

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**FACULTAD DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ACATLÁN
FACULTAD DE DERECHO**

**ANÁLISIS DEL TIPO DE SECUESTRO PREVISTO EN EL “ARTÍCULO 164
FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENALVIGENTE PARA EL DISTRITO
FEDERAL”, A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DELITO.**

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
SÁNCHEZ ESCOBAR GABRIEL ALEJANDRO
ASESOR
ADOLFO JESÚS YEBRA MOSQUEDA**

ACATLÁN DE JUÁREZ, EDO. DE MÉXICO

2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO.

Por darme la oportunidad de ser uno de sus hijos, uno de sus orgullosos hijos que portarán los colores azul y oro para toda la vida con orgullo y responsabilidad... GRACIAS.

A LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN.

Por brindarme sus aulas y espacios en general para formarme como profesionista cubriéndome de principios, lugar donde dejé conocidos y conservo amigos.

A DIOS.

Por darme LUZ, SALUD y FE para lograr mis objetivos haciendo ligero mi camino bajo su batuta.

A MI FAMILIA SIN DISTINCIÓN

Por que todos y cada uno de ustedes supieron apoyarme cada uno a su manera, pero siempre incondicionalmente.

A MI MADRE INOCENCIA ESCOBAR MARTINEZ

Por darme la vida, por apoyarme en todo sin cuestionamientos, por estar conmigo en las buenas y en las malas... por ser tú, única gracias Mamá.

A MI PADRE MARCOS JUAN SÁNCHEZ GARCÍA

Por haber sido mi padre, al que nunca voy a decepcionar, por que sé que desde el cielo me apoyas y me das fuerza para seguir adelante cada día, por haberme dado la oportunidad de ser tu hijo y de recordarte día a día mediante tu ejemplo.

A MIS HERMANAS, LAURA, OLGA, PATRICIA Y DELIA.

Las cuales sin su apoyo no sería quien soy ahora, gracias a ustedes por dejarme aprender lo mejor de cada una, por tener un buen ejemplo en ustedes y por saber día a día que siempre puedo contar con ustedes... GRACIAS.

A MIS CUÑADOS JORGE, GERMÁN Y ANTONIO.

Sin distinción alguna, gracias por ser como son, por cuidarme, apoyarme e interesarse en lo que hago, por ayudarme a aprender a manejar mi vida.

AL LIC. JESÚS ADOLFO YEBRA MOSQUEDA

Por brindarme su apoyo y sapiencia para realizar este trabajo... GRACIAS PROFESOR.

AL LIC. ERNESTO ROMERO ORTEGA.

Por ser un gran amigo y abrirme su confianza para dar mis primero pasos en el mundo jurídico... y en la bicicleta.

ESTE ESPACIO ES DIRIGIDO A TODAS AQUELLAS PERSONAS QUE FUERON, SON Y SERÁN IMPORTANTES EN MI VIDA, POR DETALLES ESPECIALES QUE TUVE CON USTEDES, PASE LO QUE PASE EN EL FUTURO.

A MIS AMIGOS EN GENERAL

Por que mencionar uno por uno podría provocar que olvidara alguno y eso sería injusto, ya que todos y cada uno de ustedes son pieza clave para haber logrado este trabajo, además ustedes saben quines son.

A LA FAMILIA HERNÁNDEZ ROMERO

Por brindarme su apoyo incondicional, por dejarme entrar en su vida por darme lo mas preciado de su familia, su confianza y cariño, gracias ratona.

AL DR. JOSÉ GUADALUPE ÁLVAREZ ALMANZA

Por haber encontrado un amigo dentro de la oscuridad, por encontrar en usted a un buen ejemplo humano gracias.

AL LIC. JUAN CARLOS HUERTA LUNA

Por ser mi primer jefe, por aprenderle demasiado, por enseñarme más de lo que usted cree, por enseñarme que la vida en este trabajo no es nada fácil, más cuando uno busca tener responsabilidades y no quererse rendir.

A LA LIC. MIRIAM ERIKA FOURNIER LEMUS

Por brindarme su apoyo y ternura, por ser mi jefa en turno y brindarme toda su confianza desde el primer momento, sin haberme conocido, gracias por no dudar de mi.

A TODOS MIS MAESTRO UNIVERSITARIOS

Y a todas las demás personas que omití señalar en estas breves líneas pero que tengo presente en mi mente.

Gracias a todos.

INDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO PRIMERO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	8
1.1 Código Penal 1871	8
1.2 Código Penal 1929	12
1.3 Código Penal 1931	13
1.4 Nuevo Código Penal para el D.F.	16
CAPITULO SEGUNDO. TEORÍA DEL DELITO	
2.1 Concepto de Delito	21
2.2 Conducta	24
2.2.1 Formas de conducta	27
2.2.1.1 Acción	28
2.2.1.2 Omisión	29
2.2.1.3 Comisión por Omisión	31
2.3 Ausencia de Conducta	33
2.4 Tipicidad	36
2.4.1 Tipo	36
2.4.1.1 Elementos subjetivos del tipo	39
2.4.1.2 Elementos normativos del tipo	40
2.4.1.3 Elementos objetivos del tipo	40
2.4.1.4 Clasificación de los tipos	41
2.4.2 Tipicidad	41
2.5 Atipicidad	53
2.6 Antijuridicidad	56
2.6.1 Antijuridicidad, Ilícitud e Injusto	58
2.7 Causas de Justificación o exclusión del delito	59
2.7.1 Consentimiento del titular	61
2.7.2 Legítima de defensa	63
2.7.2.1 Exceso en la defensa	66
2.7.3 Estado de necesidad	67

2.7.4 Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho	69
2.8 Imputabilidad	72
2.8.1 La Actio Liberae In Causa	73
2.9 Causas de exclusión de la imputabilidad	74
2.9.1 Los Menores de edad	77
2.10 Culpabilidad	78
2.10.1 Dolo	82
2.10.1.1 Dolo directo	83
2.10.1.2 Dolo eventual	84
2.10.2 Culpa	85
2.10.2.1 Culpa consciente o con representación	88
2.10.2.2 Culpa inconsciente o sin representación	90
2.10.3 Preterintención	91
2.11 Causas de inculpabilidad	91
2.11.1 El error	93
2.11.1.1 El error accidental	93
2.11.1.2 El error esencial	94
2.11.1.3 Eximientes Putativas o error de permisión	96
2.11.2 Temor fundado o coacción moral	97
2.11.3 Obediencia jerárquico-legítima	97
2.11.4 La no exigibilidad de otra conducta	97
2.11.5 Estado de necesidad exculpante	98
2.12 Punibilidad	99
2.13 Excusas absolutorias.	101

CAPITULO TERCERO. ANALISIS DEL ARTÍCULO 164 FRACCIÓN I DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DELITO.

3.1 Art. 163 del nuevo Código Penal para el D.F.	104
3.2 La <i>conducta</i> en el tipo de la fracción I del nuevo Código Penal para el D.F.	105
3.3 La <i>ausencia de conducta</i> en el tipo de la fracción I del nuevo Código Penal para el D.F.	106

3.4 La <i>tipicidad</i> en el tipo de la fracción I del nuevo Código Penal para el D.F.	108
3.4.1 El tipo de secuestro	109
3.4.2 La <i>tipicidad</i>	111
3.5 La <i>atipicidad</i> en el tipo de la fracción I del nuevo Código Penal para el D.F.	124
3.6 La <i>antijuridicidad</i> en el tipo de la fracción I del nuevo Código Penal para el D.F.	126
3.7 La <i>causas de justificación o exclusión del delito</i> en el tipo de la fracción I del nuevo Código Penal para el D.F.	127
3.7.1 consentimiento del titular	127
3.7.2 legítima defensa	128
3.7.3 Estado de necesidad	130
3.7.4 Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho	131
3.8 La <i>imputabilidad</i> en el tipo de la fracción I del nuevo Código Penal para el D.F.	132
3.9 Las <i>causas de exclusión de la imputabilidad</i> en el tipo de la fracción I del nuevo Código Penal para el D.F.	133
3.9.1 Los menores de edad	134
3.10 La <i>culpabilidad</i> en el tipo de la fracción I del nuevo Código Penal para el D.F.	135
3.11 Las <i>causas de inculpabilidad</i> en el tipo de la fracción I del nuevo Código Penal para el D.F.	139
3.12 La <i>punibilidad</i> en el tipo de la fracción I del nuevo Código Penal para el D.F.	142
3.13 Las <i>excusas absolutorias</i> en el tipo de la fracción I del nuevo Código Penal para el D.F.	143

CAPITULO CUARTO. LA TENTATIVA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 164 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1 Tentativa	144
4.1.1 Fundamento de la tentativa	144

4.1.2 Concepto de tentativa	145
4.1.3 Limite mínimo de la tentativa	147
4.1.4 Limite máximo de la tentativa	148
4.1.5 Actos preparatorios y de ejecución	148
4.1.6 Delito Imposible	150
4.2 Formas de tentativa	151
4.2.1 El desistimiento y el arrepentimiento	152
4.3 El Iter Criminis	153
4.3.1 Fase Interna	154
4.3.2 Fase Externa	155
4.4 La tentativa en la fracción I del artículo 164 del nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal	157
4.4.1 El Iter Criminis en el delito de secuestro	161
4.4.1.1 Fase interna	162
4.4.1.2 Fase externa	162
5 CONCLUSIONES	164
6 BIBLIOGRAFÍA	167

INTRODUCCIÓN

No cabe duda que el Derecho Penal ha evolucionado considerablemente a través del tiempo, lo que es más, es una de las ramas del derecho que más cambios ha sufrido; lo anterior debido a que el tiempo y la vida en sociedad cambia y el derecho penal tiene la obligación de adaptarse, lo que antes era considerado como una falta grave, ahora no puede serlo, y al contrario, lo que ahora es delito, tiempo atrás pudo no haber estado ni siquiera en la mente de los juristas de aquella época.

Otro de los ejemplos de esta evolución es el constante cambio, de las modalidades de los delitos, los cuales cada vez son más cerrados, y en su caso, complejos.

Uno de estos delitos es el llamado secuestro, antes privación ilegal de la libertad con propósito de obtener rescate, delito que ha afectado en consideración a la sociedad en general, el cual deberá ser analizado a la luz de la Teoría del Delito. Esta Teoría del Delito es la base para el análisis de un delito, cualquiera que este sea, sin embargo la selección del delito de secuestro se debe a que sin duda el tipo penal de secuestro es uno de los más complejos, por ser un delito, que puede traer aparejado muchas consideraciones, las cuales van haciendo al tipo penal más complejo cada vez.

Es por eso que el autor considera de gran importancia el conocimiento de la Teoría del Delito, como un arma fundamental para el Abogado Penalista, la cual evoluciona constantemente, sin embargo, también hay que considerar que el objetivo de este trabajo es demostrar que la escuela que cada profesional en la materia, maneje o se encuentre de acuerdo, irá acorde a la ley vigente en el momento de la comisión de hecho, lo que significa que el Derecho Penal, por muy evolucionado que esté, si el Estado en el que es aplicado no se encuentra a la altura de el Derecho Penal, simplemente, no funcionará.

Es por esto, que el tema seleccionado puede no ser muy impactante, para el lector a simple vista, sin embargo lo podrá ser una vez cerciorándose de que es fundamental el saber las bases de la Teoría del Delito y con esto poder analizar el delito que sea sin dificultad alguna.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 CÓDIGO PENAL DE 1871.

El antecedente del delito de secuestro en nuestra legislación penal mexicana se percata con claridad en el código penal de 1871 dentro de los siguientes artículos:

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

I. Para venderlo, ponerlo contra su voluntad al servicio público de un particular.

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

Es menester realizar la alusión de que se mencionó en los articulados anteriores la denominación de plagio, el cual en el tipo penal de la época comprendía lo que ahora conocemos como "Privación ilegal de la libertad y los conceptos de violencia física o moral, señalando el objeto, el cual podía ser la persona (sujeto pasivo) o las modalidades a las que hace alusión la fracción II.

Ya en el artículo 627 se establecía que este tipo de delito se castigaría de manera similar en el caso de que el sujeto activo actúe con el consentimiento de la víctima.

Artículo 627. El plagio se Castigará como tal aunque el plagiario obre con consentimiento del ofendido, si este no ha cumplido 16 años. Cuando pase de esta edad y no llegue a los 21 años, se impondrá la mitad de la pena que se

aplica si obrare contra la voluntad del ofendido.

Como nos podemos percatar en este precepto legal, la mayoría de edad en la época era al cumplir 21 años, y diferenciaba a los menores de 16 años, además de incluir las reglas para la comisión del plagio. Además de mencionar la penalidad en caso de que el plagio se diera con la voluntad del ofendido.

En los siguientes artículos se hace referencia al lugar, agravando la pena según la acción se realice o no en el camino público y con vista a circunstancias de diversa índole, llegando incluso hasta la muerte.

Artículo 628. El plagio ejecutado en camino público se castigará con las penas siguientes:

I. Con cuatro años de prisión, cuando antes de ser perseguido el plagiario, y de todo procedimiento judicial en averiguación del delito, ponga espontáneamente en absoluta libertad al plagiado, sin haberle obligado a ejecutar ninguno de los actos que expresa el artículo 626, ni haberle dado tormento o maltratado gravemente de obra, ni causándole daño alguno en su persona;

II. con ocho años de prisión. Cuando la soltura se verifique con los requisitos que indica la fracción anterior, pero después de haber comenzado la persecución del delincuente o la averiguación judicial del delito;

III. con doce años de prisión, si la soltura se verificare con los requisitos de la fracción I, pero después de la aprehensión del delincuente;

IV. con la pena capital, en los casos no comprendidos en las fracciones anteriores.

Artículo 629. El plagio que no se ejecute en camino público, se castigará con las penas siguientes:

I. Con tres años de prisión en el caso de la fracción primera, del artículo anterior;

II. Con cinco años en el de la fracción II;

III. Con ocho años en el de la fracción III;

IV. Con doce años cuando después de la aprehensión del plagiario, y antes de que se pronuncie contra él sentencia definitiva, ponga en libertad al plagiado, si no le hubiere dado tormento o maltratado de otro modo; pero cuando falte alguno de estos requisitos o la persona plagiada sea mujer o menor de diez años, o fallezca antes de recobrar su libertad, se tendrán estas circunstancias como agravantes de cuarta clase.

El artículo 630, contiene disposiciones regulatorias de la libertad preparatoria y de retención, sistema criticable por tratarse de instrucciones procesales sin lugar adecuado en un texto sustantivo.

En el artículo siguiente están previstas tres circunstancias en orden al tiempo de duración y al resultado, aplicables a todos los casos precedentes en que no esté señalada la pena capital

"Artículo 631. En todos los casos en que hablan los artículos anteriores, en que no esté señalada la pena capital, se tendrán como circunstancias agravantes de 1a 2a 3a ó 4a, Clase a juicio del juez:

I. Que el plagiario deje pasar más de tres días sin poner en libertad al plagiario;

II. El haberle maltratado de obra;

III. Haberle causado daños o perjuicios.

Finalmente el artículo 632 establece además de las penas corporales antes señaladas, multa de 500 a 3,000 pesos, vigilancia e inhabilitación perpetua para toda clase de cargos, empleos u honores, cuando el agente no sea condenado a muerte.

Es importante señalar que sentida la necesidad de reformar la legislación penal, tiempo después, concretamente en 1903 se iniciaron trabajos de revisión. Culminando en 1912, aunque no lograron consagración legislativa.

1.2 CÓDIGO PENAL DE 1929.

Este código se concreta a reproducir casi literalmente todas las disposiciones relativas del código de 1871., ya que no se aporó mejoría alguna a esta figura.

Es en libro tercero, título décimo noveno, capítulo II, "DEL SECUESTRO", artículos 1105. 1106, 1107, 110A, 1109. 1110 Y 1111, donde reproduce todas las hipótesis agrupadas, retrospectivamente en los artículos 626. 627, 628, 629. 630. 631 Y 632 del Código de 1871. cambiando únicamente la definición de la palabra "PLAGIO" por la de "SECUESTRO"

Así también en el mismo libro, en su capítulo I "DE LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD O DE SU EJERCICIO", los artículos 1093,1094,1095 y 1096 fueron una reproducción de los artículos 633, 635 y 636 del Código de 1871. En tanto que en los artículos 1097, 1098, 1099, 1100 y 1101, se introducen como novedad varios supuestos de privación de la libertad ejecutada por funcionarios públicos de diversas categorías.

Pero debemos señalar los últimos tres artículos del capítulo donde aparecen con autonomía unos supuestos del plagio o mejor, de lo que fuera el *plagium* de los romanos:

Artículo 1102. El que obligue a otro a prestar trabajos personales sin retribución debida, pagará una multa igual al monto de los salarios que debió dar, sin perjuicio de satisfacer el importe de éstos.

Si empleare la violencia física o moral, se le impondrán además dos años de segregación.

