



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ACATLAN

"ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN I DEL  
ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL  
PARA EL DISTRITO FEDERAL"



**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**ALEJANDRO MARTÍNEZ SÁNCHEZ**



ASESOR:  
LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ

NOVIEMBRE 2005

0349702

## **JESUCRISTO**

Gracias por darme salud y físicamente estar sin ningún impedimento para salir adelante en esta vida que en muchas ocasiones es muy dura y complicada, pero gracias aun más por ayudar a levantarme y espero que me sigas dando bendiciones para seguir levantándome cuando lo tenga que hacer, gracias por guiarme al camino del bien, y ayudarme a entender que el estudio es muy importante, así como permitirme haber terminado mi carrera universitaria con bien y esperando que sea el camino de muchos triunfos, mil gracias.

## **PADRES**

Muchísimas gracias por ayudarme a ser una persona de bien, por darme la bendición más grande que es la vida y por sus sacrificios que han hecho conmigo, esperando que no hayan sido en vano, y esperando que se sientan orgullosos de mí, no tengo como agradecer su ayuda que sin ella habría sido muy difícil lograrlo, los amo y son lo más grande que tengo, este trabajo es para ustedes y por ustedes eternamente agradecido.

## **ANTONIA SÁNCHEZ PEREZ.**

**MAMÁ**, quiero que sepas que te admiro por todo lo que has superado y también que estoy muy orgulloso de ti, este logro es para ti, por la manera en la que me has querido, y sin importar lo que pase siempre estas ahí cuando te necesito, no tengo palabras para expresar este sentimiento que tú me inspiras mamá, gracias por tu amor, ayuda, comprensión y sobre todo por el ser humano tan grande que eres, así como por ayudarme en todos los sentidos a terminar mi carrera profesional, este título te lo dedico a ti, mil gracias por todo lo que me has dado, díos te bendiga siempre.

## **ELEAZAR MARTÍNEZ VÁZQUEZ.**

**PAPÁ**, éste logro es por ti y quiero que sepas que eres un ejemplo de constancia y trabajo y superación, eres un orgullo, porque pocos como tú, que eres dedicado e impresionantemente responsable con tu trabajo, te agradezco el apoyo que me has brindado y que ha servido para lograr la culminación de mi carrera, mi título profesional, eres un gran ser humano, mil gracias y nunca terminare de agradecerte lo que has hecho por mi.

## **ASESOR. LIC. RAFAEL CHAINÉ LÓPEZ**

Licenciado gracias por ayudarme al asesoramiento de esta tesis, por el tiempo que me brindo en la revisión de este trabajo y sobre todo por que me ayudo a conocer más que a un maestro, a un excelente ser humano con grandes cualidades y más allá de todo esto a un amigo, gracias por su tiempo y dedicación siempre estaré agradecido con usted. Gracias Lic. Rafael Chainé López.

## **A MIS SINODOS.**

Lic. Moisés Moreno Rivas  
Lic. Carlos Enrique Castro Esparza  
Lic. Luis Fernando Peniche Giordani  
Lic. Juan José López Tapia.

Muchas gracias por atender este trabajo con la prontitud con la que lo hicieron.

## **PROFESORES.**

Este espacio es para todos los profesores que durante mi estancia en la carrera me transmitieron sus conocimientos y sus vivencias, así como por los consejos que me brindaron a seguir por el buen camino, especialmente a los maestros, Viveros Rivas José Carmen, Jorge Sánchez Medal, Rubén Flores Rosales, Juan José Rodríguez Meléndrez, por ser tan grandes maestros.

## **HERMANOS.**

Quiero agradecer a todos mis hermanos y hermanas, por su apoyo en el logro de este título, para mí siempre serán muy grandes, esperando que se sientan orgullosos y orgullosas de mí, Eliseo, Lic. Jorge, Lic. Hugo, Reina, Gabriela y Lucí, es para ustedes este trabajo.

## **FAMILIA MARTINEZ TELLEZ.**

Quero decirles que este trabajo también es para ustedes, y se del esfuerzo que han hecho para lograr lo que tienen, Jorge Martínez, Paula Téllez, así como para mis sobrinos, Monse, Dianita e Iván el terrible. Especialmente a Jorge por su nobleza.

## **FAMILIA MARTÍNEZ LÓPEZ.**

Este título se lo dedico con mucha admiración a esta gran familia, compuesta por el Lic. Hugo Martínez, Lic. Citlalli y por mi sobrina Marianita, por su apoyo, asimismo quiero agradecer en este espacio, muy en especial a mi hermano Hugo Martínez, por la ayuda incondicional que siempre he tenido de ti, por la fortaleza que siempre transmites y por tu buen corazón, estoy muy orgulloso de ti, eres de mis más grandes orgullos, y el vivo ejemplo siempre de la superación, constancia y capacidad, eres grande hermano, siempre estaré enormemente agradecido contigo y nunca olvidare lo que has hecho por mí. Gracias Lic.

## **ARACELI DELGADO CATALINA.**

Este trabajo también es para ti, como un ejemplo de superación y constancia y más allá de las palabras acerca de estas cosas, lucha por lo que quieres y veras que se puede, gracias por darme todo lo que estuvo a tu alcance y por estar conmigo en los buenos y malos momentos que estuvimos juntos, que fue extraordinario, jamás olvides que el esfuerzo hace que las cosas sapan mejor y se disfrutan aun más.

## **AMIGOS.**

Jorge Alarcón, Ricardo Moreno, Ricardo Pérez, Daniel Sánchez, Teo Hernández, Luis Alberto Oropeza, Nancy Hernández, Erika Romero, Alejandra González, Ángel Villanueva González, Eduardo Gómez Vázquez, Cesar Tepozan Gutiérrez, Blanca Hernández Jiménez, Enrique el (KIKE), por darme un valor tan importante como es la amistad, esperando que siempre estemos juntos en las buenas y en las malas con gran cariño este trabajo lo comparto con todos ustedes. Gracias.

## **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

Gracias por haberme dado el honor de formar parte de esta y orgullosamente la máxima casa de estudios de México y de América Latina, especialmente a la FES ACATLAN.

## **SEÑOR JESÚS RAMOS Y FAMILIA.**

Quiero agradecerles por haberme apoyado en la obtención de este título, que es muy importante para mi, muchas gracias por todo, especialmente a usted, Don Jesús Ramos.

## PREVENCIÓN JURÍDICA INTEGRAL S.C.

Lic. Roxana Vera Pineda, por haberme permitido adentrarme en la vida profesional y sobre todo por abrirme las puertas de su despacho e iniciar el camino laboral de mi profesión, gracias muchas gracias también por los conocimientos que me ha transmitido y que han sido muchos.

Así también a mis compañeras de trabajo, Josefina Margarita Valeriano Quevedo y Luz María Téllez Brun, por ser buenas compañeras y sobre todo amigas.

Estas palabras son para todas las personas que he conocido y que me han dejado algo positivo y que en este momento escapan de mi mente, pero que siempre he de agradecer sus pláticas y consejos.

## ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.	1
---------------	---

### CAPÍTULO I

#### ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL TIPO PENAL PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.

I. I	CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y Y TERRITORIOS DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1871.	5
I. II	CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929.	13
I. III	CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA DE FUERO COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA, EN MATERIA DE FUERO FEDERAL DE 1931.	20
I. IV	NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 2002.	44

## CAPÍTULO II

### LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO POSITIVOS Y NEGATIVOS.

II. I	CONCEPTO DE DELITO.	67
II. II	CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.	71
II. III	TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.	80
II. IV	ANTI JURIDICIDAD Y LAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD.	92
II. V	CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.	104
II. VI	IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.	118
II. VII	CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	123
II. VIII	PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	127



### CAPÍTULO III .

#### ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

III . I	LA CONDUCTA Y LA AUSENCA DE CONDUCTA, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.	138
III . II	LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.	145
III . III	LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.	147
III . IV	LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INculpABILIDAD, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.	150
III . V	LA IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.	154
III . VI	LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.	157

III . VII LA PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.	159
--	-----

#### **CAPÍTULO IV.**

#### **LA TENTATIVA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

IV. I EL ITER CRIMINIS.	163
a) LA FASE INTERNA.	
b) LA FASE EXTERNA.	
IV. II CONCEPTO DE TENTATIVA	166
a) ACABADA.	
b) INACABADA.	
IV. III LA TENTATIVA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	172
CONCLUSIONES.	174
BIBLIOGRAFÍA.	177

## INTRODUCCIÓN.

Dado a que ha sido creado un Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el cual se contemplan nuevos tipos penales que no han sido estudiados, como lo es el artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual analizaré, específicamente la fracción primera, que se refiere a la detención y retención de un individuo cuando ésta se realiza fuera de los casos señalados por la ley o por más tiempo del que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala, creo que es muy importante el estudio del artículo en comento, ya que en la actualidad estamos atravesando momentos muy severos en cuanto a la Procuración de Justicia.

Es importante señalar que este delito, es realizado por un servidor público, como así lo señala el tipo penal, es decir, una autoridad, que es precisamente ésta quien se encarga de vigilar y salvaguardar la seguridad de la sociedad en general, en la cual, desde mi punto de vista, es muy atenuada la punibilidad por las características del sujeto activo, así como por la privación de la libertad que se da en este delito, ya que se vulnera una de las garantías constitucionales a las cuales tenemos derecho, la libertad de libre tránsito, es por ello que en este estudio dogmático se determinará el modo de conducta, las formas de consumarse del mismo, el establecer y aplicar a este tipo de figuras nuevas todos y cada uno de los elementos del delito, con el fin de esclarecer la existencia del mismo.

Pienso que es una obligación el realizar una reestructuración a fondo dentro de la Procuración de Justicia, ya que existe demasiada corrupción que hace que este tipo de conductas no sean, en la práctica, sancionadas.

Por lo que, debiera de existir un órgano especializado que atendiera de manera inmediata las arbitrariedades que el servidor público comete y así tomar medidas más severas y métodos que nos llevarán a la solución de este problema en cuestión y, siendo este delito de resultado material, analizaré la tentativa del tipo penal en comento, por lo que estudiaré la teoría del delito, y así llevarla al caso concreto.

Las formas de realización de este delito, en diversas ocasiones es con violencia, en el caso de la detención, a lo cual debería de existir una agravante y sancionar más severamente estas conductas, además de la inhabilitación y, en su caso, la destitución de dichos funcionarios por el mal ejercicio de sus funciones que debiera de ser en todo momento apegado a derecho.

De acuerdo a lo anterior, pienso en la necesidad de realizar un estudio exhaustivo del delito contemplado en la fracción primera del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, para conocer la forma en la cual se da esta figura delictiva en particular y determinar la culpabilidad y el obrar doloso del o los sujetos activos que se encuadran en la descripción del tipo penal establecido en la Legislación Penal Vigente.

Cabe resaltar que este trabajo de tesis es un estudio teórico- jurídico, que me permitirá determinar aquellos elementos del delito necesarios para la integración y existencia de la conducta tipificada en la fracción primera del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Así, el tipo penal que se analiza en este trabajo, tiende a proteger a los particulares de las delictivas conductas de los funcionarios públicos en el mal ejercicio de sus funciones, imponiendo sanciones a los funcionarios que cometan este tipo de delito sin una causa justificada, es decir, les impide llevar acabo detenciones ilegales y retenciones que no se llevan conforme a lo que establece en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Analizando los capítulos que integran la presente tesis, en ellos se hará un estudio con detenimiento el pensar de los grandes tratadistas sobre la materia, de cada uno de los elementos del delito así como su aspecto negativo.

Siendo una vez analizados los elementos del delito tanto positivos como negativos, se aplicará la teoría del delito al caso concreto, es decir, encuadrar la figura delictiva en estudio para conocer su conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del delito, para conocer cómo se llega a constituir el mismo.

## **CAPÍTULO I**

**ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL TIPO PENAL, PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.**

- I. I CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1871.**
  
- I. II CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929.**
  
- I. III CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y, PARA TODA LA REPÚBLICA, EN MATERIA DE FUERO FEDERAL DE 1931.**
  
- I. IV NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 2002.**

## **I.1 CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y Y TERRITORIOS DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1871.**

"El Presidente de México, Licenciado Benito Juárez, conociendo la urgente necesidad de reformar la legislación penal vigente, dispuso que se nombrase una comisión para que se formara un proyecto de Código penal...

En el año de 1861 el Ministro de Justicia D. Jesús Terán, por acuerdo del Presidente de la República D. Benito Juárez, nombró una comisión para formar el Código Penal, compuesta por los Licenciados D. Urbano Fonseca, D. Antonio Martínez de Castro, D. Manuel María Zamacona, D. José María Herrera y Zavala y D. Carlos María Saavedra...

Esta comisión estuvo desempeñando su encargo hasta el año de 1863 en que con motivo de la invasión extranjera interrumpieron sus trabajos...

Siendo cada vez más necesaria la reforma proyectada, el Gobierno Nacional dispuso que se continuaran con los trabajos, y el 28 de septiembre de 1868, por conducto del Ministro de Justicia, C. Lic. Ignacio Mariscal, una vez que volvió a la normalidad la paz, en la República Mexicana, ordenó la reorganización de dicha comisión designándose para dicho proyecto a los Licenciados Antonio Martínez de Castro, Manuel Zamacona, José María Lafragua, Eulalio María Ortega e Idalesio Sánchez Gabito, siendo el primero de los mencionados, designado como el Presidente de la Comisión y el último el Secretario...

El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California contenía cuatro libros, los cuales eran, LIBRO PRIMERO. De los delitos, faltas, delinquentes y penas en general. LIBRO SEGUNDO. Responsabilidad civil en materia criminal. LIBRO TERCERO. De los delitos en particular. LIBRO CUARTO. De las faltas.”<sup>1</sup>

En la Exposición de Motivos del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1871, el Licenciado Antonio Martínez de Castro señala:

“Para corresponder debidamente a tan honrosa confianza, nos dedicamos desde luego a trabajar con el mayor empeño, y en Octubre y Diciembre de 1869, quedaron presentados al Gobierno los Libros I y II para así ponerlos en manos del C. Presidente de la República...

Si todos se persuadieran de que con una ligera y fácil cooperación de su parte, se restablecería completamente la seguridad pública y de que, contribuyendo así al interés general, trabajaban también por su propio interés, cumplirían sin repugnancia con ese deber que tiene el que vive en sociedad, sobre todo en una sociedad esencialmente democrática como la nuestra...

1 - Leyes Penales Mexicanas. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tomo I. México 1979. Pág. 269.



Por buena que se suponga una ley penal, que pecará por demasiado severa en unos casos y por muy benigna en otros, si no deja a los jueces alguna libertad para aumentar o disminuir las penas dentro de ciertos límites fijados en la misma ley, en atención a las circunstancias que precedieron, que acompañaron y que siguen al delito, y de las personales del delincuente, para proporcionar la pena a la gravedad de aquel.”<sup>2</sup>

Ya así al referirse a los delitos en particular, el Licenciado Antonio Martínez de Castro dentro de la Exposición de Motivos y en específico del delito que nos atañe y que se encontraba en el título Décimo denominado Atentados Contra las Garantías Constitucionales dentro del Libro Tercero. De los delitos en particular señala:

“Bajo este título se comprende no solamente los delitos cometidos con violación de las libertades que bajo la denominación de derechos del hombre enumera la Constitución Federal en la Sección primera de su título primero, sino aquellos con que se ataca la libertad de cultos y la de conciencia, que están ya reconocidas por las leyes de reforma. A todos esos derechos les da también la Constitución el nombre de Garantías, pero realmente no pueden llamarse así con rigurosa propiedad, sino las libertades civiles y sociales. Es decir, aquellos derechos que son inherentes a la naturaleza del hombre...”

2.- Leyes Penales Mexicanas. Págs. 332-336

El goce de las garantías individuales ha sido hasta hoy precario: ya porque algunas de ellas, como la libertad de cultos y la de conciencia, no estaban todavía encarnadas en nuestras costumbres y ya también por falta de leyes penales que castigaran su violación. Este vacío se ha llenado ya en los siete capítulos que comprende este título ya que si se observan estrictamente las prevenciones que consulta, serán en adelante una realidad la libertad individual así como el respeto a las demás Garantías que establece la Constitución Federal...

El Licenciado Antonio Martínez de Castro al señalar la importancia de las Garantías Constitucionales dentro de la tutela del Código Penal de 1871, en la exposición de motivos hizo la observación siguiente:

Estando consignadas en la Constitución Federal de la República las garantías de que se trata, solo el Congreso de la Unión puede señalar las penas con que ha de castigarse la violación de aquellas...

Porque de lo contrario, vendría a quedar al arbitrio de la Legislatura de los Estados hacer nugatorios esos derechos, señalando penas tan insignificantes que de nada serviría su aplicación." 3

3.- Leyes Penales Mexicanas. Págs. 365-366

El Código Penal de 1871 a pesar de ser la primera Legislación que protegiera bienes jurídicos de una manera más general, contemplaba dentro de dicho ordenamiento legal la figura en estudio.

Estableciéndolo dentro del Título Décimo "Atentados contra las Garantías Constitucionales", Capítulo VI "Ataques a la libertad Individual, Allanamiento de Morada, Registro o apoderamiento de papeles". Dentro del artículo 980 del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1871 que a la letra dice:

## **TÍTULO DÉCIMO**

### **Atentados contra las Garantías Constitucionales**

#### **CAPÍTULO VI**

**Ataques a la libertad individual. Allanamiento de Morada. Registro o Apoderamiento de papeles.**

"Artículo 980. Todo funcionario o agente de la autoridad o de la Fuerza pública, que haga detener o aprehender ilegalmente a una o más personas, o las conserve presas o detenidas debiendo ponerlas en libertad; será castigado con las penas siguientes:

- I. Con arresto de tres a once meses y multa de 100 a 500 pesos, cuando la prisión o la detención no pasen de diez días:
- II. Con uno a dos años de prisión y multa de segunda clase, cuando la prisión o detención pasen de diez días, pero no excedan de treinta;
- III. Con dos a cuatro años de prisión y multa de segunda clase, cuando la prisión o detención pasen de treinta días.”<sup>4</sup>

Del artículo anterior, se desprende que la figura en estudio ya era una preocupación para los legisladores de esa época, ya que trataban de reprimir las conductas ilegales de los Funcionarios Públicos, que a través de las facultades otorgadas por el Estado, para dar cumplimiento a los dispositivos legales, no cumplieran con su función de una manera adecuada.

Señalando que el tipo penal que se contemplaba en el ordenamiento legal de 1871, deba una concepción más amplia del Sujeto Activo, ya que se refería a él como todo Funcionario o Agente de la Autoridad o de la Fuerza Pública, así como alcalde o encargado de una prisión.

4.- Leyes Penales Mexicanas. Pág. 464.

Es importante señalar que el delito que se contemplaba en el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1871, referente a la detención de una persona cometida por Funcionario o Agente de la Autoridad o de la Fuerza Pública, alcalde o encargado de una prisión, no contemplaba una sanción severa para el sujeto activo del delito.

Tampoco contemplaba alguna agravante, como lo sería la violencia física o violencia moral, para llevar a cabo la conducta desplazada, siendo que el resultado de tal conducta delictiva trae como consecuencia la privación de la libertad de una o más personas y que es, precisamente, una garantía constitucional que se tiene.

Por lo cual, pienso que el legislador no atacó de fondo el delito en comento, porque en ningún momento aún y cuando consideró que se trataba de un Funcionario Público y que se trataba de uno de los bienes jurídicos de suma trascendencia, ya que es precisamente la libertad de las personas la que en determinado momento se vulnera, no le dio una punibilidad acorde al delito, ni a la calidad de los sujetos activos del mismo.

Precisando que este delito, desde mi punto de vista, no se contemplaba en el título correcto, ya que, si bien es cierto, es una de las garantías que otorga la Constitución Federal, el ordenamiento legal de 1871, dentro del Capítulo VI hacía referencia al Allanamiento de Morada, registro o apoderamiento de papeles, considerando que no es adecuada su ubicación y que, definitivamente, debería de crearse un título y un capítulo más adecuado, que permitiera darle más sentido al tipo penal que se contemplaba en el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1871.

Además, uno de los problemas que se puede notar del delito en estudio es que era complicado dar seguridad jurídica a las personas para no sentirse tan desprotegidas, ya que aún y cuando el tipo penal señalaba que a los funcionarios que realizaran dichas conductas fueran destituidos de su empleo o cargo e inhabilitarlo para obtener otro, no era tan enérgica la punibilidad, por lo cual considero que el o los sujetos activos del delito debieron ser sancionados con mayor rigor por su ilegal proceder.

La legislación Penal en comento era muy extensa en cuanto a su articulado, y los delitos no eran encuadrados dentro de un título correcto, como lo he señalado con anterioridad.

El Código Penal de 1871 constaba de 1152 artículos y 28 numerales transitorios.

