éstas:

1.- Teoría de la previsibilidad.- Esta teoría fue sostenida principalmente por Francisco Carrara para quien la esencia de la culpa consiste en la previsibilidad del resultado no querido, afirma que la culpa consiste en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.

2.- Teoría de la previsibilidad y evitabilidad.- Acepta la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa, de tal manera que no ha lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.

3.- Teoría del defecto de la atención.- Descansa la esencia de la culpa en la violación, por parte del sujeto, de un deber y detención impuesto por la ley.

ELEMENTOS DE LA CULPA

- 1.- La conducta humana para la existencia del delito.
- 2.- Que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el estado.
- 3.- Los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente.
- 4.- Una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y resultado no querido.

DIVERSAS CLASES DE CULPA

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

LA INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. Así para el maestro Luis Jiménez de Asúa, la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.⁴⁶

Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable la conducta si

⁴⁶ Fernando Castellanos Tena. Op. cit. p. 257.

falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia. Así la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuricidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho), presupone ya una valoración de antijuricidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad, por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo.

En el sistema causalista, como ya hemos visto, en torno a la culpabilidad encontramos las teorías psicologista y normativista, y según sea la posición que se adopte cada penalista respecto a estas teorías serán las causas que admita como posibles para impedir que nazca la culpabilidad.

En general se aceptan como causas genéricas que excluyen la culpabilidad:

- a) El error, y
- b) La no exigibilidad de una conducta.

Cabe hacer mención que para la teoría psicologista sólo sería posible admitir el error; en cambio, la normativista

acepta el error e incluye la no exigibilidad de otra conducta, como veremos más adelante con mayor detalle.

A). - EL ERROR

Algunos autores distinguen entre el error y la ignorancia, situaciones diversas, pues en la primera el sujeto tiene una concepción equivocada, supone una realidad que no concuerda con ésta; en la ignorancia, existe el desconocimiento total, el sujeto ni siquiera concibe una idea falsa respecto del objeto, cosa o situación.

El error, concepción equivocada de la realidad se clasifica en error de hecho y error de derecho.

El sistema causalista acepta el error como causa de inculpabilidad, cuando el sujeto a virtud de una equivocada e invencible concepción de la realidad fáctica produce un resultado típico, en cambio, rechaza el error de derecho, pues su falsa apreciación de que el derecho ampara su actuar no releva de responsabilidad.

Así pues, la ignorancia de la Ley a nadie excusa de su cumplimiento, los lleva a concluir que el llamado error de derecho es irrelevante, es decir, un sujeto creyendo que una conducta es lícita, o ignorando que es punible, la ejecuta, su actuar, desde luego, su error no destruiría el dolo o la culpa.

CLASIFICACIÓN DEL ERROR DE HECHO

El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental. A su vez el error esencial se clasifica en error esencial invencible y error esencial vencible.

El error de hecho accidental, por su parte, se clasifica en error en el golpe (*aberratio ictus*), y error en la persona (*aberratio in persona*).

El error esencial de hecho invencible se presenta cuando el sujeto llega a una concepción equivocada de la realidad, pero debido a circunstancias que no podía superar; su equívoco puede recaer sobre elementos del delito, o sobre circunstancias agravantes de penalidad, y en ese caso se presenta el error como causa de inculpabilidad.

Dentro del estudio del error de hecho esencial invencible se habla de los estados o eximentes putativas.

Las eximentes putativas, las define el notable jurista Fernando Castellanos Tena, como "las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo."⁴⁷

Se aceptan generalmente como eximentes putativas las siguientes: la defensa putativa; el estado de necesidad

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 267.

putativo; el ejercicio de un derecho putativo y el cumplimiento de un deber putativo.

En cambio, el error de hecho esencial vencible, es aquél en que la persona tuvo la posibilidad y por ello debió prever el concepto equívoco que se formó. Este tipo de error excluye el dolo, pero el sujeto responde por no haber incurrido en una conducta culposa.

Por otra parte, el error de hecho accidental se presenta cuando el sujeto se equivoca, pero respecto de elementos no esenciales del delito, sino sobre circunstancias objetivas, etc., que son accidentales. En estos casos de error, la conducta es culpable, a título de dolo, y que su error se refiere a accidentes de la conducta típica. Los casos de error de hecho accidental se agrupan en error en el golpe y error en la persona.

El error de hecho accidental en el golpe radica en el que el sujeto se propone un resultado delictivo en contra de un bien jurídico tutelado, pero su acción, por su error, daña precisamente el bien jurídico tutelado que quería, si bien en una persona o cosa distinta. Tal conducta es punible totalmente, pues es irrelevante que quisiera dañar a una persona y dañe a otra si resulta dañado el bien jurídico tutelado.

El error de hecho accidental en la persona, es semejante al anterior; el sujeto activo pretende privar de la vida a Pedro, dispara sobre éste creyendo haberlo privado de la vida, pero por su equivocación ha disparado sobre Juan creyendo que era Pedro. Su conducta resulta punible a título de dolo, porque es evidente que se propuso dañar un bien jurídico tutelado y lo

logró, siendo indiferente que haya sido Juan y no Pedro como se la había propuesto.

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA COMO CAUSA DE INCUPLABILIDAD

La no exigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad se plantea en el sistema causalista únicamente para quienes aceptan la teoría normativa de la culpabilidad, pues esta causa de inculpabilidad se apoya en la imposibilidad de "reprochar" al sujeto su conducta.

El psicologismo no puede aceptar la no exigibilidad de otra conducta, porque tal situación no está referida al proceso psicológico, sino a una valoración, al reproche que se realiza de ese proceso, que cae fuera de esa relación psicológica.

Para el notable jurista Luis Jiménez de Asúa, La culpabilidad normativa se distingue por exigir una conducta conforme a derecho, por lo que en todas las causas de inculpabilidad esta ínsito que no se puede exigirse esa conducta adecuada, sea por error esencial e invencible o por no exigibilidad de otra conducta en estricto sentido. Así pues, son causas de inexigibilidad las siguientes:

- a).- violencia moral y miedo;
- b).- exceso en los eximentes ;
- c).- estado de necesidad en que colisionan bienes iguales;
- d).- aborto sentimental y económico;
- e).- encubrimiento de próximos parientes, de seres queridos;

f).- inexigibilidad específica en otros casos (falso testimonio, omisión de socorro, etc.).

2.3.6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.
CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

La mayoría de los tratadistas concuerda que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad son de naturaleza dudosa y de escaso número, que obligan al considerar que por su falta de generalidad no son esenciales a la estructura del delito.

Ahora bien, para aquéllos que admiten las condiciones objetivas de punibilidad, éstas son circunstancias que condicionan la aplicabilidad de la pena. La corriente dominante considera que tales circunstancias son ajenas al tipo, de carácter objetivo independientes de la acción delictiva.

Así pues, consideramos que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad se refieren a condiciones de procedibilidad (la querrela de la parte ofendida en los delitos que se persiguen a instancia de parte), o bien, a cuestiones prejudiciales; la declaración previa de perjuicio (en los delitos fiscales).

FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Para quienes aceptan estas condiciones objetivas de punibilidad, sea como requisito de procedibilidad, o cuestiones prejudiciales, la falta de las mismas impiden que pueda procederse contra el agente, aun cuando los elementos del

delito estén plenamente configurados. Esto último nos reafirma la idea de negar su existencia en la teoría del delito, pues el ilícito se da con independencia de tales condiciones objetivas, que son referibles a aspectos procesales, no de derecho sustantivo penal.

2.3.7. LA PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

LA PUNIBILIDAD

Si algo teme el ciudadano es al poder punitivo del Estado, cuando al ejecutar conductas típicas, que por su gravedad, el legislador les ha señalado consecuencias de carácter punitivo

Así pues, la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del jus puniendi); en resumen, punibilidad es: a).- merecimiento de penas; b).- conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y, c).- aplicación fácticas de las penas señaladas en la ley.

La corriente mayoritaria niega a la punibilidad carácter de elemento del delito y sostiene que el delito se integra una vez que está en presencia de una conducta, típica, antijurídica y culpable, y la punibilidad, sea en sentido abstracto, o con mayor razón en sentido concreto, es una consecuencia del delito.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Al aspecto negativo de la punibilidad se le llaman excusas absolutorias.

Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente establecidas en la Ley y por las cuales no se sancionan al agente.

El maestro Carrancá y Trujillo, divide a las excusas absolutorias, desde el punto de vista subjetivo o escasa temibilidad que el sujeto revela y dice que son:

- "a).- Excusas en razón de los móviles afectivos revelados;
- b).- Excusas en razón de la copropiedad familiar;
- c).- Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela;
- d).- Excusas en razón de la maternidad consciente;
- e).- Excusas en razón del interés social preponderante, y
- f).- Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada".

Las excusas en razón de los móviles afectivos revelados, son aceptadas, ya que la acción que el sujeto desarrolla "acredita en él nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble".

Las excusas en razón de la copropiedad familiar se han querido fundamentar en motivos de intimidad o en una supuesta copropiedad familiar. Actualmente ya no existen este tipo de excusas absolutorias en nuestro Código Penal.

Las excusas en razón de la patria potestad o de la tutela, tiene su sustento en el hecho de que quienes ejercen la patria

potestad pueden corregir y castigar a sus hijos de una manera mesurada y que a ellos les incumbe la educación conveniente de los hijos. Los artículos en el Código Penal que establecían esta excusa absolutoria han sido derogados, razón por la cual ya no existen.