Artículo 1103. El que valiéndose del engaño, de la intimidación o de cualquier otro medio, celebre con otro un contrato que prive a éste de su libertad o le imponga condiciones que lo constituyan en una especie de servidumbre, pagará una multa de veinte a treinta días de utilidad, se le aplicará arresto de un mes en adelante y quedará rescindido el contrato, sea éste de la clase que fuere.

Artículo 1104. Al que se apodere de alguna persona y la entregue a otro con el objeto de que éste celebre el contrato de que habla el artículo anterior, se le aplicará una sanción de treinta a cuarenta días de utilidad y segregación de uno a tres años.

1.3 CÓDIGO PENAL DE 1931.

Con la promulgación de este código el delito en estudio presentó gran mejoría, esto es, los conceptos utilizados son más claros y precisos. En el título vigésimo primero de la "Privación Ilegal de la Libertad y otras Garantías", capítulo único, regula sus diversas hipótesis en dos artículos solamente. En el artículo 364 describe la figura básica del secuestro simple y en el artículo 366 establece ocho supuestos de secuestro calificado.

Artículo 364. Se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa al particular que prive a otro de su libertad hasta por cinco días. Si la privación de la libertad excede de cinco días, la pena de

prisión será de un mes más por cada día.

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

Si el agente espontáneamente libera a la víctima dentro de los tres días siguientes al de la privación de la libertad, la pena de prisión será de hasta la mitad.

Artículo 366. Al que prive de la libertad a otro se le aplicará.

I. De diez a cuarenta años de prisión y de cien a quinientos días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:

a) Obtener rescate;

b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera; o

c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra; y

II. De quince a cuarenta años de prisión y de doscientos a setecientos cincuenta días multa, si en la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurre alguna u algunas de las circunstancias siguientes:

a) Que se realice en camino público o en lugar desprotegido o solitario;

b) Que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de

seguridad pública, o se ostente como tal sin serlo;

c) Que quienes lo llevan a cabo obren en grupo de dos o más personas;

d) Que se realice con violencia; o

e) Que la víctima sea menor de dieciséis o mayor de sesenta años de edad, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad.

Si espontáneamente se libera al secuestrado dentro de los tres días siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere la fracción I de este artículo y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias previstas en la fracción II, la pena será de uno a cuatro años y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

En los demás casos en que espontáneamente se libere al secuestrado, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere la fracción I anterior, las penas de prisión aplicables serán hasta de tres a diez años y de doscientos cincuenta hasta quinientos días multa.

En caso de que el secuestrado fallezca en el tiempo en que se encuentre privado de su libertad, la pena será hasta de cincuenta años de prisión. Si el secuestrado es privado de la vida por su o sus secuestradores, se aplicarán las reglas de concurso de delitos.

1.4 NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Es aquí donde aterrizaremos toda la investigación, debido a que con la entrada en vigor de este nuevo Código Penal se hace todavía mayor la diferencia entre la Privación ilegal de la libertad en su tipo simple:

TITULO CUARTO

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL

CAPITULO I

PRIVACION DE LA LIBERTAD PERSONAL

ARTICULO 160. Se Impondrán de seis meses a tres años de prisión Y de veinticinco a cien días multa, al particular que prive a otro de su libertad, sin el propósito de obtener un lucro, causar un daño o perjuicio a la persona privada de su libertad o a cualquier otra.

Si la privación de la libertad excede de veinticuatro horas, la pena de prisión se incrementará un mes por cada hora.

Si el agente espontáneamente libera a la víctima dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la privación de la libertad. la pena de prisión será de la mitad de la prevista.

La pena de prisión se aumentará en una mitad, cuando la privación de la libertad se realice con violencia. la victima sea menor de edad o mayor de sesenta años o por cualquier circunstancia. la victima esté en situación de inferioridad física o mental respecto del agente.

Cuando la privación de la libertad se lleve a cabo únicamente para cometer los delitos de robo o extorsión, previstos en los artículos 220 y 236 de este Código respectivamente, la pena será de cinco a veinte años de prisión.

ARTICULO 161. Se impondrán de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa, y al pago de los salarios y prestaciones legales de la victima a quien obligue a otro a prestarle trabajos o servidos personajes sin la retribución debida, ya sea empleando violencia física o moral

o valiéndose del engaño, de la intimidación o de cualquier otro medio.

CAPITULO II

PRIVACION DE LA LIBERTAD CON FINES SEXUALES

Artículo 162. Al que prive a otro de su libertad, con el propósito de realizar un acto sexual, se le impondrá de uno a cinco años de prisión.

Si dentro de las veinticuatro horas siguientes, el autor del delito restituye la libertad a la víctima, sin haber practicado el acto sexual, la sanción será de tres meses a tres años de prisión.

Este delito se perseguirá por querrela.

Este nuevo Código penal para el Distrito Federal dedica un capitulo especialmente al **secuestro**, ya integrado al catálogo de tipos penales como tal; teniendo un tipo Básico el cual se encuentra contemplado en el artículo 163, y los tipos agravados contemplados en el artículo 164, del cual se desprenden diferentes hipótesis contenidas en sus cinco fracciones, de las cuales la primera de ellas es la que será objeto de estudio en este trabajo; dicha fracción contempla tres supuestos distintos que agravan el tipo básico las cuales señalan que la privación se realice en un domicilio particular, lugar de trabajo o a bordo de un vehículo.

CAPITULO III

SECUESTRO

Artículo 163. Al que prive de la libertad otro con el propósito de obtener rescate, algún beneficio económico, causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquiera otra, se le impondrán de diez a cuarenta años de prisión y de cien a mil días multa.

ARTICULO 164. Se impondrán de quince a cuarenta años de prisión y de doscientos a mil quinientos días multa. si en la privación de la libertad a que se hace referencia en el artículo anterior, concurre cualquiera de las circunstancias siguientes:

I. Que se realice en un domicilio particular, lugar de trabajo o a bordo de un vehículo;

II. Que el autor sea o haya sido integrante de alguna corporación de seguridad pública o privada, o se ostente como tal sin serlo;

III. Que quienes lo lleven a cabo actúen en grupo;

IV. Que se realice con violencia, o aprovechando la confianza depositada en él o los autores; o

V. Que la víctima sea menor de edad o mayor de sesenta años, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad.

Si se libera espontáneamente al secuestrado. dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere el artículo anterior, las penas serán de una quinta parte.

ARTICULO 165. En caso de que el secuestrado fallezca durante el tiempo en que se encuentre privado de su libertad, se impondrá pena de veinte a cincuenta años de prisión.

Si el secuestrado es privado de la vida por su o sus secuestradores, para la imposición de las sanciones, se estará a las reglas del concurso de delitos.

ARTICULO 166. Se impondrán las mismas penas señaladas en los

artículos anteriores. cuando la privación de la libertad se efectúe para trasladar fuera del territorio del Distrito Federal, a un menor de edad o a quien por cualquier causa no tenga capacidad de comprender o resistir la conducta, con el propósito de obtener un lucro por su venta o entrega.

ARTICULO 167. A quien simule encontrarse privado de su libertad con amenaza de su vida o daño a su persona, con el propósito de obtener rescate o con la intención de que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, se le impondrán e dos a ocho años de prisión y de cien a quinientos días multa.

Las mismas penas se impondrán a cualquiera que intervenga en la comisión de este delito.

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida, cuando sea cometido por un ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina, concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, y parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Cabe destacar, que la figura del secuestro como tal ha recorrido gran camino para llegar a la forma actual, de tal manera que se han hecho reformas a los artículos en los que está tipificado el delito de secuestro, evolucionando de manera tal que en el nuevo código penal para el Distrito Federal, ya se encuentra contenido un capitulo especial que trata la figura del secuestro, distinguiéndolo de las diversas modalidades que pueda tener el tipo de privación ilegal de la libertad, como es el caso de la sustracción de menores, (artículo 166) el llamado autosecuestro ó simulación de la privación ilegal de la libertad, (artículo 167), por mencionar algunos; por tal motivo es de señalar que dicha evolución ha contribuido al surgimiento y aceptación del tipo penal en cuestión poniéndole al tipo nombre y apellido “secuestro” el cual en las codificaciones anteriores había tenido diferentes nombres o se encontraba contenido en diferentes tipos penales con otras denominaciones, como es el caso de “plagio” (código penal de 1871 y 1929), o el de “Privación ilegal de la

libertad en su modalidad de secuestro“, (1931), a el de “secuestro” (2002).

CAPITULO SEGUNDO

2. ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

2.1 CONCEPTO DE DELITO.

Como primicia de este trabajo cabe mencionar que nos avocaremos a establecer una conceptualización del delito y de su teoría del delito acorde a lo que permite establecer la propia ley penal, esto debido a que resulta por demás complicado establecer un criterio que pudiera reunir los de todas las teorías y posturas que conforme a la evolución del derecho penal éstas van surgiendo.

Como concepto legal podemos atender al que establece la ley penal federal en su artículo séptimo el cual a la letra dice lo siguiente: “ Delito es todo acto u omisión sancionado por las leyes penales.

Como concepto doctrinario es adecuado sostener el que establece la teoría tetratómica, el cual es delito es toda conducta típica y culpable.

Sin embargo resulta por demás complicado establecer un concepto universal del delito, sobre todo si se toma en cuenta las diversas corrientes o doctrinas que respecto a la teoría del delito se han venido dando a lo largo de la historia del derecho penal. Sin embargo a sabiendas de lo difícil de la empresa y partiendo del análisis de algunos de los múltiples conceptos dados hasta el momento intentaré llegar a uno que satisfaga la necesidad que la misma ley señala así como la doctrina y sus corrientes lo que facilite la comprensión efectiva del concepto.

Tomando el concepto que establece nuestra ley penal federal anteriormente mencionado, amén de ser el que establece dicha ley sustantiva vigente resulta a todas luces insuficiente para efectos de estudio pues carece de los elementos esenciales que dan estructura al delito. No cabe duda que el concepto legal de delito que nos ocupa establece dos de los elementos estructurales del delito, ya que al mencionar acto u omisión, establece el primero de los elementos, el cual

es la conducta, no importando sus formas de comisión, posteriormente al mencionar *que sancionan las leyes penales* hace referencia a la punibilidad la cual es elemento de la culpabilidad.

Por lo tanto el concepto en estudio omite hacer referencia como elemento a la tipicidad (La cual como consecuencia del surgimiento de nuevas escuelas o corrientes ha tomado gran relevancia en su estudio), además de no tomar en cuenta a la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad, siendo entonces importante el retomar el concepto de delito dado por la doctrina y no pasar desapercibida la carencia que tiene este precepto legal, el cual debiera estar adecuado a la doctrina vigente.

Ahora bien en el campo de la doctrina tenemos varios conceptos, los cuales a través del tiempo han ido evolucionando teniendo deferentes conceptos de delito a saber.

En 1881 Franz Von Liszt en su obra "tratado de derecho penal " en cuya obra desarrolla el concepto tomando en cuenta como elemento a la conducta y dos elementos más : antijuridicidad y culpabilidad, otorgando a la primera todo lo referente a los elementos objetivos y a la segunda todos los subjetivos y agrega al final la amenaza de una pena.

En 1906 Ernest Von Beling en su obra "teoría del delito" retoma esto elemento que liszt mencionaba y aporta uno más el cual es el de la tipicidad de la acción estableciendo el siguiente concepto, "Delito es la Acción típica antijurídica y culpable colocada bajo la amenaza de una pena adecuada y suficiente la las condiciones de la amenaza penal.

En 1931 Edmund Mezger llega finalmente a un orden de los elementos del delitos y establece a este como: La acción típicamente antijurídica y culpable, concepto que ha venido siendo considerado como el universalmente válido, y que ha sido retomado por otros autores no menos importantes como.

Por otra parte otros autores como Maurach quienes han tomado diversos conceptos de delito como Delito es acción típicamente antijurídica atribuible. Para Max Ernesto Mayer el delito es acontecimiento típico antijurídico e imputable. Para Luis Jiménez de Azua delito es acto típicamente antijurídico y culpable , sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

Además así como estos conceptos no menos importantes de otros autores que sin embargo no se mencionarán por ser muy similares a los ya acotados.

Aunado a esto todos los conceptos antes vertidos, es necesario hacer algunas consideraciones:

Si bien los conceptos dados por Muñoz Conde y Jiménez de Azua parecerán ser los más completos, por contener mas elementos, sin embargo Villalobos con quien estamos de acuerdo ha criticado dicha estructuración y establece que a algunos elementos no son esenciales como la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad e incluso la imputabilidad, pues en todo caso tales elementos pertenecen a la culpabilidad.

En los conceptos de Maurach y Mayer se observa como cuarto elemento el que sea atribuible e imputable respectivamente sin hacer mención al concepto de culpabilidad el cual como ya se mencionó anteriormente es mucho más amplio y contiene en todo caso a los elementos que en su lugar mencionan los autores.

Por último el concepto de Mezger es el mas adecuado pero hace referencia a la acción, la cual es solamente una forma de la conducta y por lo tanto corre el riesgo de dejar fuera a la omisión como otra de las formas de aquella, por lo tanto para efectos de estudio es necesario establece como concepto mas adecuado el de conducta típica antijurídica y culpable.

2.2 CONDUCTA.

Para nuestro Código penal vigente para el Distrito Federal en el artículo 15 (principio de acto), El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.

Analizando este precepto, es de observarse que la conducta para nuestro código penal vigente para el Distrito Federal es de dos formas de acción y de omisión, pero esto no explica los elementos de la misma sino únicamente las formas en las que se puede dar dicha conducta; además de que en su artículo 16 contempla también una tercera forma de realizar una conducta la cual es de comisión por omisión. Dichas clases las analizaremos con posterioridad, debido a que en primera instancia debemos analizar a la Conducta como concepto sus elementos y sus diversas formas de comisión.

Para Cuello Calón “el delito es ante todo un acto humano, una modalidad jurídicamente trascendente de la conducta humana, una acción.”¹

Este concepto deja ver que sólo abarca a los delitos de comisión por su sola lectura de este concepto sin embargo Cuello Calón considera a la omisión una acción es decir en un actuar mediante un no actuar, siempre y cuando este sea *voluntario*, teniendo así el primer elemento de la conducta la voluntad

Para Rodolfo Monarque Ureña la conducta se compone de cuatro elementos:

El elemento Psíquico o interno; el cual consiste en la voluntad del individuo para realizar ciertos movimiento corporales o abstenerse de realizarlos , que produzcan un resultado.

El elemento material o externo ; el cual consiste en los movimientos corporales de un ser humano que producen un resultado , o en la abstención de dichos movimientos corporales que producen un resultado . Consecuentemente, puede existir voluntad sin el elemento externo o material.

¹ Cuello Calón Eugenio “Derecho penal “ tomo I parte general p.344

El resultado; el resultado es la mutación del mundo jurídico-formal, material o interno.

a) El resultado material o externo. Es la alteración como consecuencia de la actividad o inactividad humana en el mundo externo.

b) El resultado jurídico formal se actualiza con la sola conducta de la persona, violando únicamente la norma penal, y no habiendo una alteración física o fisiológica

c) El resultado psíquico o interno. Se actualiza únicamente cuando el tipo penal así lo exige. ²

El nexa causal ; el cual es la relación que existe entre la conducta y el resultado.

Para el maestro Fernando Castellanos, La conducta “es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.”³

Tomando en consideración estas definiciones estamos ante el hecho de que la conducta tiene dos elementos:

Un elemento material ; consistente en el movimiento o inactividad corporal realizada por un sujeto, (el acto o hecho humano) que se dirige al objetivo , alterándolo (como escribir, clavar, derribar una cerca). Es decir es la exteriorización de la conducta , consistente en la puesta en marcha de la causalidad a la producción del resultado.

² Monarque Ureña Rodolfo “lineamientos elementales de la teoría general del delito” pp. 17-22.

³ Castellanos Fernando “lineamientos elementales de derecho Penal “ p. 149

Un elemento subjetivo ; como ya se dejó asentado, este elemento es la voluntad, la cual implica una finalidad es decir el contenido, o fin. Éste consta de dos elementos:

a) *propósito de un fin*: éste no se refiere a la finalidad de cometer un delito sino el de realizar una conducta o movimiento corporal, pues de lo contrario estaríamos hablando de la figura del dolo.

b) *Selección de los medios*: Este elemento es contemplado por algunos autores como López Betancourt, sin embargo esto es parte de la tipicidad en lo que respecta a las formas de comisión de un delito.

Para este mismo autor los elementos de la conducta no son sino la conducta, el resultado y el nexo causal, sin embargo, autores como Zaffaroni considera la unión de estos conceptos como un Pragma.