## **I. II CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929.**

En la Exposición de Motivos, del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929, el Licenciado José Almaraz Harris señala:

“El Gobierno Mexicano, haciéndose eco de los anhelos de los especialistas y de las necesidades de la colectividad, comprendió que era urgente una reforma del Código Penal, que supliera, adicionara y flexibilizara el articulado, marcando una orientación de acuerdo con las nuevas tendencias penales...”

Casi al finalizar el año de 1925, el entonces Presidente de México Licenciado Plutarco Elías Calles, nombró por medio del secretario de Gobierno, una comisión para la elaboración de un Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, comisión en la que fueron nombrados los Licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza y el Licenciado Castañeda. Fue el año de 1926 cuando en lugar del Licenciado Castañeda fue designado el Licenciado José Almaraz, quedando finalmente integrada la comisión por los Licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaráz...

La comisión acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela Positiva. Esta escuela basa el *Ius Puniendi* en la reacción del grupo social que se defiende (hecho material) y considera al delito como un producto natural que no nace del libre albedrío, sino de factores físicos, antropológicos y sociales.”<sup>5</sup>

“El 15 de Diciembre de 1929 entró en vigor el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929 obra de José Almaráz Harris, que sustituyó al anterior Código Penal de 1871, la obra estaba dividida en tres libros, éstos a su vez en títulos y en artículos en el cual el Código Penal de 1929 fue ampliamente criticado por su complejidad y extensión calificado de voluminoso, lo que motivó la revisión del mismo y finalmente la elaboración de uno nuevo.”<sup>6</sup>

Siendo así que, para el Licenciado José Almaraz Harris, resultara inaceptable la Rúbrica del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California, por las siguientes razones:

1. “La rúbrica es incompleta, pues no menciona los demás territorios federales;

5.- *Leyes Penales Mexicanas*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tomo III. México 1979. Págs. 9-14.

6.- *Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales*, Edición Oficial, Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, México 1929.



2. El término “delitos contra la Federación” es impropio, porque delito Federal o del fuero Federal que es a lo que la rúbrica quiso referirse no es lo mismo que delito contra la Federación, ya que son Federales no sólo los delitos que en sentido restringido de las palabras se cometan contra la Federación, esto es, cuando figura como entidad o como víctima, sino todos aquellos que la Constitución designa como de la competencia de la Justicia Federal;
  
3. Los términos “delitos del fuero común” deben contraponerse a delitos del fuero federal, del mismo modo como delitos federales se contraponen a delitos comunes, sin que en ninguno de los dos casos sea propio contraponer delitos contra la Federación a delitos comunes o del fuero común...

Por esas razones se consideró más apropiada y más clara la rúbrica de Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales.”<sup>7</sup>

Asimismo, el Licenciado José Almaraz, manifiesta, no hay diferencia entre lo que es el delito intentado como caso especial del frustrado, que se contemplaba en el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California, introducido por el Licenciado Antonio Martínez de Castro con lo que es la tentativa, figura que se incrusta dentro del Texto del Código Penal Para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929, como así lo señala:

7.- Leyes Penales Mexicanas. Pág. 19

"Tampoco existe una diferencia clara y precisa entre el delito frustrado y la tentativa ya que tanto en el delito frustrado como en la tentativa existe el elemento intencional y falta el daño objetivo y resume delito frustrado y tentativa son una misma esencia jurídica, donde no hay delito frustrado sino tentativas fallidas...

En consecuencia los autores del proyecto del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929, aceptaron como básica la doctrina de la defensa social, después de meditados estudios y de que los señores Presidente y Secretario de Gobernación acordaron se hicieran las reformas al Código, tomando como base la moderna escuela positiva de la defensa social y ajustando las reformas a los preceptos constitucionales, que no era posible modificar previamente...

Es importante señalar que el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929, no contenía exposición de motivos, la que se público fue elaborada posteriormente por el Licenciado. José Almaraz y publicada en el año de 1931." 8

El Código Penal de 1929 sí contemplaba la figura delictiva en estudio, pero al ser el Segundo Código Penal existente, igual que el anterior, no lo reguló de una manera adecuada ya que lo incrustaba en un título donde desde mi apreciación, no es el correcto, además, la denominación del delito no era la adecuada, pero sí hizo alusión a la conducta de un Servidor Público que hiciera detener o aprehender a una o más personas ilegalmente.

8.- Leyes Penales Mexicanas. Págs. 9-32

Así, se expreso en el Título Decimonoveno denominado "de los Delitos Cometidos Contra la Libertad Individual". Capítulo Primero "De la Privación Ilegal de la Libertad o de su Ejercicio", en su artículo 1097 que a la letra dice:

## **TÍTULO DECIMONOVENO**

### **De los atentados cometidos contra la libertad individual**

#### **CAPÍTULO I**

De la privación ilegal de la libertad o de su ejercicio.

"ARTÍCULO 1097.- A todo funcionario o agente de la autoridad o de la fuerza pública que haga detener o aprehender ilegalmente a una o más personas o las conserve presas o detenidas debiendo ponerlas en libertad, se le aplicará las sanciones siguientes:

I.- Arresto de seis meses en adelante y multa de quince a veinte días de utilidad, cuando la detención o privación de la libertad no exceda de diez días;

II.- Con segregación de uno a dos años y multa de veinte a cuarenta días de utilidad, cuando la privación de libertad exceda de diez días, pero no de treinta;

III.- Con segregación de dos a cuatro años y multa de treinta a cincuenta días de utilidad, cuando la privación de libertad exceda de treinta días.”<sup>9</sup>

De lo anteriormente expuesto, se puede señalar que era un delito que definitivamente era muy atenuado en cuanto a su punibilidad ya que la máxima sanción era de dos a cuatro años de prisión y multa de treinta a cincuenta días de utilidad, tipo penal que no manejaba la punibilidad alternativa, además se puede establecer que este delito por su propia naturaleza es de aquellos que se dan dentro del ámbito de la Procuración de Justicia.

Lo anterior hace que el tipo penal tenga una tendencia a ser realizado por Funcionario Público, calidad específica del sujeto activo, ya que es el Funcionario Público quien a través de su facultad realiza la conducta ahora estudiada y que debiera tener una sanción más enérgica, es decir, agravar la punibilidad por las características de sus funciones.

Además, debiendo de encuadrar su conducta en un tipo penal dentro del capítulo destinado a delitos cometidos por funcionarios en el ámbito de sus funciones, ya que es precisamente un funcionario quien realiza dicha conducta delictiva.

9.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, Edición Oficial, Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, México 1929.

Es por ello que dentro del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929, existían inadecuaciones dentro de los tipos penales que en él se regulaban, por lo que era necesario hacer una modificación a la legislación vigente de la época y así estar en posibilidades de sancionar adecuadamente al Funcionario Público que violara la ley, además de adecuar la Legislación Penal Vigente en esa época.

Así mismo, el “Titulo Noveno denominado de los Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, en sus artículos 560 al 601 no contemplaban la figura delictiva que en esta tesis se estudia, ni mucho menos en el Titulo Décimo denominado De los delitos cometidos en la Administración de Justicia ya que dentro de sus artículos 602 al 623”<sup>10</sup> no se aprecia en ningún momento tal conducta, es por ello que desde mi apreciación, el delito contemplado en el artículo 1097, específicamente en cuanto al Servidor Público se refiere, no se encontraba dentro del capítulo correcto por las consideraciones antes expuestas.

El Código Penal de 1929, contemplaba 1228 artículos y 5 transitorios.

10.- Ibidem

**I. III CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN  
MATERIA DE FUERO COMÚN Y, PARA TODA LA  
REPÚBLICA, EN MATERIA DE FUERO FEDERAL DE  
1931.**

“La exposición de motivos fue elaborada por el Licenciado Alfonso Teja Zabre y presentada al Congreso Jurídico Nacional reunido en la Ciudad de México (mayo de 1931) en nombre de la Comisión Revisora de las Leyes Penales, en la que señala lo siguiente...

“Al iniciar los trabajos de la Comisión Revisora de las leyes penales, en el que fueron propuestos algunos lineamientos generales, apoyados, perfeccionados y ampliados principalmente por los compañeros de la comisión, Licenciados José Ángel Ceniceros y Luis Garrido y después se consolidó la comisión redactora por los Licenciados José López Lira y Ernesto Garza, así como por el Licenciado y Magistrado Carlos Ángeles...

“Dentro de la exposición de motivos se puede detectar que se establece que el delito es resultado de fuerzas sociales negativas, así lo señala el Licenciado Alfonso Teja Zabre al establecer:

“El delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son múltiples: es una resultante de fuerzas antisociales...”

Los principios generales admitidos a manera de orientación, como se han expuesto, permiten imponer una economía estricta en la estructura de la nueva ley penal, así como hasta ahora las leyes penales son hechas para la defensa de la sociedad y teóricamente para todas las clases que las componen, pero en realidad de modo principal, en beneficio de los intereses de las clases dominantes.”<sup>11</sup>

“El problema jurídico penal consiste fundamentalmente en formar el catálogo de delitos de acuerdo con la moral de cada época y de cada país, así la prevención social, las garantías de la colectividad, la reparación de los daños, el cumplimiento de otras misiones más complicadas y remotas, están y deben de estar dentro del concepto de la sanción, pena o medida de seguridad, que es uno de los instrumentos de la acción social contra el crimen...”

Fue entonces que el Lic. Pascual Ortiz Rubio, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, por Decreto del 2 de Enero de 1931 expidió el denominado Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal...

11 - Leyes Penales Mexicanas. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tomo III. México. 1979. Pág. 289-292.

El Código Penal de 1931, anterior al ahora actual, contenía dos libros que a su vez integraban un total de 400 artículos y 3 transitorios.

En este Código Penal de 1931 en comento, no se apreciaba la figura de la detención ilegal por parte de un Funcionario Público, figura que no se contemplaba en ningún artículo de dicho ordenamiento, ya que dentro del Título Vigésimo Primero "privación ilegal de la Libertad y de otras Garantías" en el Capítulo Único se suprimió la figura que se estudió y que se contemplaba en el Código Penal de 1929, siendo adecuado, el que dicho artículo se suprimiera de tales títulos y capítulos, pero que erróneamente no se colocó dentro de los Delitos cometidos por Servidores Públicos, porque, como se dijo anteriormente, es precisamente un delito que contempla una calidad específica de Sujeto Activo, precisamente el de ser Funcionario Público y que la Legislación Penal de 1931 lo desapareció.

Con la creación del Código Penal de 1931, se modificaron tipos penales que se encontraban en el Código Penal de 1929, como sucedió, específicamente, en el precepto legal contemplado en el "TÍTULO DECIMO PRIMERO Delitos cometidos en la Administración de Justicia, CAPITULO UNICO Delitos Cometidos en la Administración de Justicia en su artículo 225 del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1931"<sup>12</sup>.

12.- Leyes Penales Mexicanas. Págs. 300-333



No solo sufrieron modificaciones, además se incrustaron nuevos tipos penales con la creación del Código Penal de 1931, por ejemplo, el Código Penal de 1929, en su artículo 602 en el Título Décimo "delitos cometidos en la Administración de Justicia"<sup>13</sup> sólo contemplaba tres fracciones, y al crearse el Código Penal de 1931, dentro del Título Décimo Primero Capítulo Único, Delitos Cometidos en la Administración de Justicia el artículo 225 del ordenamiento legal antes descrito, contempla nueve figuras delictivas como "dirigir o aconsejar a las personas que ante ellos litiguen", así, como una serie de conductas ilegales por parte de dichos funcionarios, además, es el artículo 225 del Código Penal de 1931 el que posteriormente, sería el que adecuara la conducta que es materia de la presente tesis y que se establecía de la siguiente manera en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal que a la letra dice:

## **TÍTULO DÉCIMOPRIMERO**

### **Delitos cometidos en la Administración de Justicia**

#### **CAPÍTULO ÚNICO**

##### **Delitos cometidos en la Administración de Justicia.**

"Artículo 225. Se impondrá suspensión de un mes a un año, destitución o multa de cincuenta a quinientos pesos a los funcionarios, empleados o auxiliares de la administración de justicia que cometa alguno de los delitos siguientes:

13.- Leyes Penales Mexicanas. Pág. 180

- I. Conocer de negocios para los cuales tenga impedimento legal o abstenerse de conocer de los que les correspondan sin tener impedimento legal para ello;
- II. Desempeñar algún otro empleo oficial o un puesto o cargo particular Que la ley les prohíba;
- III. Litigar por sí o por interpósita persona cuando la ley les prohíba el Ejercicio de su profesión;
- IV. Dirigir y aconsejar a las personas que ante ellos litiguen;
- V. No cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente, sin causa fundada para ello;
- VI. Dictar u emitir una resolución o un acto de trámite, violando algún precepto terminante de la ley, o contrario a las actuaciones de un juicio o al veredicto de un jurado, y siempre que se obre por motivos inmorales y no por simple error de opinión;
- VII. Ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebidos;
- VIII. Retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia;

- IX. Tratar en el ejercicio de su cargo con ofensa, desprecio o deshonestidad a las personas que asistan a su tribunal u oficina.”<sup>14</sup>

**REFORMAS DE 1984 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL,  
EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y, PARA TODA LA REPÚBLICA, EN  
MATERIA DE FUERO FEDERAL DE 1931.**

No se deslumbraba una reforma en el Código Penal para el Distrito Federal, en Materia de Fuero Común y, para toda la República, en Materia de Fuero Federal, que hiciera pensar que las conductas de los Funcionarios que detuvieran a una persona fuera de los casos señalados por la ley, apareciera de una manera favorable para que se sancionara su conducta, típica y antijurídica.

\*Siendo precisamente en el artículo 225 del Código Penal de 1931 en el cual se hicieron reformas importantes en el año de 1984 específicamente el 13 de Enero del mismo año, y que fueron publicadas en el Diario Oficial...

14.- Leyes Panales Mexicanas. Pág. 333.

El artículo 225 reformado correspondiente al Título Décimo Primero del Código Penal, anteriormente denominado "Delitos Cometidos en la Administración de Justicia" y actualmente intitulado "Delitos Cometidos Contra la Administración de Justicia", Capítulo Primero, reformado " Delitos cometidos por los Servidores Públicos" , con anterioridad, existía sólo un Capítulo Único, integrado sólo con nueve fracciones. Con su texto reformado, éste artículo es el que genera un mayor número de adiciones, que a su vez plantea la creación de nuevos tipos penales en cada un de las XXVI fracciones en que ahora se integran"<sup>15</sup>

Señalando que sería el artículo antes referido el que adecuará más adelante la conducta que ahora se estudia y a continuación se describen de las reformas hechas en el año de 1984 y que a la letra dice:

## **TÍTULO DÉCIMOPRIMERO**

### **Delitos cometidos contra la Administración de Justicia**

#### **CAPÍTULO PRIMERO**

##### **Delitos Cometidos por los Servidores Públicos.**

15.- Texto Comparativo del Código Penal de 1931 y las Reformas que se Publicaron en el Diario Oficial del 13 de enero de 1984. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 1985. Pág. 93

“Artículo 225. Son delitos contra la Administración de Justicia cometidos por Servidores Públicos los siguientes:

I. Conocer de negocios para los cuales tenga impedimento legal o abstenerse de conocer de los que les corresponda, sin tener impedimento legal para ello;

II. Desempeñar algún otro empleo oficial o un puesto o cargo particular que la ley les prohíba;

III. Litigar por sí o por interpósita persona, cuando la ley les prohíba el ejercicio de su profesión;

IV. Dirigir o aconsejar a las personas que ante ellos litiguen;

V. No cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente sin causa fundada para ello;

VI. Dictar, a sabiendas, una resolución de fondo, una sentencia definitiva que sean ilícitas por violar algún precepto terminante de la ley, o ser contrarias a las actuaciones seguidas en juicio o al veredicto de jurado; u omitir dictar una resolución de trámite, de fondo o una sentencia definitiva lícita, dentro de los términos dispuestos en la ley;

VII. Ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebidos;

VIII. Retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia;

IX. Abstenerse injustificadamente de hacer la consignación que corresponda con arreglo a la ley, de una persona que se encuentre detenida a su disposición como presunto responsable de un delito;

X. Ordenar la aprehensión de un individuo por el delito que no amerite pena privativa de libertad, o sin que proceda denuncia, acusación o querrela;

XI. No otorgar, cuando se solicite la libertad causal, si procede legalmente.

XII. Obligar al indiciado o acusado a declarar en su contra, usando la incomunicación o cualquier otro medio ilícito;

XIII. No tomar al inculpado su declaración preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación sin causa justificada, u ocultar el nombre del acusado la naturaleza y causa de la imputación o el delito que le atribuye;

XIV. Prolongar la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motive el proceso;

XV. Imponer gabelas o contribuciones en cualesquiera lugares de detención o internamiento;

XVI. Demorar injustificadamente el cumplimiento de las providencias judiciales, en las que se ordene poner en libertad a un detenido;

XVII. No dictar auto de formal prisión o libertad de un detenido como presunto responsable de un delito, dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta en disposición de éste al Juez;

XVIII. Ordenar o practicar cateos o visitas domiciliarias fuera de los casos autorizados por la ley;

XIX. Abrir un proceso penal contra un servidor público, con fuero, sin habérselo retirado éste previamente, conforme a lo dispuesto por la ley;

XX. Realizar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez dentro de las veinticuatro horas siguientes a ésta, según lo dispuesto por el artículo 107, fracción XVIII, párrafo tercero, de la Constitución, salvo lo dispuesto por el párrafo cuarto de la propia fracción ya aludida;

XXI. A los encargados o empleados de lugares de reclusión o internamiento que cobren cualquier cantidad a los internos o a sus familiares, a cambio de proporcionarles bienes o servicios que gratuitamente brinde el Estado para otorgarles condiciones de privilegio en el alojamiento, alimentación o régimen;

XXII. Rematar, en favor de ellos mismos, por sí o por interpósita persona, los objetos de un remate en cuyo juicio hubieren intervenido;

XXIII. Admitir o nombrar un depositario o entregar a éste los bienes secuestrados, sin el cumplimiento de los requisitos legales correspondientes;



XXIV. Hacer conocer al demandado, indebidamente, la providencia de embargo decretada en su contra;

XXV. Nombrar síndico o interventor en un concurso o quiebra, a una persona que sea deudor, pariente, o que haya sido abogado del fallido, o a persona que tenga con el funcionamiento relación de parentesco, estrecha amistad o esté ligada con él por negocios de interés común; y

XXVI. Permitir fuera de los casos previstos por la ley, la salida temporal de las personas que están reclusas, o favorecer la evasión de algún detenido, procesado o condenado.

Cuando con la misma conducta se favorezca la evasión de varias personas privadas de libertad por la autoridad competente, se impondrá hasta una tercera parte más de la pena que correspondería conforme a lo dispuesto por el párrafo siguiente:

A quien cometa los delitos previstos en las fracciones I, II, III, VII, VIII, IX, XX, XXIV, XXV, XXVI, se les impondrá pena de prisión de uno a seis años y de cien a trescientos días multa.

A quien cometa los delitos previstos en las fracciones IV, V, VI, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIII, se les impondrá pena de prisión de dos a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa.

En todos los delitos previstos en este capítulo, además de la pena de prisión correspondiente, el agente será privado de su cargo e inhabilitado para el desempeño de uno nuevo, por el lapso de uno a diez años...

“Este artículo es el que generó mayor número de adiciones, que a su vez plantea la creación de nuevos tipos penales, en cada una de las fracciones que ahora se integran, ya que es preciso señalar que de las primeras nueve fracciones previstas en el artículo 225 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, las ocho primeras fracciones corresponden al mismo texto reformado, salvo la fracción sexta, en que se hace una adición para hacer más preciso el tipo penal...

Así también la fracción IX reformada, se refiere a la abstención injustificada para hacer la Consignación que corresponda de acuerdo con la ley, de persona que se encuentra detenida a su disposición como presunto responsable de algún delito”<sup>16</sup>.

16.- Op. Cit. Págs. 87-94

Por lo que supone un tipo penal específicamente dirigido a la función que compete al Ministerio Público y que empezaban a crearse figuras que sancionaban su actuar.

**REFORMAS DE 1994 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL,  
EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y, PARA TODA LA REPÚBLICA, EN  
MATERIA DE FUERO FEDERAL DE 1931.**

Al darse numerosas reformas en el Código Penal para el Distrito Federal, en Materia del Fuero Común y, para toda la República en Materia de Fuero de 1931 en el año 1984, específicamente, el 13 de enero, se da un cambio y se incrusta nuevos tipos penales al artículo 225 del Código Penal de 1931, con las reformas de 1994.