Las excusas en razón de la maternidad consciente, se refieren a que no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada o cuando el embarazo sea el resultado de una violación.

Las excusas en razón del interés social preponderante, se refieren a que debido al interés social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una fundación pública, es punible el no procurar impedir por todos los medios lícitos que estén al alcance del sujeto, la consumación de los delitos que sepa van a cometerse o que se estén cometiendo.

Por último, las excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada, respecto al robo el Código Penal señala en el artículo 375 que: "cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

CAPÍTULO III

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD

3.1. LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD EN LA ACTUALIDAD

La figura delictiva de la privación ilegal de la libertad, la cual se encuentra regulada en el artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal, en atención a que la violencia en nuestra ciudad día a día aumenta, consideramos que contiene una penalidad benevolente en razón al bien jurídicamente protegido, que en el presente caso lo es la LIBERTAD de las personas, lo anterior en atención a que la penalidad que se establece para el delito en mención va de 3 TRES MESES A 3 TRES AÑOS DE PRISIÓN Y DE 25 VEINTICINCO A 100 DIAS MULTA, aun y cuando el precepto legal antes indicado establezca en su contenido que si la privación de la libertad excede de cinco días, la pena de prisión será de un mes más por cada día; y que la pena de prisión se aumentará hasta en una mitad, cuando la privación de la libertad se realice con violencia, cuando la víctima sea menor de dieciséis años o mayor de sesenta años de edad, o cuando por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta, entre otras cosas.

En atención a lo anterior, considero pertinente plasmar en el presente trabajo de investigación los elementos que integran el cuerpo del delito para así poder establecer el por qué se hace necesaria una reforma al precepto legal antes invocado.

3.1.1. ACEPCIONES DE LA PALABRA PRIVAR

Según el diccionario enciclopédico ilustrado tomo nueve, manifiesta textualmente que "la palabra privar quiere decir despojar a uno de lo que poseía o bien prohibir, vedar, quitar o suspender".

Por otro lado, en mi concepto la palabra privar es quitar a uno algún bien o que lo despojen de algo.

En relación a la Privación de la Ilegal de la libertad son actos encaminados a realizar una lesión a determinadas personas con respecto a su libertad.

3.1.2. LA ILEGALIDAD EN LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Ahora bien en mi opinión la ilegalidad es toda conducta humana dirigida a realizar actos ilícitos.

El maestro Enrique F. Solsona, dice "que la privación de la libertad debe tener cierta entidad, no importando cuál sea el medio usado, ni la duración de la misma. Eso sí por imperio de la ley debe ser "ilegal", es decir contraria a la ley". A modo de ejemplo el referido jurista manifiesta que la detención no es ilegal cuando el agente obra justificadamente (deber, derecho, autoridad, cargo, o necesidad). En el mismo sentido expresa que tampoco la privación es ilegal en casos correctivos, (padres tutores, siempre que actúen sin abuso). El negar permiso para ir a un baile a una menor de 15 años de

quien se ejerce la tutela no configura este delito, se ha dicho que aunque para ello se haya encerrado en su dormitorio.⁴⁸

3.1.3. ESENCIA DE LA LIBERTAD

Fácil es sentir la libertad pero difícil es definirla. Afirmación de la soterrada esencia del ser y esplendorosa manifestación de su potencial soberanía, es atributo de la persona humana que sólo niegan aquéllos que por su inmadurez, involución o podredumbre moral más se asemejan a los esclavos que a los hombres libres y más se comparan con los reptiles que con las águilas.

Enraíza la idea de libertad en la particular estructura que asume la vida del hombre, como algo que no se da en la irracional naturaleza y que sólo es adherente al fenómeno humano. "La libertad -afirma Francisco Ayala - se da en la vida humana, específicamente y de un modo esencial. La ley de la naturaleza no es la libertad sino la necesidad".⁴⁹

El animal tiene iniciativa, se mueve, se desplaza, parece que el centro de su actividad fuera él mismo. Sin embargo, sabemos por qué se mueve, por qué hace todo lo que hace. El animal se mueve condicionado por una cantidad de estímulos orgánicos perfectamente conocidos que encaminan sus pasos o dirigen sus acciones como si fuera una especie de marioneta o de títere accionado por una voluntad ajena a él mismo, que sería la voluntad de la ley natural.

⁴⁸ Enrique F. Solsona. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. Edit. Universidad, Buenos Aires 1987, pág. 25.

⁴⁹ Mariano Jiménez Huerta, Op. cit. pág. 115

El ser humano también pertenece al reino de la naturaleza, también es una cierta especie animal y por lo tanto también se encuentra sometido a los estímulos y se encuentra impulsado por las mismas necesidades, y guiado por los mismos instintos; pero por encima o junto a ese equipo biológico que el hombre tiene en común con todos los demás animales, hay en él algo diferente, hay en él la facultad de anteponer y representarse la conducta futura y ordenarla en una especie de escala jerarquizada de valores. Esta facultad es la que lo separa de los animales y lo que da ingreso en su conciencia al elemento libertad.

"Cualquiera de nosotros está constantemente anticipando su futuro, proyectándolo, haciendo el proyecto de él, con un alcance más o menos largo. Naturalmente, cuanto más próximo es ese futuro más precisamente lo tenemos que proyectar. Casi lo proyectamos al minuto; sabemos que ahora hemos querido estar realizando ese trabajo, pero que cuando terminemos, haremos esta o aquella cosa y después tal o cual otra. Los planes para el día de mañana no son quizá tan precisos y desde luego no lo son para la semana entrante o el mes próximo o dentro de un año o dentro de cinco. Los proyectos humanos se van ampliando como una especie de abanico y van perdiendo precisión; pero no obstante en la línea fundamental todo hombre que realmente vive una vida humana está trazando su propia vida, está proyectando su estampa, aquélla que ha de realizar la plenitud en su personalidad a lo largo de su existencia sobre la tierra; y la proyecta, como han visto muy bien los filósofos existencialistas, sobre el fondo de la muerte, porque ese proyectar la propia vida está condicionado por el hecho de que sabemos que esa vida está rigurosamente limitada en el tiempo. No sabemos si vamos a vivir un mes, un año, diez, quince o más; pero sí sabemos que, en el mejor de los casos, no pasaremos de

los cien años; el mayor optimista no pretenderá vivir más años. Hay un plazo que no es exacto, que deja la duda respecto al momento preciso, pero que nos previene de que más allá de un cierto límite no vamos a poder pasar, siendo así, teniendo tan limitado el tiempo de nuestra vida, tenemos que elegir entre una serie de posibilidades que coincidan con nuestras actitudes, con nuestro carácter, con lo que somos y lo que queremos ser. A través de las distintas edades el hombre va concretando sus posibilidades y va realizándose en una figura concreta; y lo hace a través de la elección y esa elección consiste en el ejercicio de su libertad. Porque nosotros podemos elegir en un momento dado, entre más de una posibilidad".⁵⁰

El signo esencial de la libertad "consiste en la espontaneidad, certeramente ha escrito Duthoit: Bajo la luz de la razón el hombre tiene el poder de perseguir y alcanzar su fin, no bajo el imperio de un determinismo, como el animal o la planta, sino por su voluntad. Libertad es espontaneidad. La libertad reside en la voluntad, que es, por su naturaleza, un deseo que la razón controla, esto es, una facultad de optar".⁵¹

Este mundo de alternativas que implica la libertad, esta posibilidad de elegir, esta facultad de optar, este albedrío de que los animales carecen, es tutelado en el Derecho penal por ser condición necesaria para que los hombres puedan convivir. Y a través de la evolución de la Humanidad han ido surgiendo diversos tipos penales que protegen dicho mundo de alternativas frente a las externas antijurídicas conductas que tratan de cercenar o desconocer la humana posibilidad de elegir e imponer

⁵⁰ *Ibíd*, págs. 116-117

⁵¹ *Id.*

en mayor o menor grado lo que no se quiere hacer o lo que no se está en plenitud de elegir.

La libertad, en cuanto al bien jurídico, significa, según Mezger, "libre formación y actuación de la voluntad". Dicho bien jurídico constituye un estado psicológico o espiritual de la persona humana que satisface necesidades de esta índole y que se plasma en la afirmación de su propia personalidad. La libertad individual es la facultad del hombre de libremente querer y manifestar su propia voluntad para la satisfacción de sus necesidades. Y la misma, en cuanto es jurídicamente tutelada, se transforma de libertad de hecho a libertad jurídica; integrando un general derecho de libertad.⁵²

La libre formación y actuación de la voluntad que integra la libertad jurídica no es en la actualidad solamente un estricto derecho subjetivo que pertenece al ser humano; Sino también es una norma cultural de vida que hace posible la convivencia entre los hombres en aquellos pueblos en que se reconoce y respeta dicho valor humano y una meta hacia la que tienden las cotidianas aspiraciones y luchas cívicas en aquellos otros en que los despotismos y tiranías internas y los imperialismos políticos y económicos que los apoyan y sostienen impiden su prevalencia y solapan su desconocimiento. El rango y jerarquía de valores humanos que en la actualidad alcanzan las múltiples manifestaciones de la libertad jurídica, está proclamando en documentos de vigencia universal procedentes de diversas fontanas y cuyos destinatarios son todos los hombres de buena voluntad: trascendentalistas y agnósticos. Con neutrales perfiles, plenos de respeto para todas las confesiones, proclámanse estos valores sociales en la

⁵² Ibid, pág. 118.

Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la asamblea general de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en cuanto su preámbulo afirma "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", por lo "que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre".⁵³

La libertad es atacada si se ponen impedimentos a la formación o actuación de la voluntad o si se le sustituye por una formación o actuación ajena. Los hechos que ofenden el interés vital que los hombres tienen de moverse libremente y de expresarse, manifestarse y actuar como a bien lo tuvieren y sin más cortapisas que las establecidas en el orden jurídico, son delitos contra su voluntad espontánea, esto es, contra su libertad, y se traducen en innúmeras manifestaciones que se matizan y coloran por la actividad que canaliza el acto concreto que se le obliga a hacer o que se le impide realizar. Necesario es, empero, distinguir desde el punto de vista penalístico, los derechos humanos que constituyen el derecho privado de libertad e integran la libertad civil del hombre y los derechos humanos que constituyen el derecho público de libertad y forjan la libertad política, pues los códigos se inspiran en esta división aristotélica: la primera referente a las relaciones de los individuos entre sí; la segunda, a sus relaciones con los poderes públicos.

⁵³ Id.

La libertad civil y la libertad política, abstracción hecha de que la primera nace en el derecho privado y la segunda en el derecho público, debiendo ser objeto de estudio en una exposición orgánica de la tutela del bien jurídico de la libertad, pues con independencia de la matización privada o pública que a una y otra corresponde, está la realidad irrefragable de su común denominador: ambas tienen al individuo por titular y ambas integran la esencia de su espiritual señorío.

En los delitos contra la libertad, la lesión a este bien jurídico constituye en sí mismo el quid antijurídico de la conducta: ésta consiste en un ataque a la libertad en alguna de sus vitales manifestaciones. Existen, empero, otras lesiones a la libertad de índole subsidiaria, esto es, que sirven de medio para lesionar otros bienes jurídicos. Las ofensas contra la libertad constitutivas de los delitos de esta naturaleza, son estrictamente aquéllas que se destacan en un primer plano, esto es, que adquieren relevancia en ausencia de otra lesión jurídica o por su prevalencia ontológica en casos de plural ofensa de bienes jurídicos.

Caracteriza fácticamente los delitos contra la libertad, el que el sujeto activo, más veces, no tome en consideración la voluntad del sujeto pasivo.

3.1.4. DIFERENTES TIPOS DE LIBERTAD

Cabe hacer mención que dentro del derecho procesal penal, existen diferentes tipos de libertades, y entre ellas están: LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS, LIBERTAD PROVISIONAL

BAJO PROTESTA, LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN Y LA LIBERTAD PREPARATORIA.

1.- LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS. - Este tipo de libertad se encuentra contemplada en los artículos 546 al 551 de la ley adjetiva penal en forma de incidente, y al respecto los preceptos legales antes indicados establecen:

Artículo 546. En cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o sujeción a proceso, podrá decretarse la libertad del procesado, por el juez, a petición de parte y con audiencia del Ministerio Público, a la que éste no podrá dejar de asistir.

Artículo 547. En consecuencia la libertad por desvanecimiento de datos, procede en los siguientes casos:

I Cuando en el curso del proceso se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito; y

II Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable.

Artículo 548. Para substanciar el incidente a que se refieren los artículos anteriores, hecha la petición por el interesado, el juez citará a una audiencia dentro del término de cinco días. En dicha audiencia se oír a las partes y sin más trámite el juez dictará la resolución que proceda, dentro de setenta y dos horas.

Artículo 549. La resolución es apelable en ambos efectos.

Artículo 550. Cuando en opinión del Ministerio Público se hayan desvanecido los datos que sirvieron para dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, no podrá expresar opinión de la audiencia, sin previa autorización del Procurador, quien deberá resolver dentro de cinco días de formulada la consulta. Si no se resuelve en este plazo, el Ministerio Público expresará libremente su opinión.

Artículo 551. En el caso de la fracción II del artículo 547 de este código la resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos, quedando expedita la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión o comparecencia del inculpado, si aparecieren nuevos datos que lo ameriten, así como nueva formal prisión o sujeción a proceso.

En el caso de la fracción I del artículo 547 de este código, la resolución que concede la libertad, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso.

2.- **LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA.**- Este tipo de libertad se encuentra prevista en los artículos 552 al 555 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y al respecto los citados numerales, establecen:

Artículo 552. Libertad protestatoria es la que se concede al procesado siempre que se llenen los requisitos siguientes:
I Que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso;

II Que su residencia en dicho lugar sea de un año cuando menos;

III Que a juicio del juez, no haya temor de que se sustraiga a la acción de la justicia;

IV Que proteste presentarse ante el Tribunal o Juez que conozca de su causa, siempre que se le ordene;

V Que el inculcado no haya sido condenado por delito intencional; y

VI Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cinco años.

Artículo 553. La libertad protestatoria se concede siempre bajo la condición de que el agraciado desempeñe algún trabajo honesto.

Artículo 554. La libertad protestatoria se revocará:

I Cuando se viole alguna de las disposiciones de los dos artículos anteriores; y

II. Cuando recaiga sentencia condenatoria contra el agraciado, ya sea en primera o en segunda instancia.

Artículo 555. La libertad bajo protesta, procede sin los requisitos anteriores, en los siguientes casos:

I Cuando se hubiese prolongado la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare al proceso.

II Cuando habiéndose pronunciado sentencia condenatoria en Primera Instancia, la cumpla integralmente el acusado, y esté pendiente el recurso de apelación.

3.- LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. Por cuanto hace a la libertad provisional bajo caución, la misma se encuentra prevista del artículo 556 al 574 bis de la ley procesal penal, y al respecto los citados numerales establecen lo siguiente:

Artículo 556. Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I Que garantice el monto estimado de la reparación del daño;

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;

II Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y

IV Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último del artículo 268 de este Código.

Artículo 557. La libertad bajo caución podrá pedirse en cualquier tiempo por el acusado, por su defensor o por el legítimo representante de aquél.

Artículo 558. Cuando proceda la libertad caucional, reunidos los requisitos legales, el juez la decretará inmediatamente en la misma pieza de autos.

Artículo 559. En caso de que se niegue la libertad caucional, puede solicitarse de nuevo y ser concedida, por causas supervenientes.

Artículo 560. A petición del procesado o su defensor, la caución a que se refiere la fracción III del artículo 556, se reducirá en la proporción que el juez estime justa y equitativa por cualquiera de las circunstancias siguientes:

I El tiempo que el procesado lleve privado de su libertad;

II La disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito;

III La imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales;

IV El buen comportamiento observado en el centro de reclusión de acuerdo con el informe que rinda el Consejo Técnico Interdisciplinario;

V Otras que racionalmente conduzcan a crear seguridad que no procurará sustraerse a la acción de la justicia.

Las garantías a que se refieren las fracciones I y II del artículo 556 sólo podrán ser reducidas en los términos expuestos en el primer párrafo de este artículo cuando se verifique la circunstancia señalada en la fracción III del presente artículo...

Artículo 561. La naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado...

Artículo 562. La caución podrá consistir:

I En depósito en efectivo...

II En hipoteca otorgada por el inculpado o por terceras personas...

III En prenda...

IV En fianza personal bastante...

V En fideicomiso de garantía formalmente otorgado.

Artículo 563. ...

Artículo 564. ...

Artículo 565. ...

Artículo 566. ...

Artículo 567. ...

Artículo 569. El Juez podrá revocar la libertad caucional cuando a su criterio el procesado incumpla en forma grave con cualesquiera de las obligaciones previstas en el artículo anterior. Asimismo, se revocará la libertad caucional en los siguientes casos:

I Cuando desobedeciere, sin justa causa comprobada, las órdenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto, o no efectúe las exhibiciones dentro de los plazos fijados por el tribunal, en caso de habersele autorizado a efectuar el depósito en parcialidades;

II Cuando fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena privativa de libertad, antes de que la causa en que se le concedió la libertad esté concluida por sentencia ejecutoria;

III Cuando amenazare a la parte ofendida o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su causa, o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, al juez, al agente del Ministerio Público o al secretario del juzgado o tribunal que conozca de su causa;

IV Cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente a su juez;

V Si durante la instrucción apareciere que el delito o los delitos materia del auto de formal prisión son de los considerados como graves; y

VI Cuando en su proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o en segunda instancia;

VII Se deroga...

VIII Se deroga...

Artículo 569. ...

Artículo 570. ...

Artículo 571. ...

Artículo 572. ...

Artículo 573. ...

Artículo 574. En los casos de revocación de la libertad caucional, se deberá oír previamente al Ministerio Público.

Artículo 574 bis. Lo previsto en este capítulo será aplicable en lo conducente a la libertad bajo caución que otorgue el Ministerio Público en averiguación previa.

4.- **LIBERTAD PREPARATORIA.** Al respecto de este tipo de libertad, la ley adjetiva penal, la regula en sus artículos 583 al 593, lo cuales establecen lo siguiente:

Artículo 583. Cuando algún reo que esté compurgando una sanción privativa de libertad, crea tener derecho a la libertad preparatoria por haber cumplido con los requisitos que exigen los artículos 84 y siguientes del Código Penal, ocurrirá a la

Dirección General de Prevención y Readaptación Social, solicitándola y acompañando los certificados y demás pruebas conducentes.

Artículo 584. Recibida la solicitud se recabarán los datos e informes y se practicarán los estudios necesarios para acreditar los requisitos a que se refiere el Código Penal. Igualmente se pedirá un informe pormenorizado el Director del reclusorio, acerca de la vida del reo en el lugar de reclusión.