2.2.1 FORMAS DE CONDUCTA.

El código penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 15 (Principio de acto). A la letra dice : “El delito sólo puede ser realizado por acción u omisión“. Por otro lado en su artículo 16 (omisión impropia o comisión por omisión). Señala: “En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo... “

6

Por lo tanto el código penal vigente para el Distrito Federal nos marca la pauta para establecer tres formas en las que se puede establecer la existencia de una conducta: acción, omisión y comisión por omisión; los cuales a continuación analizaremos.

2.2.1.1. ACCIÓN.

Para Rodolfo Monarque Ureña, la acción la define como los movimientos de un ser humano corporales y voluntarios, que producen un resultado en el cual existe un nexo causal entre éste y la acción. Teniendo como sus elementos:

- a) Movimientos corporales o voluntarios.
- b) Nexo de causalidad.
- c) Un resultado (material o formal).⁴

Para Eugenio Cuello Calón, define a la acción en dos sentidos, amplio y estricto;

“En sentido *amplio* consiste en la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado; y en sentido estricto consiste en un movimiento corporal voluntario, o en una serie de movimientos corporales dirigido a la obtención de un fin determinado. Esta acción en sentido penal exige a) un acto de voluntad; b) una actividad corporal dirigida a la producción de un hecho que origine una modificación en el mundo exterior o el peligro de que este se produzca”.⁵

En este orden de ideas y como última referencia Alexander Graf Zu Dohna, establece: “acción es, esencialmente, concreción de voluntad. Distinguiendo tres elementos de la acción: dedición de voluntad, manifestación de voluntad y resultado.

Por lo que para efectos de este trabajo enteremos como:

⁴ Monarque Ureña Rodolfo, op. Cit., pp29,30

⁵ Cuello Calón Eugenio “Derecho penal “ tomo I parte general p.344,345.

Acción: Conducta en sentido estricto, consistente en el movimiento corporal (hacer) voluntario, encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior, se trata propiamente de una acción o actividad del cuerpo humano voluntarios.

Por lo que respecta a los elementos nexos causal y resultado los estudiaremos en el apartado de tipicidad por considerarlos parte de la misma y no de la conducta.

2.2.1.2. OMISIÓN.

Otra de las formas manifestación de la conducta se da a través de la *omisión*, la cual para Eugenio Cuello Calón: “la omisión es la Conducta inactiva, la cual debe ser voluntaria, la cual se exterioriza en una conducta pasiva, (en un no hacer); para que ésta exista se requiere que la norma penal ordene, al omitente que obre, que ejecute un determinado hecho. En conclusión es la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Mencionando tres elementos: un acto de voluntad una conducta inactiva y un deber jurídico de obrar”.⁶

Por otra parte Rodolfo Monarque Ureña señala que “la omisión simple o propia se define como la abstención voluntaria de movimientos corporales, que producen un resultado formal. Conteniendo como elementos: a) manifestación de voluntad del individuo de abstenerse a realizar movimientos corporales, b) Nexos de causalidad y Un resultado formal o jurídico (no alteración del mundo exterior).⁷

Para Fernando Castellanos “la omisión radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar”.⁸

⁶ *ibid.*, pág.347.

⁷ Monarque Ureña Rodolfo Op., cit. pp. 30,31.

⁸ Castellanos Fernando “lineamientos elementales de derecho Penal “ p. 152

Por lo que definiremos como *omisión*, a la abstención del sujeto cuando la ley ordena la realización de un acto jurídico determinado. Con la integración de tres elementos:

- a) Manifestación de la voluntad
- b) Conducta Pasiva (inactividad)
- c) Deber jurídico de obrar.

En los delitos de omisión al igual que los de acción pueden lesionar bienes jurídicos tutelados por la ley, o solamente ponerlos en peligro. Teniendo como producto de esta concepción dos clases de omisión, *omisión simple y comisión por omisión*.

Omisión simple: son las que describen las conductas debidas, se expresan en la forma de una desobediencia a un mandato de acción. No hacer lo que es debido.

Por lo tanto para el enjuiciamiento jurídico, según lo antes dicho, sólo se convertirá un no hacer en una omisión, y en consecuencia, en una conducta, cuando se oponga a la esperanza del ordenamiento jurídico (acción ordenada). El acto de valoración jurídica precede lógicamente al de la calificación como conducta.

2.2.1.3 COMISIÓN POR OMISIÓN.

Citando de nueva cuenta al maestro Eugenio Cuello Calón la comisión por omisión se da cuando “la producción de un resultado delictivo de carácter positivo mediante inactividad cuando existe el deber jurídico de obrar y, más concretamente en la producción de un cambio en el mundo externo mediante la

omisión de algo que el derecho ordenaba hacer”.⁹

Para el maestro Rodolfo Monarque Ureña la comisión por omisión es “un no hacer voluntario que produce un resultado material. Teniendo los siguientes elementos: a) Manifestación de la voluntad del individuo, consistente en abstenerse de realizar movimientos corporales, b) Nexo de Causalidad, c) Resultado material (cambio en el mundo externo).¹⁰

Por lo tanto podemos observar que la principal característica en esta figura es que el obligado a actuar no interviene activamente en el suceso para impedir que la acción alcance su objetivo de salvación del bien jurídico.

Ahora bien lo que nos indica nuestro código penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 16 es lo siguiente:

Artículo 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Después hace énfasis al aclarar lo que se debe de entender como “calidad de garante”, teniendo el siguiente texto:

⁹ Cuello Calón Eugenio “Derecho penal “ tomo I parte general p. 349.

¹⁰ Monarque Ureña Rodolfo, op., cit. pág. 33

Es garante del bien jurídico el que:

a) Acepto efectivamente su custodia;

b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;

c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; ó

d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud y la integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

Cabe mencionar que la "Calidad de garante ", en legislaciones pasadas, se adquiría de tres maneras; mediante una ley que así lo establezca, a través de un contrato o con un actuar precedente. Lo cual toma relevancia al observar el articulado en mención. Sin embargo este concepto es propio de la Tipicidad toda vez que es un elemento objetivo, en específico de el sujeto activo el cual se analizará con posterioridad.

2.3. AUSENCIA DE CONDUCTA

La ausencia de una conducta es sin duda el llevar a cabo la explicación del primer elemento negativo del delito en el cual si existen alguno de los elementos que a continuación se enunciarán estaremos ante un no delito, es decir una conducta no trascendente para el derecho penal.

El código penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 29 fracción primera señala:

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

I. (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin

intervención de la voluntad del agente;

Es perceptible que este concepto no aclara absolutamente en nada lo que significa una ausencia de conducta, ni mucho menos cuales son sus elementos.

Para el maestro Fernando Castellanos "...Si la conducta es ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es pues la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como todo problema jurídico..."¹¹

Aunado a esto Rodolfo Monarque Ureña señala que " Para estudiar el aspecto negativo de este elemento, es necesario hacernos los siguientes planteamientos: ¿existieron movimiento corporales o abstenciones de los mismos en el sujeto? , Si la respuesta es afirmativa , debemos a su vez preguntarnos ¿existió voluntad en esa actuación?..."¹²

Esta ausencia de Conducta se puede presentar de tres formas :

- I. Hechos de la naturaleza en que no participa el hombre.
- II. La conducta de los animales.
- III. Participa el hombre.

Por lo que respecta al punto número uno, dichos acontecimientos por obvias razones son ajenas a la participación del hombre, debido a que los fenómenos naturales, son acontecimientos generados por la misma naturaleza, sea por cambios de clima, movimiento telúricos, huracanes, etc.

En atención al número dos la conducta de los animales, es una conducta no reprochable al hombre debido a que el sujeto no puede tener control sobre el

¹¹ Castellanos Fernando, op., cit. pág. 162

¹² Monarque Ureña Rodolfo, op., cit. pág. 34

animal lo cual es entendible, en la salvedad de que si es un animal domesticado existe regulación al respecto.

Atendiendo al punto número tres, tenemos que en este rubro se encuentran concentrados diferentes conceptos como lo son:

La conducta se elimina por la *vis absoluta* o fuerza física exterior irresistible proveniente del hombre, que hace que el sujeto realice o se abstenga de realizar movimientos corporales sin su voluntad. Por lo tanto es una fuerza física, exterior irresistible, la cual proviene de un tercero.

Otra de las formas que atiende este tercer punto es la *vis maior* en la cual entendemos que existe una fuerza proveniente de la naturaleza; esto es que la acción que realiza el sujeto es impulsada por una fuerza física e irresistible y proveniente de la naturaleza.

Como nos hemos podido percatar en las anteriores causas debe de con ocurrir una situación de irresistibilidad al ser humano; en el momento que el sujeto puede evitar aquella fuerza que lo hace obrar en determinado sentido deja de operar el aspecto negativo de la conducta.

Otra de las situaciones que se pueden observar en este punto, son los *movimientos reflejos*, los cuales operan por que su presencia demuestra la falta de la voluntad, indispensable para la aparición de la conducta. Por lo tanto tenemos que son movimientos corporales involuntarios, los cuales si se pueden retardar o controlar no funcionan como aspectos negativos de la conducta.

El sueño es otro elemento de este tercer punto el cual es considerado para algunos penalistas como un verdadero aspecto negativo de la conducta, debido a que al estar dormido, el sujeto el sujeto no tiene dominio sobre si mismo.

El hipnotismo es otro elemento pues en este elemento cono en el anterior el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas

inhibitorias. Este consiste en un procedimiento que genera el llamado sueño magnético, el cual es generado por fascinación, influjo personal o aparatos personales.

Por último tenemos al *sonambulismo* como último elemento el cual es un estado psíquico inconciente, mediante el cual la persona padece un sueño anormal y tiene cierta capacidad para levantarse andar, hablar y ejecutar otras conductas.

2.4 TIPICIDAD

Antes de entrar al estudio de este elemento del delito es menester realizar la distinción que hay entre TIPICIDAD y TIPO, por lo que atenderemos a conceptualizar a cada uno, para el mejor entendimiento de este punto.

2.4.1 TIPO

Tipo legal o descripción legal, es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta, este pertenece a la ley el cual es fundamentador o sistemático.

Hay características comunes a todos los delitos y otras que diferencian entre si los diferentes tipos de delito, pero las características conceptuales son las mismas para los delitos previstos en una misma figura. En cambio, se diferencian los distintos delitos entre sí los distintos delitos a través de las distintas características conceptuales, las cuales son comunes a todos los delitos. Es por ello la necesidad de conceptualizar al tipo y entender su relevancia.

Alexander Graf Zu Dohna hace una buena reflexión acerca de esto “ Tipo es la síntesis de aquellas características que debe reunir una acción para conducir a una pena.” añadiendo al siguiente reflexión al respecto...” Sin embargo, no se recomienda esta terminología. Para resumir todas las características que son propias a una acción punible, nos sirve la palabra

“delito”. Nos queda así libre la expresión “tipo” para significar la síntesis de aquellas características por las cuales se diferencian entre sí los diferentes tipos de delito.”¹³

Además distingue los tipos objetivos de los tipos subjetivos, añadiendo que al tipo objetivo pertenecen todas aquellas características del delito que se concretan en el mundo exterior; y a los subjetivos aquellas que estén en el interior del autor.

Para Rodolfo Monarque Ureña, tipo penal es “la descripción legal que se acuña en una ley , con relación a una conducta delictiva.”¹⁴

Fernando Castellanos define al tipo penal como “ la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales .”¹⁵

Por lo tanto podemos definir al tipo penal, como un instrumento legal necesario de naturaleza eminentemente sustantiva que acorde a la teoría finalista contiene elementos objetivos y subjetivos, este pertenece a la parte general del derecho penal y contiene una serie de elementos genéricos y constantes para todos los delitos.

Además de la aseveración antes redactada en preciso mencionar tres características del mismo.

a) Pertenece a la ley; debido a que es en la ley donde hayamos los tipos legales en la parte especial del código penal y en las leyes especiales, contiene elementos específicos descriptivos y normativos, incluso en algunas ocasiones subjetivos propios de cada delito.

¹³ Alexander Graf Zu Dohna, “ La estructura de la teoría del delito” pp. 14-17

¹⁴ Monarque Ureña Rodolfo, op., cit. pág. 38

¹⁵ Castellanos Tena Fernando op., cit. pág. 167

b) El tipo penal o descripción penal es lógicamente necesaria, por que sin él no podríamos averiguar la tipicidad, pues la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta resultarían sin relevancia penal por ser atípica. Y

c) El tipo penal es predominantemente descriptivo, los elementos descriptivos son los más importantes para individualizar una conducta y entre ellos de especial significado es el verbo, que es precisamente la palabra que sirve para connotar una acción.

d) De manera funcional el tipo penal protege bienes jurídicos, los cuales son creados por el legislador con el contenido suficiente y necesario para la protección de uno o más bienes jurídicos. De tal manera que entre menos elementos tenga el tipo, más amplia es la protección del bien jurídico.

La construcción del tipo penal se realiza de la siguiente manera; los tipos penales suelen estar construido por elementos *subjetivos*, *normativos* y *objetivos*, en estos tres elementos el tipo penal contempla diversas características o elementos que deben integrarse de lo cual la tipicidad se encarga de analizarlos uno a uno para poder llegar a la conclusión de si una conducta es típica o no para lo cual analizaremos cada uno de los elementos que el tipo contiene.

2.4.1.1 Elementos subjetivos del tipo.

Son elementos intencionales del tipo, son aquellos aquéllos que hacen alusión al estado intelectual con que el agente comete el delito. Se clasifican en intencionales, suprainintencionales e infraintencionales.

Los intencionales son aquellos que se equiparan al dolo específico, es decir, en el tipo se pide conciencia e intención por parte del sujeto activo.

Los suprainintencionales son los que cuyos elementos piden mas que la

intención, por regla general estos elementos son indicativos de mayor terribilidad, propios de tipos agravados, por lo que su inclusión en el tipo resulta ineludible.

Y por último los infraintencionales los que exigen elementos intelectuales que no lleguen a conformar una intención “a sabiendas” por ejemplo en el caso de delito de contagio.

Estos elementos subjetivos para efectos del tipo y no de la tipicidad (debido a que cada corriente aumenta o disminuye los elementos subjetivos según sus criterios a seguir), son integrados por los siguientes elementos: Dolo, culpa, elementos subjetivos específicos o del injusto penal, animo, tendencia, móvil, intención, deseo y finalidad.

2.4.1.2 Elementos normativos del tipo.

Estos elementos implican un juicio, generalmente , los tipos penales son predominantemente descriptivos sin embargo en ocasiones contienen elementos que requieren de una valoración ética o jurídica por parte de quien los analiza, y atendiendo a la forma de valoración se clasifican en *jurídico-normativos* y *ético-normativos*.

2.4.1.3 Elementos objetivos del tipo.

Son aquellos elementos “perceptibles mediante la simple actividad cognoscitiva. Algunos autores llaman a este elemento como el núcleo del tipo, este elemento es el indicar de hacer o de no hacer y siempre implica un verbo. Este elemento contiene los siguiente conceptos a analizar por la tipicidad: Deber jurídico, sujeto activo que a su vez contiene (calidad específica, pluralidad específica, y la calidad de garante), sujeto pasivo, bien jurídico penalmente protegido, resultado material, nexo causal, objeto material, circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión.

2.4.1.4 Clasificación de los tipos.

a) tipos normales y anormales. Los tipos normales son los que contienen elementos meramente objetivos, mientras que los anormales son los que revisten elementos objetivos, subjetivos y/o normativos.

b) tipos básicos y especiales. El tipo básico es la columna vertebral del tipo especial, es decir el especial deriva del básico.

c) tipos complementados. Al tipo básico se le agregan requisitos, es decir una circunstancia o una peculiaridad distinta.

2.4.2 Tipicidad

El nuevo código penal para el Distrito Federal en su artículo segundo párrafo primero establece lo siguiente: Artículo 2 (Principio de tipicidad y prohibición retroactiva analógica o por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito que se trate. ... Dando como referencia este articula por ser el principio de tipicidad en nuestra ley penal.

Para el maestro Fernando Castellanos la tipicidad “es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.”¹⁶

Para el maestro Celestino Porte Petit la tipicidad “consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo.”¹⁷

¹⁶ *ibid.*, pág. 168

¹⁷ Porte Petit Celestino “apuntamientos de la parte general del derecho penal” p.471

Por lo tanto tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo legal.

La tipicidad tiene la finalidad de analizar los elementos del tipo penal de manera sistemática para poder comprobar la tipicidad de una conducta los cuales son comprobados de la siguiente manera.

a) *sujeto activo.*

Es el sujeto que concretiza el contenido semántica de los elementos incluidos en el tipo penal, en todos los casos se trata de una persona física. Es el que comete el delito en todas sus formas de participación que establece el nuevo código penal para el Distrito Federal la cuales se estudiarán más adelante (artículo 22); teniendo además en este apartado lo que definimos como una probable *pluralidad específica* la cual se refiere al número de sujetos exigidos en el tipo penal necesarios para concretizar la conducta descrita en el tipo, además de incluir aquí someramente la *calidad de garante del sujeto* la cual es relativa a delitos con resultado material, y como ya lo hemos señalado es la relación específica y directa en que se encuentra un bien jurídico y un sujeto.

b) *Formas de participación.*

El artículo 22 del nuevo código penal para el Distrito Federal establece las formas de participación en el delito.