Por Decreto del 10 de Enero de 1994, publicado en el Diario Oficial de la Federación, cuyas reformas entraron en vigor el 1º de Febrero de de 1994, se incrusta en dichas reformas la creación de un tipo penal consistente en la figura delictiva de detener o retener a un individuo fuera de los casos señalados por la ley.

El maestro Raúl Carranca y Trujillo, dentro de los comentarios que hace en su Código Penal Anotado señala respecto a la creación del tipo penal en comento lo siguiente:

“Es una conducta a todas luces ilícita en la que no cabe la menor posibilidad de la valoración o elemento subjetivo”<sup>17</sup>

Dicha reforma y adición se contemplaba dentro del artículo que mayor modificaciones sufrió, siendo este el artículo 225 del Código Penal para el Distrito Federal, en cuyas reformas de 1994 se cambió la figura que se contemplaba en la fracción X y se pasó a la fracción XX del mismo artículo, dando espacio para la creación dentro de la fracción X de una figura que sería la de aquel Servidor Público que detuviera o retuviera durante la Averiguación Previa y fuera de los señalados por la ley a un individuo; así, el artículo 225 establecía:

17.- Raúl Carranca y Trujillo. Raúl Carranca y Rivas. Código Penal Anotado. Vigésimo segunda Edición. México 1999. Editorial Porrúa. Págs. 611-612.

## **TÍTULO DÉCIMOPRIMERO**

### **Delitos cometidos Contra la Administración de Justicia**

#### **CAPÍTULO PRIMERO**

##### **Delitos Cometidos por los Servidores Públicos.**

“Artículo 225. Son delitos contra la Administración de Justicia, cometidos por Servidores Públicos los siguientes:

- I. Conocer de negocios para los cuales tenga impedimento legal o abstenerse de conocer de los que les corresponda, sin tener impedimento legal para ello;
- II. Desempeñar algún otro empleo oficial o un puesto o cargo particular que la ley les prohíba;
- III. Litigar por sí o por interpósita persona, cuando la ley les prohíba el ejercicio de su profesión;

IV. Dirigir o aconsejar a las personas que ante ellos litiguen;

V. No cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente sin causa fundada para ello;

VI. Dictar, a sabiendas, una resolución de fondo o una sentencia definitiva que sean ilícitas por violar algún precepto terminante de la ley, o ser contrarias a las actuaciones seguidas en juicio o al veredicto de jurado; u omitir dictar una resolución de trámite, de fondo o una sentencia definitiva lícita, dentro de los términos dispuestos en la ley;

VII. Ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebidos;

VIII. Retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia;

IX. Abstenerse injustificadamente de hacer la consignación que corresponda de una persona que se encuentre detenida a su disposición como probable responsable de algún delito, cuando está sea procedente conforme a la Constitución y a las leyes de la materia, en los casos en que la ley les imponga esa obligación; o ejercitar la acción penal cuando no proceda denuncia, acusación o querrela;

**X. Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados o retenerlo por más tiempo del señalado por el párrafo VII del artículo 16 Constitucional;**

XI. No otorgar, cuando se solicite la libertad causal, si procede legalmente.

XII. Obligar al inculpado a declarar, usando la incomunicación, intimidación o tortura;

XIII. No tomar al inculpado su declaración preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación sin causa justificada, u ocultar el nombre del acusado, la naturaleza y causa de la imputación o el delito que le atribuye;

XIV. Prolongar la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motive el proceso;

XV. Imponer gabelas o contribuciones en cualesquiera lugares de detención o internamiento;

XVI. Demorar injustificadamente el cumplimiento de las providencias judiciales, en las que se ordene poner en libertad a un detenido;

XVII. No dictar auto de formal prisión o libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser que el inculpado haya solicitado ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo;

XVIII. Ordenar o practicar cateos o visitas domiciliarias fuera de los casos autorizados por la ley;

XIX. Abrir un proceso penal contra un servidor público, con fuero, sin habérselo retirado éste previamente, conforme a lo dispuesto por la ley;

XX. Ordenar la aprehensión de un individuo por delito que no amerite pena privativa de libertad, o en casos en que no proceda denuncia, acusación o querrela o realizar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez en el término señalado por el párrafo tercero del artículo 16 de la Constitución;



XXI. A los encargados o empleados de lugares de reclusión o internamiento que cobren cualquier cantidad a los internos o a sus familiares a cambio de proporcionales bienes o servicios que gratuitamente brinde el Estado para otorgarles condiciones de privilegio en el alojamiento, alimentación o régimen;

XXII. Rematar, en favor de ellos mismos, por sí o por interpósita persona, los bienes objeto de un remate en cuyo juicio hubieren intervenido;

XXIII. Admitir o nombrar un depositario o entregar a este los bienes secuestrados, sin el cumplimiento de los requisitos legales correspondientes;

XXIV. Hacer conocer al demandado, indebidamente, la providencia de embargo decretada en su contra;

XXV. Nombrar síndico o interventor en un concurso o quiebra, a una persona que sea deudor, pariente, o que haya sido abogado del fallido, o a persona que tenga con el funcionamiento relación de parentesco, estrecha amistad o esté ligado con él por negocios de interés común; y

XXVI. Permitir fuera de los casos previstos por la ley, la salida temporal de las personas que están reclusas.

A quien cometa los delitos previstos en las fracciones I, II, III, VII, VIII, IX, XX, XXIV, XXV, XXVI, se le impondrá pena de prisión de uno a seis años y de cien a trescientos días multa.

A quien cometa los delitos previstos en las fracciones IV, V, VI, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIII, se les impondrá pena de prisión de dos a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa.

En todos los delitos previstos en este capítulo, además de la pena de prisión correspondiente, el agente será privado de su cargo e inhabilitado para el desempeño de uno nuevo, por el lapso de diez años, y

XXVII. No ordenar la libertad de un procesado, decretando su ejecución a proceso, cuando sea acusado por delito o modalidad que tenga señalada pena no privativa de libertad o alternativa."<sup>18</sup>

Es preciso señalar que con la creación de nuevos tipos penales y, específicamente, la creación de un tipo penal que de alguna manera sirvió como una limitante para aquellos Servidores Públicos que con su actuar ilícito, privaban de su libertad a los gobernados sin causa justificada.

18.- Raúl Carrancá y Trujillo, Raúl Carrancá y Rivas. Ob. Cit. Págs. 604-606

Con las reformas que se suscitaron en el año 1994, en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y, para toda la República en materia de Fuero Federal, trajo como consecuencia una serie de debates, ya que dicha figura se puede apreciar es propia de la etapa de Averiguación Previa, surgiendo de ahí el conflicto de saber si el Ministerio Público o sus auxiliares formaban parte de la Administración de Justicia, cosa que definitivamente no se da, ya que el encargado de la Administración de Justicia es precisamente el órgano jurisdiccional, es decir, el juez de la causa y no así el Ministerio Público ni mucho menos sus auxiliares.

Ahora bien, el tipo penal en comento no estaba contemplado como un delito cometido en contra de la Procuración de Justicia, sino que erróneamente estaba tipificado dentro del Título Decimoprimer, denominado "delitos cometidos en contra de la Administración de Justicia" Capítulo Primero "Delitos cometidos por los Servidores Públicos".

Digo que erróneamente estaba contemplado en dicho numeral, ya que la figura es de aquellas que se dan dentro de la Procuración de Justicia, y el órgano encargado de procurarla es el Ministerio Público, por lo que la figura en comento debería estar contemplada en un tipo penal que sancionara las conductas delictivas que se dieran dentro de la Procuración de Justicia y que, de alguna manera, seguía existiendo un error en cuanto a su ubicación del tipo penal en estudio.

Derivado de lo anterior, se desprende que debería existir una nueva reforma que lo adecuara dentro del título correcto, ya que hasta el momento seguía existiendo una deficiencia en su ubicación.

El delito en cometo sancionaba la conducta delictiva con prisión de dos a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa, además de la pena de prisión correspondiente, el agente sería privado de su cargo e inhabilitado para el desempeño de uno nuevo, por el lapso de diez años, es claro que en esta situación la punibilidad era de aquellas que hacían al delito no grave, ya que el término medio aritmético de dicha sanción no excedía precisamente la punibilidad de cinco años, dando como resultado que existiera el beneficio Constitucional de la Libertad Provisional Bajo Caución.

Pienso que la sanción en comento definitivamente no estaba bien determinada en función de la conducta desplazada, ya que se producía una privación de la libertad arbitraria y, además, era cometida por un Servidor Público, lo que como consecuencia debería de traer un agravante por la calidad específica del sujeto activo.

Posteriormente, el artículo 225 sufrió reformas, ya que el legislador al contemplar que el tipo penal establecido en la fracción X, era por sus características de aquellos que vulneraban la libertad de las personas, elevó la sanción dándole una punibilidad de cuatro a diez años, como prisión al infractor del delito en comento y, por consecuencia, dándole la categoría de delito grave, situación que es de estimarse correcta, ya que al darse la calidad de sujeto activo recayendo ésta en un funcionario público era correcta dicha punibilidad.

Pero el problema subsistía, ya que seguía el delito estando dentro de un Título y Capítulo que no eran los correctos, por lo que se debía llevar a cabo una reforma que permitiera estar a este delito en la correcta denominación.

## **I. IV NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 2002.**

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, a través de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, dentro de la exposición de motivos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala:

“La Comisión de Administración y Procuración de Justicia, en sesión celebrada el día 5 de abril del año 2002, aprobó en lo general el Proyecto de Decreto que contiene el Nuevo código Penal para el Distrito Federal, en dicha sesión se acordó que los C.C. Diputados integrantes de la Comisión, reservaran los Títulos, Capítulo o Artículo que consideraran para su discusión y aprobación en lo individual...

La Comisión se instaló en sesión permanente los días 23, 24 y 25 de abril del año en curso a efecto de analizar, discutir y en su caso, aprobar los artículos reservados, el jueves 25 de abril la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, con el voto unánime de sus integrantes aprobó en lo general y en lo particular el Proyecto de Decreto que contiene el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal...

En sesión del pleno de la Asamblea Legislativa, verificada el día 30 de abril, se aprobó por unanimidad de votos de los C.C. Diputados presentes, en lo general y en lo particular, el Proyecto de Decreto que contiene el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con los siguientes antecedentes...

Los días 14, 28 y 30 de Noviembre del año 2000, los partidos políticos Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática y Acción Nacional, presentaron ante el pleno de la Asamblea Legislativa, sendas iniciativas, del Código Penal para el Distrito Federal, siendo en las referidas fechas la mesa directiva de este órgano legislativo, turnó las Iniciativas planteadas para su análisis, discusión y en su caso aprobación a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia...

Así mismo, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en atención a la creación del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal señala.

El Código debe de precisar con nitidez los presupuestos de la pena, las medidas de seguridad y los criterios políticos-criminales para la individualización judicial de las penas. Asimismo, resulta imperativo revisar el catálogo de delitos, para determinar por una parte, que nuevas conductas habrá de penalizar y cuales se deben de excluir del Código Penal...

La presente iniciativa es una propuesta elaborada con detenimiento, a partir del derecho comparado y de las opiniones de expertos en la materia e incluso con observaciones de compañeros diputados de diversos partidos; no se pretende darle un matiz político a los diversos tipos penales, porque incluso algunos permanecen como se encuentran actualmente plasmados en el Código Penal vigente. El Código Penal forma parte de una reforma político criminológica integral, la cual debe abarcar no sólo reformas sustantivas, sino también procedimentales y ejecutivas e incluso la creación de instituciones que hagan efectivas tales disposiciones jurídicas...

En fecha 30 de octubre del año 2001, la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, tomó el acuerdo consistente en integrar una Comisión Especial, que se avocara al análisis del anteproyecto de Nuevo Código Penal, que la comisión Revisora y Redactora elaboró, para así contar con un documento final que se sometió a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia para su análisis, discusión y como fue el caso, aprobación...

La Comisión Especial quedó integrada de la siguiente forma: Mag. Lic. Margarita María Guerra y Tejada, Dr. Moisés Moreno Hernández. Lic. Renato Sales Heredia, Lic. Juan Velásquez, Dr. Luis Fernando Doblado y el Lic. José Luis Herrera, adicionalmente se incorporaron a ésta, el Magistrado Marco Antonio Díaz de León, el Magistrado Javier Raúl Ayala Casillas, el Magistrado Francisco Chávez Hochstrasser y el Lic. Javier Dondé Matute...



Así mismo se señala en relación al título Vigésimo delitos en contra del adecuado desarrollo de la justicia cometidos por Funcionarios Públicos dentro de la exposición de motivos lo siguiente:

Se parte del principio de que si bien el adecuado ejercicio público debe ser protegido y preservado, el desarrollo de la justicia es sin duda un valor que con más razón, debe garantizarse por el Estado, por tanto este apartado se hace cargo de definir las conductas que afectan a la justicia en sus tres fases, que son procuración, impartición y ejecución penal, con lo que se dota de los instrumentos adecuados para proteger este aspecto fundamental”<sup>19</sup>

“A fines del mes de abril de 2002, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, aprobó un Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual después de unos ajustes sugeridos por el Gobierno Capitalino, fue publicado, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 16 de Julio de 2002 y que entró en vigor el 13 de Noviembre de 2002”<sup>20</sup>

19.-.Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Editorial. Sista. Año 2003. Págs. I-XXIX.

20.- Moisés Moreno Hernández. Rodolfo Félix Cárdenas. Comentarios en Tomo al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Editorial. Cepolcrim. México 2003. Pág. 44.

El Nuevo Código Penal esta estructurado de la siguiente manera:

Dos Libros con 32 Títulos, que contienen uno o varios Capítulos que sumándolos dan un resultado de 147 Capítulos y 365 artículos. Con 5 artículos transitorios.

Con la creación de un Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se modificó de una manera importante los delitos contemplados en la anterior legislación penal, dando un panorama más claro, en cuanto a la descripción de los tipos penales, es así que el delito contemplado dentro del artículo 225 del Código Penal para el Distrito Federal de 1931, específicamente, en la fracción X donde la conducta del Servidor Público era, precisamente, el que detuviera a una persona durante la Averiguación Previa fuera de los casos señalados por la ley o lo retuviera por más tiempo del que señala el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional, fue adecuado en el título y capítulo correcto.

Conducta que a todas luces se realiza dentro del Ámbito de la Procuración de Justicia, y que después de los estudios que se realizaron de una manera más profunda por parte de los legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, adecuaron este delito al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el título correcto y en el capítulo que siempre debió haber tenido, es así que el Título Vigésimo, "Delitos en Contra del Adecuado Desarrollo de la Justicia Cometidos por Servidores Públicos". Capítulo II "Delitos en el Ámbito de la Procuración de Justicia", en su artículo 293, fracción I, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala:

## TÍTULO VIGÉSIMO

### DELITOS EN CONTRA DEL ADECUADO DESARROLLO DE LA JUSTICIA COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS.

#### CAPÍTULO II

#### DELITOS EN EL ÁMBITO DE LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

“ARTÍCULO 293. Se impondrán de dos a ocho años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, al servidor público que:

**I.-Detenga a un individuo durante la Averiguación Previa fuera de los casos señalados por la ley, o lo retenga por más tiempo del previsto por el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional;**

**II.-Obligue al inculpado a declarar;**

**III.-Ejercite la pretensión punitiva cuando no preceda denuncia o querrela;**

IV.-Realice una aprehensión sin poner al aprehendido a disposición del juez sin dilación alguna, en el término señalado por el párrafo tercero del artículo 16 de la Constitución;

V.-Se abstenga indebidamente de hacer la consignación que corresponda, de una persona que se encuentre detenida a su disposición como probable responsable de algún delito o de ejercitar en todo caso la pretensión punitiva, cuando sea procedente conforme a la Constitución y a las leyes de la materia;

VI.-No otorgue la libertad provisional bajo caución durante la averiguación previa, si procede legalmente;

VII.-Otorgue la libertad provisional bajo caución durante la averiguación previa, cuando no se reúnan los requisitos previstos en el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal;

VIII.-Se abstenga de iniciar averiguación previa cuando sea puesto a su disposición un probable responsable de delito doloso que sea perseguible de oficio.

IX.-Practique cateos o visitas domiciliarias fuera de los casos autorizados por la ley; o

X.-Fabrique, altere o simule elementos de prueba para incriminar o exculpar a otro."<sup>21</sup>

21.- Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. EDITORIAL ISEF AÑO. 2005. Pág. 75

Es precisamente el Artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y, específicamente, la fracción primera, que es materia de esta tesis, que trata de poner un freno a la ilegal conducta realizada dentro de la etapa de Averiguación Previa por los Servidores Públicos que en ella actúan, con el fin de reprimir dicha conducta y dar a los particulares una seguridad jurídica que les permitirá tener un trato legal y apegado a estricto derecho.

Es necesario manifestar que, de acuerdo a lo señalado por la doctrina, existen tres tipos de flagrancia:

1.- **Flagrancia en sentido estricto**; cuando el indiciado es sorprendido en el momento de se estar cometiendo el delito.

2.- **Cuasi flagrancia**; se manifiesta cuando, inmediatamente después de ejecutado el delito, el indiciado es perseguido materialmente.

3.- **La presunción de flagrancia**; se manifiesta cuando después de haber sido cometido el hecho delictivo, el indicado es señalado por la víctima o bien por encontrarse en su poder el objeto del delito, huellas o indicios que hagan **presumir** su intervención en la comisión del delito.

Es importante señalar que los casos que señala la ley, respecto a la detención de una persona, se encuentran consagrados en el artículo 16, párrafos cuarto, quinto y sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y artículos 267 y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y son los siguientes:

- 1.- Flagrancia.
- 2.- Flagrancia Equiparada.
- 3.- Caso Urgente.

Figuras que a continuación se describen de la Carta Magna y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que a la letra dicen:

## **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

### **TÍTULO PRIMERO**

#### **CAPÍTULO I: DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES**

**“Artículo 16.** Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

**En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.**

**Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.**

**En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.**

Ningún indiciado podrá ser retenido por el ministerio público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.



Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del ministerio público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustaran a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.”<sup>22</sup>

## **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

### **TÍTULO SEGUNDO: DILIGENCIAS DE AVERIGUACIÓN PREVIA E INSTRUCCIÓN**

#### **SECCIÓN SEGUNDA: DILIGENCIAS DE AVERIGUACIÓN PREVIA**

##### **CAPÍTULO I: INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

22.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 13ª Edición. Editorial. CIED S.A. México. 2004

“Artículo 267.- **Se entiende que existe delito flagrante** cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.

**Se equiparará la existencia de delito flagrante** cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

En esos casos el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad, o bien, ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de libertad, o bien, alternativa.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable a quien decrete la indebida retención, y el indiciado deberá ser puesto en inmediata libertad...

**Artículo 268.- Habrá caso urgente** cuando concurren las siguientes circunstancias:

I. Se trate de delito grave así calificado por la ley;

II. Exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

III. El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

**Existirá el riesgo fundado** a que se refiere la fracción II anterior, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.

El Ministerio Público ordenará la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en las fracciones anteriores.

Salvo que el individuo se encuentre en presencia del Ministerio Público, las demás detenciones serán ejecutadas por la Policía Judicial, la que deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público.

Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.

La tentativa punible de los ilícitos que se mencionan en el párrafo anterior también se considerará delito grave si el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años.

Para calcular el término medio aritmético de la pena de prisión se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito de que se trate.

Cuando se señalen penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquel.”<sup>23</sup>

Por lo que respecta a la retención de un indiciado ésta no podrá prolongarse más allá de los plazos señalados por el artículo 16, párrafo séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los cuales establecen:

Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafo séptimo:

**“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada”**

Así, el artículo 268 bis del Código de Procedimientos Penales señala:

23.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 10ª Edición. Editorial. ISEF S.A. México. 2004.

“Artículo 268 bis.- En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada a que se refiere el artículo 254 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Si para integrar la averiguación previa fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de que la indagación continúe sin detenido.

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley.”<sup>24</sup>

De lo anteriormente señalado se establece que sólo esos casos específicamente marcados por las leyes, en cuanto a la detención o retención de un indiciado, será legal, de lo contrario la conducta desplazada por los Servidores Públicos, será sancionada precisamente en términos de lo establecido por el artículo 293, fracción I, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

24 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 10ª Edición. Editorial. ISEF S.A. México. 2004

Así mismo. se puede resumir que:

1.- Existirá delito flagrante, cuando el inculpado sea detenido en el momento de estar cometiendo el delito.

2.- Existirá flagrancia equiparada, cuando el indiciado una vez que cometió el delito, sea señalado por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con éste en la comisión de delito, o se encuentren en su poder objetos o instrumentos del delito, que hagan presumir su participación en el delito.

Pero que deban satisfacerse requisitos que marca la propia ley, como lo es:

Que se trate de un delito grave.

No haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de delito.

Se hubiere iniciado la Averiguación Previa respectiva, y

No se hubiera interrumpido la persecución del delito.