Artículo 585. La Dirección General de Prevención y Readaptación Social resolverá sobre la solicitud a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 586. Cuando se conceda la libertad preparatoria, el Delegado de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social investigará la solvencia e idoneidad del fiador propuesto. En vista de la información, la Dirección resolverá si es o no de admitirse el fiador.

Artículo 587. Admitido el fiador, se otorgará la fianza respectiva en los términos del artículo 562 y se extenderá al reo un salvocundocto para que pueda comenzar a disfrutar de libertad. Esta concesión se comunicará al director del establecimiento respectivo, a la autoridad administrativa y al juez de la causa.

Artículo 588. Cuando el reo incurriera en alguno de los casos previstos por el artículo 86 del Código Penal, la autoridad que tenga conocimiento, dará parte a la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, para que resuelva si revoca o no la libertad preparatoria.

Artículo 589. Cuando el reo cometiere un nuevo delito, se estará lo dispuesto en el artículo 86 del Código Penal, y el juez de la causa lo comunicará a la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, para los efectos legales correspondientes.

Artículo 590. El salvoconducto a que se refiere el artículo 587 será firmado por el Director General de Prevención y Readaptación Social.

Artículo 591. Cuando se revoque la libertad preparatoria, se recogerá e inutilizará el salvoconducto.

Artículo 592. El portador del salvoconducto lo presentará siempre que sea requerido para ello por un Magistrado, Juez o Agente de la Policía Judicial.

Artículo 593. Cuando hubiere expirado el término de la condena que debiera haberse cumplido, de no concederse la libertad preparatoria, el reo ocurrirá al Tribunal Superior de Justicia para que éste, en vista de la sentencia y de los informes de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, haga la declaración de quedar el reo en absoluta libertad.

3.2. CUERPO DEL DELITO DE LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD

El artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal contiene la figura básica de la privación ilegal de la libertad sancionando al sujeto activo de tal delito.

Considero que la figura, tutela la libertad física de la persona plenamente, tanto la de ambular o desplazarse, así como el movimiento corporal de las personas. Sin dudas de que se trata de una privación física. Lo más común será el encerramiento y el privarlo de hacer algo. Pero también se puede dar el caso de que se le impongan o permitan movimientos limitados. No quiere esto decir que la persona víctima esté privada de toda posibilidad de desplazamiento, sino que no puede hacer lo que quiere. En la privación ilegal es frecuente de que la víctima pueda moverse dentro de una o más habitaciones, o que permanezca atada o esposada a una cama, etc. No hay, pues, necesidad de una sujeción total; puede inmovilizársele o no, y aun no inmovilizándola trasladarla.⁵⁴

La privación de la libertad debe tener cierta entidad, no importando cual sea el medio usado, ni la duración de la misma. Esto, por imperio de la ley debe ser "ilegal", es decir contraria a la ley.

Así pues, la privación de la libertad no es ilegal cuando el agente obra justificadamente (deber, derecho, autoridad, cargo, o necesidad). Tampoco lo es en casos correctivos (padres, tutores, y siempre que actúen sin abuso). Ejemplo: El negar permiso para ir a un baile a un menor de 15 años de quien se ejerce la tutela no configura este delito, aunque para ello se le haya encerrado en su dormitorio. En los casos de justificación la privación de libertad deberá estar correlacionada con la necesidad en cuanto a lugar, tiempo y modo.

⁵⁴ Enrique F. Solsona. Op. cit. pág. 25

Ouviña opina "que es necesario que haya libertad para poder hablar de privación y agrega que no puede privarse de la libertad personal al lactante, agónico, paralítico o dormido. Dice que carecen éstos, por razones ajenas y previas al quehacer del agente, del goce efectivo de libertad corporal".⁵⁵

El caso de la privación de la libertad a los dementes ha dado lugar a distintas posiciones. El jurista Enrique F. Solsona considera que siempre que no haya abuso, la actitud se justifica por necesidad.⁵⁶

El consentimiento dado con discernimiento, intención y voluntad excluye este delito, v.g. el enfermo que admite su reclusión para tratamiento o curación.

El delito puede ser material y también instantáneo y permanente. Admite la tentativa, pues se puede intentar privar de la libertad sin lograrlo. Es doloso y, en el caso, sin ningún presupuesto particular. El sujeto activo debe saber, empero, que actúa ilegalmente.

3.2.1. PROBLEMÁTICA DE SISTEMATIZACIÓN

La categoría de los delitos contra la libertad presenta características asaz, heterogéneas e imprecisas que han dificultado su sistematización en el ámbito jurídico penal, influyendo en ello de modo decisivo circunstancias de naturaleza histórica y de carácter teórico.

⁵⁵ Id.

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 26.

Históricamente, puede decirse que su constitución autónoma y sistemática arranca de los tiempos modernos, con la evolución de los conceptos políticos y sociológicos alcanzada en el siglo XIX. De esta suerte, aun cuando algunos de los nombres de estos delitos tengan una anticuada tradición, en realidad su presencia como formas específicas tuteladoras de la libertad son un hecho moderno, de notable influjo en la precisión y alcance de las infracciones mismas. "En efecto, muchas de estas figuras eran tratadas, tomando en cuenta puntos de vista muy distintos a los modernos, con criterios ondulantes nada raros en su época y, por ello, con ubicación caprichosa en la incipiente sistemática jurídico-penal".⁵⁷

Esta circunstancia, aunada a la compleja naturaleza del bien jurídico libertad concurrió a la dificultad teórica y retardo de su sistematización, llegando a negarse la necesidad de tutelarla específicamente porque realmente en todos los delitos la libertad sufre quebranto.

"Así pues, el juspenalista Carrara, fue quien logró la sistematización anhelada, desarrollando su magistral teoría con un criterio dual (positivo y negativo), resumida en esta fórmula de valor apodíctico: solo son delitos contra la libertad "aquellos hechos criminosos que en algún momento hayan impedido el ejercicio de la libertad ajena, sin tener por fin o llevar consigo la violación de algún otro derecho, cuya ofensa constituya un título especial de maleficio; síntesis reproducida por el maestro Eusebio Gómez, ratificando el acierto: "no todos los hechos delictuosos que afectan a la libertad individual pueden ser incluidos en la categoría de los delitos contra el expresado bien jurídico. Si tal inclusión

⁵⁷ Rafael Millán Martínez. EL DELITO DE LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD.
Edit. Revista Mexicana de Derecho Penal No. 26, México 1969, pág. 31

fuera consentida, pocos serían los hechos delictuosos que pudieran sustraerse a la calificación expresada. No hay delito contra la libertad, sino en los hechos que tienen su objetividad jurídica prevalente en la libertad".⁵⁸

3.2.2. NATURALEZA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

Cuando aún no se había sistematizado la Parte Especial de los Códigos Penales y los delitos se catalogaban sin orden, el atentado a la libertad personal estaba incluido en el delito de violencias, criterio que provenía de Roma.

Más tarde algunas legislaciones dividieron los delitos en violencias públicas y privadas. Apareciendo con posterioridad la categoría de delitos intitulada: "**Contra la Libertad Individual**", colocándolos en el título de "**Delitos contra las personas**".

El código Penal de 1871 contempla los atentados cometidos por particulares contra la libertad individual en el Libro III, Título II, delitos contra las personas, cometidos por particulares. Y por separado se refiere a los cometidos por funcionarios públicos o agentes de la autoridad; el Código Penal de 1929, los colocaba en el libro III, Título XIX, "**De los atentados cometidos contra la libertad individual**", tanto los cometidos por particulares como por funcionarios o agentes de la autoridad; y el Código de 1931 vuelve a separar los atentados contra la libertad individual perpetrados por particulares de los realizados por servidores públicos,

⁵⁸ Ibid, pág. 33

colocando los primeros en el Libro II, Título XXI, "**Privación Ilegal de la Libertad y otras Garantías**"; el Código Penal de 1931 vigente conserva dicha estructura.⁵⁹

3.2.3. CLASIFICACIÓN Y BIEN JURÍDICO TUTELADO

CLASIFICACIÓN

El texto punitivo vigente en el Título Vigésimo primero de la "Privación ilegal de la libertad y otras garantías", capítulo único de la Privación ilegal de la libertad, regula sus diversas hipótesis en tres artículos solamente. En el artículo 364 describe la figura básica la cual comprende las formas de privación de la libertad física que no constituyan específicamente plagio, y en el párrafo segundo prevé el malhadado subtipo denominado "violación de garantías"; en el 365 contiénnense los subtipos de "explotación laboral", y el de "plagio" (o "reducción a una servidumbre"); finalmente en el 366 establece los supuestos de secuestro calificado, que por ahora escapan a nuestro interés.⁶⁰

Establecido lo antes expuesto, procederé al estudio dogmático del delito de "privación ilegal de la libertad", que tipifica nuestra Ley Penal en el artículo 364, aun cuando a veces tengamos que hacer referencia a otras figuras delictivas de este orden, dada su estrecha vinculación.

⁵⁹ María de la Luz Lima Malvido. Op. cit, págs. 346-347.

⁶⁰ Rafael Millán Martínez. Op. cit, pág. 34

El bien jurídico queda entonces representado por la libertad locomotriz, ambulatoria o trasladiticia relativa al movimiento personal.

3.2.4. ELEMENTOS OBJETIVOS

3.2.4.1. CONDUCTA

Según se desprende del primer párrafo del artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal, la conducta puede ser cualquier comportamiento personal dirigido a privar de la libertad. Sea por medio de acción o por omisión, es decir, el hacer positivo o negativo.