Autoría material directa o inmediata. La fracción I del artículo 22 establece...“Lo realicen por sí...” es decir , es la persona que ejecuta todos los elementos materiales y subjetivos (el llamado *iter criminis* que con posterioridad se estudiará) que producen el resultado delictivo , se da cuando el sujeto cumple objetiva y subjetivamente todos los requerimientos de la conducta típica.

Coautoría. La fracción II del mismo articulado señala...“Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores...” como el articulado lo señala en esta forma de autoría participan varios autores. De tal forma que cada uno realicen

la totalidad de la conducta típica pues cada uno tiene el dominio intencional del hecho en cuanto al delito, el aporte al hecho de cada uno es de naturaleza tal que conforme al plan concreto, sin ese aporte al hecho no podría haberse realizado.

Autoría mediata o indirecta la cual se encuentra en la fracción III del artículo 22 señalando lo siguiente...

“Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento...”; Esta forma de participación se da cuando una persona se vale de otra que no comete injusto por que actúa siéndolo atípica o justificadamente.

A estas figuras antes señaladas se le llaman autorías las cuales se caracterizan por tener el dominio del hecho el cual se puede definir como la facultad de quien tiene en sus manos el curso del hecho (el sí y el como) pudiendo decidir al respecto, es que tiene el poder de dedición sobre la configuración central del hecho.

Por otro lado es menester entrar al estudio de las *participaciones* las cuales no son sino el aporte doloso que se hace al injusto doloso de otro.

De tal manera que entenderemos por partícipe a quien concurre en el injusto y es alcanzado por la prohibición típica sin ser autor pues no tiene el dominio del hecho, la cual debe ser siempre accesoria de un injusto ajeno, debido a que no puede haber participación criminal en la conducta ajena de otro, si la conducta de este otro no es típica y antijurídica. Dentro de las cuales encontramos:

Instigador. La cual se encuentra señalada en la fracción IV del artículo 22 que a la letra dice...

“Determinen dolosamente al autor a cometerlo...”; Como el articulado lo menciona es el que determina a otro a la comisión de un injusto doloso, esto

debe cometerse mediante un medio psíquico, pero constituyen instigación los medios sutiles o las meras insinuaciones.

Complicidad primaria. La cual se encuentra en la fracción V del artículo 22 que señala

“Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión.” Estos sujetos deben prestar la cooperación necesaria sin tener las características de la autoría. Ellos no realizan el evento típico, su aporte es sólo en la fase preparatoria y no en la ejecutiva, la contribución del cómplice puede ser de cualquier naturaleza, incluso intelectual, lo que implica que quien aporta ideas para la mejor realización del injusto doloso de otro también es cómplice.

Complicidad secundaria. La cual esta contemplada en la fracción VI del artículo 22 que menciona...

“Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito...” El cómplice contribuye con el delincuente , después de la ejecución del evento delictivo .

c) sujeto pasivo

En este apartado cabe hacer la diferenciación entre lo que es un sujeto pasivo del delito y un sujeto pasivo de la conducta. El sujeto pasivo del *delito* es aquel que es titular del bien jurídico protegido el cual puede ser una persona física o moral ; mientras que el sujeto pasivo de la conducta es sobre quien recae la conducta o persona física.

d) Calidad de los sujetos.

Hay ocasiones en que los tipos penales requieren determinada calidad en alguno de los sujetos teniendo dos supuestos. 1 cuando cualquiera puede ser sujeto activo, los tipos penales suelen rezar “ el que o quien” (delictiva comunia)

y 2 son los que requieren características especiales en el sujeto activo (Delicta propia).

e) Bien jurídico tutelado .

Son los intereses que se dan entre el bien y la norma; cuando el legislador se encuentra frente a un ente y tiene intereses en tutelarlos es cuando lo valora.

Su relación se traduce en una norma que eleva al ente a la categoría de bien jurídico. Cuando ese bien jurídico se le quiere dar una tutela penal en base a la norma , elabora un tipo penal y el bien jurídico ahora será penalmente tutelado.

Por lógica observación es inconcebible que exista una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, debido a que los tipos no son cosa que particulares manifiesten de tutela jurídica sobre esos bienes. De ahí que el bien jurídico desempeñe un papel central en la teoría del tipo dando el verdadero sentido de existir.

Por lo tanto no se admite una conducta considerada delictiva por la ley que no afecte un bien jurídico.

Para Jakobs el bien jurídico tutelado es la fidelidad a la norma, por el concreto interés individual o colectivo que protege el tipo penal.

Por lo que se podría llegar a la conclusión de definir al bien jurídico tutelado, como la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto protegido por el Estado que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afecten.

Para Zaffaroni los bienes jurídicos son, los derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos. El bien jurídico no es la cosa en sí mismo sino la relación de disponibilidad.

Ahora este bien jurídico al violarse la norma puede ser afectado de la siguiente manera:

Lesión: La cual consiste en la disminución o destrucción del bien jurídico contempladas en el tipo penal.

Puesta en peligro: Es la posibilidad de destrucción o disminución del bien contemplados en el tipo penal.

f) objeto material.

Este elemento está constituido por el objeto en sus dos connotaciones (jurídico material).

Objeto jurídico: Está constituido por el bien jurídico protegido, mismo que se estudió en apartados anteriores.

Objeto material: Es la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica.

a) Objeto material personal: es toda persona física o moral viva o muerta consciente o inconsciente sobre la cual se concreta el interés jurídicamente tutelado. Y a la cual se refiere la conducta del agente.

Cuando el objeto material es una cosa (lo cual ocurre muy frecuente) la diferencia entre objeto material y sujeto pasivo es muy nítida y no ofrece mayores complicaciones. Sin embargo hay ocasiones en que el objeto material y el sujeto pasivo se encuentran en una misma persona, como el homicidio por mencionar un ejemplo.

b) Objeto material real: Está constituido por la cosa en que se concreta el interés jurídicamente tutelado y a la cual se refiere la conducta del sujeto activo.

No está por demás hacer un señalamiento en el sentido de que No son objetos materiales aquellos instrumentos con los que el sujeto activo suele utilizar para realizar la conducta descrita en un tipo penal, por ejemplo el puñal con el que se lesiona, la palanca que se emplea para violar la cerradura, etc.

g) Resultado.

Para Rodolfo Monarque Ureña el Resultado es la mutación en el mundo jurídico-formal, material o interno.¹⁸

Toda conducta tiene una manifestación en el mundo físico, esta manifestación es un cambio que se opera de la siguiente manera: antes de la conducta las cosas en un estado diferente al que se hayan después de la conducta, a esto es a lo que le llamamos resultado.

El resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta, no hay conducta sin resultado, pero de ninguna manera el fenómeno es un elemento de la conducta sino solamente la consecuencia de la misma.

Existen dos tipos de resultado:

a) Material: Son los que producen un cambio en el mundo físico.

b) Formal: Sólo producen consecuencias jurídicas sin transformar en el mundo físico.

El Maestro Monarque Ureña agrega un tercer tipo de resultado material el cual consiste en el "Resultado psíquico o interno. El cual se actualiza únicamente cuando el tipo penal así lo exige. En el delito de injurias por ejemplo, se podría pensar que cuando el sujeto activo injuria al sujeto pasivo, se produce una alteración en la psique de éste último y si este tipo penal exigiera esta circunstancia para adecuar el ilícito, estaríamos ante un resultado

¹⁸ Monarque Ureña Rodolfo, op., cit. pp.21,22,

de esta índole, En consecuencia El resultado psíquico o interno, es la alteración es la alteración psíquica como consecuencia de la actividad o inactividad humana, cuando así lo exija el tipo penal “¹⁹

h) *Nexo Causal.*

Este elemento ha sido sin lugar a dudas muy cuestionado por lo que respecta a su lugar dentro de la teoría del delito debido a que para algunos debe de estudiarse en la conducta misma y otros aseveran que su estudio corresponde a la tipicidad, por tal motivo se estudiará dentro de la tipicidad debido a que lo consideramos un elemento objetivo de la tipicidad el cual sin entrar al estudio del mismo se podría definir de manera rápida en la relación de causalidad o atribuibilidad.

Como lo asevera Welzen es Toda condición que no puede ser mentalmente suprimida sin que con ello desaparezca el efecto (causa).

Lo más elemental por lo que habría que empezar a demostrar es si una conducta es típica al preguntarse si ha causado el resultado como lo declara Zaffaroni.

Si mentalmente nos imaginamos que la conducta no existió y en tal caso, Tampoco hubiese existido el resultado, es que la conducta es causal al resultado. Lo mismo sucede a la inversa si en la hipótesis que imaginamos que la conducta no haya existido, el resultado se hubiese producido, resultaría que la conducta no es causal del resultado.

La doctrina ha expuesto diversas teorías tendientes a explicar cuando un resultado es atribuible a la actividad o inactividad del sujeto activo:

1) *El versari in re illicita. (Kollmann)* De acuerdo con este principio siempre que se pretende violar el principio del nullum crimen sine culpa, se apela el

¹⁹ *ibid.*, pág.22

malhadado versari in re illicita. Según este principio es conceptuado autor el que haciendo algo no permitido, por puro accidente causa un resultado antijurídico. Si se ejutare este principio entonces habría que responsabilizar al marido que abandona el hogar conyugal por el suicidio de la mujer , al que se apodera de combustible de un vehículo mientras busca como reponerlo; violando el principio de nullum crimen sine culpa , es decir para Zafaron “que este principio es la más corriente manifestación de la responsabilidad objetiva.”²⁰

2) *La conditio sine qua non o equivalencia de las condiciones* (Von Buri). Conforme a esta teoría todas las causas, concausas y condiciones que concurren con la producción de un resultado, son jurídicamente relevantes, puesto que si alguna de ellas faltare, el resultado no se daría. Lo cual es ineficaz y por lo tanto injusto debido a que si se aplicara esta teoría entonces tendríamos que castigar en un delito de adulterio por ejemplo, castigar al carpintero que fabricó la cama donde realizó el yacimiento carnal; o al que fabricó la pistola con la que el homicida mató a la víctima, etc.

3) Teoría de la causa más eficaz (Bikmeyer). Esta teoría es de orden netamente cuantitativo; establece que sólo es causa en la producción de un resultado aquella que desde el punto de vista cuantitativo, resulta más eficaz para producirla. Esta teoría se critica en función de que soluciona de manera parcial el problema y dejaría impunes a todos los comportamientos de coparticipación que no implicasen la autoría material del delito. Por ejemplo una persona para morir requiere de 100 gramos de veneno: el sujeto A pone 60 gramos y el sujeto B pone 40 gramos. El responsable del homicidio sería A, por haber puesto la condición más eficaz.

4) Teoría de la causa más adecuada (Von Bar) . De acuerdo con esta vertiente, con la que se pretende solucionar el problema de la causalidad a priori, únicamente es causa aquella que resulta adecuada para la producción de un resultado. Es de señalar que deja fuera esta teoría a la coparticipación y

²⁰ ZAFFARONI Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal pág 473.

por otro lado la causa más idónea no es siempre la que produce el resultado.

5) Teoría de la proximidad o causa próxima (Ortman). Sólo atribuye el resultado a la causa más próxima.

Por tal motivo debemos de entender como un nexo causal como un proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la actividad, último de los cuales es el resultado material.

Además de diferenciar entre el nexo causal y el nexo normativo; el cual es la relación de inactividad del sujeto señalado de comisión inactiva en el tipo como garante de la evitación por omisión de este resultado.

i) *Medios comisivos.*

Es aquella parte de una conducta delictiva que resulta determinante para poder llegar a la consumación del resultado final que se busca.

j) *Circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión.*

Por circunstancia debemos entender todo aquello que rodea la conducta y algunos tipos legales requieren necesariamente para su configuración, pero en otros sólo se requiere a nivel de tipo complementado.

Circunstancias de lugar; hay tipos o descripciones legales que requiere como elemento que la conducta delictiva se lleve a cabo en un lugar determinado.

Circunstancias de tiempo; estaremos ante una circunstancia de tiempo cuando el tipo requiere que la conducta se lleve a cabo dentro d un límite de tiempo, es decir que si dicha conducta se exterioriza fuere de ese lapso de tiempo resultaría atípica.

Circunstancia de modo; son aquellas que se refieren a que la conducta se

lleve a cabo de una manera determinada. Esto sobre todo en los tipos cerrados.

Circunstancias de ocasión; Las cuales pueden ser muy poco comunes que se den.

k) *Elementos normativos.*

Para el, maestro Rodolfo Monarque Ureña “Son elementos que implican un juicio de valor. Existen elementos que se tienen que valorar mediante un proceso intelectual por parte de quien los está analizando dividiéndose en jurídico-normativos y ético-normativo”.²¹

Generalmente, los tipos penales son predominantemente descriptivos; Sin embargo en ocasiones contienen elementos que requieren de una valoración ética o jurídica , éstos son los elementos normativos.

l) *Elemento subjetivo específico distinto al dolo.*

Son los ánimos o intenciones accesorias a la finalidad de la conducta. Éstos son el ánimo, tendencia, móvil, intención, deseo y la finalidad; dependiendo de cada tipo penal.

2.5 ATIPICIDAD

El artículo segundo del nuevo código penal para el Distrito Federal señala el principio de tipicidad en su primera hipótesis señala que: No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate.

²¹ Monarque Ureña Rodolfo, op., cit. pág.41

Por su parte el artículo 29 del mismo ordenamiento penal en su fracción segunda nos marca como causa de exclusión del delito la “Atipicidad” y a la letra dice “Artículo 29; el delito se excluye cuando: Fracción segunda (Atipicidad) Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate.” Y por último el mismo articulado en su fracción octava inciso a) establece el error de tipo, este ordenamiento señala:” Fracción octava (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate,...”.

Por lo tanto estos son los ordenamientos legales que contemplan la ausencia de tipicidad o atipicidad.

Para el maestro Fernando Castellanos la atipicidad se da cuando “ No se integran todos los elementos del tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podría ser delictuosa.”²²

Es menester realizar la diferencia entre ausencia de tipo y atipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que según a sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. Es decir cuando una conducta no es relevante para el derecho penal. En cambio la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo pero no se amolda a él la conducta dada.

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

El maestro Porte Petit define a la tipicidad como “ Si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir cuando no se integre elemento o elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el

²² Castellanos Fernando “lineamientos elementales de derecho Penal “ p. 174

caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo pero no a todos los que el mismo tipo requiere.²³

Según el contenido del tipo, será la extensión de la atipicidad, o no conformidad a los elementos del tipo. Para señalar la atipicidades, bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo:

a) No se acredita la forma de intervención ó participación del sujeto activo o activos.

b) Falta de calidad en alguno de los sujetos (activos o pasivos).

c) No existe una lesión o se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

d) Ausencia del objeto material.

e) No se produce el resultado típico (puede dar lugar a la tentativa).

f) Ausencia del nexo Causal.

g) Falta de medios comisivos.

h) Ausencia de circunstancias del lugar , tiempo, modo y ocasión.

i) Falta de alguno de los elementos normativos.

j) Falta el elemento subjetivo específico distinto al dolo.

2.6 ANTIJURIDICIDAD.

²³ Porte Petit Celestino “apuntamientos de la parte general del derecho penal”
p.475

Esta figura está contemplada en el artículo cuarto del Nuevo código penal para el Distrito Federal que a la letra dice: “Artículo 4. (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que se lesione o ponga en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.

Por antijuridicidad en sentido amplio y con la finalidad de poder definir una figura se podría decir que es “toda conducta tipificada no amparada por una causa de exclusión o de licitud (Normas o tipos permisivos).”

Sin embargo este concepto sería independientemente de que fuera válido, poco aventurado a dar sin ningún estudio al respecto por lo que trataremos de retomar algunos conceptos realizados por algunos autores y al fin poder llegar a una conclusión que pueda unir criterios y sea explícita para todos.

Para el Maestro Fernando Castellanos la antijuridicidad radica en “la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo ; en los tipos penales se señalan los valores que es necesario amparar; una conducta es antijurídica cuando vulnera dichos bienes y valores.”²⁴

Para el Maestro Muñoz Conde la antijuridicidad “es la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito.”²⁵

Así las cosas el Maestro Francisco Pavón Vasconcelos señala que “una conducta es antijurídica cuando contradice las normas del derecho.”²⁶

En atención a lo que los autores anteriormente señalados, entenderemos que antijuridicidad es el choque de la conducta con el ordenamiento jurídico. No todo lo típico es antijurídico, pues la tipicidad es sólo un indicio de la

²⁴ Castellanos Fernando op., cit. pág. 178

²⁵ Muñoz Conde. “Teoría General del delito” p. 83

²⁶ Francisco Pavón Vasconcelos . “Manual de derecho penal Mexicano”. p. 295

antijuridicidad.