Ahora bien, respecto a lo referido en el caso urgente, se puede señalar:



Necesariamente se tiene que tratar de un delito grave así calificado por la ley, son delitos graves sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años de prisión, es decir, si la punibilidad de un delito determinado es de cuatro a diez años de prisión, sumando ambas, da un total de catorce años de prisión, éstos se dividen entre dos, por ser precisamente la mínima y la máxima las sanciones establecidas en dicho delito, dando un resultado de seis años de prisión y, por consecuencia, excede los cinco años que establece la ley.

Exista riesgo fundado, el cual se manifiesta cuando el inculcado ya ha sido sancionado anteriormente con pena privativa de libertad, es decir, ya existió un proceso penal en el cual se le encontró culpable en la ejecución de uno o varios delitos, o bien, que pueda éste ocultarse para evadir la acción de la justicia.

Cuando el Ministerio Público por razones de hora, lugar u otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la Autoridad Judicial para solicitarle a la Orden de Aprehensión, esta condición se traduce en un requisito:

Uno de carácter negativo, consistente en que por razones de lugar, hora o alguna otra circunstancia que lo justifique, exista la imposibilidad para que el Ministerio Público fuera de estas situaciones, se debe estar en condiciones efectivas de solicitar la orden judicial de aprehensión, en los términos previstos en el párrafo segundo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, en lo que respecta a la retención de un individuo, ésta no se puede prolongar por más de cuarenta y ocho horas, o bien, noventa y seis si se trata de delincuencia organizada.

Es decir, si el indiciado es retenido por más tiempo de los plazos antes señalados, sin que el Ministerio Público realice la consignación y ponga a disposición del juez a dicho sujeto, o bien, no existan elementos que hagan posible la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado para poder ejercitar acción penal, se considerará que la retención es ilegal.

De acuerdo con la punibilidad que se establece en el precepto legal en estudio, que establece la punibilidad de dos a ocho años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, al Servidor Público que detenga o retenga a un individuo fuera de los casos señalados por la ley.

Es preciso señalar, que la sanción impuesta por el legislador al Servidor Público que realiza la conducta delictiva debiera considerarse grave por la calidad del Sujeto Activo, porque el bien jurídico tutelado que se vulnera, que en este caso es la libertad de las personas y que se da de una manera ilegal, es por ello que el delito es estudio, es benevolente para con su autor, ya que tampoco señala alguna agravante que pudiera aumentar la punibilidad y dar como resultado un delito grave que, a mi consideración, debiera de tipificarse así.

Es necesario señalar que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, no tardó en sufrir modificaciones, ya que no habían transcurrido tres meses de vigencia del Nuevo Código Penal, que a juicio de sus autores materiales constituía un importante avance y los argumentos que se dieron para justificar fueron en el sentido de que el Nuevo Código Penal no atendió debidamente la realidad del Distrito Federal.

Con motivo de las reformas del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en las cuales se sancionan delitos con una mayor punibilidad, como lo fue el robo, el artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal quedó intocado por el legislador, es decir, no se le aumentó la sanción al delito en estudio, para que hiciera grave el proceder del autor del delito, o bien, que se creara un agravante que lograra una mayor represión del Servidor Público que actuara antijurídicamente, violando principios y garantías constitucionales.

Ahora bien, es importante tomar en cuenta que el legislador, sin tener algún sustento legal, con la creación del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, le quitó al delito el ser considerado grave, ya que así en las últimas reformas del Código Penal de 1931 lo consideraba grave, y pienso que debió de seguir el legislador manteniendo dicha punibilidad, que desgraciadamente no lo hizo, volviendo a dar al Servidor Público la tranquilidad de una sanción que no corresponde con la gravedad de la conducta realizada.

## **CAPÍTULO II**

### **LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO POSITIVOS Y NEGATIVOS.**

**II. I CONCEPTO DE DELITO.**

**II. II CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.**

**II. III TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.**

**II. IV ANTIJURIDICIDAD Y LAS EXCLUYENTES DE  
RESPONSABILIDAD.**

**II. V CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.**

**II. VI IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.**

**II. VII CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU  
ASPECTO NEGATIVO.**

**II. VIII PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS**

## II. I CONCEPTO DEL DELITO.

El delito, a lo largo de la historia, ha sido entendido como la valoración jurídica objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus principales fundamentos en las relaciones surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético social y su especial estimación legislativa; asimismo, del delito se han ocupado otras ramas importantes del conocimiento del hombre, como lo son la Filosofía y la Sociología; la primera de ellas lo estima, fundamentalmente, como la violación de un deber siendo este necesario para el mantenimiento del orden social, además que su cumplimiento encuentra garantía en la propia sanción penal y, así, la segunda lo identifica como una sanción antisocial y propiamente dañosa.

Se puede estimar como noción jurídica, la cual está basada en la violación de la norma recogida por el precepto penal al momento de señalar los tipos de delitos, se ha señalado al delito como: una acción, conducta humana que es típica y contraria a derecho, antijurídica, culpable, reprochable, sancionada con una punibilidad adecuada y suficiente.

A lo largo de la modernidad se han realizado innumerables definiciones del delito como a continuación señalo: "Es la infracción de un deber exigible, en daño a la sociedad o a los individuos".

Es 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; es la violación de un derecho o de un deber; y desde un ángulo histórico, se denomina que es toda acción que, la conciencia ética de un pueblo, considera necesariamente merecedora de una pena en un determinado momento histórico; y por lo que respecta al ángulo de valor, se considera que ofende gravemente al orden ético y trae como resultado la necesidad de la aplicación de una sanción por su manera de obrar.

Bien, ahora podemos decir que el delito es toda conducta típica, antijurídica, punible y merecedora de una punibilidad, la cual se encuentra contemplada en el Código Penal vigente; de lo anterior, consideramos que el delito presenta diversas características como son: una acción típica, antijurídica, culpable e imputable y, por consecuencia, es punible.

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal señala en su artículo 15 al respecto "(Principio de acto) El delito sólo se puede ser realizado por acción o por omisión"<sup>25</sup> Que sin embargo, no da el concepto.

Concepto de delito según la dogmática o teoría jurídica del delito.

25.- Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. EDITORIAL ISEF. AÑO. 2004. Pág. 3

Noción Jurídica Sustancial del Delito, por el maestro Luis Jiménez de Asúa el delito es: “Es un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”. 26

Asimismo, lo considera como un acontecimiento imputable, que corresponde a un tipo legal y que es materialmente contrario a una norma de cultura reconocida por el Estado.

De lo anterior, puedo señalar que es acción, porque es un acto u omisión humano, antijurídica porque va en contra de la norma penal, es decir, es ilegal, es típico, porque la ley ha de configurarlo con el tipo de delito previsto, culpable porque corresponde subjetivamente a una persona, por lo que la norma prohibitiva sólo es eficaz penalmente por medio de la sanción que es consecuencia de la acción.

El delito tiene diversos elementos que conforman un todo, y que sin duda alguna, forman parte de la esencia misma del delito.

26.- Citado por Medina Peñaloza, Sergio J. Teoría del Delito. Segunda Edición. Editorial Ángel Editor. México 2003  
Pág. 52

Es importante señalar que las acciones u omisiones delictivas pueden solamente ser realizadas de manera dolosa o culposa. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización. Pero también, obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar, criterio con el que estamos de acuerdo.

El delito es instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos del delito; es permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo y es continuado cuando, con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.



## II. II CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

Puedo precisar con toda claridad, que el concepto de conducta o acción es el común denominador en muchos de los esquemas que analizan la teoría del delito y del mismo aparece construido el estudio de los restantes elementos del delito, asimismo, que la conducta es la célula misma del delito; además, existen autores como el caso de Maurach, que señala a la conducta como una "conditio sine qua non", para la existencia del delito, concluyendo que si no existe acción humana no habrá delito, por lo que resultaría absurdo el tratar de estudiar los demás elementos esenciales del delito, ya que todo delito es obrar humano voluntario.

A la conducta se le asignan otras denominaciones, así como el Maestro Jiménez de Asúa la llama acto; pero considero que es más apropiado hablar de conducta, porque el acto no abarca la omisión; además, coincido totalmente con el penalista Celestino Porte Petit al señalar lo siguiente: La acción es "acción positiva" o "acción negativa", siendo que debemos entender a la primera como la acción o comisión en sentido estricto y a la segunda como la omisión.

Puedo señalar que, ante el derecho penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: de acción y de omisión.

## Acción.

Consiste en un actuar o hacer, es un hecho positivo el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y que quebranta la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e, inclusive, mediante personas, por lo que la conducta se puede realizar por medio de uno o varios comportamientos.

Los elementos de la acción son la voluntad, la actividad, el resultado y el nexo causal.

Empezando por el primer elemento de la acción, diremos que la voluntad es el querer del sujeto activo de cometer el delito, es la intención. El segundo de los elementos de la acción es la actividad, que consiste en el hacer o “actuar”, es el movimiento corporal propiamente dicho encaminado a cometer la conducta delictiva; el resultado, es la consecuencia de la conducta, lo deseado por el agente y previsto en la propia ley; del nexo causal diremos que es la relación que existe entre la conducta desplegada y el resultado obtenido.

Se considera que el nexo causal debe ser material, ya que si es puramente moral, es totalmente irrelevante para el derecho penal, por consiguiente, el que desea robar, tiene que actuar de manera que él o los medios elegidos para tal propósito sean objetivos e idóneos, y debe ser necesaria la materialización para lograr la realización del resultado típico.

Asimismo, defino a la conducta como toda actividad voluntaria (acción) o inactividad voluntaria (omisión), dirigida a producir un resultado, siendo éste formal o material, violando una ley dispositiva, prohibitiva o ambas.

Omisión.

Consiste en la realización de la conducta típica con la abstención del actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer y esto constituye la forma negativa del comportamiento.

Para el reconocido penalista Cuello Calón, la omisión es “la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar”<sup>27</sup>

Maggiore define la omisión como “toda conducta humana dolosa o culposa, que sin necesidad de una acción material (movimiento corporal) produce algún cambio en el mundo exterior”<sup>28</sup>

Siguiendo con el orden de ideas, estos delitos se clasifican en delitos de omisión simple o propios y delitos de comisión por omisión o impropios;

27.-Citado por López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. Séptima Edición. Editorial Porrúa. México 1999. Pág. 99

28.- Citado por López Betancourt, Eduardo. Op. Cit. Pág. 100

Omisión Simple. Es conocida como “omisión propia” y consiste en no hacer lo que se debe hacer, como, por ejemplo, denunciar un delito cuando se está obligado a hacerlo.

Es decir, la omisión simple es toda inactividad voluntaria que viola una ley dispositiva o prohibitiva y el resultado es formal, es decir, ponen en peligro el bien jurídicamente tutelado por la ley penal, por lo que esa voluntad se traduce en un “no hacer” lo que ley ordena, por eso la omisión es de carácter normativo.

Algunos autores señalan y afirman que en los delitos de omisión falta “un hacer” y “un querer”, criterio con el que no estamos de acuerdo, ya que la omisión es una inactividad voluntaria.

La comisión por omisión es conocida como “omisión impropia”, es una inactividad voluntaria que viola una ley dispositiva y prohibitiva y produce un resultado material, es decir, que la inactividad del sujeto causa un cambio material en el exterior, en el cual se trata de fincar responsabilidad de evento externo a un sujeto, que se ha abstenido de realizar una conducta exigida por la ley; un ejemplo de lo anterior, es cuando una madre deja de alimentar a su pequeño hijo y con esta inactividad produce la muerte del menor, se está violando una norma dispositiva, la cual ordena a los padres suministrar alimento a sus hijos, produciendo un resultado material al causarle la muerte, violando con lo anterior una ley prohibitiva, de “no matar”.

Dentro de la omisión simple y de la comisión por omisión aparece la posición de garante, y se da en aquellos comportamientos del sujeto que tiene el deber de obrar de acuerdo con la ley dispositiva, ésta no es aplicable a la conducta de acción ni de hecho, es preciso señalar que no todos tienen la condición de garante. Un ejemplo de lo anterior se da en el sentido que los “padres tienen la obligación de alimentar a los hijos” disposición propia del Código Civil.

Es importante señalar que en la comisión por omisión, se produce un resultado material, a causa propiamente de la inactividad, asimismo, se debe dar y comprobar el nexo causal.

### **AUSENCIA DE CONDUCTA.**

Es el elemento negativo de la conducta, el cual abarca la ausencia de acción y de omisión de la misma, de un cambio del mundo exterior; y esto significa que la conducta no existe y, como consecuencia, da lugar a una inexistencia del delito.

La ausencia de conducta se presenta en los siguientes casos:

- 1.- Vis absoluta o fuerza física superior, exterior e irresistible.

2.- Vis maior o fuerza de la naturaleza.

3.- Actos reflejos.

4.- El sueño.

5.- El hipnotismo.

6.- El sonambulismo.

Vis absoluta.

Consiste en que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando en él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, en ese sentido se puede definir a la fuerza física irresistible como la violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute irremediabilmente lo que no ha querido ejecutar.

De lo anterior, se desprende que la fuerza física es un aspecto negativo de la conducta, en el cual el sujeto a través de ésta va a realizar una acción u omisión que no era su voluntad realizar, por lo tanto esta conducta jamás puede considerarse delictiva, por faltar la voluntad del sujeto y que la misma es elemento esencial de la conducta, por tal razón se considera que el agente es un mero instrumento en la realización de dicho resultado.

Nuestro Derecho Positivo Mexicano, en el artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción primera, determina como causa de exclusión del delito cuando “la actividad o inactividad se realice sin la 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 sujeto.

Por lo que ni desde el punto de vista lógico ni desde el punto de vista jurídico se pueda tener como responsable a quien es “usado” como medio para cometer un delito.

Vis Maior.

Es aquella que proviene propiamente de la naturaleza, es decir, cuando el sujeto realiza una acción, en sentido amplio (acción u omisión), coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.

Cuando el sujeto comete una conducta que presuntamente se considera delictiva, a causa de una vis maior, se presenta el aspecto negativo de la conducta, es decir, hay ausencia de conducta, ya que en ningún momento existe voluntad en el sujeto para realizar dicha conducta, es importante señalar que la diferencia entre la vis absoluta y la vis maior, radica precisamente, en que la primera es una fuerza irresistible proveniente del hombre, mientras la vis maior es una fuerza física e irresistible, proveniente de la naturaleza.

### Actos reflejos.

Estos son denominados como causas de ausencia de conducta, y que obedecen estos a actos corporales involuntarios, señalando que estos no corresponden a factores negativos de la conducta, si estos se pueden controlar o bien retardar, por lo que es importante señalar que en caso de poder controlarlos habrá delito.

Se puede señalar que se encuentra actualizada esta forma de ausencia de conducta, cuando el sujeto esta impedido para controlar sus movimientos, se considera que no existe la conducta, ni responsable ni voluntad y por consecuencia de lo anterior se da la inexistencia del delito.

### El sueño.

En relación a esta figura catalogada como ausencia de conducta, se puede señalar que es un estado de inconciencia temporal, en la cual se encuentra la persona durante el sueño.

Es importante señalar que hay autores que catalogan al sueño como un aspecto negativo de la imputabilidad, ya que en ningún momento existe voluntad del sujeto para realizarla.



Hipnotismo.

Se considera a esta figura como una ausencia de conducta, la cual se entiende como un estado de inconciencia temporal.

El maestro y reconocido penalista, Eduardo López Betancourt, define al hipnotismo de la siguiente manera” es el procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales”<sup>29</sup>

Sonambulismo.

Es considerado como un estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece de un sueño llamémosle anormal, tiene ciertas tendencias a levantarse, hablar, caminar y ejecutar ciertos movimientos, sin que pueda recordar su actuar en ningún momento.

Existen autores que más que considerar al sonambulismo como una ausencia de conducta la encuadran dentro de las causas de inimputabilidad, pero yo considero que es apropiado contemplarlo como una causa de ausencia de conducta, ya que en ningún momento existe voluntad del sujeto.

29.- Citado por López Betancourt, Eduardo. Op.Cit. Pág. 111

## II. III TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

El segundo elemento del delito es precisamente la tipicidad, y para la existencia del delito es necesario además de una conducta o un hecho humano, que esta sea típica, es por ello que al hablar de la tipicidad no hay que confundirla con el tipo, ya que es importante señalar que existe una clara diferencia entre ellos, el tipo es la descripción de las conductas prohibidas realizadas por el legislador, es la concepción legal de un comportamiento catalogado como delictivo, más en contrario la tipicidad es la adecuación o encuadramiento de la conducta del sujeto al tipo descrito por la ley.

Es importante señalar que el reconocido penalista alemán Hans Welzel señala: "El tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es decir, la descripción objetiva y material de una conducta prohibida que sin duda ha de realizarse con un especial cuidado en el campo del derecho penal"<sup>30</sup>

Para el maestro Luis Jiménez de Asúa, el tipo lo define de la siguiente manera "Es la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito"<sup>31</sup>

30.-Hans Welzen. Derecho Penal Alemán. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. 11ª Edición. Santiago 1976. Pág. 58

31.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Porrúa S.A. 12ª Edición. México. 1995. Pág. 294

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay adecuación de la conducta al tipo penal, se puede afirmar que no hay delito.

Por otro lado debe de quedar claro que no debe de confundirse el tipo con la tipicidad como se dijo anteriormente, el tipo es la creación del legislador, la descripción que hace el Poder Legislativo de una conducta considerada como delito, por el contrario la tipicidad es precisamente la adecuación de una conducta concretamente a la descripción legal, formulada en el encuadramiento de una conducta hecha por el legislador, o como lo describe el maestro Celestino Porte Petit “ la adecuación o conformidad a lo previsto por el tipo”<sup>32</sup>

Asimismo debemos señalar, que la tipicidad se refiere a la conducta y el tipo penal se refiere a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito.

Por más inmoral o antisocial que se considere cualquier hecho, sino se encuentra contemplado en un tipo penal, simplemente no será delito.

32.-Porte Pett Celestino. Apuntamientos de la parte general de derecho penal. Editorial Porrúa. 17ª Edición. México 1998 Pág. 333.

Es importante señalar que el tipo penal al ser una descripción de una conducta señalada como delictiva, debe de estimarse que si se trata de conocer si una conducta es contraria a la norma penal, ello constituiría una función valorativa que corresponde propiamente a la antijuridicidad y que excede al marco de la tipicidad, más aun si tal conducta se pretende atribuir a un sujeto para reprochársela, esto correspondería exclusivamente a la culpabilidad.

Ya que la tipicidad debe de separarse de la culpabilidad, pues en la tipicidad del acto no se hace referencia al dolo o la culpa, que son especies propias de la culpabilidad.

De tal suerte que la teoría del tipo y la tipicidad consagraron el principio fundamental del derecho penal moderno, el *nullum crimen, sine lege*. Tal principio encuentra su fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos párrafo tercero, que a la letra dice: "En los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

De lo anterior se pueden dar los Principios Generales que existen de la Tipicidad, ya que como se dijo anteriormente la tipicidad se encuentra apoyada en el Sistema Jurídico Mexicano, por diversos principios jurídicos, como el antes mencionado y que constituyen una garantía de legalidad y son los siguientes:

- 1) NULLUM CRIMEN SINE TIPO. NO HAY DELITO SIN TIPO.
- 2) NULLA POENA SINE TIPO. NO HAY PENA SIN TIPO.
- 3) NULLA POENA SINE CRIMEN. NO HAY PENA SIN DELITO.
- 4) NULLA POENA SINE LEGE. NO HAY PENA SIN LEY.

Como lo hemos mencionado anteriormente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ampara los principios generales de legalidad y que garantizan al agente su libertad, en tanto no exista en el mundo jurídico una norma o tipo penal que establezcan el referido comportamiento que pudiera y debiera de imputarse.

El maestro Castellanos Tena está de acuerdo con Mezger en que la tipicidad es la razón de ser de la antijudicialidad al establecer que los legisladores crean las figuras delictivas por considerar antijudicial el comportamiento en ellos descritos.

El maestro Luis Jiménez de Asúa señala que está de acuerdo con Meyer al manifestar que la tipicidad es un indicio de la antijudicialidad, cabe señalar que al establecerse diversidad de concepciones entre los autores sobre la tipicidad mi opinión es la siguiente; la tipicidad es primordialmente descriptiva y que su valor se particulariza precisamente con las características del delito y se relaciona con la antijudicialidad por concretarla precisamente en el ámbito penal, y su función es indiciario de su existencia

De igual manera el Maestro Luis Jiménez de Asúa estima que en los elementos normativos del tipo aparece claramente la función indiciaria de la antijuridicidad, y ejemplifica el elemento "ajeno" en el delito de robo, que aparece en la descripción típica del artículo 220 del Nuevo Código Penal, donde tal elemento es una referencia de la antijuridicidad, pero que tal valoración no podría darse plenamente si apareciera una causa de justificación.