Considero que este delito se puede cometer cuando se detiene, se aprisiona, se encierra, etc.

Pero no basta la sola actividad de privar de la libertad ilegalmente sino que es necesario, sobre todo, la voluntariedad como fuerza física actuante, determinativa del movimiento corporal: es decir, para hablar de conducta es indispensable que el activo quiera privar ilegalmente a otro sujeto, movido por su propia y libre decisión.

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

delincuente (*animus nocendi*). El comportamiento del secuestrador expresará, pues, su dañada voluntad objetivizada.⁶³

Los motivos determinantes de la privación de la libertad no son mencionados por la Ley para el secuestro simple en mención, aunque se refiere a algunos en el tipo especial del artículo 366 sólo para erigirlos en circunstancias calificativas; sin embargo, todos los que se deduzcan en un caso concreto de incriminación deberán ser valorados a los fines de graduar la sanción.

3.2.4.2. SUJETOS DEL DELITO (ACTIVO Y PASIVO)

SUJETO ACTIVO

El tipo exige una calidad en el sujeto activo que es: ser un particular. Calidad que se incorporó en el tipo desde el Código Penal Español de 1870 en el artículo 485.

Es particular el sujeto que no es servidor público o que aun siéndolo realiza una conducta actuando como particular.

Afirma el jurista Jiménez Huerta, "que la frase siendo un particular, en su interpretación teleológica, tanto significa como que el sujeto agente actúe como particular, es decir, sin prevalerse de un cargo o función pública".⁶⁴

Así pues, tenemos que el artículo 333 del Código Penal Portugués, ordena que: "Las disposiciones de los artículos anteriores sean aplicables a los funcionarios públicos que cometan este delito fuera del ejercicio de sus funciones".

⁶³ Rafael Millán Martínez. Op. cit. pág. 36.

⁶⁴ María de la Luz Lima Malvido, Op. cit pág. 348.

SUJETO PASIVO

El bien jurídico protegido en este tipo no presupone la capacidad de conocer y entender, sino la mera facultad personal locomotriz, ambulatoria, trasladiticia que cualquier ser humano posee, independientemente de las concretas facultades intelectuales y volitivas del mismo, por lo que puede ser sujeto pasivo cualquier persona: menores e incapaces naturales, cuando se afecte ilegítimamente su libertad locomotriz, incapaces físicos, sujetos privados ya de su libertad, sujetos dormidos, incluso sujetos que se hallan en situación de involuntariedad.

Es decir, puede ser cualquier ser humano independientemente de su capacidad o no de autodesplazarse en una situación concreta, o de que posean o bien carezcan de la conciencia intelectual sobre el sentido de esta actividad.

Por lo tanto no se requiere que el sujeto pasivo haya tenido consciencia de que fue privado de su libertad.

3.2.4.3. OBJETO MATERIAL

El objeto material en este tipo lo conforma el sujeto pasivo, en cuanto a ente corpóreo sobre el cual recae la conducta típica.

Así pues el maestro Jiménez de Asúa considera "que el objeto material lo constituye evidentemente la cosa o la persona sobre la que se produce el delito".⁶⁵

⁶⁵ *Ibíd*, pág. 349.

3.2.4.4. RESULTADO MATERIAL O JURÍDICO

Para la jurista María de la Luz Lima Malvido, resultado es "la mutación jurídica y/o material, producida por el hacer o no hacer. En este delito, si se trata de un hacer activo, opera en el plano causal, surgiendo un resultado material, que no lo constituye la detención, sino la privación de la libertad, y si se trata de una omisión, habrá un resultado jurídico, producido por no haber impedido la producción del resultado material".⁶⁶

La conducta del agente requiere perfeccionarse con un resultado material, como su efecto natural, de relevancia para el Derecho. Por ello, el hecho generador de la privación ilegal de la libertad no se agota en la mera acción de detener; es necesaria una mutación en el mundo externo como efecto de la conducta. Precisa, pues, un resultado provocado por el agente y perceptible por los sentidos, objetivizado en la lesión inmediata -aun relativa y transitoria- de la libertad deambulatoria del paciente, de modo tal que se vea impedido de ejercer su facultad vital de locomoción, sin implicar necesariamente su abducción.

3.2.4.5. NEXO CAUSAL

En la privación ilegal de la libertad el ligamen causal cubre el iter en dos momentos: la acción de detener y la producción de la privación de la libertad ambulatoria; consumada ésta, absorbe a aquélla, porque "en el hecho se

⁶⁶ Ibid, pág. 349.

extingue el hacer", perviviendo el nexo relacional apuntado al centro de la imputación.

3.2.4.6. MODALIDADES

a) Medios.- El tipo genérico de privación ilegal de la libertad no especifica ningún medio típico, por lo que puede ser cualquiera idóneo para realizar la conducta o producir el resultado.

b) Referencia temporal. Llámese referencia temporal a las "condiciones de tiempo o lapso dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse la conducta o producirse el resultado".

Pero en el tipo a estudio, el legislador al referirse a lapsos de tiempo lo hace, en realidad, para graduar la punibilidad.

Estableciendo así un delito genérico cuando hay permanencia en la consumación hasta por cinco días. Y establece un tipo cualificado cuando el tiempo de consumación se exceda de cinco días.

3.2.5. ELEMENTOS SUBJETIVOS

El ilícito a estudio puede realizarse en forma dolosa, cuando el sujeto obra, con la conciencia y la voluntad de

privar de la libertad, es decir que el autor sepa que su acto resulta ilegítimo y lo quiera realizar.

Y habrá culpa cuando habiéndose propuesto un fin atípico, no prevé el cuidado posible y adecuado para no producir la lesión típica.

El tipo legal exige la creación de un *status* de tipicidad, integrado por la afectativa privación normativa de la libertad ambulatoria personal.

El problema básico que surge en la estructura típica de la privación ilegal de la libertad, es si se considerará como hipótesis de configuración legal de delito instantáneo o permanente, para poder determinar en qué momento surge la consumación de la conducta y el poder así hablar de una correspondencia en los elementos del cuerpo del delito, correspondencia que se llama tipicidad.

Tradicionalmente los autores han repetido que son delitos permanentes; pero un estudio del jurista Polaino, agrega que: "en el presente análisis, por nuestra parte, se propugna el entendimiento de que la detención ilegal constituye un delito instantáneo susceptible de eventual permanencia".⁶⁷

Como decíamos, el legislador se refiere a un lapso de tiempo para fijar la punibilidad, pero no establece un dato peculiar cronológico mínimo, para la configuración positiva. Por lo que se deduce que puede este delito configurarse en forma instantánea, momento en el que se da la correspondencia

⁶⁷ *Ibid*, pág. 351.

en los elementos del cuerpo del delito aunque no perdure la conservación del tiempo.

El status de tipicidad que está delimitado en la configuración legal, no es necesariamente instantáneo.

3.2.5.1. ANTIJURICIDAD

La constatación de un status de tipicidad de esta estructura típica, indiciario de antijuricidad, resulta merecedor del desvalor de la antijuricidad, en tanto no sea amparado por ninguna causa de justificación.

Pero para que puedan tener eficacia las justificantes, han de coincidir exactamente en el momento de la ejecución típica; en el instante en el que por concretarse el delito, se abre el período consumativo de esta conducta delictiva.

Si nos encontramos en la presencia de una causa de justificación, la acción delictiva de la privación ilegal de la libertad no resulta merecedora de la pena porque, pese a lesionar el bien jurídico tutelado, no encierra injusto material alguno.

Si una persona se defiende de un enfermo mental, y lo priva de su libertad en tanto consigue ayuda, es un caso de legítima defensa; asimismo, si se percibe que el psicótico se está dañando o atenta contra su vida, se puede privar de su libertad, actuando con el fin de evitar un mal mayor para el enfermo; es posible también actuar en legítimo ejercicio de un derecho, tal es el caso del llamado actuar "pro magistratu", tal como sucede en la detención provisional del que se

sorprenda en flagrante delito. Esta autorización la encontramos fundamentada en el artículo 16 Constitucional, concepto que se encuentra interpretado por los artículos 267 del Código de Procedimientos Penales y 194 del Código Federal de Procedimientos Penales más amplio éste que aquél, pues el primero sólo abarca los casos de flagrancia en sentido estricto y flagrancia equiparada; el segundo incluye además, el de presunción de flagrancia.⁶⁸

Si el particular priva de la libertad por este motivo a otro, debe ponerlo de inmediato a disposición de la autoridad competente, de lo contrario incurrirá en el delito de privación ilegal de la libertad. Es importante aclarar que la flagrancia se refiere exclusivamente al delito, y no a infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía.

El texto original del artículo 364 en su fracción primera (antes de las reformas de 1970), decía: "al que sin orden de autoridad competente, siendo un particular y fuera de los casos previstos por la ley, arreste o detenga...".

"Los inconvenientes que tenía el texto original eran gravísimos, ya que redactado en esa forma contradecía el mandato constitucional contenido en el artículo 16 que autoriza, como decíamos, a cualquier persona, no sólo a los agentes de la autoridad, para detener al delincuente en caso de flagrante delito, sin exigir como requisito la orden de autoridad".⁶⁹

Otro, es el derecho de potestad disciplinaria privada, llamada por el Código Penal derecho de corregir. Este se

⁶⁸ Ibid, pág. 352.