La vida (por ejemplo), es un bien jurídico tutelado por la ley penal y es afectada por el homicidio, pero la tipicidad conforma sólo la afectación de una parte de la teoría del delito, y dejaría de tener tutela jurídica, si este homicidio se hubiera cometido en defensa legítima o por alguna otra causa de justificación.

Por esta razón la antijuridicidad puede ser entendida en dos formas como antijuridicidad formal y material.

Fernando Castellanos señala que “la antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo Franz Von Liszt Ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad . El acto será formalmente antijurídico cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.”²⁷

Por tal motivo la antijuridicidad puede ser entendida desde el punto de vista material como lo socialmente mañoso y desde el punto de vista legal o formal en virtud de que está contemplada por la ley.

2.6.1 ANTIJURIDICIDAD, ILICITUD E INJUSTO.

Estos tres conceptos han sido invariablemente usados con la finalidad de entenderlos con el mismo significado, la realidad es que los tres tienen conceptos distintos los cuales son importantes de distinguir .

La *ilicitud* tiene un mayor significado que lo *antijurídico* puesto que ilícito es lo opuesto a lo moral y también al derecho; por lo tanto abarca un radio de mayor radio que el antijurídico. Por otro lado la antijuridicidad es un predicado de la acción, como lo menciona Muñoz Conde “El atributo con el que se califica

²⁷ Castellanos Fernando, op., cit. pág. 180

una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica , lo injusto es por lo tanto, la conducta antijurídica misma. Mientras que la antijuridicidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto (a veces también llamado ilícito) es una acción antijurídica determinada: la acción antijurídica del hurto, de homicidio, de incumplimiento contractual, de infracción administrativa. Por eso se habla de injusto penal, injusto civil o injusto administrativo, aunque la antijuridicidad sea unitaria para todo el ordenamiento jurídico.”²⁸

2.7 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN O EXCLUSIÓN DEL DELITO

Estas son las causas que excluyen al delito en lo que respecta a la antijuridicidad es decir están amparadas dichas conductas por la norma penal, las cuales deben cumplir ciertos requisitos para consumarse como tales.

En nuestro Nuevo código penal para el Distrito Federal están contempladas en su capítulo quinto de las causas de exclusión del delito en su artículo 29; sin embargo no todas las causas de exclusión del delito eliminan la antijuridicidad sino que también atacan (aquí en este capitulado) otras figuras de la teoría del delito.

Como lo señala el Maestro Rodolfo Monarque Ureña “ el contra elemento de la antijuridicidad son las causas de justificación, de fundamentos diversos En ocasiones lo encuentra en la aquiescencia del titular del derecho siempre que este sea de naturaleza disponible, otras en el consentimiento estatal de una determinada actividad; también en una preponderancia de interés.”²⁹

Para el maestro Fernando Castellanos “Las causas e justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una

²⁸ Muñoz Conde. Op., cit. pág. 84

²⁹ Monarque Ureña Rodolfo “lineamientos elementales de la teoría general del delito” pp.48

conducta típica.”³⁰

Sin duda estas causas de justificación representan el aspecto negativo del delito.

Estas causas de justificación se funda con dos elementos y procurando que no se dé un tercero los cuales son:

- A) Ausencia de interés.
- B) Interés preponderante y
- C) Exceso.

A) Ausencia de interés.

Esta permite a los particulares la solución de problemas, además de contener en este apartado al consentimiento del titular, o del legitimado legalmente para otorgarlo, con lo que haría relevante para eliminar el carácter antijurídico de la una conducta.

B) Interés preponderante.

En este supuesto no permite a los particulares la solución de un problema. Además de que contempla que cuando dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de valor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la preservación del preponderante.

C) El Exceso.

En el caso de que el sujeto activo rebasa los límites de una conducta, la cual esta previamente legitimada por una justificante, surgiendo la ilicitud,

³⁰ Castellanos Fernando op., cit. pág. 183.

debido a que mientras las causas justificación excluyen la antijuridicidad del comportamiento, por lo que el exceso queda ya ubicado dentro del ámbito de la delictuosidad.

Por tal motivo en nuestro nuevo código penal para el Distrito Federal en su artículo 29, contempla las siguientes causas de justificación las cuales estudiaremos a continuación:

Consentimiento del titular

Legítima defensa

Estado de necesidad

Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho

2.7.1 Consentimiento del titular.

Dicha causa de justificación está regulada por el artículo 29 fracción tercera la cual a la letra dice:

Artículo 29. (causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

Fracción III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un bien jurídico disponible;

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

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie juicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse

consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

Por como se puede observar el artículo 29 en su fracción tercera, recoge en forma expresa, como causa de exclusión del delito el consentimiento del titular, la cual será aplicable cuando se realicen las circunstancias que exige el propio artículo y como regla general excluye la antijuridicidad pero en algunos casos como en el robo (por ejemplo) la falta de consentimiento es un elemento del tipo legal excluyendo la tipicidad.

Por mera lógica en estos casos la oposición o el consentimiento del titular del bien jurídico deben quedar claramente manifestados, tomando en cuenta que el consentimiento puede ser expreso ó tácito, éste último debe de traer aparejada una previa relación de confianza, la cual haga pensar que el titular del bien jurídico hubiera estado de acuerdo en que alguien utilice dicho bien.

Por lo que respecta a sus requisitos el maestro Muñoz Conde señala que “Cualquier vicio del esencial de la voluntad del que consciente (error, coacción, engaño, etc.) invalida el consentimiento.”³¹

Cabe señalar que por lo que respecta al consentimiento expreso ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa a su amparo.

2.7.2 LEGÍTIMA DEFENSA

El mismo Artículo 29 del nuevo código penal para el Distrito Federal en su fracción cuarta dice:

Artículo 29 Fracción IV. (legítima defensa). Se repela una agresión real,

³¹ Muñoz Conde. Op., cit. pág. 122

actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien pro cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite en forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Esta excluyente de delito se basa en un principio fundamental, “Nadie está obligado a soportar lo injusto”.

Como concepto de la legítima defensa podemos tener a la defensa legítima “ a la que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria a derecho, por medio de una lesión contra el agresor (Liszt)”³²

Por otra parte Luzón Peña nos aporta un razonamiento acerca de la naturaleza de la legítima defensa la cual dice “ Si al derecho le es necesario que el particular defienda el bien jurídico y el derecho frente a la agresión antijurídica, entonces la conducta del individuo que realiza estas dos funciones, no es ya que el derecho la tolere y no la castigue por eso, es que el derecho la valora positivamente, la desea incluso, pues le es imprescindible y , por tanto , la aprueba y apoya incondicionalmente.”³³

³² Carrancá y trujillo Raúl, Carrancá y Rivas Raúl, derecho Penal Mexicano. Parte general, pág.190.

³³ Luzón Peña, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, 1978, pág. 85

Así pues la legislación actual, así como la doctrina exigen como condición de legitimidad de la defensa la concurrencia de determinados requisitos:

a) Un ataque o agresión contra intereses jurídicamente protegidos del que se defiende o de otra persona. Acerca de los intereses o bienes jurídicos que pueden ser objeto de defensa no existe un completo acuerdo; todos los autores están de acuerdo en que la vida, la libertad y la integridad por ejemplo, son dignos de ser protegidos y defendidos, pero si se habla de el pudor, el ataque al patrimonio, son bienes tutelados que estaría en tela de juicio en cuestión a la defensa legítima o por mencionar otro ejemplo el honor. Los cuales al ser atacados pueden ser defendidos de manera distinta (no así el delito de violación), sin embargo el delito que comprendía el adulterio en las legislaciones anteriores, atenuaba el homicidio de cónyuge adúltero, cometido por el cónyuge engañado, sin embargo como comenta el maestro Ignacio Villalobos, ésta no podía ser considerada una situación de legítima defensa debido a que el honor (el bien tutelado supuestamente atacado) no tenía un ataque directo real e inminente, justificante tal para poder cometer el homicidio.

Esta *agresión* la debemos de entender como “el ataque de un individuo que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos”.³⁴ esta agresión se debe dar de manera:

real, es decir que exista en el mundo fáctico, y no imaginario o hipotético, ya que en todo caso, pudiera estarse en contra excluyente de incriminación. Ahora bien aunque exista sin embargo puede darse el caso que alguien crea inequívocadamente que está siendo agredido o va a ser agredido cuando no es así y;

Actual, lo que quiere decir que el ataque debe ser presente. Debe estar sucediendo en el HOY, y no en el pasado, o bien no puede ser futura. Si la agresión cesa, el sujeto ya no puede contrarrestar nada, puesto que la conducta de ataque ya no existe.

³⁴ Monarque Ureña Rodolfo, op., cit. pág.51

No provocada, esto puede suceder cuando una persona, precisamente para causarle un mal a alguien, lo provoca a que lo agrede, y en consecuencia, pueda repeler esa agresión y lesionar o privar de la vida al agresor.

Por lo que respecta al ataque o agresión actual o inminente, Cuello calón menciona “Si bien pues antes de que el peligro aparezca no es necesaria la defensa, cuando el mismo peligro cesa, la defensa queda superflua. Pero no es preciso que la agresión se produzca, si ésta próxima a realizarse cabe el derecho de defensa.”³⁵

En ese orden de ideas la agresión que se repele debe ser sin derecho es decir “ilegítima”, esto debido a que la agresión como la defensa deben ser conductas contrarias a derecho es decir antijurídicas aún no siendo típicas, es decir el que ataca o arremete no debe tener ningún precepto jurídico que lo ampare para ello; es decir si no hubiera repelido la agresión el sujeto hubiera resultado lesionado en algún bien jurídico protegido.

Aunado a esto la defensa debe ser “necesaria”, lo que equivale a argumentar que no exista otro medio alguno de evitar la agresión amenazante, en cambio si esta agresión fuere evitable por otros medios no violentos, la defensa perdería su carácter de legitimidad. “La apreciación de su necesidad es subjetiva, ha de apreciarla el que se defiende”.

Por último la agresión no debe ser provocada por la actitud o la conducta del agredido, esto es que la conducta que se va a repeler debe ser anterior a la defensa.

2.7.2.1 Exceso en la defensa.

Fernando Castellanos señala “hay exceso en la defensa cuando el agredido va mas allá de lo necesario para repeler la agresión.”³⁶ Es decir que no es

³⁵ Cuello Calón Eugenio “Derecho penal “ tomo I parte general p.374

³⁶ Castellanos Fernando, op., cit. pág.198

suficiente que la defensa sea necesaria sino que debe ser racional, es decir no debe haber una desproporción tan enorme tan enorme sobre la conducta defensiva y la del agresor, de tal suerte que la defensa que cause un mal inmensamente superior al que hubiese producido la agresión estará incurriendo en un exceso.

2.7.3 ESTADO DE NECESIDAD.

Esta causa de justificación está contemplada en el artículo 29 fracción quinta del Nuevo código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

Artículo 29 fracción V (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Para el Maestro Monarque Ureña existe estado de necesidad cuando “se presenta una colisión o choque de bienes o valores de distinta jerarquía , en el cual se sacrifica el de menor valor ³⁷

Lo que significa que se da ante la necesidad de salvar un interés mayor, sacrificando el menor, en una situación no provocada de conflicto extremo, por lo que el que sufre el mal menor no ha hecho nada contrario a derecho y no obstante, debe soportar el mal por que el que lo infiere se encuentra en una situación de necesidad en la que el conflicto fáctico le impone una elección y la ponderación de sus males tiene una importancia capital , este mal que se pretende evitar puede devenir tanto de la fuerza de la naturaleza como de una acción humana e incluso las necesidades fisiológicas pueden provocar un estado de necesidad.

Estas condiciones el maestro Cuello Calón las divide en dos grandes grupos:

³⁷ Monarque Ureña Rodolfo, op., cit.pág. .60.

A) Aquellos casos en que los bienes o derechos en conflicto son de diversa clase y distinto valor tienen el carácter de una verdadera causa de justificación, y el hecho pierde su carácter antijurídico y

B) Cuando la valoración de los bienes son de igual valor. Pudiendo dar lugar a una causa de exclusión de la culpabilidad.”³⁸

Los elementos del estado de necesidad, son los siguientes:

a) Peligro real, actual o inminente y no provocado. Con la misma aplicación como lo fue señalado en la defensa legítima con la salvedad de que en este apartado como ya se ha señalado anteriormente la situación de peligro puede ser causada por cualquier índole, (natural o humana).

b) peligro de causar daño en bienes jurídicos. Abarcando todos los intereses que la ley protege para el individuo, siendo estos bienes propios o ajenos

c) lesión de un bien jurídico de menor jerarquía, Fernando Castellanos menciona que “ Indudablemente ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir , el Estado opta por la salvación de uno de ellos , aquí sigue cobrando vigor el principio del interés preponderante; nada más cuando el el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, por que sólo entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente.”³⁹

Por lo que respecta a los bienes de igual jerarquía que se encuentren en pugna lo que impera es una conducta legal, racional e inexigible por parte del agente, ya que el estado no puede esperar, que el que se encuentre en el hecho en un estado de necesidad soporte las consecuencias de manera heroica, llamándole a esta figura estado de necesidad exculpante, y si bien no es una causa de justificación si lo es una excluyente de culpabilidad lo cual se

³⁸ Cuello Calón Eugenio, op., cit pp.407-408

³⁹ Castellanos Fernando, op., cit. pág.204

analizará posteriormente.

d) Otro elemento más es el que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. Es decir que el medio por el cual va a ser sacrificado el bien jurídico deba ser inevitable, puesto que si se comprobare que pudo haber existido otro medio para salvaguardar este bien no existiría dicho estado de necesidad.

Aunado a esto el Maestro Muñoz Conde menciona tres requisitos que junto con los elementos complementa la exacta aplicación y observancia del estado de necesidad:

1) Que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar

2) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto y,

3) que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.⁴⁰

2.7.4 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO.

El cual esta regulado por la fracción VI del artículo 29 del Nuevo código penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

Artículo 29 Fracción VI (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.

Esto explica que el deber jurídico es el derecho que tiene por ley un sujeto, de realizar o ejercer profesiones u oficios que pueden implicar la lesión en los bienes jurídicos de las personas.

⁴⁰ Muñoz Conde. Op., cit. pp 108-110.

Y por cumplimiento de un deber entraña el amparo de conductas realizadas que se realizan en función de una actividad también autorizada por el estado, autorización sin la cual esta conducta sería ilegítima.

Cuello Calón señala como cumplimiento de un deber que “ La ley impone a veces, como deber jurídico la ejecución de determinados actos que objetivamente tienen aspecto delictivo, en estos casos el agente está exento de responsabilidad, pues su conducta es justificada por que obra incumplimiento de la ley.” Y por lo que respecta a el ejercicio de un derecho señala que “la ley reconoce a ciertas personas el derecho de ejecutar hechos que son objetivamente delictivos. En tales casos los actos realizados, no obstante su apariencia ilícita son justos, lícitos, pues el que usa su derecho a nadie puede ofender, y por tanto no comete delito alguno.”⁴¹

Como ejemplo tenemos el desempeño de ciertas profesiones que la ley le ampara, para realizar determinadas actividades que aún siendo ilegítimas so son delictivas por poseer el amparo antes mencionado debido a la actividad profesional que se está realizando.

También como ejemplo podemos tener la orden del superior jerárquico que ordena al subordinado a realizar determinado hecho apegado a la normatividad, pero podemos tener dos supuestos:

UNO: Si la orden del superior fuere ilícita o fuera de sus facultades no sería posible la justificación de dicha conducta lo que sería la comisión de un delito, sin embargo si el subordinado desconoce lo ilegítimo de la conducta dicho sujeto no sería culpable.

DOS: Por otro lado si el subordinado conoce el carácter jurídico de la conducta sería responsable del hecho realizado. Y el superior sería responsable en ambos casos.

⁴¹ Cuello Calón Eugenio, op., cit. p. 393,394

Muñoz Conde menciona cinco presupuestos para que se de el cumplimiento de un deber:

1. Relación jurídica. Esta relación sólo puede darse en el ámbito del derecho público y del derecho militar que se basan precisamente en la idea de subordinación y del sometimiento del inferior al superior.