Creemos importantísimo señalar la clasificación de los delitos en orden al tipo y precisamente es para dar y facilitar la propia identificación de sus rasgos característicos, para así poder diferenciar un delito de otro, y se da en el siguiente orden:

- A) Por el bien Jurídicamente Tutelado: Los delitos se agrupan principalmente por el bien jurídico protegido y que se sigue en base al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal vigente, es importante señalar que en términos generales prevalece el del bien jurídico protegido por la legislación mexicana, así existen delitos contra de la vida, contra de la integridad corporal, contra el suicidio, contra el patrimonio etc.
  
- B) Por su ordenación Metodológica: estos tipos penales pueden ser Fundamentales o básicos, especiales o complementados.

Los primeros se refieren a aquel tipo que sirve de base o de fundamento para la integración de otros tipos penales, que protegen bienes jurídicos tutelados, es decir, contiene el mínimo de elementos y es lo principal de cada delito de lo anterior podemos dar como ejemplo: Homicidio y el robo.

Los segundos se refieren a los tipos que contienen algún tipo de característica, y que derivan del anterior pero que incluyen otros elementos que le dan autonomía o vida propia estos pueden ser gravados o atenuados, estos últimos se les denomina privilegiados, asimismo no existe subordinación hacia los primeros.

Los terceros son un tipo básico que se adiciona de otro aspecto o circunstancia que hace que se modifique su punibilidad, de manera que lo agravan o atenúan y no tiene autonomía propia. El ejemplo de lo anterior es el robo en casa habitación con pena agravada, según el lugar donde se agrava.

- C) Por su autonomía o Independencia: Hay delitos que existen por si solos, Mientras que otros dependen siempre de otros.

- a) **Autónomos:** son aquellos tipos penales que tiene vida propia no necesitan de la realización de otro, como ejemplo, el homicidio y el robo.
  
  - b) **Dependiente o subordinado:** requiere de la existencia de algún otro Tipo, adquieren vida en razón de éste como ejemplo de lo anterior es el homicidio en riña.
- D) **Por su composición:** Se refiere a la descripción legal que hace referencia A sus elementos los cuales pueden ser, **Objetivos, Subjetivos o Normativos** así el delito puede ser:
- a) **Normales:** Son aquellos en los que el tipo penal estará conformado de elementos objetivos, ejemplo de lo anterior es el homicidio.
  
  - b) **Anormales:** Son aquellos tipos penales que además de contener elementos objetivos, también se conforman de elementos subjetivos o normativos, como ejemplo de lo anterior es el homicidio en razón del parentesco.
- E) **Por su formulación, por la forma en que se de la descripción del tipo** Pueden ser **casuísticos y amplios.**



a) Casuísticos: Es aquel tipo penal que plantea diversas hipótesis o Posibilidades para integrarse, es decir el legislador plantea varias formas de realización del delito, subdividiéndose en alternativos o acumulativos.

I. Alternativos: en este basta con que concurra una de las alternativas Que plantea la norma. Ya que en ella plantea dos o más hipótesis, el Ejemplo de lo anterior es el delito de difamación.

II. Acumulativos: es aquel en el cual para la integración de un delito se Requiere que concurren todas las hipótesis planteadas en el tipo penal Para la adecuación de la conducta. El ejemplo de lo anterior sería el delito de estupro.

b) Amplios: Es aquel delito en el que caben cualquier modo de ejecución, es decir, se colma el tipo penal con la solo lesión causada al bien jurídico tutelado, ya que no precisa un medio propio de ejecución.

F) Por el daño que causan: Pueden ser estos de lesión y de peligro.

a) De lesión: son aquellos que requieren de un resultado, es decir, de un daño que cambie el mundo exterior del bien jurídico tutelado.

- b) De peligro: no se actualiza el resultado, sino basta con el simple riesgo en que se pone al bien jurídicamente tutelado.

Asimismo el tipo penal se conforma por electos objetivos, pero que en ocasiones en forma expresa involucra elementos subjetivos que son aquel motivo o fin que el propio tipo penal señala como en el caso del delito de fraude que señala el artículo 203 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que refiere que al que por medio del “engaño” elemento subjetivo del tipo penal, en el que hace referencia a condiciones Psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta típica, así como también de elementos subjetivos específicos, como es el caso cuando el tipo dice:

...al que con animo de, al que con el propósito de.

De igual manera cuando el tipo penal hace alusión a elementos normativos, llamados así porque el tipo hace consigna a elementos de valoración cultural o valoración jurídica como cuando el tipo señala:” cosa ajena”.

## **ATIPICIDAD**

Hablando del aspecto negativo del tipo penal, en el cual hay ausencia de tipo cuando no existe descripción legal de una conducta delictiva.

Como ejemplo de la ausencia del tipo penal puedo señalar lo siguiente; si en el Estado de México en su Código Penal se abroga el delito de secuestro, por ejemplo, podemos ver que en el área de su jurisdicción de dicho Estado en lo que refiere al delito de secuestro habrá ausencia de tipo.

Asimismo podemos señalar que dentro de las modalidades del elemento objetivo son lo siguientes:

- a) Calidad de sujeto activo
- b) Calidad de sujeto pasivo
- c) Circunstancias temporales o espaciales o lo que es lo mismo Tiempo y lugar.
- d) Medios exclusivos de ejecución
- e) Objeto jurídico y objeto material.

En consecuencia, el aspecto negativo de este segundo elemento referido a las causas de atipicidad, lo encontraremos cuando falte alguno de los elementos del tipo, así se dará la atipicidad cuando se presente.

- 1.- Falta del elemento objetivo
- 2.- Falta del elemento subjetivo y objetivo
- 3.- Falta del elemento objetivo, subjetivo y normativo
- 4.- Falta de calidad de sujeto activo
- 5.- Falta de calidad de sujeto pasivo
- 6.- Falta de circunstancias de lugar
- 7.- Falta de circunstancias de tiempo
- 8.- Falta de medios de ejecución
- 9.- Falta de Objeto Jurídico
- 10.- Falta de objeto Material

Habrá ausencia de atipicidad cuando la conducta del sujeto no se adecue a la descripción que hace el legislador, por lo que existe tipo pero no encuadramiento de la conducta al marco jurídico que constituye el tipo penal, es decir, cuando falten los elementos propios que el tipo exige y que puedan ser como lo describimos anteriormente.

Respecto, de los medios de ejecución, el objeto material, las particularidades del sujeto activo y pasivo, un ejemplo de lo anterior se da cuando en el delito de homicidio en razón del parentesco, las particularidades del sujeto activo tienen que tener la calidad de pariente con la víctima, ya que si no se cumple dicha calidad habrá homicidio pero no en razón del parentesco.

## II. IV ANTIJURIDICIDAD Y LAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD.

La antijuridicidad es el tercer elemento positivo y uno de los más trascendentales del delito y que se entiende como la conducta que se adecua a un tipo penal, y en la misma conducta no existe alguna causa excluyente de responsabilidad.

El reconocido penalista Luis Jiménez de Asúa al referirse a la antijuridicidad nos dice que:

“Provisionalmente puede decirse que es lo contrario al derecho, no basta que el hecho encaje descriptivamente que la ley ha previsto sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho”<sup>33</sup>

El maestro Celestino Porte Petit, señala “para encontrar el concepto de la antijuridicidad formal debemos de utilizar el sistema de excepción a la regla que nos lleve a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos. Es decir, el concepto que se da de la antijuridicidad es un concepto negativo”<sup>34</sup>

33.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III. 4ª Edición. Editorial Losada. Buenos Aires. 1963. Pág. 958.

34.- Porte Petit Celestino. Op. Cit. Pág. 378

Asimismo define a la antijuridicidad como “aquella conducta que siendo típica no se encuentra amparada por una causa de licitud”.

El reconocido penalista Alemán Hans Welzen define a la antijuridicidad como: “Aquel juicio de desvalor y que existe contradicción entre la conducta del sujeto y la ley.”<sup>35</sup>

Considero que hay conductas del ser humano que pueden caer dentro del campo del derecho penal, ya que es este quien sanciona las conductas humanas delictuosas, es decir, el delito es una acción netamente antijurídica, y en el derecho penal sin la antijuridicidad no hay delito, por lo que es necesaria la misma para la integración del delito.

Es importante señalar que la antijuridicidad es un concepto negativo, con un anti, existe sobre ella cierta dificultad para dar una idea positiva de la misma, por lo que se acepta como antijurídico todo aquello que es contrario a derecho el maestro Español Francisco Muñoz Conde define a la antijuridicidad como “un predicado de la acción, es aquel atributo con el que se califica una acción para denotar que es contrario al ordenamiento jurídico”<sup>36</sup>

35.- Hans Welzen. Op. Cit. Pág. 60.

36.- Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. 2ª Edición. Editorial. TEMIS. S.A. Colombia 2001. Pág. 84

De lo anterior se establece que para el autor actúa antijurídicamente aquella persona la cual realiza una conducta a sabiendas de que esta es ilícita, yo considero que la antijudicidad, desde el punto de vista penal es lo contrario a la norma jurídica, es decir, una conducta antijurídica es aquella que vulnera un bien jurídico protegido por el Derecho Penal.

Es importante señalar que cuando decimos contrario a la norma no nos referimos a la ley, nos referimos a las normas de cultura o sea aquellas ordenes o prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponda a sus intereses, cuando estas normas de cultura son reconocidas por el Estado la oposición a ellas constituye lo antijurídico, las normas de cultura son por tanto, los principios esenciales de la convivencia social regulados por el derecho como expresión de una cultura.

Comúnmente escuchamos que el delito es lo contrario al derecho, el Maestro Carrara lo define como la infracción de la ley del Estado; pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien es el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal, por lo que en efecto se puede decir que el priva de la vida a otro, o el que roba, quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se quebranta la norma que esta por encima y detrás de la ley.



Jiménez de Asúa dice que lo contrario a derecho no puede ser entendido como lo contrario a ley, detrás de la ley penal, de la sanción punitiva y más que un concepto jurídico reside un concepto social.

Según Cuello Calón hay en la antijuridicidad, un doble aspecto, la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal), y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material).

Así podemos señalar que la antijuridicidad formal, es aquella que radica en la infracción, violación a la ley.

Por el contrario la antijuridicidad material, es aquella que contraviene las normas de cultura existentes en toda sociedad.

Es importantes señalar que normalmente se considera al delito como la conducta antijurídica por cuanto contradice una norma o ley cultural establecida para regular la vida en comunidad de los hombres libres, así el que comete el delito de robo estará realizando una conducta antijurídica, es decir, contraria a derecho.

## **LAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD.**

Podemos señalar con el propósito de enlazar el tema de la antijuridicidad con su aspecto negativo, dentro de la dogmática jurídica penal, o sea las llamadas causas excluyentes de responsabilidad (de licitud para algunos) en donde la apariencia de la antijuridicidad, tercer elemento positivo del delito, desaparece al presentarse alguna causa de justificación.

Para el maestro Luis Jiménez de Asúa las causas de justificación pueden definirse como aquellas causas:

“Que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo penal, eso es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, contrarios a derecho que es el elemento más importante del crimen.”<sup>37</sup>

Podemos señalar que estas son de carácter puramente objetivo y que recaen en la conducta realizada, son materiales pero lícitas, y pueden ser invocadas por cualquier persona, es decir, es “ERGA OMNES”

37.-Citado por Arellano Wiarco Octavio Alberto. Teoría del Delito. 5ª Edición. Editorial.Porrúa. México. 1997. Pág. 30

De lo anterior podemos señalar que las “causas de justificación” constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad como elemento positivo del delito, y su aparición excluye la antijuridicidad, más no así el acto.( conducta) y la tipicidad, de esta manera como bien lo señala el maestro Fernando Castellanos Tena, quien priva de la vida a otro, ajusta su conducta al tipo penal que aparece en el artículo 123 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, pero tal conducta no podrá ser antijurídica si quien privo de la vida obro en legitima defensa, estado de necesidad o en presencia de cualquier otra justificante.

En principio la ley penal castiga a todo aquel que transgrede, (antijuridicidad) pero excepcionalmente la misma ley, establece casos en que justifica la conducta atípica (causas excluyentes de responsabilidad) lo cual hace desaparecer a la antijuridicidad.

Estas causas excluyentes de responsabilidad se encuentran establecidas y contempladas en el artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y que el mismo ordenamiento señala las diversas causas excluyentes del delito.

La naturaleza de las causas de justificación son objetivas, ya que derivan de la conducta y no de algún elemento interno y es por ello que dichas causas anulan el delito más no la culpabilidad.

Los criterios que fundamentan propiamente a las causas excluyentes del delito son el Consentimiento y el Interés preponderante.

El primero corresponde a la voluntad del que consiente y para que este sea eficaz debe ser obsequiado por el titular objeto de la acción, es decir, debe ser la misma persona.

El segundo existe cuando existen dos bienes jurídicos del mismo valor, y no es posible salvar ambos por lo que se tiene que sacrificar uno para salvar otro, se justifica privar de la vida a otro para salvar la de uno mismo.

El derecho Positivo Mexicano contempla las siguientes causas de licitud:

a) (Consentimiento del titular) Es decir, se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico tutelado, es importante señalar que esta figura puede prestarse a una serie de interpretaciones erróneas, y esta figura contempla tres requisitos los cuales son:

i) Que se trate de un bien jurídico disponible;

II) Que el titular del bien jurídico, o quien este legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

III) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Esta causa excluyente de responsabilidad, se encuentra contemplada en la fracción III del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

b) Legítima defensa, es esta figura que excluye la pena, a quien en determinado momento cause un daño, en virtud de obrar en defensa de determinados intereses previstos en la ley, según aparezcan ciertas circunstancias, siendo una de las más importantes para la legislación penal, es común escuchar a la gente referirse a esta figura como actuar en defensa propia, siendo esta denominación impropia ya que en ocasiones dicha defensa es respecto de bienes jurídicos ajenos y no necesariamente propios.

Esta figura se define de la siguiente manera:

Es repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista la necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor, figura que se encuentra contemplada en la fracción IV del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

La figura de la legítima defensa contiene los siguientes elementos que son:

**Repeler**, que significa. Rechazar, evitar algo, que ocurra o se acerque, **Agresión**, que es, atacar, pretender dañar a alguien. Y puede ser esta, **Real**, cuando es algo cierto y no se trate de una simple suposición o presentimiento; **Actual**, debe ser en el momento presente, es decir, en el mismo instante de repelerla, **Inminente**, lo que esta por acontecer, o próximo a acercarse o a punto de ocurrir, **Sin derecho**, este debe de actuar antijurídicamente, es decir, no tener una basa legal, ya que la existencia de este anularía la antijuridicidad y no se justificaría la defensa. **En defensa de bienes jurídicos propios o ajenos**, ya que debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno, **Necesidad de la defensa**, significa que la acción realizada fue la necesaria y proporcional al posible daño que se pretendía causar en la agresión injusta, **No medie provocación dolosa suficiente e inmediata**, se debe de entender que no existió la mínima provocación a la agresión, a quien defiende al bien jurídico tutelado ya sea a un bien a una persona.

c) Estado de Necesidad, esta es otra causa de licitud, excluyente de responsabilidad, de vital importancia figura que se encuentra contemplada en la fracción V del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y consiste en salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, en el cual se lesiona otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable, por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.

Asimismo es importante señalar sus elementos del estado de necesidad los cuales son:

**Situación de peligro, real actual e inminente.** Debe de existir una amenaza de una situación que pueda causar un daño. Tiene que recaer sobre **bienes jurídicos propios o ajenos**, exista la necesidad de **sacrificar un bien de menor valor**, significa que para salvar un bien tiene que ser de mayor valor, **Causar daño**, esto es que el agente causará una afectación o daño a un bien jurídico para salvaguardar otro, que el peligro no haya sido ocasionado **dolosamente**, esto significa que no haya existido dolo por parte del agente. **El agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro** y además no exista otro medio practicable al empleado.

De lo anterior se puede dar como ejemplo el aborto terapéutico y el robo de famélico.

d) Ejercicio de un derecho: esta figura aparece junto con el cumplimiento de un deber y que se contemplan en la fracción VI del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Ejercer un derecho, es causar un daño cuando se obra en forma legítima, siempre que exista una necesidad racional del medio empleado, en esta causa de licitud, el daño se causa en virtud, de ejercer un derecho, derivado de una norma jurídica o de otra situación, como es el caso del ejercicio de una profesión, de una relación familiar.

e) Cumplimiento de un deber: esta figura consiste en causar un daño, obrando en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista la necesidad del medio empleado.

En este orden de ideas, se puede dar por reproducido lo señalado, en el apartado relativo al ejercicio de un derecho, ya que la propia ley penal los iguala al definirlos en el mismo precepto, y bien podemos decir que la diferencia radica en que, en el primer caso consiste en ejercitar un derecho, mientras que en el segundo, es cumplir un deber, y en muchas ocasiones ambas figuras se encuentran unidas o bien una se desprende de la otra.



Al respecto cuando nos encontramos en presencia de ausencia de antijuridicidad se considera que no hay delito o bien existen casos en el cual el hecho se justifica y es cuando nos encontramos en presencia de causa de justificación, es preciso señalar que se les conoce como causas de justificación a aquellas circunstancias de un hecho que desvanecen su antijuridicidad objetiva; es decir, que existe una transformación de un delito en un no delito, se puede decir que una conducta típica se encuentre en aparente oposición del derecho y sin embargo no sea antijurídica por existir en ella una causa que excluya al delito.

## II. V CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

El delito es una conducta que debe ser típica y antijurídica, en este apartado se estudiará otro elemento necesario, para que se integre el delito y lo es la culpabilidad.

Es un elemento del delito que es aceptado por la escuela clásica, por el finalismo, el causalismo y la escuela positiva, la culpabilidad es de naturaleza subjetiva y, sin duda, es uno de los hallazgos fundamentales de la teoría del delito.

El maestro alemán Hans Welsen define a la culpabilidad de la siguiente manera: "Es la reprochabilidad que se le formula al sujeto por su conducta antijurídica"<sup>38</sup>

Puedo señalar, que la culpabilidad es todo aquel conjunto de presupuestos que hacen posible la responsabilidad personal de aquella conducta señalada como antijurídica y que convierten al acto de voluntad en un acto culpable, además, ser el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad del sujeto por contravenir a la ley.

38.- Hans Welsen. Op. Cit. Pág. 166.

Siendo así que en el delito no sólo basta que sea un hecho antijurídico y típico, sino, además, debe ser culpable, ya que el agente, además de ser autor material, debe ser lo también moral, es decir, que haya ejecutado culpablemente dicho delito.

La culpabilidad es la relación entre la voluntad y el comportamiento del hecho con la conducta realizada, para el reconocido penalista Zaffaroni, la Culpabilidad: "Es la reprochabilidad de un injusto a su autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad"<sup>39</sup>

Por lo que es preciso señalar, que la culpabilidad es el juicio de reproche que se le formula a un sujeto activo por su conducta típica y antijurídica, siendo así que una acción es culpable cuando a causa de una relación psicológica existen entre ellas y su autor una situación que puede ser le reprochable, el juicio de reprobación de la conducta de éste, que es motivado precisamente por su comportamiento contrario a la ley, ya que al ejecutar un acto que la misma ley prohíbe, ha quebrantado su deber primordial de obedecerla, es decir, se reprocha al sujeto activo su conducta delictiva y, además, se reprobaba por no obrar conforme a su deber.

39.- Citado por López Betancourt, Eduardo. Op.Cit. Pág. 214.

Para el reconocido penalista español Francisco Muñoz Conde, la culpabilidad es “aquel conjunto de condiciones y facultades psíquicas y sociales que permiten atribuir a una persona un hecho típico y antijurídico y hacerle responsable por él”<sup>40</sup>

El penalista Raúl Eugenio Zaffaroni, argumenta que la culpabilidad “Es la reprochabilidad de un injusto a su autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad”<sup>41</sup>

El Maestro Jiménez de Asúa nos dice que llegar a la propia culpabilidad, es cuando el sujeto activo del delito ha de afinar el extremo de sus armas para que quede lo más afilado posible; así, el reconocido penalista define a la culpabilidad como “aquel reproche que se le hace al autor de un concreto acto punible al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin y cuyo alcance le era conocido o conocible siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas”<sup>42</sup>

Es importante señalar, que para poder precisar la naturaleza de la culpabilidad existen dos teorías que fundamentan a la culpabilidad y que son:

40.- Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. Pág. 204

41.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte general. Tomo IV. Editorial Cárdenas Editor. México 1988. Pág.12.

42.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Op. Cit. Pág. 92.

- a) La Psicológica.
- b) La Normativa.