⁶⁹ Id.

autoriza para quienes ejerzan la patria potestad, tutela o tengan hijos bajo su custodia; por otro lado se encuentra el derecho de custodia de incapaces naturales, por ejemplo, si una institución recibe de un tutor a un incapaz para su guarda, no comete el delito de privación ilegal de la libertad; otro derecho reconocido por la ley es el tratamiento de enfermos y anómalos. Si un sujeto, con un certificado médico de las autoridades sanitarias, detiene en su domicilio a otro para evitar la transmisión de una enfermedad, actúa con una causa de justificación, en cumplimiento de un deber; y, por último, se encuentra el acto ejecutado con el consentimiento de la víctima. El consentimiento, sin coerción o error, excluye el ilícito de privación ilegal de la libertad.⁷⁰

Si el consentimiento se otorga antes de lo que sería el perfeccionamiento del delito, no existe éste, no así si se otorga mientras el delito se prolonga en su estado de permanencia, ya que se han cumplido los elementos del cuerpo del delito y no coincidieron las causas de justificación previstas.

El consentimiento que se otorgue debe ser un consentimiento inteligente, resultado de un deliberado y libre acto de la mente totalmente consciente de la causa de su proveniencia.

El penalista Jiménez Huerta acepta en el consentimiento una causa de justificación, siempre y cuando no trascienda los intereses generales de la colectividad.⁷¹

⁷⁰ Ibid, pág. 353

⁷¹ Ibid, pág. 354.

3.2.5.2. CULPABILIDAD

Un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica, es culpable; cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta por que no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en las que actuó, que se motivase en ella.

La culpabilidad requiere de un presupuesto, la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), asimismo, se necesita que el sujeto que cometió la privación ilegal de la libertad tenga conciencia de antijuricidad, y que le sea exigible la conducta que se esperaba que hiciera o no hiciera.

Si el sujeto que realizó el tipo "privación ilegal de la libertad" era un incapaz natural, o actuó con error invencible de prohibición, coaccionado, en estado de necesidad disculpante, no podemos reprocharle su conducta, ya que hay causa de inimputabilidad, error de prohibición y causas de inculpabilidad, respectivamente.

3.2.6. ITER CRIMINIS

Hay tentativa a partir de que el sujeto realice actos ejecutivos tendientes a conducir a su víctima al sitio en donde la va a recluir o actos para impedirle salir del lugar en el que se encuentra.

Se consuma desde el momento en que el sujeto activo logra que el pasivo quede detenido, siempre y cuando el obstáculo haya sido insuperable.

Y se puede decir que el delito se ha agotado, cuando quede nuevamente el sujeto pasivo en libertad. Cronológicamente están separadas la consumación del agotamiento.

Es decir que cuando el sujeto recobra la libertad, termina la ejecución del delito, y empieza a correr la prescripción.

3.2.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Quien determina la detención injustificada de otra persona es autor de detención ilegal, no sólo partícipe.

Es decir, es autor que quiere el hecho "como propio", tiene "*animus auctoris*"; el partícipe quiere el hecho como "ajeno", actúa con "*animus socii*".

Si un particular actúa en participación con algún servidor público en una privación ilegal de la libertad, no comete éste, sino alguno de los enunciados en el Libro II, título X y XI del Código Penal (artículo 212 último párrafo del Código Penal).

3.2.8. CONCURSO DE NORMAS.

Cuando la detención sirve como medio para realizar otro delito, este delito absorbe la privación ilegal de la libertad. Prevalece el delito fin.

Esto es, cuando hay una finalidad específica se crea un delito que absorbe la privación arbitraria de la libertad; asimismo, cuando el atentado a la libertad es el medio, entonces entra como elemento constitutivo del delito, o como en el robo violento o la violación.

Estamos frente a una hipótesis del principio de consunción o absorción, que según el notable jurista Celestino Porte Petit, "es cuando el hecho previsto por la norma de menor amplitud es elemento o circunstancia de la norma de mayor amplitud".⁷²

CONCURSO REAL

Si se le roban a una persona sus bienes y acto seguido se le detiene, para mantenerla como rehén, y así eludir de esta suerte a los seguidores; según el Código de España, se están cometiendo delitos separados; robo y detenciones ilegales agravadas. En México se está igualmente en presencia de un robo con violencia, y detención ilegal agravada.

3.2.9. PUNIBILIDAD

En el párrafo primero del artículo 364 del Código Penal se establece una forma de punibilidad tasada, que ya aparecía en el artículo 633 del Código Penal de 1871, mismas que aun hoy

⁷² Ibid, pág. 355

resulta novedosa y de actualidad. La fracción III, decía "Cuando el arresto o la detención pasen de treinta días, se impondrá multa de 100 a 1000 pesos y un año de prisión, aumentando un mes más por cada día de exceso".

Para el penalista Carrancá y Trujillo, esta punibilidad impide aplicar los criterios establecidos en los artículos 51 y 52 (del Código Penal), en forma integral.⁷³

La punibilidad que se establece para este delito en el libro II, Título XXI del Código Penal para el Distrito Federal, resulta ser muy desproporcionada, ya que comienza de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa, para pasar a una punibilidad de un mes de prisión por cada día de privación ilegal, si excede de cinco días. Punibilidad que se aumenta de 10 a 40 años de prisión y multa de cien a quinientos días, tratándose de secuestro.

Esta última punibilidad parece excesiva, ya que no sólo es superior a la punibilidad que los servidores públicos reciben si cometen el equivalente a un atentado contra la libertad de movimiento, sino que va en contra de los criterios de la moderna política criminológica que reprueba las penas largas de prisión. Pero más absurdo resulta en realidad el hecho de establecer una punibilidad similar a la que corresponde para el delito de homicidio calificado, ya que ello conduce al

⁷³ Ibid, pág. 356

secuestrador a matar a su víctima para eliminar a un testigo y facilitar su impunidad.

3.3. ¿POR QUÉ SE COMETE ESTE DELITO?.

3.3.1. MEDIOS

Los medios a los que el código asigna un panel de agravantes es la violencia, que la víctima sea menor de 16 años ó mayor de 60, o cuando por cualquier circunstancia la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta.

Así pues, en el orden de la ley es que el hecho se cometa con violencia, la cual puede ser física o moral.

Para mí la violencia física consiste en la fuerza material que el delincuente emplea para cometer el delito; por otro lado considero que la violencia moral consiste en amedrentar psicológicamente a la víctima con causarle un mal grave, presente o inmediato que sea bastante para doblegar su voluntad.

Asimismo otra agravante en el delito en estudio lo es que la víctima sea menor de 16 años o mayor de 60, calidad se requiere al pasivo para que la penalidad se incremente.

Por último, el ilícito de la privación ilegal de la libertad prevé la circunstancia establecida por el legislador en el sentido de que la figura punitiva puede agravarse cuando por cualquier circunstancia la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta.

3.3.2. MÓVILES

En cuanto a los móviles en el tipo penal de la Privación Ilegal de la Libertad, estamos de acuerdo con el jurista GUILLEMRO A.C. LEDEZMA, en el sentido de muchas veces el autor obra con fines religiosos, raciales o de venganza.

Así pues y por lo que hace a los fines religiosos, el maestro GUILLERMO A.C. LEDEZMA considera que este móvil es visto por los intérpretes como inspirado, principalmente, en el propósito de hacer cambiar a una persona de religión o de mantenerla encerrada en un claustro de los que imponen ciertas órdenes religiosas. Todo ello, naturalmente, contra la voluntad de la víctima. Pero no parecen éstas las únicas hipótesis posibles. Además del caso que imagina SOLER de retener a alguien para impedir la concurrencia a un acto de culto, cualquier privación de libertad inspirada en móvil religioso es abarcada por la figura que nos ocupa. Así, por ejemplo: impedir que un sacerdote oficie la misa reteniéndolo; secuestrar, en un acto contrario a determinada religión, a los que pertenecen a ella; encerrar a quien edita una publicación de carácter religioso para que esas ideas no sean difundidas. El tipo no requiere, tampoco en este caso, que el fin propuesto se logre. Así, por ejemplo, el hecho estaría consumado aunque el sacerdote del ejemplo lograra liberarse y pudiera officiar la misa; en relación al fin racial, ha de entenderse el que

propende a la discriminación o supresión de una raza. El hecho se funda en el odio o aversión hacia aquélla a que pertenece la víctima o un tercero y se desarrolla con fines propagandísticos, de defensa o de adhesión a determinada raza humana; y, Por último los fines de venganza son fáciles de imaginar, la agravación concurre con el sólo propósito de venganza, sea que ésta se lleve contra la víctima o contra un tercero, y con independencia de que el objeto perseguido se logre.⁷⁴

3.3.3. DELINCUENTE Y VÍCTIMA

La mayoría de la gente considera que este delito es realizado por individuos sin escrúpulos y a los cuales no les importa nada.

Cuando ocurre la privación de la libertad, la reacción normal de los familiares es de desesperación total; parece como si los delincuentes tuvieran todo el control, cuando en realidad no es así.

Hay que aceptar que los plagiarios cuentan con enormes ventajas. En primer término tienen un plan que les permite tomar la iniciativa y a menos que sean inexpertos, no improvisarán las acciones a seguir; en segundo, tienen a la víctima y conocen la posición de los dos bandos, lo que les permite vigilar y controlar el proceso. En tercer lugar, los

⁷⁴ Guillermo A. C. Ledezma. TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, TOMO V. Buenos Aires 1992, 2º edición, pág. 289-290.

secuestradores, a esas alturas del hecho, son capaces de asesinar a la víctima.