2. Competencia abstracta del que da la orden para dictarla dentro de sus facultades.

3. Competencia del subordinado para ejecutar el acto ordenado por el superior.

4. Que la orden sea expresa y aparezca revestida de las formalidades legales. Y

5. Que por las razones ya dichas anteriormente sea después de todo antijurídica.

2.8 IMPUTABILIDAD

“El maestro Ignacio Villalobos señala que la imputabilidad es una calidad del sujeto que le hace capaz de dirigir sus actos dentro del orden jurídico, y para ello capacidad de entender y de querer normalmente.”⁴²

En ese orden de ideas el Maestro Muñoz Conde conceptualiza a la imputabilidad como “al conjunto de facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos.”⁴³

⁴² Villalobos Ignacio “Derecho Penal Mexicano”, pág 411

⁴³ Muñoz Conde. Op., cit. pág 139

Así pues Fernando Castellanos en pocas palabras define a la imputabilidad como “la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal”⁴⁴

Atendiendo a los conceptos anteriores definiremos que la imputabilidad es la capacidad psíquica del individuo de ser sujeto de reproche , de comprender que la conducta que realizó es ilícita o que tenga la capacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Para reprocharle una conducta a un autor es menester que el autor haya tenido un cierto grado de capacidad psíquica la cual le pudiera haber permitido disponer de un ámbito de auto determinación.

La capacidad psíquica que se requiere para poder imputarle a un sujeto dicho reproche de injusto, no es sino nada más que la necesaria para que le haya sido posible comprender la naturaleza del injusto, acerca de que era lo que hacía y esto le haya permitido realizar la conducta conforme a esa comprensión de la antijuridicidad por lo que quien tiene limitada o anulada esa capacidad de comprensión de que la conducta es antijurídica, no puede ser reprochado por la misma.

Por tal motivo tenemos que la misma imputabilidad tiene dos niveles:

1) Capacidad de comprender la antijuridicidad (capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta).

2) La capacidad de adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad (capacidad de conducirse de acuerdo a la comprensión de la antijuridicidad).

El concepto de imputabilidad es un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permitir que, en consecuencia, este pueda responder de ellos.

⁴⁴ Castellanos Fernando, op., cit. pág 218.

2.8.1 LA ACTIO LIBERAE IN CAUSA

Otro aspecto de las causas de exclusión de la imputabilidad es el de la *actio liberae in causa*; éstas son las que en su causa son libres, aunque determinadas en sus efectos. Se producen cuando la acción se decidió en estados de imputabilidad, pero el resultado se produjo en estado de inimputabilidad.

2.9 CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTABILIDAD.

El artículo 29 del nuevo código penal para el Distrito Federal señala en su fracción VII (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo mental retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

El maestro Ignacio Villalobos menciona “ Es palmario que la excluyente de imputabilidad será la que suprima, en el juicio, la conciencia jurídica o la capacidad de conocer y discernirla naturaleza de sus actos en todo aquello que los hace ilícitos; o que elimine la posibilidad, aún conociendo el verdadero carácter de la conducta o la naturaleza antijurídica de los actos que van a ejecutarse , de tomar determinaciones correctas y abstenerse de llevar adelante lo prohibido.”⁴⁵

Así pues el maestro Fernando Castellanos señala “ La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de

⁴⁵ Villalobos Ignacio, loc. Cit., pág 411

aptitud psicológica para la delictuosidad.”⁴⁶

Para entender un poco más de estos conceptos es preciso señalar las dos formas por las cuales se da la inimputabilidad; a) por incapacidad de comprensión de la antijuridicidad, lo cual nos tendría como consecuencia la eliminación de la culpabilidad debido a que concede la posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad. Y b) por incapacidad para autodeterminarse conforme a la comprensión de la antijuridicidad, eliminando la culpabilidad por que estrecha el ámbito de autodeterminación del sujeto.

Las bases que se toman en cuenta son la ubicación en el tiempo y el espacio ambos psíquicos las cuales pueden ser dadas de dos maneras 1) Insuficiencia de las facultades, que es la imposibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta; y 2) atendiendo a las facultades que es la imposibilidad de dirigir las acciones conforme a esa comprensión.

Pero una vez que ya esta conceptualizado y entendido qué es la inimputabilidad atendamos ahora la siguiente cuestión; ¿Cuales son las causas de inimputabilidad? . El nuevo código penal en su artículo 29 fracción VII señala las causas de exclusión del delito; en su primer idea el artículo dice, “... Al momento de realizar el hecho típico”, con lo cual no tenemos problemas debido a que ya sabemos lo que es un hecho típico, en su segunda idea dice...”el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión”, los cuales son los supuestos de la inimputabilidad, los cuales son no tener la capacidad de comprender o no tener la capacidad de conducirse. La tercera idea señala.. .”en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado “. Lo que nos refiere a las dos causas de exclusión de la imputabilidad señalada por la ley. Dejando en las siguientes ideas del primer párrafo lo siguiente...”a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación las cuales serías las llamadas (*Acciones libres en su causa*) las

⁴⁶ Castellanos Fernando, op., cit. pág 223

cuales estudiaremos posteriormente.

Además de estas causas de exclusión el nuevo código penal en su capítulo XI que se refiere al Tratamiento de inimputables o de imputables disminuidos hace la diferenciación siguiente entre una inimputabilidad permanente, trastorno mental transitorio, y de desarrollo intelectual retardado pero sólo en cuestión de su tratamiento dejando este criterio a una resolución médica o en su caso a una prueba pericial en la materia que sirva para poder definir que persona es inimputable o no, lo que enriquezco con la siguiente tesis jurisprudencial.

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, III

Página: 154

TRASTORNO MENTAL COMO EXCLUYENTE. Las eximentes deben demostrarse en forma plena, y especialmente tratándose de las causas de inimputabilidad son necesarias pruebas especiales, por referirse dichas eximentes al campo subjetivo del individuo; por ello es preciso que se compruebe que en el momento del hecho, el agente no poseía la salud o el desarrollo mentales exigidos abstracta e indeterminadamente por el legislador para comportarse en el mundo del derecho penal.

Amparo directo 4260/56. Raúl Trejo Sánchez. 11 de septiembre de 1957. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Nota: En el Apéndice 1917-1985, la tesis aparece bajo el rubro "TRASTORNO MENTAL COMO EXCLUYENTE".

Existen también otros casos de exclusión de la imputabilidad además de las legales como anteriormente las hemos señalado sino que también existen las supralegales.

Se reconoce, generalmente, la existencia de tres estados fisiológicos en que la forma de actuar del sujeto no responde a una conciencia y a una voluntad normales, y que por tanto significan una excluyente de inimputabilidad: el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo.

Si bien se pudiera demostrar que los tres aspectos anteriores se encuentran en el supuesto de una ausencia de voluntad, también es cierto que los mismos si se realizan de manera dolosa, pueden encontrarse en el supuesto de una causa de exclusión de la imputabilidad.

2.9.1 LOS MENORES DE EDAD.

De manera coloquial la sociedad cataloga a los menores de edad como inimputables comprendiendo ésta a los menores de 18 años de edad y por lo tanto cuando efectúan acciones tipificadas como delitos no se configuran los delitos respectivos, sino infracciones, sin embargo desde el punto de vista de la doctrina y de la lógica, nada podría estar en contra de un sujeto de 17 años de edad, es decir éste menor posee un adecuado desarrollo mental, y no sufre enfermedad alguna que altere sus facultades; por lo tanto se encuentra completamente un sujeto imputable de sus actos. Sin embargo el artículo cuarto de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal, fija como límite los 18 años, por considerar a los menores de esa edad una materia dúctil, susceptible de corrección. Por tal motivo se toma a la imputabilidad como la aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y en consecuencia, la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho represivo.

2.10 CULPABILIDAD.

El Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 5

señala el principio de culpabilidad que se debe de atender para efectos de este trabajo y en general para la aplicación del mismo código; el cual a la letra dice **Artículo 5** (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.

Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena....

De la misma manera el Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 18 menciona: (Dolo y culpa) Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

En su segundo párrafo conceptualiza al Dolo diciendo: 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.

En el tercer párrafo realiza el legislador el concepto que entenderemos como Culpa y señala: Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible, o no previó confiando en que no se produciría , en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Pero aún teniendo un principio y los conceptos someros de lo que es el dolo y la culpa, es necesario ahondar en el tema para una mayor comprensión del mismo.

Para comenzar debemos conceptualizar a la culpabilidad, para el Maestro Ignacio Villalobos la culpabilidad es, “ el nexo psicológico entre el hecho y el sujeto, y por eso se toma también la culpabilidad como aquello que hace que el acto antijurídico sea reprochable subjetivamente. “ además agrega “ Es el

quebrantamiento de la norma imperativa de determinación . La culpabilidad, genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.”⁴⁷

Por su parte el maestro Cuello Calón señala: “La culpabilidad puede definirse como el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario al mandado por la ley. El reproche contenido en la culpabilidad como elemento del delito, recae solamente sobre la relación de causalidad psíquica existente entre el agente y el hecho en cuestión, el juicio de culpabilidad recae sobre el acto aislado, la peligrosidad y el carácter antisocial del agente.”⁴⁸

En el entendido de que el delito es un hecho culpable. No basta de que sea un hecho antijurídico y típico, también debe ser culpable. Por lo que hay pues en la culpabilidad, a más de una relación de causalidad psicológica entre el agente y la acción, existe un juicio de reprobación de la conducta de éste motivado por su comportamiento contrario a la ley , pues al ejecutar un hecho que ésta prohíbe, ha quebrantado su deber de obedecerla.

Además de que debemos de tener por entendido de que el agente antes de ser culpable, ha de ser imputable. La imputabilidad es el elemento más importante que algunos encuadran dentro de la culpabilidad, ya que sin la imputabilidad no se puede concebir la culpabilidad.

Por lo tanto entenderemos como Culpabilidad a la reprochabilidad del injusto al autor.

Un injusto (Conducta, Típica, Antijurídica), es culpable cuando a su autor le es reprochable, la conducta misma, lo anterior debido a que no actuó conforme a la norma, siéndole exigible en las circunstancias en que actuó que se motivase en ella.

⁴⁷ Villalobos Ignacio, op., cit pág 281 y 282.

⁴⁸ Cuello Calón Eugenio “Derecho penal “ tomo I parte general p. 423 y 424.

La culpabilidad es un concepto de carácter normativo, que se funda en que el sujeto podía haber actuado en forma distinta como le era exigible. Esta culpabilidad se basa en el principio de que en el entendido de que no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor, debe fundarse necesariamente en la aceptación de que el hombre es un hombre capaz de autodeterminarse.

Para que se cumpla con la culpabilidad son necesarios los siguientes requisitos.

1) Que el sujeto le haya sido exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta. (capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta).

2) Que las circunstancias en que el sujeto activo actuó no le hayan reducido su ámbito de autodeterminación por debajo de un umbral mínimo. (conducirse de acuerdo con esa comprensión).

Ahora analizaremos las formas de comisión de la culpabilidad, que de acuerdo a nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, son dos Dolo y Culpa.

La culpabilidad reviste dos formas, una más grave, el dolo (intención), y otra de menor gravedad, la culpa (negligencia); ambas tienen por fundamento la voluntad del agente. Sin intención o sin negligencia, sin dolo o sin culpa, no hay culpabilidad y por tanto hecho punible. Ésta es la opinión común.

La doctrina Penal distingue también las formas antes mencionadas como formas de culpabilidad el dolo y la culpa.

Pero ¿Qué realmente es el dolo y la culpa respectivamente?

2.10.1 DOLO.

Para Fernando Castellanos el dolo es, "El actuar, consiente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico."⁴⁹

De la misma manera Rodolfo Monarque Ureña conceptualiza al dolo como "La voluntad de contenido típico, a virtud de propia dedición".⁵⁰

Para los Finalistas el dolo es el elemento nuclear y principalísimo del tipo subjetivo y frecuentemente, el único componente del tipo subjetivo. Por otro lado para los causalistas el dolo se encuentra en la responsabilidad penal (culpabilidad). Sin embargo en nuestra actual legislación se encuentra la culpabilidad como una forma de ésta.

El dolo es representación y voluntad,. Representación por lo que respecta al aspecto cognoscitivo, o de conocimiento; es decir que conociendo los elementos del tipo penal o prevé como posible el resultado. Y la voluntad que es querer y aceptar el resultado.

El dolo además del elemento volitivo que se concentra en la voluntad de ejecutar el hecho, concurre un elemento intelectual (elemento cognoscitivo) anterior a aquél, constituido por la representación o conocimiento del hecho. Así pues son dos los elementos que constituyen al dolo.

Por lo que respecta a la voluntad se entiende claro que es la capacidad de querer y entender el resultado. Pero por lo que respecta al elemento cognoscitivo, es necesario tener en cuenta los siguientes elementos:

a) El conocimiento de los elementos objetivos integrantes del hecho delictivo; esto comprende también el conocimiento y previsión de los hechos que determinan una agravación de la pena.

b) El conocimiento de la significación antijurídica del hecho. En el entendido de que el conocimiento de la antijuridicidad del hecho no significa que deba

⁴⁹ Castellanos Fernando, op., cit. pág 239

⁵⁰ Monarque Ureña Rodolfo, op., cit. pág. 82

conocer que su acto constituye la figura de delito, ni que conozca la pena conminada, basta que su conciencia la advierta que ejecuta algo que está prohibido.

c) El conocimiento del resultado de la acción. Que es el conocimiento del efecto (daño o peligro) que causará o podrá causar en el mundo exterior la acción o la omisión del agente.

El dolo se puede clasificar de diferentes maneras entre las cuales se encuentran.

2.10.1.1 Dolo directo.

Cuello Calón define al dolo directo, “ se da cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión o los resultados ligados a ella de modo necesario, aquí el resultado corresponde a la intención agente.”⁵¹

Fernando Castellanos define el dolo directo “ Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado.”⁵²

Por lo que entenderemos como dolo directo, a aquél en que el autor quiere directamente la producción del resultado típico.

2.10.1.2 Dolo eventual.

“El dolo es indirecto o eventual, cuando el agente se representa como posible un resultado dañoso y no obstante tal representación no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.”⁵³

⁵¹ Cuello Calón Eugenio, op., cit. pág 444.

⁵² Castellanos Fernando “lineamientos elementales de derecho Penal “ p 239.

⁵³ Cuello Calón Eugenio loc., cit. pág 444.

Por su parte Fernando Castellanos hace una diferenciación entre el dolo indirecto y el dolo eventual; menciona que el “dolo indirecto (o simplemente indirecto), conocido también como el dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la CERTEZA de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho. Y el Dolo eventual (confundido por algunos como indeterminado) existe cuando el agente se representa como POSIBLE un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.”⁵⁴

Por conclusión tomaremos que el dolo eventual se da cuando el sujeto acepta el resultado después de haberlo previsto como posibilidad, es decir, el sujeto realiza la conducta admitiendo la posibilidad de que sobrevenga el resultado .

En términos coloquiales podríamos decir que el dolo eventual es la conducta del sujeto que dice, “que se aguante”, “que me importa”, “si pasa, ni modo”, donde su resultado es una posibilidad de que se dé.

El dolo eventual marca la frontera entre el dolo y la culpa, mas allá del dolo eventual está la intención directa, al otro lado la culpa consciente. En el dolo eventual el agente acepta el resultado ilícito cuya producción aparece como posible, en la culpa consciente obra con la esperanza, o mejor aún, confía en que el resultado no llegará a producirse.

Ahora toca el turno de estudiar la otra forma de representación de la culpabilidad la cual es la *culpa*.

2.10.2 CULPA

⁵⁴ Castellanos Fernando, loc., cit. pág 239,240.

El tipo culposo no individualiza la conducta a su finalidad sino en la forma en que se obtiene la finalidad se viola un deber de cuidado que es el elemento más importante de la culpa.

Para el maestro Cuello Calón existe culpa cuando “obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.”⁵⁵

Castellanos Tena opina que “la culpa se da cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o por imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.”⁵⁶

Conforme a esta noción para la existencia de la culpa es preciso:

- a) Una acción u omisión, consciente y voluntaria pero no intencional.
- b) Que el agente ejecute el acto inicial sin tomar aquellas cautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales.
- c) El resultado dañoso debe ser previsible para el agente. Debiendo apreciar:
 1. Si el hecho era previsible conforme a las experiencias de la vida cotidiana, conforme al modo normal y ordinario del suceder de las cosas.
 2. Debe tomarse en cuenta la personalidad del agente, su capacidad espiritual, su cultura, su capacidad sensorial.

⁵⁵ Cuello Calón Eugenio, op., cit. pág 466.

⁵⁶ Castellanos Tena Fernando, op., cit. pág 248.

3. La previsibilidad debe entenderse también a la representación de los elementos que integran el delito en que se concreta el posible resultado dañoso, como a la representación De la relación de causalidad existente entre dicho resultado y la conducta del agente.

d) El resultado dañoso debe constituir un hecho que objetivamente integre una figura legal de infracción, un hecho penado por la ley.

e) Entre el acto inicial y el resultado dañoso debe existir relación de causa a efecto.

Como ya lo hemos leído anteriormente la culpa puede presentarse por imprudencia, negligencia. La imprudencia es un exceso en el actuar y la negligencia es una falta en el actuar.