La primera de ellas funda a la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo, es decir, que no es sino otra cadena de relaciones que parten de la relación causal de la conducta, que encuadra en un resultado típico, a la relación subjetiva, psíquica de su autor y ese resultado, sea a título doloso o culposo, es el que liga al sujeto con su acto y conoce el significado del mismo.

La segunda, señala que la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida para quienes tienen capacidad de obrar conforme a la norma, a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche, o por haber contravenido la ley y se funda en la violación a la norma.

El fundamento de la culpabilidad está en las condiciones en las que se determina la conducta prohibida, llenando el tipo legal, condición que prueba que el hecho mismo es atribuible al sujeto y que amerita un juicio de reproche, en el cual, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se prevén los tipos o formas de culpabilidad que son:

**Dolo:** Consiste en ocasionar intencionalmente el resultado típico con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho, también se le conoce como delito intencional o doloso.

Los elementos del dolo son dos:

**Ético o Intelectual:** Es aquel elemento que implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias en las cuales infringe la norma. Y

**Emocional o Volitivo:** Es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

Es importante señalar que las formas o modalidades del dolo, se dividen en:

**Dolo directo:** Existe dolo directo cuando se quiere la conducta o el resultado.

**Dolo Eventual:** es aquel en que hay una representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo, porque no se quiere el resultado, sino se acepta en caso de que se produzca.

**Dolo determinado:** En este tipo de dolo la intervención es directa, se da cuando la intención, exclusiva e inequívocamente, se dirige a una persona y bien jurídico determinados.

**Dolo indeterminado:** Se llama así a aquel en que la intención no se dirige a un resultado único y exclusivo, sino indiferente a varios resultados, es decir, se dirige a quien sea.

**Dolo genérico:** Es aquel que se identifica con el dolo indeterminado, y se da al querer causar daño a quien sea o cualquiera que sea ésta persona, y se encamina a producir un resultado jurídicamente prohibido.

**Dolo específico:** se dice que es aquel que tiende a seguir un fin especial, requerido por la ley para distinguir de otro un título de delito.

Es importante señalar que el dolo es un proceso psicológico, que se traduce en la intención de querer un resultado típico.

**Culpa:** Es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona por imprudencia o falta de cuidado o de precaución cuando pudo ser previsible o evitable.

Para el Penalista Cuello Calón, la culpa existe “cuando obrando sin intención y sin diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley”<sup>43</sup>

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, define a la culpa como “aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.”<sup>44</sup>

Los elementos de la culpa son las partes esenciales para su composición y son los siguientes:

- Conducta; carencia de cuidado,
- Precaución de cuidado; que exigen las leyes.
- Resultado previsible o evitable.
- Tipificación del resultado y nexos causal.

Es importante señalar que cada elemento de la culpa se aplica por sí sólo, por lo que no hay necesidad de detallarlos.

43.- Citado por Eduardo López, Betancourt. Op.Cit. Pág. 232.

44.- Citado por Eduardo López, Betancourt. Op.Cit. Pág. 232.



Existen varias clases de culpa que a continuación se describen y son:

1) Culpa conciente con representación; se da cuando el sujeto activo prevé como posible un resultado típico, pero no lo quiere y se tiene la esperanza de que no se producirá.

2) Culpa inconsciente sin representación; existe cuando el agente no prevé el resultado típico por descuido, así realiza la conducta sin pensar teniendo la obligación de preverlo, por ser de naturaleza previsible y evitable.

En cuanto se refiere a las especies de la culpabilidad, como lo es el dolo y la culpa como señala el maestro Jiménez de Asúa quien establece que no son características de la culpabilidad, como Edmundo Mezger había creído, sino por el contrario constituyen verdaderas especies en el que se adentran conceptualmente el género de la culpabilidad y que son las únicas especies, por lo que pienso que la culpabilidad con independencia del dolo y la culpa no existe y que la culpabilidad sin ellas es imposible, ya que el género de culpabilidad ha de estar en la especie de dolo y culpa.

Algunos juristas como es el caso del Maestro Luis Jiménez de Asúa se inclina en señalar que el dolo y la culpa son especies de la culpabilidad nos dice:

“Las especies de la culpabilidad, el dolo y la culpa son las únicas especies de la misma”<sup>45</sup>

## **CAUSAS DE INCULPABILIDAD**

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad, esta se va a dar cuando concurren ciertas circunstancias o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto activo imputable.

Esto significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho y esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad, es por ello que no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Por lo que diremos, que la inculpabilidad consiste en la falta del nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, esto es la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto y estas son:

45.- Citado por López Betancourt, Eduardo. Op. Cit. Pág. 217.

- a) error esencial de hecho invencible.
- b) Eximentes putativas.
- c) No exigibilidad de otra conducta.

a) Es importante señalar que dentro del error existen diversas clases de error el cual puede ser de derecho o de hecho y este a su vez puede ser esencial (en la persona) o aberratio delicti (en el delito).

Error de derecho este ocurre cuando el sujeto tiene una falsa concepción del derecho objetivo, no puede decirse que inculpable es quien comete un ilícito, por error de derecho ni puede ser lo por ignorar el derecho, pues su desconocimiento no exime de su cumplimiento.

En el error de derecho no existe inculpabilidad.

El error vencible, es la falta de concepción de la realidad, no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado o incorrecto.

La ignorancia es el desconocimiento absoluto de la realidad o ausencia de conocimiento.

a) Error de hecho; recae en condiciones de hecho así puede ser de tipo o de prohibición, en el primero es un error respecto a los elementos del tipo, en el segundo, el sujeto cree que no es antijurídico su obrar.

b) Error esencial; es un error sobre un elemento de hecho, que impide que se de el dolo, dentro de esta causa existe a su vez, el error esencial vencible y que es cuando subsiste la culpa, a pesar del error y el error esencial invencible que es precisamente cuando no existe culpabilidad y es este error el que constituye una causa de inculpabilidad.

Error accidental; se da cuando recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho.

I) *Aberratio Lectus*; Es el error en el golpe y de todas formas se contradice a la norma.

II) *Aberratio In Persona*; Es el error sobre el pasivo del delito.

III) *Aberratio In Delicti*; Es el error en el delito y se da cuando se produce otro ilícito que no era el querido.

Por lo antes expuesto es causa de inculpabilidad únicamente el error de hecho esencial invencible.

Es importante resaltar que es más preciso hablar de error de tipo y error de prohibición en lugar de error de hecho y de derecho.

En el error de tipo consiste en que el agente obra bajo un error sobre alguno de los elementos del tipo penal, en el error de prohibición se refiere a que el agente cree erróneamente que su actuación está amparada por una causa justificativa.

**b) Eximentes putativas;** son aquellas en que el agente cree ciertamente que está amparado por causas o circunstancias justificativas.

Dentro de estas se encuentran las siguientes:

Defensa putativa; en esta el sujeto cree obrar en legítima defensa, por un error esencial e invencible, es decir, cuando un sujeto que es atacado injustamente y repeliendo la agresión confunde al agresor con otra persona, existe en su favor una causa de inculpabilidad, por error esencial invencible, originándose una defensa putativa.

Defensa putativa reciproca; en esta situación dos personas pueden obrar por error esencial invencible de hecho, ante la creencia de una agresión injusta y obrar cada uno en legitima defensa por error.

Estado de necesidad putativo; La realización de un delito puede existir cuando el agente por error esencial e invencible, cree encontrarse en un estado de necesidad.

Cumplimiento de un deber putativo; el sujeto puede creer que actúa, en cumplimiento de un deber, a causa de un error esencial e invencible.

Es importante señalar que esta figura será factible si se produce un delito por un error de la misma naturaleza, de los casos anteriores, cuando el sujeto cree que actúa en ejercicio de un derecho.

### **c) No exigibilidad de otra conducta.**

Esta figura se da cuando se produce una consecuencia típica, por las circunstancias, condiciones y características de la persona no puede esperársele y menos exigirse otro comportamiento.

Es importante señalar que el sujeto que actúa de forma contraria al derecho, por no haber tenido la posibilidad de conducirse de otra manera, su comportamiento no puede ser penado.

El reconocido penalista Eugenio Cuello Calón, al respecto establece “una conducta no puede considerarse culpable, cuando el agente, dadas las circunstancias de su situación, no pueda exigírsele una conducta distinta de la observada”<sup>46</sup>

La fracción IX del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, precisa al respecto.

**ARTÍCULO 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:**

IX. (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

46.- Citado por López Betancourt, Eduardo. Op. Cit. Pág. 242.

## II. VI IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

Imputabilidad viene de la palabra imputar, que significa poner una cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin ese alguien; y para el derecho penal sólo es alguien aquel que por sus conductas psíquicas, es sujeto de voluntad.

La imputabilidad es la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

La libertad a los efectos de la imputabilidad, es la facultad del hombre para actuar conforme a la voluntad, y entendiendo a la voluntad, en este tema como, la autodeterminación conforme al sentido, siendo así que para ser imputable es necesario ser libre, sin que todo ser libre deba ser imputable.

Podemos afirmar, que el problema relativo a la imputabilidad del hombre por sus actos ha tenido una estrecha vinculación con el concepto de libertad, ya sea que se entienda a ésta en una forma especial, lo cierto es que siempre aparece en las concepciones acerca de la imputabilidad.



La libertad de autodeterminación, únicamente significa que el hombre debe poseer un contenido de voluntades suficientes para encausar su conducta, con esto, sin embargo, no se ha llenado el contenido conceptual de la imputabilidad, pues existen voluntades que pueden satisfacer el concepto jurídico penal de la libertad y no ser fundadoras de la imputabilidad.

En los menores de edad, como en el caso de los enajenados, hay una voluntad que se manifiesta interiormente con pleno uso de sus facultades de autodeterminación y, no obstante, no hay imputabilidad porque falta en ellos y así lo establece la ley, la capacidad de comprender el carácter ilícito de su actuar conforme a este conocimiento.

Con lo antes señalado, se tiene ya otro de los componentes esenciales de imputabilidad, que es precisamente la capacidad de comprensión de lo ilícito, por lo que el término “comprensión” se debe entender como la posibilidad de penetrar intelectualmente en las cosas. Por esta situación se debe recurrir a la ley para que determine las formas de comprensión, ya que es precisamente ella la que determina las valoraciones normales o anormales y las condiciones previas para conferir la facultad de comprensión de lo antijurídico, es por ello que en la definición de imputabilidad se pueden incluir elementos normativos, ya que será la propia ley quien determine quiénes y bajo qué condiciones serán refutados como imputables.

Del anterior estudio realizado sobre los componentes de la imputabilidad, se puede definir a ésta de la siguiente manera: Imputabilidad es aquella capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme al sentido, teniendo la facultad reconocida normativamente, de entender lo antijurídico de su conducta.

Implica aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente a cometer el delito, por otra parte, el sujeto activo primero tiene que ser culpable para poder ser imputable, ya que no puede haber imputabilidad si, primeramente, no se es culpable.

A menudo se confunde la culpabilidad con la responsabilidad, pero esta última afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad puesto que es responsable el que tiene capacidad de sufrir las consecuencias del delito, más por el contrario, la culpabilidad es un elemento de carácter normativo, ya que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable, sino a quién se le puede declarar culpable de él.

Es importante señalar, que existen las acciones libres en su causa, que en latín se les conoce como "liberae in causa", son aquellas libres de causa y consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito realiza actos de manera voluntaria o culposa, que lo colocan en un estado en el cual no es inimputable y comete un acto criminal, por tanto la ley penal lo considera responsable del delito.

Se llaman así, porque son acciones libres en cuanto a su causa pero determinadas en lo referente en su efecto, la imputabilidad se funda así en el concurso de la inteligencia y de la libre voluntad humana; en consecuencia, donde faltara un libre albedrío o libertad de elección no habría aplicación de ley penal alguna, cualesquiera que fueran las circunstancias de la acción y las condiciones propias del sujeto, la imputabilidad deriva de la existencia misma de la sociedad, ya que el sujeto es causa física de la infracción, el hombre es penalmente imputable, porque lo es socialmente y porque vive en sociedad y mientras viva en ella.

### **CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.**

El aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad, y consiste en la ausencia de capacidad de querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Existen diversas causas de inimputabilidad, como son el trastorno mental, desarrollo intelectual retardado y minoría de edad, el trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre que impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión, puede ser transitorio o permanente por ingestión de alguna sustancia nociva, por un proceso patológico interno, sólo se excluye el caso en el que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

Desarrollo Intelectual retardado, es un proceso tardío de la inteligencia que provoca incapacidad para querer y entender, la sordomudez será causa de inimputabilidad sólo si el sujeto carece de capacidad de querer y entender.

Minoría de edad. Se considera que los menores de edad carecen de madurez y, por tanto, de capacidad para entender y querer, por lo que el menor no comete delitos sino infracciones a la ley.

Dichas causas se encuentran contempladas en la fracción VII del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

## **II. VII CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.**

Las condiciones objetivas de punibilidad, son aquellas exigencias establecidas por la ley, para que la pena tenga aplicación.

También pueden ser consideradas como aquellas causas que se necesitan para poder integrar una figura delictiva.

El reconocido penalista Eduardo López Betancourt, define a las condiciones objetivas de punibilidad de la siguiente manera "Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellos requisitos establecidos en algunos tipos penales, en los cuáles si no se presenta no es posible configurar el delito, de ahí que al manifestarse solo en algunos tipos penales, es por que no constituyen elementos esenciales del mismo, sino secundarios"<sup>47</sup>

Es importante señalar que las circunstancias exteriores nada tienen que ver con la acción delictiva pero su presencia condiciona la aplicación de la sanción.

47.- López Betancourt Eduardo. Op. Cit. Pág. 254.

Es preciso señalar que existen marcadas diferencias, entre las condiciones objetivas de punibilidad y los elementos constitutivos del delito, ya que los elementos constitutivos del delito integran el hecho vivificado por el elemento psicológico, las condiciones objetivas, lo presumen.

Los elementos constitutivos, se refieren al precepto contra el cual se realizan; las condiciones objetivas de punibilidad, se refiere a la sanción cuya aplicación suspenden; los elementos constitutivos son esenciales e imprescindibles para todo delito y las condiciones objetivas sólo existen excepcionalmente.

La mayoría de los penalistas niegan a las condiciones objetivas de punibilidad el rango de elemento del delito, se ha incluido en el tema de la punibilidad, por su relación estrecha con ésta, al igual que la punibilidad, las condiciones objetivas no son elementos integrantes del delito, ya que éste puede existir sin aquéllas.

Tal y como lo señala el maestro Celestino Porte Petit ya que al definir a las condiciones Objetivas de Punibilidad establece “no son elementos constitutivos del delito, ya que no se requiere su existencia”<sup>48</sup>

48. - Citado por López Betancourt, Eduardo. Op Cit. Pág. 248.

Las condiciones objetivas de punibilidad están constituidas por requisitos que la ley señala, eventualmente, para que pueda perseguirse el delito, algunos autores señalan que son requisitos de procedibilidad y de perseguibilidad, mientras que para otros son sólo simples circunstancias o hechos adicionales exigibles y, para otros más, constituyen un verdadero elemento del delito.

Para el maestro Luis Jiménez de Asúa, las condiciones objetivas de punibilidad “son aquellas de las que el legislador hace desprender, en una serie de casos, la efectividad de la pena conminada y que por ser intrínsecas e independientes del acto punible mismo no han de ser abarcadas por la culpabilidad del agente”<sup>49</sup>

En realidad, las condiciones objetivas son elementos del tipo y, a veces, tienen que ver con la intencionalidad del sujeto, otras con aspectos referentes a la perseguibilidad.

## **AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD**

El aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad, es precisamente la falta de condiciones objetivas de punibilidad, ya que la carencia de ellas hace que el delito no se castigue, de hecho viene a hacer algo semejante de atipicidad.

49.- Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII. Op.Cit. Pág. 18

Asimismo, las condiciones objetivas de punibilidad son elementos valorativos y más comúnmente, modalidades del tipo, en el caso de no presentarse constituirán formas atípicas, impidiendo la tipicidad de la conducta ilícita.

También se señala que, cuando en la conducta faltan las condiciones objetivas de punibilidad, no podrá castigarse la conducta. Asimismo, la falta de estas circunstancias ajenas o exteriores del delito, e independientes de la voluntad del agente, impedirán que la conducta se adecúe a algunos de los tipos penales, por lo que no podrá sancionarse.

Como ya lo hemos mencionado las condiciones objetivas de punibilidad son sólo requisitos que la ley señala en determinados delitos y que deben de satisfacerse, ya que en caso de que no se cumplieren, el hecho no sería punible.

Como conclusión, podemos decir que cuando no se satisfagan las condiciones objetivas de punibilidad, traerá consigo el impedimento de la aplicación de la sanción correspondiente.

Por lo cual, es importante señalar que el incumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad, se difiere de la ausencia de éstas, ya que en el incumplimiento no se llevan a cabo los requisitos que la ley establece y en la ausencia el precepto jurídico no las establece.



## II. VIII PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena, en función de la realización de cierta conducta ilícita, un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, también se utiliza para significar la imposición concreta de la pena, a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito.

Es importante señalar, que la punibilidad no es la aplicación afectiva de la sanción al delincuente, es la amenaza que hace el Estado de aplicar una pena al autor de la comisión de un delito, un hecho será punible cuando, descrito abstractamente en la ley, se encuentra conminada su realización con la aplicación de una pena.

Al hablar de la punibilidad, nos encontramos con uno de los problemas más debatidos en el campo del derecho penal, este estriba en la determinación de si la punibilidad puede adquirir el rango de elemento del delito, así 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 persona y tal merecimiento trae consigo la conminación legal de aplicación de esa sanción. Hay penalistas que señalan a la punibilidad como elemento esencial del delito y otros la consideran como una consecuencia del delito.

Entre los autores que señalan a la punibilidad como un elemento constitutivo del delito, se encuentra el maestro Francisco Pavón Vasconcelos quien argumenta que "la propia ley al definir en su artículo séptimo (Código Penal Federal) el concepto de delito señala: Que es la acción u omisión que señalan las leyes penales, por lo que afirma este tratadista, claramente se establece que la punibilidad es un elemento del delito y siendo éste el que le otorga su carácter específico"<sup>50</sup>

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos define a la punibilidad como "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en la normas jurídicas, dictada para garantizar la permanencia del orden social".<sup>51</sup>

Entre los autores que sostienen que la punibilidad es una consecuencia del delito, se pueden señalar al reconocido penalista Celestino Porte Petit el cual afirma: "cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones Objetivas de punibilidad, en la que concurre una conducta o hecho típico, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, pero no punibilidad, en tanto no se llenen las condiciones objetivas de punibilidad, lo que viene a confirmar que esta no es un elemento sino una consecuencia del delito."<sup>52</sup>

50.- Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit. Pág. 74.

51.- Citado por Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Ob. Cit. Pág. 74

52.- Citado por López Betancourt, Eduardo. Op. Cit. Pág. 257.

El maestro Fernando Castellanos Tena dice que se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito, en otros términos, es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces una amenaza estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas.

Por su parte, el maestro Ignacio Villalobos, tampoco considera a la punibilidad como un elemento del delito, ya que el concepto de éste no concuerda con la norma jurídica: "Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren este carácter porque se les sancione penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y conservación del orden en la vida gregaria y por su ejecución culpablemente. Mas no se pueden tildar como delitos por ser punibles"<sup>53</sup>

Criterio con el que definitivamente estoy totalmente de acuerdo.

Asimismo se inició con la tendencia de prescindir de la punibilidad en la definición del delito, por considerarse que ésta no constituye un elemento sustancial de su noción sino su necesaria y fundamental consecuencia.

53.- Citado por López Betancourt, Eduardo. Op. Cit. Pág. 265.

La pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir al delito, es algo externo al mismo y dado los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria, ya que al decir que la justicia se aplica por la comisión de un delito, eso no es una prueba contundente de que la punibilidad forme parte del delito.

Considero pertinente señalar, que no debe confundirse la pena con la punibilidad, ya que la primera es propiamente una forma de reacción que emplea el Estado para reprimir y prevenir las conductas delictivas, y la segunda son aquellos márgenes de tiempo que impone el legislador como castigo por la comisión de un delito.

Por lo anterior, puedo definir a la punibilidad como: Aquella amenaza o merecimiento del Estado que se relaciona con bienes jurídicamente tutelados y, de esta manera, obtener la tranquilidad y conservación del orden social.

En resumen, la punibilidad es:

Un merecimiento que otorga el Estado.

Es la barrera de la represión que su trasgresión implica llenar los presupuestos legales.

En materia penal, el Estado reacciona con mayor energía, al ejecutarse determinados comportamientos en la aplicación de las penas, existiendo la discusión en el sentido de saber si la punibilidad es o no elemento del delito.