El concepto del vocablo "víctima" apela a dos variedades "Vincere": animales que se sacrifican a los dioses y deidades, o bien "vincere", que representa al sujeto vencido. Y así "victim" en inglés, "victime" en francés y "vittima" en italiano. Como definición "víctima es la persona que se expone u ofrece a un grave riesgo, en obsequio de otra, o bien aquella persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita".

En nuestro caso la víctima es el ser humano que sufre daños en sus bienes jurídicamente protegidos: vida, salud, propiedad, honor, y en este caso la libertad. Algunas veces, la víctima calcula y sopesa los costos y los inconvenientes de la relación riesgo-seguridad, pero en general las personas prefieren ignorar el peligro, antes que disminuir la eficiencia de su trabajo o sacrificar la libertad del ritmo de su vida ante la sociedad; en otros casos las precauciones tomadas le pueden hacer verse miedo y angustiar a su familia.⁷⁵

Una vez que la víctima se encuentra privada de su libertad, luchará todo el tiempo por sobrevivir, no deseará que sus familiares y amigos cercanos tengan esa amarga experiencia. Piensa que los secuestradores deben ser castigados con todo el peso de la ley, para evitar que sigan cometiendo fechorías.⁷⁶

Sin embargo, las víctimas pocas veces hacen del conocimiento a la autoridad del daño sufrido. Las razones que invocan son terminantes y claras: las autoridades no hacen

⁷⁵ Consultores Exprofesso. EL SECUESTRO. ANÁLISIS DOGMÁTICO Y CRIMINOLÓGICO. Edit. Porrúa, México 1998, 1º edición, pág. 54.

⁷⁶ Id.

nada, es inútil, sólo se pierde el tiempo. La desconfianza en las autoridades es proyectada por la mayoría de las víctimas y parece convertirse en la primera causa de impunidad de los victimarios; otra de las razones es el miedo a la venganza, y este miedo se interpreta también como falta de fe en las autoridades.

Varias son las razones además de las ya mencionadas, que inhiben a la denuncia de estos hechos, dentro de ellas se encuentran: el temor a ser victimizado nuevamente por los mismos delincuentes, por no confiar a la justicia, por la pérdida de tiempo que implican la denuncia y los trámites judiciales, porque la víctima no tiene pruebas o desconoce a los autores, etc.

Aunque la reacción de cada persona que es tomada como rehén es distinta, hay un patrón de comportamientos común, que es posible que se suscite; a esto se le conoce como el Síndrome de Estocolmo. Los factores que deben estar presentes para que se desarrolle son:

«» deben estar cautivos juntos, compartiendo temores y frustraciones.

«» debe transcurrir cierto tiempo.

«» debe existir un contacto personal entre delincuente y víctima.

«» el contacto debe ser "no negativo", es decir, no debe haber violencia física ni verbal, o más bien, debe ser positivo.⁷⁷

⁷⁷ *Ibid*, pág. 55.

3.3.4. DAÑOS QUE RESULTAN

En mi particular punto de vista, considero que los daños que resultan son de tipo económico y psicológico

En el primer caso la víctima al ser privada de su libertad se ve en la imposibilidad de poder realizar un trabajo honesto que le reditúe su labor y así poder proporcionar los bienes necesarios que requiere su familia, y de esa forma sufre perjuicios por el incumplimiento de sus obligaciones.

Por lo que hace a los daños psicológicos que resultan, considero que éstos son a consecuencia de la traumante situación de verse en la incertidumbre de qué es lo que va a pasar con él en su persona, ya que la víctima no sabe qué es lo que le van a hacer o el motivo del por qué fue privado de su libertad ilegalmente.

CAPÍTULO IV

4.1. EL ARTÍCULO 364 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ANTES DE LAS REFORMAS DEL DÍA 13 TRECE DE SEPTIEMBRE DE 1999.

Después de haber analizado el cuerpo del delito de la Privación Ilegal de la Libertad, ahora procederemos a ver como se encontraba previsto el delito en comento, antes de las reformas del día 13 trece de septiembre de 1999.

La figura penal de la Privación Ilegal de la Libertad, la cual se encuentra prevista en el artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal, se encontraba contemplada de la siguiente manera:

"Artículo 364. Se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa:

I. Al particular que prive a otro de su libertad hasta por cinco días. Si la privación de la libertad excede de cinco días, la pena de prisión será de un mes más por cada día.

La pena de prisión se aumentará hasta en una mitad, cuando la privación de la libertad se realice con violencia, cuando la víctima sea menor de dieciséis años o mayor de sesenta años de edad, o cuando por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta. Si el agente espontáneamente libera a la víctima

dentro de los tres días siguientes al de la privación de la libertad, la pena de prisión será de hasta la mitad, y

II. Al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República en favor de las personas.

Así pues, se puede observar que la penalidad que se establecía para el que comete el ilícito en mención en cuanto a su penalidad, para nuestro criterio es muy baja, aun y cuando la privación se realice con violencia, aumentándose con dicha circunstancia hasta en una mitad, lo que resulta que la pena de prisión será de 9 nueve meses a 4 cuatro años 6 seis meses y de 37 treinta y siete a 150 ciento cincuenta días multa, penalidad que para nosotros se considera muy baja, dado el bien jurídicamente tutelado, que en el presente caso lo es la libertad.

Atento a lo anterior consideramos a que el ilícito en mención antes de las reformas publicadas el día 13 de Septiembre del año próximo pasado, contemplaba la pena que antes se indicó, aun y cuando ya se mencionaron los daños que resultan en el tiempo en que el sujeto pasivo se encuentre privado de su libertad, las cuales pueden ser de tipo económico y psicológico. Además de que los familiares al saber que uno de ellos está privado de su libertad, no tiene la certeza de volverlo a ver.

Además de que aun y cuando a los plagiarios se les aprehenda éstos no pasarán mucho tiempo en la cárcel.

**4.2. EL ARTÍCULO 364 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL,
DESPUES DE LAS REFORMAS DEL DÍA 13 TRECE DE SEPTIEMBRE DE 1999.**

Por lo que se refiere al artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal después de las reformas que se indican, para nuestro punto de vista no se le dio la importancia que debiera dada la magnitud, así como el bien jurídico que aquí se protege, ya que de acuerdo a los legisladores del Distrito Federal, y en específico a la Diputada Yolanda Tello Mondragón quien si bien se refiere a los llamados secuestros exprés respecto del daño causado, nos adherimos a su postura cuando manifiesta "que aunque sea un minuto el que lo traigan a uno dando vueltas, finalmente el daño no se le quita, el daño está hecho y eso ningunos millones de pesos podrían lograr que esa reparación o ese daño se puede evitar"; de lo expuesto por la Diputada estoy de acuerdo con su postura, a pesar de que no se realizó una reforma sustancial al precepto legal antes indicado, en atención a que no se hicieron modificaciones en cuanto a la penalidad que se sigue contemplando en dicha figura delictiva.

Asimismo estoy de acuerdo con los demás legisladores, como es el caso de la Diputada Lucerito del Pilar Márquez Franco al referirse a la aprobación de las reformas lo hace en el sentido de que para "aprobar estas primeras modificaciones nos permitirá empezar a avanzar en la construcción de un sistema de procuración y administración de justicia...".

De igual forma nos adherimos a que las reformas a la legislación penal derivan de manera directa en el caso del Distrito Federal, en el sentido problema de la seguridad pública que aqueja a sus habitantes; no así con la manera de

que se trata este tema para nosotros delicado como lo es la Privación Ilegal de la libertad; ya que nuevamente recalcamos a que no se hicieron modificaciones al artículo antes aludido en el sentido de que se dejó la misma penalidad que éste contemplaba antes de las reformas citadas, dada la inseguridad pública que se vive en la actualidad, ya que "la libertad, es el derecho humano por excelencia, requiere la elaboración de un discurso jurídico capaz de reglamentarla con eficiencia y justicia, por ello el Derecho Penal debe crear instrumentos indispensables para asegurar al ciudadano en todas las facetas de ese poliedro llamado Libertad Individual"⁷⁸

4.3. LA PENALIDAD DE LA FÍGURA BÁSICA DE LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD EN DIVERSAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Consideramos pertinente hacer mención a que las diferentes legislaciones penales de las diversas entidades federativas, contemplan con muy baja penalidad al tipo básico de la privación ilegal de la libertad, toda vez que para mí la pena de prisión es atenuada tal y como se contempla en el actual Código Penal para el Distrito Federal.

Tal es el caso del Estado de México, que en su código punitivo en el año de 1999, establecía una pena de tres meses a cuatro años de prisión y de treinta a trescientos días multa al particular que prive a una persona de su libertad, sin que dicha pena se aumente cuando medie la violencia para la realización del ilícito en comento, toda vez que la violencia

⁷⁸ María de la Luz Lima Malvido. Op. cit. p. 361

aludida no se contempla, y está únicamente se establece en los casos en que el particular la utilice para impedir a una persona ejecutar un acto lícito o la obligue a ejecutar lo que no quiere sea lícito o ilícito.

De igual forma el código penal del Estado de Durango en el año de 1998 tenía señalada una pena de dos a cuatro años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa al particular que prive a una persona de su libertad; por lo que respecta a las demás circunstancias las contemplaban en los mismos términos que el código penal del Estado de México.