“La culpa o negligencia supone descuido, imprudencia, ligereza, falta de atención, mientras que el dolo implica conciencia y voluntad de incumplir el contrato. Las consecuencias de que ha de responder el contratante incumplidor son distintas si ha existido negligencia que si medió dolo: en el primer caso, las leyes entienden de forma general que el incumplidor sólo ha de responder de los daños y perjuicios que resultaban previsibles en caso de incumplimiento en el momento en que se contrató. En cambio, en el supuesto de dolo no suele establecerse esta limitación. Sin embargo, cuando la culpa o negligencia es lata o grave, supone la omisión de las más elementales precauciones, y se equipara al dolo.

Cada contrato establece el grado de diligencia con que debe desarrollar el deudor su actividad, y si del contrato no se deduce ese nivel de diligencia, se entiende que debe ser la propia de una persona media (la que en el Derecho romano se describía de un modo muy gráfico: la diligencia del bonus paterfamilias).

Es posible que una persona deba responder de los daños causados por otra, por existir una relación de jerarquía o dependencia: es el caso del

empresario, que responde de los daños causados por sus trabajadores por no vigilarles o no supervisar con eficacia su actividad (culpa in vigilando) o por no haber escogido la persona adecuada para llevarla a cabo (culpa in eligendo). También existe esta clase de responsabilidad cuando la persona que causa el daño se encuentra bajo la dependencia familiar de sus padres o de su tutor por ser menor de edad o por encontrarse incapacitado (culpa in educando).

En Derecho penal tiene cabida la imprudencia cuando ha tenido lugar al cometer un acto que, si hubiese sido voluntario o doloso, sería constitutivo de delito. Se habla así de imprudencia punible, que admite diferentes graduaciones según su gravedad: imprudencia temeraria e imprudencia simple. Si es cometida por un profesional que, en el desempeño de su profesión, omite las diligencias propias de ella (la llamada *lex artis*), se habla de impericia o negligencia profesional, y constituye una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, sancionada por tanto con penas más severas.⁵⁷

Los tipos culposos son de tipo abierto, el deber de cuidado viene de la mano con la posición de garante, y se haya regularmente establecido en otros cuerpos legales.

La culpa suele dividirse en consciente o con representación y culpa inconsciente o sin representación.

2.10.2.1 CULPA CONSCIENTE O CON REPRESENTACIÓN.

Para Rodolfo Monarque Ureña la culpa consciente o con representación, existe “cuando el sujeto, a sabiendas que violenta una norma que exige cuidado, y con la representación de que probablemente producirá un resultado típico, realiza la acción, abrigando la esperanza de que el resultado jamás se

⁵⁷ Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2002. © 1993-2001 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

va a producir.”⁵⁸

Para Cuello Calón “La culpa consciente existe cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán.”⁵⁹

Por lo tanto llamaremos a aquella conducta en que el sujeto activo se la ha representado la posibilidad de la producción del resultado, aunque la ha rechazado en la confianza de que llegado el momento. Lo evitará o no acontecerá; aunque se debe dejar establecido que en este tipo de culpa lo único que se conoce efectivamente es el peligro: *culpa consciente o con representación*.

El artículo 18 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su párrafo segundo menciona “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.”

En el entendido de que según el articulado existen dos supuestos para que se pueda dar la culpa, los cuales son *no previó siendo previsible y previó confiando en que no se produciría*; tenemos que la culpa consciente es la que el código penal enmarca en su segunda hipótesis y a la culpa sin representación o inconsciente el la primera hipótesis, como a continuación explicaré.

2.10.2.2 CULPA INCONSCIENTE O SIN REPRESENTACIÓN.

Para Rodolfo Monarque Ureña ésta se da cuando “el agente de la conducta desconoce que está violentando una norma que exige cuidado, y sin tener

⁵⁸ Monarque Ureña Rodolfo “lineamientos elementales de la teoría general del delito” pp.84

⁵⁹ Cuello Calón Eugenio, op., cit. pág 470.

representación alguna respecto de la producción de un resultado típico, se conduce imprudentemente causándolo.”⁶⁰

Castellanos Tena menciona que la culpa inconsciente se da “cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado).”⁶¹

Como lo menciona el artículo 18 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su párrafo segundo menciona “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.”

Tenemos que la primera hipótesis es la que encuadra este supuesto “no previó siendo previsible”. Es decir no existe un conocimiento efectivo del peligro que con la conducta se produce para los bienes jurídicos, por que se trata del supuesto en que el sujeto ha podido y debido representarse a la posibilidad de la producción del resultado y sin embargo no lo ha hecho.

En cuanto a la intensidad de la culpa los antiguos criminalistas solían señalar tres grados: culpa *lata*, *levis* y *levissima*, graduación que proviene del Derecho Romano, La denominaban *lata* cuando el evento dañoso hubiera podido preverse por todos los hombres; *levis* cuando su previsión sólo fuere dable a los hombres diligentes, y *levissima* cuando el resultado hubiera podido preverse únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común.

2.10.3 PRETERINTENCIÓN

Es una figura no contemplada dentro del Código Penal vigente, sin embargo es de interés conocer en que consiste ésta figura:

⁶⁰ Monarque Ureña Rodolfo, loc., cit. pág.84.

⁶¹ Castellanos Fernando, op., cit. pág 249.

La palabra preterintención, está compuesta de dos raíces; preter, que significa más, e intención, que es igual a propósito, fin, etc. En esencia, se trata de conductas híbridas en las que existe yuxtaposición de dolo y culpa; así, se sostiene que en la preterintención, existe dolo respecto del propósito querido, y culpa respecto al daño causado.

2.11 CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

“La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.”⁶²

Las causas de inculpabilidad que establece nuestro derecho son las siguientes:

A) El error. Este se clasifica en error accidental y error esencial. Es importante aclarar que no todos los errores, como veremos, son causas de inculpabilidad, solamente los errores esenciales invencibles o insuperables; sin embargo es importante para la mejor comprensión, explicar cada uno de los errores que la doctrina penal trata.

El error accidental se divide en:

- a) *Aberratio ictus* error en el golpe.
- b) *Aberratio in persona* o error en la persona.
- c) *Aberratio in delicti* o error en el delito.

El error esencial se divide en:

- a) Error esencial de hecho, que a la vez se subdivide en error esencial de

⁶² Castellanos Fernando, op., cit. pág 257

hecho insuperable o invencible y error esencial de hecho superable o vencible. Éste es el único error, que se considera como causas de inculpabilidad.

b) Error esencial de hecho o de prohibición, que se subdivide en; error esencial de derecho insuperable o invencible y error esencial de derecho superable o vencible.

c) Eximentes putativas (error de permisión).

B) Temor fundado o coacción moral.

C) Obediencia jerárquico-legítima.

D) No exigibilidad de otra conducta.

2.11.1 EL ERROR.

“El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce pero reconoce equivocadamente.”⁶³

“Para los efectos de la ciencia jurídica, el error es la noción equivocada, creencia errónea, ignorancia, desconocimiento o el conocimiento falso, que el sujeto tiene con respecto a la norma jurídica (error de derecho) o sobre el hecho tipificado (error de hecho).

2.11.1.1 EL ERROR ACCIDENTAL.

El error accidental no exonera la culpabilidad, sin embargo eventualmente puede cambiar la clasificación del delito.

a) *Aberratio ictus* o error en el golpe. “Tiene lugar, cuando el sujeto activo yerra respecto de la dirección hacia la que había orientado su acción.”⁶⁴

⁶³ ibid. Pág. 259

⁶⁴ Monarque Ureña Rodolfo, op., cit pág. 91

Es decir se da cuando una conducta se dirige contra un objeto, pero afecta a otro, a l que no se quería ni aceptaba la posibilidad de afectar.

Puede ser que los objetos sean o no equivalentes, en todo caso la formula es la misma.

Respecto del objeto al que se deseaba afectar, estaríamos ante una tentativa dolosa.

Respecto al objeto afectado, estaremos ante un delito consumado culposo.

b) *Aberratio in persona* o error en la persona. se da cuando la conducta está encaminada a lesionar a una persona determinada, y sin embargo por circunstancia desconocidas por el agente, la lesión se produce en otro individuo.

c) *Aberratio in delicti* o error en el delito. Se presenta cuando el sujeto cree estar realizando un delito determinado y en realidad ejecuta otro.

2.11.1.2 EL ERROR ESENCIAL.

Este se clasifica en error de hecho y de derecho, vencible e invencible. Este tipo de error se considera como causas de inculpabilidad, cuando es invencible o insuperable.

a) Error de hecho insuperable o invencible. Consiste en la ignorancia o en la creencia errónea con relación a un elemento del tipo, que hace que el activo crea de manera insuperable estar obrando lícitamente. Elimina la culpa

b) Error de hecho superable o vencible. Se presenta cuando el sujeto sospecha, pero sin certeza que su conducta pudiera ser delictiva y, sin cerciorarse, la realiza. Elimina el dolo pero no la culpa.

c) Error esencial de derecho insuperable o invencible. El reconocimiento de este error como causa de inculpabilidad, pugna por el principio romano de *ignorantia vel erro juris non excusat* (la ignorancia de la ley no excusa su responsabilidad) Error de prohibición causa de inculpabilidad. El sujeto por ignorar la prohibición de algún delito, cree conducirse lícitamente.

d) Error esencial de derecho superable o vencible. Este tipo de error se actualiza, cuando el sujeto no tiene la certeza de que su actuar es ilícito, y , sin embargo. No se detiene a verificarlo, y lleva a cabo su acción.

En nuestro nuevo Código Penal para el Distrito Federal en artículo 29 fracción VIII menciona los tipos de error que son contemplables por este código; el cual a la letra dice:

Fracción VIII. (Error de tipo y Error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate.

b) La ilicitud de la conducta, y sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o por que crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el Artículo 83 de este código.

En el error de tipo es necesario aclarar que recae sobre los elementos esenciales, es decir de los elementos objetivos esenciales que integran la descripción legal.

Por otro lado el error de prohibición tiene tres supuestos:

Desconocer el alcance de la ley.

El alcance de la misma

Por creer justificada la conducta

Supuestos de los cuales con uno que se cumpla estarémos con una causa de inculpabilidad.

2.11.1.3 EXIMENTES PUTATIVAS O ERROR DE PERMISIÓN.

Bajo este título, se reconoce en la doctrina a la creencia errónea consistente en estimar que se está actuando al amparo de una causa de justificación.

Existe legítima defensa putativa si el sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin la existencia en la realidad de una injusta agresión. La culpabilidad está ausente por falta del elemento moral del delito.

Estado de necesidad putativo, valen las mismas consideraciones para la legítima defensa putativa.

Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber putativo. Puede pensarse en la posibilidad de una conducta contraria al orden jurídico y sin embargo su autor suponga, por error, pero fundadamente, actuar en el ejercicio de un derecho que no existe, o en el cumplimiento de un deber no concurrente.

2.11.2 TEMOR FUNDADO O COACCIÓN MORAL.

En el temor fundado el agente realiza la conducta típica y antijurídica, compelido por la amenaza de un mal grave e inminente para su persona en caso de no realizarlo, es decir el sujeto realiza la conducta de manera típica y antijurídica , e, incluso, intencionalmente, por estar su voluntad coaccionada por un mal grave e inminente, que amenace a los bienes jurídicos propios o de sus familiares y seres queridos.

2.11.3 OBEDIENCIA JERÁRQUICO-LEGÍTIMA.

Esta excluyente de la culpabilidad, implica la comisión de una conducta antijurídica por mandato de un superior. La doctrina concuerda en que la obediencia jerárquico -legítima, constituye una inexigibilidad de otra conducta, y que, por ende, es una causa de inculpabilidad, toda vez que la misma, en todo caso se encuentra en la fórmula genérica y suprallegal de la no exigibilidad de otra conducta.

2.11.4 LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

El artículo 29 en su fracción IX del nuevo Código Penal para el Distrito Federal menciona "(Inexigibilidad de otro 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."

Muñoz Conde menciona "El derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia su propia vida o integridad física. En este caso la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuridicidad, (el hecho no es justificado por el ordenamiento) sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable)."⁶⁵

En pocas palabras a un sujeto no es culpable si al cometer la conducta típica y antijurídica, no le era racional ni legalmente exigible conducirse conforme a los cánones de la ley.

2.11.5 ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE.

⁶⁵ Muñoz Conde, op., cit. Pág. 164.

Ha sido unánime la doctrina en considerar este supuesto como causa de inculpabilidad y no de justificación. En realidad no es un estado de necesidad y se presenta con la colisión de bienes de identidad jerárquica. En estos casos, se sacrifica uno de ellos.

El estado de necesidad exculpante tiene como fundamento la no exigibilidad de otra conducta por parte del agente; mientras que en el estado de necesidad propiamente dicho, el fundamento es que el estado justifica esas conductas, en base a la preponderancia de intereses; el Estado prefiere que subsista un bien de mayor jerarquía, sobre uno de menor valor, siempre y cuando ese resultado sea inevitable.

2.12 PUNIBILIDAD.

“La punibilidad es la amenaza que el Estado realiza a través de una norma para el autor de una conducta típica, antijurídica y culpable.”⁶⁶

“La punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y, c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.”⁶⁷

Sobre este aspecto, la doctrina se encuentra dividida debido a que un sector opina que la punibilidad es un elemento esencial del delito (Jiménez de Asúa, Pavón Vasconcelos, Cortez Ibarra, etc.) y otro grupo de autores como Carrancá y Trujillo, Ignacio Villalobos y Castellanos Tena, afirman que la punibilidad es una mera consecuencia del delito y que por consiguiente puede prescindirse de ella, según sea el sistema de penalización.

⁶⁶ Monarque Ureña Rodolfo, op., cit. pág. 107.

⁶⁷ Castellanos Tena Fernando, op., cit. pág 275.

Por corolario podemos tener que la punibilidad es la exigibilidad de comprensión de la antijuridicidad o capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta.

A contrario sensu debemos entender que será punible el que haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto es decir exige la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad.

La capacidad de comprensión del carácter ilícito de la conducta se ubica dentro de la culpabilidad, al lado del dolo pero fuera de este. Por lo que se necesitan dos requisitos:

a) Comprender la antijuridicidad, significa conocerla y asumirla.

b) No se exige la efectiva comprensión de la antijuridicidad, sino que basta con su posibilidad.

Por otro lado debemos de entender que dentro de este concepto encontramos que es usado para tres fines distintos; como punibilidad en el sentido de legislación, es decir la facultad que tiene el estado de poner al tipo penal una cierta periodicidad de tiempo o multa económica que debe cubrir el activo en el caso de incurrir en el delito; Punibilidad como punición, que es el acto de ejecutar las penas hacia los gobernados, y por último pena, la punibilidad como pena la cual es la adecuación de la punibilidad legislativa que se realiza mediante la punición de manera particular atendiendo las circunstancias particulares del activo. Con el fin de reeducar y corregir al sujeto siendo esta pena justa y correcta.

Esta facultad que tiene el Estado es en base al *Ius Puniendi* el cual no es sino el derecho de reprimir que tiene el estado en busca del bien común. Es dichas situaciones el Estado por diversos motivos, no le interesa castigar al culpable; en principio, el fin de la pena es la resocialización del individuo; pero, por política criminal por razones de utilidad pública, muchas veces ello resulta intrascendente e innecesario, y el Estado, prefiere suprimir todo castigo; sin

embargo, la conducta no deja de ser social y legalmente reprobada.

Para que esta punibilidad se dé necesitamos tener las llamadas Condiciones objetivas de punibilidad; las cuales Castellanos Tena define como “aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.”⁶⁸

Rodolfo Monarque Ureña menciona que las condiciones objetivas de punibilidad son: “acontecimientos futuros, inciertos y ocasionales, que de actualizarse, traen aparejada la posibilidad de aplicar una pena.”⁶⁹

Estas pueden ser genéricas o específicas, un ejemplo de las genéricas pueden ser las exigencias que se establecen para castigar los delitos cometidos en el extranjero; y un ejemplo de las específicas, serían aquellas exigencias que se encuentran establecidas en el propio tipo penal del delito de que se trate y que sin ellas la conducta no puede ser punible.

2.13 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

“Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.”⁷⁰

“Las excusas absolutorias son causas que eliminan la punibilidad del delito. Se ha dicho por la doctrina penal, que las razones son por política criminal y de utilidad social.”⁷¹

Estas excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad; por lo cual cuando nos encontramos ante una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito que anteriormente señalamos, permanecen

⁶⁸ Castellanos Tena Fernando, op., cit pág 278.

⁶⁹ Monarque Ureña Rodolfo, op., cit. pág.108.