### **EXCUSAS ABSOLUTORIAS.**

Las excusas absolutorias son el aspecto negativo de la punibilidad y, por consecuencia, no es posible la aplicación de la pena, y se pueden definir como aquellas causas que dejando subsistente el carácter ilícito de la conducta desplegada impiden la aplicación de la punibilidad.

El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal, ya que en presencia de las excusas absolutorias, los elementos del delito quedan inalterables y sólo se excluye la posibilidad de punición.

En el primer caso, sólo se exige la pena en función de nula o mínima temibilidad, en el segundo caso, en razón de la no exigibilidad de otra conducta, ya que el Estado no está en condiciones de exigir a la mujer casada otra conducta diversa.

El penalista español Francisco Muñoz Conde, expone que son la tipicidad y la punibilidad las características distintivas que diferencian la norma penal de otras.

Por esta razón, la norma que pretende imponer una obligación a través de un mandato o una prohibición, sin ligar a ellos la amenaza de una pena (punibilidad) pierde su eficacia y se convierte en una norma puramente declarativa, no podemos concebir el delito sin la punibilidad.

Asimismo, el maestro Luis Jiménez de Asúa señala que “son excusas absolutorias las causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública”<sup>54</sup>

Por tales razones, las excusas absolutorias serán aquellas circunstancias específicamente establecidas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente.

54.- Citado por López Betancourt, Eduardo. Op. Cit. Pág. 268.

La pena a diferencia de la punibilidad, entendida como forma de reacción, que emplea el Estado para reprimir y prevenir las conductas delictivas, es consecuencia del delito.

Es por ello que las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito a pesar de haberse configurado en su totalidad, carezca de punibilidad; en la legislación mexicana existen varios casos en los cuales se presenta una conducta típica, antijurídica, culpable e imputable, pero por disposición expresa de la ley penal, ésta no es sancionable.

Existen otro tipo de excusas absolutorias, que son:

- a) Excusa 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 caso de injurias, difamación o calumnia.

Es importante señalar, que la mayoría de las excusas absolutorias que se han señalado, ya son obsoletas y derogadas del ordenamiento penal vigente en el Distrito Federal y sólo dos de ellas se siguen aplicando a la realidad jurídica del derecho penal y son:

1.- Excusa en razón de los móviles afectivos revelados.

Esta es aceptada por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, ya que la conducta que el sujeto desarrolla en el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble y uno de los casos específicos es el "Encubrimiento por favorecimiento", situación que se actualiza en el caso que sean defensores, parientes consanguíneos en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, cónyuge, concubina o concubinario o persona ligada con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad, que está establecido en el artículo 321 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

2.- Excusas en razón de la maternidad consciente.

Esta figura se refiere a que no será punible el aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación, cuando de no provocarse el aborto la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, cuando a juicio de los médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presente alteraciones genéticas o congénitas, o bien, que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.



Hipótesis normativas que se encuentran reguladas en las fracciones I, II, III y IV del artículo 148 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Por lo que, consideramos pertinente señalar que las excusas absolutorias son aquellas en las que, dejando subsistente todos los elementos positivos del delito, el Estado, por razones de política criminal, no les establece punibilidad.

Las excusas absolutorias reconocidas por el derecho, difícilmente encuadran dentro de una sistematización doctrinaria, pues cambian y evolucionan de pueblo en pueblo según sus tiempos.

### **CAPÍTULO III.**

#### **ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

- III . I LA CONDUCTA Y LA AUSENCA DE CONDUCTA, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.**
  
- III . II LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.**
  
- III . III LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.**
  
- III . IV LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.**

- III . V LA IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.
  
- III .VI LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.
  
- III . VII LA PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.

**III . I LA CONDUCTA Y LA AUSENCA DE CONDUCTA, DEL TIPO  
PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL  
NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.**

El tipo penal referente a la detención de un individuo o retenerlo por más tiempo del establecido en la Constitución, se encuentra consagrado en la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y se encuentra comprendido en el Título "Vigésimo Delitos en Contra del Adecuado Desarrollo de la Justicia Cometido por Servidores Públicos", dentro del Capítulo II, bajo el rubro "DELITOS EN CONTRA DEL AMBITO DE LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA", que establece:

**"ARTÍCULO 293.** Se impondrán de dos a ocho años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, al servidor público que:

I. Detenga a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o lo retenga por más tiempo del previsto por el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional".<sup>55</sup>

**Por detención** entiendo, la restricción de la libertad de un individuo, llevada a cabo por un funcionario público o bien por un particular, siempre y cuando concurren en el momento de un delito flagrante.

55.- Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. EDITORIAL ISEF. AÑO 2004. Pág. 75

**Por retención** se entiende aquella diligencia ministerial llevada a cabo por parte del Agente del Ministerio Público, sobre una persona que fue detenida y puesta a su disposición por haber cometido un delito flagrante o bien por existir un caso urgente, siempre y cuando el delito sea considerado grave situación que trae como consecuencia que se tenga cuarenta y ocho horas para integrar la Averiguación Previa y consignarla ante los tribunales o bien noventa y seis horas en caso de delincuencia organizada.

Es importante señalar, que en la figura delictiva antes descrita, no se señala ni exige alguna circunstancia específica para su comisión, ya que del mismo tipo penal se puede ver que no requiere, para su integración, violencia física o moral, además, no señala el fin que pueda perseguir el sujeto activo ya que éste puede ser a nuestro entender, económico, por una venganza o por cualquier otro fin.

De lo cual se puede establecer, que la sola detención y retención del individuo implica propiamente la consumación del mismo.

Es necesario comentar, que el tipo penal contemplado en la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se consume por cualquiera de los medios comisivos que pueda usar el agente, así también dentro del tipo penal son varios los bienes jurídicos tutelados por el precepto legal y son los siguientes:

- 1.- La libertad personal del sujeto pasivo.
- 2.- La seguridad jurídica del individuo.
- 3.- La tranquilidad familiar del sujeto pasivo.

En la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, como ya lo mencionamos, encontramos dos hipótesis normativas, la primera de ellas es la detención de una persona y en la segunda la retención.

Ahora bien, según la conducta del agente, los delitos sólo pueden ser de dos formas de acción o de omisión.

Como lo hemos referido en el capítulo anterior, la conducta tiene cuatro elementos, que son la voluntad del sujeto activo, un acto positivo o negativo, es decir, acción u omisión, un resultado y una relación de causalidad entre el acto y el resultado (nexo causal).

En el caso concreto, en el delito en estudio, dentro de la figura de la detención nos encontramos ante un delito de acción, toda vez que para su configuración se requiere que el autor despliegue una conducta, ejercite una actividad positiva consistente en detener a un individuo fuera de los casos señalado en la ley, violando con este hacer o movimiento corporal propiamente hablando, una ley prohibitiva, por lo que esta figura no es configurable por omisión.

Ahora bien, en la figura de la retención, es importante señalar que nos encontramos ante un delito de omisión impropia, es decir, ante un delito de comisión por omisión, ya que al configurarse este delito, se requiere que el agente despliegue una conducta traducida en un “no hacer”, lo que la ley establece, violando una ley prohibitiva, ya que el no actuar del sujeto activo, omite el realizar lo que está obligado a hacer.

Para poder decir que hay ausencia de conducta, se requiere que no sea voluntad del agente realizar la conducta típica, como en el caso de la vis absoluta o fuerza irresistible, así como de la vis maior o fuerza mayor.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece “que la fuerza física exterior e irresistible se debe de entender como cierta violencia hecha del cuerpo del agente que da por resultado que éste ejecute irremediamente lo que no ha querido ejecutar, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia debe de entenderse que el sujeto activo en virtud de una fuerza física exterior irresistible cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias. A la cual se ve sometido por cuya circunstancia su acto es involuntario, 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 pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella” 56

56.- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal. 17ª Edición. Editorial Porrúa. México. 1998. Pág. 322.

Considero que no existe, en el tipo penal establecido en la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, alguna ausencia de conducta por las razones siguientes:

Al considerarse a la *Vis Maior* o fuerza mayor como una hipótesis de ausencia de conducta, en la cual el sujeto realiza una actividad o inactividad voluntaria, impulsado por una fuerza irresistible, la cual proviene de la naturaleza, hace imposible que se considere a la misma como una ausencia de conducta, ya que el sujeto activo no puede realizar una acción u omisión provocada por una fuerza mayor y que dé resultado el que éste detenga o retenga a un individuo fuera de los casos señalados por la ley.

Asimismo, no puede alegar el sujeto activo que sirvió como mero instrumento de una fuerza irresistible de la naturaleza, para la realización del delito en estudio.

La *Vis Absoluta* no es a mi juicio, una causa que se pueda considerar como ausencia de conducta, ya que esta figura de ausencia de conducta requiere de una fuerza humana irresistible e incontrolable, que haga imposible a su autor el resultado producido, y que pueda considerarse como tal, por ello esta figura no aplica como un aspecto negativo de la conducta.



Actos reflejos, estos son considerados como otra causa de ausencia de conducta, y consisten en que el sujeto no puede controlar sus actos, obedeciendo estos a movimientos corporales involuntarios; ahora bien, en el tipo penal de referencia no se puede considerar como ausencia de conducta, a la hora de detener a un individuo, ya que los funcionarios públicos son sometidos a una serie de estudios para poder realizar sus funciones en las mejores condiciones, por lo que no se puede alegar como una causa de ausencia de conducta.

Por lo que respecta a la retención, considero que los movimientos reflejos tampoco pueden invocarse como un aspecto negativo de la conducta estudiada, ya que quien los retiene es el Ministerio Público o sus auxiliares y éstos no pueden alegar un movimiento reflejo en su proceder.

El sueño, se ha considerado como se estudio en el capítulo anterior un aspecto negativo de la conducta, y que se considera como un estado de inconciencia temporal, en el que se encuentra una persona durante el sueño, por lo que no se puede considerar esta figura como ausencia de conducta al momento de detener a un individuo.

Respecto a la retención de un individuo, esta figura del sueño creo que no es posible considerarla como ausencia de conducta, en virtud de que no puede establecer el funcionario público que retuvo a un individuo por causas de sueño.

El hipnotismo, al respecto considero que no es posible invocarlo como un aspecto negativo de la conducta, ya que los funcionarios públicos deben estar realizando sus funciones al cien por ciento de su capacidad, tanto física como intelectual.

El sonambulismo, se le considera como un sueño anormal en el cual la persona que lo padece, tiene tendencias a levantarse, hablar, caminar y ejecutar ciertos movimientos, sin que pueda recordar su actuar en ningún momento; en el caso de la detención, puedo señalar que puede establecerse no factible considerarlo como ausencia de conducta, ya que si bien es cierto esta figura hace referencia a ejecutar ciertos movimientos sin que pueda recordarlos quien los realiza, también es cierto que ningún funcionario puede realizar sus funciones en este estado.

En el caso de la retención de un individuo, es pertinente señalar que el sonambulismo, tampoco opera como un aspecto negativo de la conducta, ya que es ilógico pensar que por estar sonámbulo se retenga a un individuo en la etapa de integrar la Averiguación Previa.

### **III . II LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.**

En el capítulo anterior, se estableció que el tipo es la transcripción de las conductas prohibidas hechas por el legislador, mientras que la tipicidad es la adecuación o encuadramiento de la conducta del sujeto al tipo previsto en la ley.

En el tipo penal que nos ocupa, el mismo es muy preciso ya que señala la calidad de sujeto activo aun y cuando establece dos tipos de conductas diferentes, no precisa la edad del sujeto pasivo, considerándose que pueden ser mayores y menores de edad.

Asimismo, para que el delito se configure es importante y necesario que exista un bien jurídico tutelado y que éste se lesione o bien se ponga en peligro, pues si no se está en presencia de ello, estamos netamente en frente de una causa de atipicidad.

Considerando lo anterior, esto es, que la atipicidad es la no adecuación de la conducta a la descripción del tipo penal y que la ausencia de tipo se da cuando no se encuentra descrito en el ordenamiento legal, como típico, y la ausencia de tipicidad sucede cuando falta alguno de los elementos descritos en el tipo penal.

Tenemos que en la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la conducta será atípica, cuando la detención o retención sea hecha por un particular, además, de considerarse como una figura diferente, ya que sería privación ilegal de la libertad y no un delito cometido en contra de la Procuración de Justicia; asimismo, si el funcionario público detiene en flagrancia o caso urgente a un individuo, su conducta no será típica, ya que está actuando conforme a derecho.

### III . III LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.

Es importante señalar, que la antijuridicidad es el aspecto más relevante del delito, es tan trascendental que para algunos autores, no es carácter o mero instrumento del delito, sino su más íntima esencia, su intrínseca naturaleza.

Como se puede apreciar en el capítulo anterior, para que una conducta sea antijurídica, debe ser típica y no estar amparada por una causa excluyente de responsabilidad.

La antijuridicidad tiene un doble aspecto: el formal, es cuando la conducta realizada implica una violación a una norma jurídica y el material cuando la conducta realizada es dañosa para la sociedad, por contravenir a los intereses colectivos.

En el delito que se estudia, la conducta desplegada por el sujeto activo, está investida por antijuridicidad formal, ya que viola una norma establecida por el derecho penal.

Es importante señalar que el derecho penal, tutela aquellos bienes jurídicos, que son valiosos dentro de una colectividad, por lo tanto el delito implica una lesión o peligro de dichos bienes; además, considero importante manifestar que no toda conducta que lesiona bienes jurídicos es delictiva, ya que hay circunstancias o causas cuya presencia hace que una conducta sea lícita, aun cuando sea típica y lesione intereses que tutela el derecho penal, a esas causas se le denomina causas excluyentes de responsabilidad o causas de licitud.

En el capítulo anterior establecimos que la ley y la doctrina establecen como causas excluyentes de responsabilidad, a la legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

La Legítima defensa, es la repulsa de una agresión real, actual e inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos tutelados, siendo propios o ajenos, siempre que exista la necesidad de la defensa y no medie provocación dolosa suficiente del agredido o de la persona que defiende.

El Estado de Necesidad, se presenta cuando el individuo obra impulsado por la imperiosa necesidad de salvaguardar un bien jurídico tutelado, siendo éste propio o ajeno, de un peligro real, actual e inminente, el cual no haya sido provocado dolosamente por el agente, ocasionando con su actuar una lesión a otro bien; lo anterior siempre y cuando el peligro no fuese evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.

Por lo que respecta al cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, como causas de exclusión del delito, se requiere que la acción u omisión se realice siempre que exista la necesidad racional de la conducta empleada, para cumplir el deber o ejercerlo.

De lo antes señalado, se puede establecer que estas causas de licitud, no pueden ser aplicables a las figuras contempladas en la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, ya que es muy complicado pensar que para repeler una agresión real, actual e inminente o sin derecho o para salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, se detenga un individuo o bien se retenga a un individuo privándolo ilegalmente de su libertad, sin causa justificada.

Del mismo modo, resulta incongruente pensar que la detención o retención de un individuo sea un medio racional necesario para cumplir un deber jurídico, por lo que consideramos que estas causas excluyentes del delito, no se presentan en nuestro delito en estudio.

### **III . IV LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.**

La culpabilidad constituye el juicio de reproche que se le formula al sujeto activo por su conducta típica y antijurídica.

El sujeto activo se conduce en forma contraria al derecho, por no haber tenido la posibilidad exigible de conducirse de otra manera, no puede ser penada su conducta.

Como se estudió en el capítulo anterior, en nuestro Código Penal para el Distrito Federal, las conductas pueden ser dolosas o culposas.

El delito es doloso cuando el agente conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

El delito es culposo, cuando el que produce un resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.



La culpa, como ya se estudió, puede ser conciente o inconsciente, en la primera de ellas el sujeto ha previsto el resultado, pero espera que no se produzca.

Ahora bien, en el delito en estudio se puede señalar que la conducta desplegada puede ser dolosa, ya que pudiera existir algún fin que hiciera actuar al agente por medio de una venganza u otro medio.

Pero la actuación del sujeto activo también puede ser culposa, ya que puede existir el caso en el cual por un descuido del mismo activo, prevea como posible un resultado que espera que no suceda y sucede.

Por lo que se refiere, el aspecto negativo de la culpabilidad son las causas de inculpabilidad, las cuales consisten en la absolución del sujeto activo en el juicio de reproche.

En el capítulo anterior, se estableció que nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, reconoce como causas de inculpabilidad el error de hecho esencial, las eximentes putativas y la no exigibilidad de otra conducta.

El error, como ya vimos, es la falsa apreciación de la realidad y se divide en error de hecho y error de derecho, llamado error de tipo, se encuentra contemplado en la fracción VIII incisos a) y b) del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que precisa que el agente cree lícito su comportamiento por un error invencible, al desconocer la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque cree justificada su conducta.

En el tipo penal de referencia, y particularmente la detención de un individuo, considero que puede operar el error invencible, como excluyente de responsabilidad, pero sólo en el caso de la detención, ya que puede ocurrir que por un error se detenga a un individuo, ya que el funcionario público al detener a un individuo creyendo que es el sujeto activo y, por consiguiente, considera que su conducta es legal, por lo que al actuar bajo ese error es posible que opere como causa de inculpabilidad, la figura del error esencial invencible, y dicha conducta no sea dolosa y opere como tal la excluyente de responsabilidad contemplada en la fracción VIII del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

En lo que respecta a la retención, considero que no puede operar el error esencial invencible, como causa de inculpabilidad, ya que dentro de la retención se tiene bien identificado al sujeto pasivo del delito.

Respecto a las eximintas putativas como excluyentes de responsabilidad, considero que pueden operar como causas de inculpabilidad, en el supuesto de que el Funcionario Público crea justificada su conducta, por lo que estaremos en presencia del aspecto negativo de la culpabilidad, por estar en presencia de un error esencial invencible.

Ahora bien, en relación a la no exigibilidad de otra conducta, puede operar en la figura del Caso Urgente, ya que en el supuesto de que el Funcionario Público, por cuestiones de no poder ocurrir a la autoridad judicial por razones de hora u otras circunstancias, tendrá que retener a dicho sujeto y, por tal razón, no se le puede exigir una conducta diferente a la realizada.

También es necesario comentar, que en la figura de la detención no considero que pueda operar como causa de inculpabilidad la no exigibilidad de otra conducta, ya que el funcionario público no puede alegar a su favor que no se le puede exigir un comportamiento diferente, ya que para que opere dicha figura es necesario que existan la flagrancia o caso urgente.

### **III . V LA IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.**

Como lo manifesté en el capítulo anterior, la imputabilidad es la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

Por lo que respecta al delito en estudio, consagrado en la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el Funcionario Público siempre será imputable, ya que el mismo es mayor de edad y tiene la facultad de comprender el carácter ilícito de su conducta.

Asimismo, la capacidad de comprensión de lo ilícito, se debe entender como la posibilidad de penetrar intelectualmente en las cosas y que, en la realidad jurídica, el sujeto activo del delito en muchas ocasiones conoce perfectamente el carácter ilícito de su conducta.

Por lo que se refiere a las acciones libres en su causa, considero y sostengo que esta figura no puede invocarse por parte de los Funcionarios Públicos, ya que no es lógico que se coloque en un estado en el cual realice conductas ilícitas y poder establecer que fueron cometidas en un estado de inimputabilidad.

Las acciones libres en su causa se presentan no solamente en los delitos dolosos, sino también frecuentemente en los delitos culposos.

Al ser Funcionarios Públicos no pueden ingerir bebidas embriagantes, ni estupefacientes en el momento de estar en funciones, ya que el sujeto utiliza como medio su persona, como un instrumento, puesto que en el momento de tener la capacidad de querer y entender, se pone él mismo en un estado de inconciencia, por lo que no es posible considerar que su conducta está amparada por una causa de inimputabilidad.

Respecto de las causas de inimputabilidad, establecidas en la fracción VII del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, como lo son la falta de capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o no poderse conducir de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

Considero que no es posible aplicar una causa de inimputabilidad, en las figuras de la detención o retención de un individuo a las que se refiere el artículo 293, fracción I, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en virtud de las siguientes consideraciones.

1.- Falta de capacidad de comprender el carácter ilícito del delito, esta causa de inimputabilidad se refiere a la minoría de edad y, por su puesto, que los funcionarios públicos en ningún caso y por ningún motivo pueden ejercer funciones si no tienen la mayoría de edad establecida, entendiéndose como tal la edad de 18 años.

2.- Trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, situaciones que hacen sospechar que el inculgado esté loco, idiota, imbécil o bien sufra cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, hecho que no puede darse en un funcionario público, ya que por disposiciones internas son estos sometidos a diversos estudios, tales como psicológicos, psicométricos, toxicológicos, etc. Y por estas situaciones sostengo que no es posible invocar dicha figura como causa excluyente de responsabilidad.