4.4. PROPUESTA

Es debido a lo anterior y en atención a que dentro del fenómeno social, la delincuencia día con día aumenta, por lo que la inseguridad es cada vez más, sin que los cuerpos policiacos sean eficaces para combatir dicho problema que nos atañe a todos, es por ello que consideramos necesario que al artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal contenga un párrafo que mencione que cuando la privación ilegal de la libertad se realice con dos o más personas a través de la violencia, se les impondrá una pena de 4 a 8 años de prisión.

La anterior manifestación se hace en virtud a que no considero justo que dos o más particulares que priven ilegalmente de la libertad a otro particular obtengan el beneficio de la libertad provisional, únicamente por el solo hecho que estos infractores de la Ley no pidieron rescate, o

por que fueron vistos cuando cometían el ilícito y la policía los detuvo antes de que éstos solicitaran rescate a los familiares del ofendido, además de que éste cuando se encontraba en manos de los delincuentes, no sabía a ciencia cierta que era lo que le iba a pasar, aparte de que el trauma psicológico es muy grande, por la sencilla razón de que dicha persona está aterrada ya que ignora que le va a ocurrir. La anterior afirmación se hace debido a que cuando los ofendidos se encuentran privados de su libertad, no saben si les van a quitar alguna parte de su cuerpo, a lesionar, a privar de su vida o si van a pedir rescate, o que los delincuentes lo hagan únicamente como pasatiempo.

El presente estudio se hace debido a que los ofendidos en este tipo de ilícito penal, manifiestan su inconformidad al ver que las personas que los privaron ilegalmente de su libertad, salen enseguida del reclusorio, y muchas veces manifiestan que el Órgano Jurisdiccional obtuvo algún beneficio de tipo económico, lo que no es cierto, ya que el Juzgador, por no violar garantías individuales de los inculpados, ya que dicho ilícito no se encuentra contemplado como delito grave, es por lo que tales inculpados salen en libertad provisional, no obstante que en la sentencia aun cuando ésta sea condenatoria, puedan gozar de algún beneficio para que éstos no compurguen la pena de prisión impuesta en el interior del Centro Penitenciario que para tal efecto designe la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social, debido a que la pena de prisión va seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa.

Así pues considero pertinente hacer mención que además de lo ya expuesto y como ya se mencionó en líneas anteriores, los ofendidos muchas veces, dada la punibilidad del ilícito lo dejan impune, ya que consideran que aparte de perder tiempo y dinero tienen el temor de que los plagiarios tomen represalias en su contra o en contra de sus familias; incluso por el tiempo que estén privados de su libertad quedan con trauma psicológico muy grande como lo es que muchas veces se sienten acosados o que tiene el temor de que una cosa como ésta les vaya a pasar a algún miembro de su familia.

Así pues se reitera que el delito de la Privación Ilegal de la Libertad, debe de tener una pena mas larga, en atención a que los delincuentes al ver que su primer plagio lo realizan con éxito sin que los hayan aprehendido, lo volverán a realizar pero tal vez en la segunda ocasión este secuestro no sea simple sino que pidan algún rescate por la víctima; cosa que no se realizaría si al tipo básico se le incrementara la pena de prisión, por lo que además al aumentársele la punibilidad tal vez se estarían previniendo delitos simples o tal vez agravados como lo es el secuestro.

Por otro lado considero que si al delito en comento no se le aumentara la pena de prisión, esto podría ser fuente de verdaderos delincuentes en potencia, ya que primero sería tal vez un juego, y después lo realizarían para tratar de imitar a alguno de los grandes criminales o a lo mejor trate de ser el número uno en su carrera delictiva.

En las anteriores circunstancias y atento a lo ya expuesto creo pertinente hacer un modelo de como quedaría el artículo en mención con las adiciones que se proponen para dicho precepto legal:

"Artículo 364.- ...

...

...

Cuando la privación ilegal de la libertad se realice con dos o más personas a través de la violencia se les impondrá una pena de 4 a 8 años de prisión.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se puede observar en el desarrollo de la presente investigación que el plagio (como era conocida en Roma la Privación Ilegal de la Libertad), era castigado más severamente que en la actualidad, ya que la Ley Fabia consideraba al plagio como un crimen, y según la gravedad del caso, los autores eran castigados con multa, la cual se reemplazaba con la pena de que los autores del delito eran condenados a trabajos forzosos en las minas, eran echados a las fieras, o eran ajusticiados con la pena capital por medio de la espada, lo anterior tenía dos finalidades, una castigar y la otra amedrentar a los que se apoderaran y vendieran hombres libres y esclavos.

SEGUNDA.- De igual manera se ve claramente que tanto en Roma como en el México Prehispánico, la Privación Ilegal de la Libertad era castigada severamente, ya que en el México Prehispánico y según la ley de Nezahualcóyotl si en el secuestro se utilizaba la fuerza para apoderarse de un menor se aplicaba la pena de la estrangulación, según la ley de Nezahualcóyotl.

TERCERA.- Por otro lado, considero que el sistema que se está utilizando en el Distrito Federal es el causalista, ya que de acuerdo a nuestra Carta Magna así como a la Ley Sustantiva Penal y Adjetiva, contemplan al cuerpo del delito, además de que los diversos Juzgadores aplican este sistema penal en sus diversas resoluciones judiciales.

CUARTA.- Asimismo en relación al cuerpo del delito cabe hacer mención que muchas veces se entiende a éste como las huellas o los instrumentos con los que se cometió el delito, cosa que no es así ya que el cuerpo del delito es la existencia material así como la realidad misma del delito, ya que comprobando la materialidad del hecho se está comprobando el cuerpo del delito.

QUINTA.- Por cuanto hace a la Privación Ilegal de libertad, se puede establecer de manera clara que este delito en la actualidad se encuentra sancionado con una pena de prisión baja en atención al bien jurídico tutelado, únicamente por el simple hecho que no se pida rescate o que por cuestiones policíacas detengan a los delincuentes momentos antes de que lo pidan.

SEXTA.- De igual forma considero que este delito en la actualidad se puede dar de una manera muy fácil en atención a la impunidad que impera en el presente, amén de que los delincuentes puedan solicitar su libertad provisional, o bien que en la sentencia, aun y cuando ésta sea condenatoria, alcancen algún beneficio o sustitutivo penal.

SÉPTIMA.- Considero que el tipo básico de la Privación Ilegal de la Libertad debería de tener una pena más severa dadas las condiciones políticas y sociales que se viven en la actualidad, en atención a que dicho ilícito se sanciona con un pena muy baja.

OCTAVA.- Así pues, se reitera que la pena de prisión de la Privación Ilegal de la Libertad debería de ser aumentada cuando el ilícito en mención se realice por dos o más sujetos y utilicen como medio comisivo la violencia; proponiendo para tal efecto una pena de 4 cuatro a 8 ocho años de prisión.

B I B L I O G R A F Í A

A.C. LEDEZMA, Guillermo. TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, TOMO V. Buenos Aires 1992, segunda edición.

CARRARA, Francisco. PROGRAMA DEL CURSO DE DERECHO CRIMINAL, PARTE GENERAL, VOLUMEN I. Edit. Temis, Colombia 1971.

CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Edit. Porrúa, México 1994, trigésima cuarta edición.

CONSULTORES EXPROFESSO. EL SECUESTRO, ANÁLISIS DOGMÁTICO Y CRIMINOLÓGICO. Edit. Porrúa, México 1998, primera edición.

COUSIÑO MAC IVER, Luis. DERECHO PENAL CHILENO PARTE GENERAL, TOMO I. Edit. Jurídica de Chile, Chile 1975.

DIEZ RIPOLLES, José Luis. DELITOS CONTRA BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES. Edit. Tirant-lo-blanch, Valencia 1993.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, TOMO XXII. Edit. Ancalo S.A., Argentina 1976.

-----, TOMO XXIII. Edit. Driskill S.A.,
Buenos Aires 1991-1992.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL PROCESAL. Edit. Porrúa, México 1983, séptima edición.

HANS HEINRICH, Jescheck. TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Edit. Bosch, Barcelona 1978.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. DERECHO PENAL MEXICANO TOMO III. Edit. Porrúa, México 1984, 5ta. Edición.

KHOLER, J. EL DERECHO DE LOS AZTECAS. Traducción Carlos Robalo Fernández, Revista Jurídica editada por la Escuela Libre de Derecho. Edit. Humboldt, México 1989.

LIMA MALVIDO, María de la Luz. PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD. Edit. Talleres Gráficos de la Nación. México 1986.

MILLÁN MARTÍNEZ, Rafaél. EL DELITO DE LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD. Edit. Revista Mexicana de Derecho Penal No. 26, México 1969.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORÍA DEL DELITO. Edit. Porrúa, México 1998, 6ta. Edición.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. TEORÍA DEL DELITO, SISTEMAS CAUSALISTA Y FINALISTA. Edit. Porrúa, México 1998, séptima edición.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. DICCIONARIO DE DERECHO PENAL. Edit. Porrúa, México.

- - - - - DERECHO PENAL MEXICANO. Edit. Porrúa, México 1999, décima cuarta edición.

PORTE PETIT, Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. Edit. Porrúa, México 1989, 12a. Edición.

Procuraduría General de la República. SECUESTROS EXPROFESO.

SOLSONA, Enrique F. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. Edit. Universidad, Buenos Aires 1987.

L E G I S L A C I O N E S

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. México,
Editorial Sista S.A. de C.V., 2000.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, Ediciones
Fiscales Isef, 2000.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
México, Ediciones Fiscales Isef, 2000.

CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO. México, Anaya editores,
1999.

CÓDIGO PENAL DE DURANGO. México, Anaya editores, 1998.