**III.VI LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU  
ASPECTO NEGATIVO, DEL TIPO PREVISTO EN LA  
FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO  
PENAL PARA EL D.F.**

Las condiciones objetivas de punibilidad, son aquellas exigencias establecidas por la ley, para que la pena tenga aplicación.

También pueden ser consideradas como aquellas causas que se necesitan para poder integrar una figura delictiva, pero haciendo la aclaración de que no en todos los delitos son indispensables, por lo tanto, a mi juicio, no las considero como un elemento constitutivo del mismo, ya que no se requiere de su existencia para poder integrar el delito.

Las condiciones Objetivas de punibilidad en el delito en estudio, no se presentan, ya que como lo he manifestado, no forman un elemento constitutivo del delito y no se requieren para integrar el mismo, ya que no los requiere el tipo penal establecido en la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

La falta de condiciones objetivas de punibilidad, es el aspecto negativo de las mismas.

Como se ha manejado en el capítulo anterior, las condiciones objetivas de punibilidad son elementos valorativos y, como en el tipo penal estudiado en la presente tesis, no requiere de las condiciones objetivas de punibilidad, es innecesario hablar de su aspecto negativo, ya que en la conducta delictiva, no puede invocarse un aspecto negativo sino existe el positivo.



### III . VII LA PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS, DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.

Se dice que una conducta es punible cuando por su naturaleza amerita ser penada, en función o por razón de la comisión de un delito.

La punibilidad, como lo manifesté en el capítulo anterior, se entiende como aquella amenaza o merecimiento del Estado que se relaciona con bienes jurídicamente tutelados y, de esta manera, obtener la tranquilidad y conservación del orden social.

Asimismo, es importante señalar que no es un elemento del delito sino su necesaria consecuencia y en relación a la punibilidad establecida, en la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal a la letra dice:

**“ARTÍCULO 293.** Se impondrá de dos a ocho años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, al servidor público que:

I. Detenga a un individuo durante la Averiguación Previa fuera de los casos señalados por la ley, o lo retenga por más tiempo del previsto por el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional”.<sup>57</sup>

57.- Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. EDITORIAL ISEF. AÑO 2005. Pág. 75

De lo anteriormente señalado, es necesario comentar que la punibilidad de dos a ocho años de prisión que se impondría al Funcionario Público que realice la conducta antes descrita y que es materia de esta tesis, la considero reducida y que debería de considerarse como grave esa conducta en función de:

1.- Ser un funcionario Público quien realiza la figura delictiva, descrita en el tipo penal de referencia, por lo tanto existe una calidad específica de sujeto activo.

2.- En virtud de los bienes jurídicos que se violan y al ser estos de suma trascendencia en el derecho penal y son:

- a) La libertad personal.
- b) La tranquilidad familiar.
- c) La seguridad colectiva de la sociedad.

Es importante señalar, que el precepto de regencia no hace alusión a la existencia de una agravante en los casos en que el delito se lleve a cabo con violencia física o moral, situación que la considero preocupante en virtud de que los funcionarios públicos no tienen una limitante en la manera de llevar a cabo sus funciones.

Por lo que, es de proponerse y se propone que la punibilidad del delito establecida en la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal sea reformada y se considere grave por los señalamientos ya expuestos.

El aspecto negativo de la punibilidad la constituyen las excusas absolutorias, las cuales son aquellas que, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta, impiden la aplicación de la pena.

Las excusas absolutorias son circunstancias que dejan impune al delito, así el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, contempla varias excusas absolutorias, como lo son el aborto producido por imprudencia de la mujer embarazada, o bien, cuando el aborto sea producido a consecuencia de una violación, otra excusa absoluta se establece en el delito de encubrimiento por favorecimiento, cuando el mismo se realiza teniendo la calidad de defensor, ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, cónyuge, concubina o concubinario o persona ligada por el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

Tratándose de las figuras de detención o retención de un individuo, no se encuentra contemplado en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal excusa absoluta alguna.

## **CAPÍTULO IV.**

### **LA TENTATIVA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

#### **IV. I EL ITER CRIMINIS.**

- c) LA FASE INTERNA.
- d) LA FASE EXTERNA.

#### **IV. II CONCEPTO DE TENTATIVA**

- c) ACABADA.
- d) INACABADA.

#### **IV. III LA TENTATIVA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

#### IV. I EL ITER CRIMINIS.

Es importante manifestar que para poder entender la tentativa, es vital señalar los siguientes puntos que llevan a realizar una determinada conducta, asimismo, comento, que todo delito tiene un proceso, al que se le puede llamar como "vida del delito" o, como se le conoce en el ámbito del derecho penal, el Iter Criminis, este proceso o vida del delito consiste en dos fases, pero hacemos mención que la vida del delito, sólo se presenta en los delitos dolosos y materiales.

En cuanto a las fases del Iter Criminis, es importante señalar que el delito nace como idea en la mente del hombre, pero aparece exteriormente después de un proceso interno, más o menos prolongado, por lo que a la trayectoria desplazada por el delito desde sus inicios hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna y es, precisamente, con la manifestación cuando principia la fase externa, la cual ha de terminar con la ejecución.

El Iter Criminis se integra:

a) La Fase Interna. La cual se conforma por aquellos momentos en que el delito, sólo se encuentra en la psique del sujeto activo, por lo cual sólo dicho sujeto sabe de la existencia del ilícito y, por consiguiente, no se puede tener una prueba del mismo, esta fase se subdivide en tres momentos importantes:

I.- La Idea Criminosa. Consiste en el momento en que se abriga en el sujeto, el deseo o el impulso de cometer un delito propiamente y que se entiende como las primeras manifestaciones de contenido intelectual de delinquir y que van directamente encaminadas a examinar la posibilidad de llevar a cabo, en un futuro o tiempo determinado, una conducta criminal.

II.- La deliberación. Este momento se da, cuando en el sujeto, en su interior, se presenta una lucha para poder discernir entre cometer o no el delito, es decir, la fuerza del bien y del mal, para imponerse.

III.- La resolución. Se presenta este momento, cuando en el agente existe la decisión de llevar a cabo dicha conducta delictiva, por lo que existe en el sujeto, el convencimiento firme de hacerlo.

b) Fase Externa. Esta fase se conforma con aquella serie de actos, que el agente despliega para poder manifestar el deseo de realizar la conducta delictiva.

I.- La Manifestación. Consiste en que el sujeto activo, exterioriza y declara a los demás la realización de la conducta ilícita.

II.- La Preparación. Es en este momento cuando el agente realiza todos y cada uno de los actos, con el objeto o finalidad de servir para la comisión del delito.

III.- La Ejecución. Es precisamente este momento en el cual se realiza la conducta que ha manifestado, ya sea con aquellos medios preparados o bien por otros; asimismo, se adecua la conducta a un tipo penal, en el cual el Derecho Penal protege el bien jurídico tutelado, llegándose así a la consumación del delito.

Al respecto el Maestro Francisco Pavón Vasconcelos, refiere "Tradicionalmente distíngase en el Iter Criminis (camino del delito) la fase interna de la externa, llamadas también subjetiva y objetiva, es decir, el delito se encuentra en fase interna cuando aún no ha sido exteriorizado y no ha salido de la mente del autor, en tal estado se colocan a la idea, a la deliberación y a la resolución de delinquir"<sup>58</sup>.

58.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. 5ª Edición. Editorial Porrúa. México 1998. Pág. 1

#### IV. II CONCEPTO DE TENTATIVA.

Existen ocasiones en los cuales el delito no llega a su fin preponderante, es decir, a concluirse por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo del delito, es precisamente en ese momento cuando surge la figura de la tentativa, la cual requiere de actos idóneos e inequívocos.

El reconocido penalista Edmundo Mezger considera a la tentativa como "una causa extensiva de la pena que amplifica el carácter delictivo de los hechos tipificados en la parte especial de los códigos y que, por ello, establece una especial tipicidad ubicada más allá del círculo del delito consumado".<sup>59</sup>

Definimos a la tentativa como aquellos actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, es decir, la conducta delictiva no llega a concluirse por causas ajenas al deseo o intención del agente.

Es importante señalar que esto puede ocurrir cuando el agente suspenda los actos de ejecución que consumirían al delito mismo, a la cual se le llama tentativa inacabada; o bien, ya sea que el agente realice todos los actos consumativos del mismo que habrán de producir el resultado, no ocurriendo este por causas ajenas a la voluntad del agente, ya sea imprevista o fortuita, la llamada tentativa acabada.

59.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 25.



"Inicialmente se adoptó la clasificación bipartita, diferenciándose entre delito consumado y tentativa, sin distinguir; en cuanto a ésta, si los actos realizados agotaban o no subjetivamente el delito. Por lo que a lo largo del tiempo se distinguió la tentativa del delito frustrado, señalando como carácter de aquella su imperfección, respecto a la actividad ejecutiva, al contrario de la frustración, en la cual el sujeto realiza todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado, sin que este llegue a verificarse por causas ajenas a su voluntad.

"CARRARA distinguió con gran tino, entre delito perfecto y delito imperfecto. En el primero la violación al derecho tutelado se consuma, mientras en el segundo no llega a realizarse a pesar de la voluntad proyectada a ese fin a través de actos apropiados. Así el delito es imperfecto cuando imperfecta ha quedado la acción al interrumpir el curso de sus momentos físicos, o porque éste ha sido insuficientemente promovido, o cuando aun siendo perfecta la acción, en todo lo necesario a alcanzar el fin propuesto, el efecto no ha sido logrado debido a su impedimento imprevisto.

"Es importante señalar que existe diferencia entre tentativa y frustración, y que se basa precisamente en la ejecución subjetiva y objetiva. En la tentativa, la ejecución resulta incompleta tanto subjetiva como objetivamente.

“Mientras en el delito frustrado, la acción es completa en el ámbito subjetivo, pero incompleta en el objetivo, en virtud de la no verificación del evento por causas ajenas a la voluntad del autor, pero observando que, tanto en una como en la otra, se requieren actos de ejecución del delito, pero mientras en la tentativa sólo se practica una parte de los necesarios para llegar a la consumación del hecho requerido, en la frustración, se llevan a cabo todos los que lógicamente podrían haberla producido, a pesar de lo cual el delito no se consuma”.<sup>60</sup>

En la actualidad, dentro de los códigos modernos que se abocan a la clasificación que se hace de la tentativa, en la cual existe en ella la tentativa acabada y la tentativa inacabada, es importante señalar que carece de importancia el hablar de la distinción entre tentativa y delito frustrado, pues el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal sólo se refiere a la tentativa.

Por lo que, la tentativa se origina cuando los actos de ejecución se interrumpen por causas ajenas de la voluntad del agente, ya que la intención del sujeto activo es pretender que, a través de los actos consumativos, se realice la conducta o hecho delictivo.

60.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 18 y 19.

Es importante señalar que para que la tentativa sea punible, es vital que la conducta de delinquir se exteriorice, ejecutando todos y cada uno de los actos tendientes a la realización de la conducta delictiva, la cual no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad de sujeto activo, pero si la consumación no se lleva a cabo por voluntad propia del agente, la tentativa definitivamente no es punible.

Es necesario señalar, que la distinción entre tentativa acabada e inacabada, no se refiere al resultado del acto, sino al término de la actividad desplegada. En la tentativa inacabada, el sujeto no ha realizado todos los actos requeridos de su parte para la consumación del delito, en tanto en la acabada sí se han verificado todos los actos, sin que en ambas el resultado se haya producido en virtud de causas ajenas a su voluntad.

Para el propio autor, y respecto a la delimitación entre ambas tentativas, es propiamente la resolución del agente la base determinante, pues creo que sólo en el sentido subjetivo del propio autor, se podría llegar al conocimiento si ha verificado todo lo necesario de su parte para la consumación del delito o no.

a) De lo anterior, podemos definir a la tentativa inacabada cuando el sujeto activo no realiza todos los actos tendientes a la ejecución del delito por causas ajenas a su voluntad, es decir, cuando el sujeto activo ha realizado en forma incompleta los actos ejecutivos tendientes a la consumación del delito, por lo que este no llega a perfeccionarse.

En la tentativa inacabada se encuentra la intención de cometer el delito la ejecución, la realización incompleta de los actos ejecutivos, así como la falta de consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Si la voluntad de ejecutarse se interrumpe por voluntad del agente, se habla de tentativa inacabada por propio consentimiento y no se considera punible, ya que para que la tentativa inacabada sea punible se requiere que el acto consumativo que lleve a cabo la plena realización del delito, se omita por causas ajenas a la voluntad del agente.

**b)** La tentativa acabada es aquella cuando el sujeto realiza todos los actos tendientes a la realización del delito, pero éste no llega a producirse por causas ajenas a su voluntad.

Por lo que, en la tentativa acabada encontramos la intención de cometer el delito, el inicio de la ejecución y la realización completa de los actos ejecutivos, pero también la falta de consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

Como ejemplo de la tentativa acabada, en la cual la consumación no se da por causas ajenas a la voluntad del agente, tenemos la circunstancia de que el sujeto activo, a pesar de haber agotado todos los actos necesarios para cometer el delito, es impedido para llevar a cabo la consumación del mismo por algún caso imprevisto, en este caso la tentativa es punible.

De lo anterior, se desprende que se puede producir el desistimiento y arrepentimiento del delito, que sucede cuando el sujeto de una manera espontánea desiste la ejecución, o bien, impide la consumación del mismo por existir en su "yo interno" el deseo de no delinquir, es decir, cuando el agente por convicción decide no cometer el ilícito momentos antes de que debería realizar la conducta ilícita; en este sentido, no existirá punibilidad para el autor, independientemente de que por las circunstancias se pueda producir o derivar otro delito.

En este caso, es importante señalar que no se puede sancionar, toda vez que no existe la voluntad en el momento mismo de la ejecución del delito ya que falta la realización de la conducta del sujeto activo para adecuarse al tipo penal respectivo y, se puede señalar, que existe la falta de ejecución por la propia voluntad del agente.

La tentativa, el desistimiento y arrepentimiento, encuentran su fundamento en los artículos 20 y 21 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

**IV. III LA TENTATIVA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 293  
DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO  
FEDERAL.**

La fracción primera del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal señala:

**“ARTÍCULO 293.** Se impondrá de dos a ocho años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, al servidor público que:

I. Detenga a un individuo durante la Averiguación Previa fuera de los casos señalados por la ley, o lo retenga por más tiempo del previsto por el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional”.<sup>61</sup>

Como se desprende de la figura delictiva antes descrita existen dos hipótesis normativas que son las siguientes: detener o retener.

<sup>61</sup>.- Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. EDITORIAL ISEF. AÑO 2005. Pág. 75

De lo anterior, se desprende de la primera figura que es una conducta de acción, ya que el sujeto activo necesita de un movimiento corporal voluntario para llevar a cabo la detención, por lo que estimamos que sí es configurable la tentativa en este delito.

Por lo que respecta a la segunda figura delictiva, que es la retención, ésta es una conducta de omisión, ya que el sujeto activo no realiza el movimiento corporal esperado, el cual debía de producir un cambio en el mundo exterior. Por lo que, consideramos que la tentativa también es configurable en este delito en específico.

## C O N C L U S I O N E S

1.- Es la libertad personal un derecho Constitucional e inherente al individuo de poder transitar a su libre albedrío, con la limitante de no traspasar, vulnerar o violentar los límites y disposiciones establecidas en la ley.

2.- Creo que fue muy acertado, por parte de los legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, separar este tipo penal de los delitos cometidos en el ámbito de la Administración de Justicia y encuadrarlo en los delitos cometidos dentro de la Procuración de Justicia.

3.- Es importante señalar que las figuras de la detención y retención, a que se refiere la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, vulneran no sólo la libertad del individuo en el cual se agota dicha conducta delictiva, sino también la tranquilidad familiar y a la sociedad en general.

4.- El tipo penal de referencia se consuma en el mismo momento en el que se desplaza la conducta delictiva, independientemente de cualquiera que sea el medio comisivo utilizado y sin importar el fin que persiga el sujeto activo del delito.

5.- En el delito estudiado en la presente tesis, son varios los bienes jurídicos que se tutelan a través del tipo penal de referencia y que son: la libertad personal del sujeto pasivo, la tranquilidad familiar y la seguridad colectiva de la sociedad.



6.- El tipo penal establecido en la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, contempla dos hipótesis diferentes, la primera es la detención de un individuo, conducta traducida en una acción positiva, en llevar a cabo un movimiento propiamente corporal, en tanto que la figura de la retención es una figura negativa, es decir, una omisión impropia (Comisión por omisión) traducida en un “no hacer”, lo que la ley espera que haga.

7.- Considero que los términos de detención y retención no son si no una privación ilegal de la libertad en el individuo, que provoca una gran alarma en la sociedad.

8.- Del estudio realizado anteriormente, se desprende que la punibilidad del delito contemplado en la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es reducida, si tomamos en consideración la calidad del o los sujetos activos del delito, que vienen siendo Funcionarios Públicos, así también en razón de los bienes jurídicos lesionados.

9.- Considero importante aumentar la punibilidad de dicho delito para que se tipifique como grave y reformar dicha fracción, para que, cuando la detención o retención se hagan con violencia física o moral, se aumente más dicha punibilidad al servidor público que realice la descripción legal del delito.

10.- La aplicación de la Teoría del Delito, tanto en sus elementos positivos como en los negativos, se plasmaron en la fracción I del artículo 293 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, siendo de esta manera más fácil su análisis a la luz de la dogmática jurídica penal.

11.- Es innegable afirmar y necesario comentar que existe la posibilidad de darse un incremento desmedido en este tipo penal, ya que al ser demasiado benevolente la sanción establecida en él, dichos funcionarios públicos actúan arbitraria e ilegalmente en base al poder que se les ha conferido por el Estado.

## **BIBLIOGRAFIA.**

- 1.- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 14ª Edición. Editorial Porrúa. México 2002.
  
- 2.- Díaz Aranda, Enrique. Dolo. 4ª Edición. Editorial Porrúa. México 2002.
  
- 3.- Echandía Reyes, Alfonso. Antijuridicidad. 4ª Edición. Editorial Temis, S.A. Colombia 1999.
  
- 4.- Hans Welsen. Derecho Penal Alemán. 4ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Chile 1976.
  
- 5.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. 5ª Edición. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires 1992.
  
- 6.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa. México 1994.
  
- 7.- Lara Espinoza Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal. 2ª Edición. Editorial Porrúa. México 1999.

8.- Medina Peñaloza, Sergio J. Teoría del Delito. 2ª Edición. Editorial Ángel Editor. México 2003.

9.- Moreno Hernández, Moisés. Rodolfo Félix Cárdenas. Comentarios en Torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Editorial. Cepolcrim. México 2003

10.- Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. 2ª Edición. Editorial TEMIS, S.A. Colombia 2001.

11.- Orellana Wiarco Octavio. Teoría del Delito. 5ª Edición. Editorial Porrúa. México 1997.

12.-Orellana Wiarco Octavio. Curso de Derecho Penal. 1ª Edición. Editorial Porrúa. México 1999.

13.- Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. 13ª Edición. Editorial Porrúa. México 2002.

14.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve Ensayo Sobre la Tentativa. 5ª Edición. Editorial Porrúa. México 1998.

15.- Plascencia Villanueva, Raúl. Teoría del Delito. Editorial UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1998.

16.- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 17ª Edición. Editorial Porrúa. México 1998.

17.- Raúl Carrancá y Trujillo. Raúl Carrancá y Rivas. Código Penal Anotado. Vigésimo segunda Edición. México 1999. Editorial Porrúa.

18.- Solsona F., Enrique. Delitos Contra la Libertad. 1ª Edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina 1987.

19.- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. Inimputabilidad y Sistema Penal. Editorial Temis, S.A. Bogotá 1996.

20.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 5ª Edición. Editorial Porrúa. México 1990.

21.- Zamora- Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. 9ª Edición. Editorial Porrúa. México 1998.

22.- Zaffaroni Raúl, Eugenio. Teoría del Delito. 1ª Edición. Editorial Ediar. Argentina 1973.

23.- Zaffaroni Raúl, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. 1ª Edición. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. 1988.

### LEGISLACIÓN.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 13a Edición. Editorial CEID, S.A. México 2004.

NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 10ª Edición. Editorial ISEF, S.A. México 2004.

NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 11ª Edición. Editorial ISEF, S.A. México 2005

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 10ª Edición. Editorial ISEF, S.A. México 2004.

LEYES PENALES MEXICANAS. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tomo I.  
México 1979.

LEYES PENALES MEXICANAS. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tomo III.  
México 1979.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES.  
Edición Oficial, Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación,  
México 1929.

TEXTO COMPARATIVO DEL CÓDIGO PENAL de 1931 y las Reformas que se  
Publicaron en el Diario Oficial del 13 de enero de 1984. Instituto Nacional de  
Ciencias Penales. México 1985.