⁷⁰ Castellanos Tena Fernando, op.,cit. pág 279

⁷¹ Monarque Ureña Rodolfo, op., cit. pág. 109

inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

Algunas de estas excusas son:

a) Excusa en razón de mínima temibilidad. La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

b) Excusa en razón del a maternidad conciente. En la mayoría de las legislaciones del país, no es punible el aborto, cuando el resultado sea producto de una violación. Para nosotros, ésta es una causa de inculpabilidad, además de que a la mujer no se le puede exigir soportar los terribles, odiosos y permanentes recuerdos del abominable crimen sufrido.

c) Excusas en razón del interés social preponderante.

d) Excusas en razón de la copropiedad familiar. En el Derecho Penal Mexicano, no se castiga el robo entre parientes, particularmente los cometidos entre cónyuges, hijos y parientes cercanos.

Además de todas las que menciona el nuevo código Penal para el Distrito Federal.

CAPITULO TERCERO

ANALISIS DEL ARTICULO 164 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL D.F. A LA LUZ DE LA TEORIA DEL DELITO.

Para efectos penales se entiende cómo secuestro, la privación de la libertad que se hace de una persona para obtener un rescate.

“La libertad corporal es, después de la vida, el bien jurídico penal de mayor importancia para el ser humano. La libertad de autodeterminaciones es lo que distingue a los seres humanos de los animales. Pues bien, con esto se constata que el derecho penal tutela los bienes jurídicos de mayor valor para el ser humano y la sociedad.”¹

Como lo dice el título de este capítulo, ahora toca el turno de todo lo analizado en el anterior, aplicarlo al delito en cuestión que en este caso es el de SECUESTRO previsto y sancionado por el artículo 163 y 164 que el que a continuación estudiaremos, por nuestro Nuevo Código Penal Vigente para el Distrito Federal.

Para comenzar tenemos que hacer mención que nuestro artículo base es decir nuestro tipo básico de secuestro, como tal lo encontramos previsto en el artículo 163 que a la letra dice “Al que prive de la libertad a otro con el propósito de obtener rescate, algún beneficio económico, causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra, se le impondrá de diez a cuarenta años de prisión y de cien a mil días multa”

En el mismo orden de ideas el artículo que nos ocupa es el artículo 164 fracción primera del código antes mencionado el cual a la letra dice “ Se impondrá de quince a cuarenta años de prisión y de doscientos a mil quinientos días multa, si en la privación de la libertad a que se hace referencia

¹ Nader Kuri Jorge. “Introducción a la atención victimológica” INACIPE 2002.pp.119.

en el artículo anterior, concurre cualquiera de las circunstancias siguientes:

I. Que se realice en un domicilio particular, lugar de trabajo o a bordo de un vehículo.

Como se observa en este artículo en su fracción primera, nos encontramos ante tres supuestos, los cuales hacen al tipo de secuestro un tipo complementado agravado, debido a que si se presentan una de estas hipótesis agravan al tipo básico y por consecuencia la pena es mayor, cabe agregar que no podremos pasar por alto las demás fracciones y supuestos que presenta dicho articulado, lo anterior, para realizar un mejor análisis del tipo en estudio.

3.1 ARTÍCULO 163 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL .

Volviendo a tomar como punto de partida tendremos que mencionar al artículo señalado, el cual a la letra dice; “ Al que prive de la libertad a otro con el propósito de obtener rescate, algún beneficio económico, causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra, se le impondrá de diez a cuarenta años de prisión y de cien a mil días multa.

Este será nuestro tipo básico, el cual no debe ser pasado por alto, además de servirnos de guía en todo el análisis que a continuación realizaremos.

3.2 LA CONDUCTA EN EL TIPO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para nuestro Nuevo Código penal vigente para el Distrito Federal en el artículo 15 (principio de acto), El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.

Atendiendo a lo que dice el código penal el delito de secuestro sólo se puede cometer por medio de una acción, pero analicemos los elementos de la

conducta misma.

El elemento subjetivo o interno el cual es la voluntad, la cual debe ir encaminada a privar de la libertad al sujeto pasivo con el propósito de obtener rescate, algún beneficio económico, causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra.

El segundo elemento el elemento material, que sería el conjunto de movimientos corporales que hacen posible la realización de lo que anteriormente era sólo una voluntad.

Toda esta conducta debe ir encaminada a privar de la libertad a una persona, con el propósito antes mencionado, el cual se deberá realizar de acuerdo a lo que dice la fracción primera del artículo 164 del código penal vigente para el D.F. “que se realice en un domicilio particular, lugar de trabajo o a bordo de un vehículo.”

Por lo tanto esta conducta sólo se puede realizar por medio de una acción, la cual va encaminada a privar de la libertad a una persona determinada.

No cabría la posibilidad de que existiera una omisión y mucho menos una comisión por omisión debido a que si bien, la omisión es la abstención del sujeto cuando la ley ordena la realización de un acto jurídico determinado, esta abstención a la que hablamos es un no hacer; el deber jurídico penal consiste en la prohibición de privar de la libertad dolosamente a una persona con el propósito de obtener rescate. Es decir el privar de la libertad está prohibido por la ley, y al realizar la conducta se violenta esta prohibición sin embargo esta se realiza mediante una acción la cual es la de privar de la libertad.

Cabe mencionar que a criterio del que suscribe esta conducta no se perfecciona en su totalidad sino hasta el momento de que el sujeto activo exterioriza o manifiesta de manera clara, libre y espontánea el propósito por el cual quiere privar de la libertad al sujeto pasivo, es decir que se exteriorice el

“propósito de obtener rescate, algún beneficio económico, causar un daño o perjuicio a la persona privada de libertad o a cualquier otra” y que esta conducta se realice en un domicilio particular, en lugar de trabajo o a bordo de un vehículo; de lo contrario estaríamos ante la presencia de una simple privación de la libertad personal.

3.3 LA AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL TIPO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Por lo que respecta a la existencia de una ausencia de conducta, esta debe atender a la posible falta de voluntad por parte del agente, falta de voluntad encaminada a la privación de la libertad, y por ende la de querer obtener alguno de los supuestos que el tipo marca y una vez estudiado esto, hay que verificar si los movimientos corporales van ciertamente encaminados a la privación de la libertad.

Esta ausencia de Conducta se puede presentar de tres formas :

- I. Hechos de la naturaleza en que no participa el hombre.
- II. La conducta de los animales.
- III. Participa el hombre.

Por lo que respecta al punto número uno, sería inverosímil señalar que existen dentro de una privación de la libertad, hechos de la naturaleza en los que no participa el hombre, debido a que la privación forzosamente la debe realizar el sujeto activo es decir un ser humano.

En cuanto al punto número dos la conducta de los animales queda descartada como la apta para realizar una privación de la libertad, debido a los argumentos que aportamos en el punto anterior.

Por último el punto número tres, que señala los hechos en los que participa el hombre debemos de señalar que la conducta se elimina por la *vis absoluta*

o fuerza física exterior irresistible proveniente del hombre, que hace que el sujeto realice o se abstenga de realizar movimientos corporales sin su voluntad. Por lo tanto es una fuerza física, exterior irresistible, la cual proviene de un tercero. Esto sería que el sujeto realizara la privación ilegal de la libertad mediante el sometimiento de un tercero, este tercero forzaría al sujeto activo mediante una fuerza física, exterior e irresistible; lo cual sería imposible de realizar debido a que al realizar la privación el sujeto que la comete debe estar libre de movimiento para poder realizar con eficacia el cometido.

Otra de las formas que atiende este tercer punto es la *vis maior* en la cual entendemos que existe una fuerza proveniente de la naturaleza; esto es que la acción que realiza el sujeto es impulsada por una fuerza física e irresistible y proveniente de la naturaleza; la cual no se podría dar debido a que no existe lógicamente una fuerza natural que haga que una persona realice la privación de la libertad, y mucho menos que haga a una persona pedir rescate alguno por la libertad de la víctima.

De la misma manera debemos suprimir la existencia de los movimientos reflejos a la hora de cometer el delito y más aún la posibilidad de tener la presencia del sueño, sonambulismo o hipnotismo en el sujeto activo, ya que en este delito es preciso tener la presencia de la voluntad, es base para la consumación del mismo, es decir en todo momento debe haber voluntad para que la privación se realice y se consuma y mas aún debe existir voluntad plena a momento de exigir un rescate o exteriorizar cualquiera de las circunstancias que prevé el artículo del tipo de secuestro, como causar daño, obtener beneficio económico etc.

3.4 LA TIPICIDAD EN EL TIPO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 164 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Antes de entrar al mundo de la Tipicidad debemos entender el tipo penal que estamos estudiando para después poder realizar la tipicidad del mismo. Entendimos en le capítulo anterior que tipo penal, es un instrumento legal necesario de naturaleza eminentemente sustantiva que acorde a la teoría

finalista contiene elementos objetivos y subjetivos, este pertenece a la parte general del derecho penal y contiene una serie de elementos genéricos y constantes para todos los delitos.

3.4.1 EL TIPO DE SECUESTRO.

En base a su teoría del tipo penal entendemos que el tipo penal que tenemos en estudio, ciertamente se encuentra regulado por la ley, que además el mismo cuenta con elementos objetivos y normativos e incluso con elementos subjetivos, dentro de su descripción legal.

Además tenemos que el tipo tiene basta relevancia para el derecho penal por lo que se encuentra dentro del Código Penal, plenamente constituido como un delito.

El verbo rector que da vida a este tipo penal es el de PRIVAR, privar de la libertad a una persona, este verbo rector va ligado íntimamente con la conducta pues a fin de cuentas las conductas se manifiestan a través de acciones u omisiones expresadas por medio de verbos. Si se efectúa un análisis minucioso, se podrá apreciar que todas las circunstancias que se señalan en el artículo 163 y 164, giran alrededor de una conducta principal: PRIVAR DE LA LIBERTAD, o dicho en otras palabras secuestrar, restringir el radio de movimiento del pasivo, condicionado a que se le reestablecerá a cambio de algo. No existe ninguna otra conducta, sino ciertos propósitos o circunstancias que pueden aplicarse a una misma conducta.

Atendiendo a que un tipo penal siempre protegerá bienes jurídicos; este tipo cumple con el objetivo debido a que básicamente protege el bien jurídico que es la libertad deambulatoria, es decir la libertad de poderse trasladar de un lado al otro sin arbitrio de nadie mas que del sujeto mismo, atendiendo a que este tipo penal podría ser uno de los más importantes para el derecho penal después de el de homicidio, debido a que como lo hablamos al principio de este capítulo, para la sociedad, no hay valor más importante que el de la vida y después la libertad, sin embargo para el individuo en forma particular

puede ser mas importante la libertad, en determinado momento.

Aunado a esto el tipo penal debe tener elementos normativos y objetivos, y en su caso si el tipo los contempla subjetivos.

El elemento subjetivo especifico sería el de obtener un rescate, lo anterior debido a que el elemento subjetivo (dolo como tal), va dirigido a lo que es la privación de la libertad. Por lo que respecta a los elementos normativos tendríamos lo que es el rescate, la libertad, lucro; Verbos y sustantivos que necesitamos saber su conceptualización para entender de que se trata el tipo penal, de los elementos objetivos tenemos el de privar el cual debe ser fácil de apreciar mediante los sentidos, obviamente si una persona se le restringe su libertad deambulatorio, se puede observar a través de los sentidos.

La clasificación del tipo de secuestro, de acuerdo a la maestra Olga islas de González Mariscal es:

- En orden al bien jurídico: es un tipo complejo.
- En relación al sujeto activo: es común o indiferente y monosubjetivo.
- Por cuanto al sujeto pasivo: es impersonal es un supuesto y en otro es personal (los familiares del secuestrado por ejemplo).y es plurisubjetivo.
- En atención al hecho: es de acción, doloso, plurisubsistente, permanente, sin resultado material, sin modalidades y de formación libre.

Lo anterior si se toma como criterio alguno de los elementos del tipo. Por otro lado si se considera como criterio la totalidad de los elementos del tipo: es fundamental o básico.²

Por otro lado cabe mencionar que este delito es un delito de tracto sucesivo o continuo, porque durante todo el tiempo de duración de la privación de la libertad el delito se está consumando, e decir al ser un tipo

² Islas de González Mariscal Olga; “El secuestro problemas sociales y jurídicos”, UNAM 2002,pp.80

permanente es un delito que se consuma desde que se priva de la libertad a la persona **pero** se perfecciona hasta el momento en que se exterioriza el propósito o elemento subjetivo específico distinto al dolo, es decir, obtener rescate, algún beneficio económico, causar un daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o cualquier otra cosa..., además cabe poner en consideración que la situación de “o cualquier otra cosa” deja abierta la posibilidad de tener muchos supuestos más.

3.4.2 LA TIPICIDAD

La tipicidad tiene la finalidad de analizar los elementos del tipo penal de manera sistemática, para poder comprobar la tipicidad de una conducta los cuales son comprobados de la siguiente manera.

a) Sujeto activo.

Para el tipo básico que contempla el artículo 163 no se requiere una calidad específica en el sujeto activo, ni mucho menos una calidad de garante, en virtud de que su realización es por acción.

b) las formas de autoría y participación.

De acuerdo al artículo 22 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el tipo de secuestro admite como formas de autoría y participación las siguientes:

1) Autoría material directa o inmediata. La fracción I del artículo 22 establece...“Lo realicen por sí...” es decir, es la persona que ejecuta todos los elementos materiales y subjetivos (el llamado *iter criminis* que con posterioridad se estudiará) que producen el resultado delictivo, se da cuando el sujeto cumple objetiva y subjetivamente todos los requerimientos de la conducta típica, es decir en el momento preciso en el que se le restringe de la libertad a una persona y se le exterioriza alguno de los supuestos que

enmarca el mismo artículo 163 del código antes mencionado.

En esta forma de autoría podemos encontrarnos con el líder o jefe de la banda de los secuestradores por ejemplo, debido a que es él quien organiza todos los movimientos que deben hacer para la realización del delito, tomando en cuenta que también podría caer en este supuesto el o los sujetos que intervienen en la comisión material del mismo.

Es él quien se cerciora toda la información necesaria, es él quien determina que integrantes deben de hacer que y como hacerlo.

2) Coautoría. La fracción II del mismo articulado señala... "Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores..." como el articulado lo señala en esta forma de autoría participan varios autores. De tal forma que cada uno realicen la totalidad de la conducta típica pues cada uno tiene el dominio intencional del hecho en cuanto al delito, el aporte al hecho de cada uno es de naturaleza tal que conforme al plan concreto, sin ese aporte al hecho no podría haberse realizado, aquí entrarían también los sujetos que intervienen en la planeación del mismo es decir desde el momento en que investigan a la víctima, sus movimientos, bienes, familia etc.

Esta forma de autoría es la mas concurrida en este tipo de delitos debido a que cada uno de los integrantes de la banda aportan información o parte de trabajo para cometer el ilícito, por ejemplo, uno se encarga de la investigación de la víctima, seleccionarla, saber quien de la familia tiene dinero etc. Otro será quien siga a la víctima por unos días, a fin de saber sus movimientos, otros a vigilar los movimientos de la familia, y por último, quienes se dediquen a cobrar el rescate. De tal manera que cada uno aporta una parte para la consumación del ilícito, es una especie de cadena; por otro lado cabe la posibilidad que haya sólo un número de coautores y el resto de los que estén involucrados reciban sólo un pago por sus servicios, situación que tendría de la misma manera a la figura de la coautora.

3) Autoría mediata o indirecta la cual se encuentra en la fracción III del

artículo 22 señalando lo siguiente...“Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento...”; Esta forma de participación se da cuando una persona se vale de otra que no comete injusto por que actúa haciéndolo atípica o justificadamente.

En este supuesto se encontraría por ejemplo la persona que es contratada solamente para que realice un acto determinado y no se involucre con las demás personas, es decir, la persona a quien se le ofrece la cantidad de quinientos pesos, por poner un ejemplo, siempre y cuando recoja una maleta en determinado lugar, y se la traiga al contratante. En este supuesto el sujeto contratado, no sabe que en la maleta se encuentra el pago de un rescate, el sólo sabe que la debe recoger y nada más; es en este momento cuando la figura en estudio se da sin ninguna duda.

Todas estas figuras son las llamadas autorías, las cuales pueden ser contempladas en este tipo penal, debido a que cabe la posibilidad de que se encuadren en cada uno de los supuestos antes mencionados, lo anterior debido a que cada una de las figuras antes mencionadas son independientes una de otra además de contener dentro de ellas el *dominio del hecho* el cual se puede definir como la facultad de quien tiene en sus manos el curso del hecho (el sí y el como) pudiendo decidir al respecto, es que tiene el poder de desición sobre la configuración central del hecho si el que tiene el dominio del hecho se abstiene o se arrepiente de realizar algo tendiente a la comisión del delito el delito no se perfecciona.

Ahora procederemos a estudiar las llamadas formas de participación dentro de las cuales en este tipo se pueden dar las siguientes:

1) Instigador. La cual se encuentra señalada en la fracción IV del artículo 22 que a la letra dice...“Determinen dolosamente al autor a cometerlo...” ; Como el articulado lo menciona es el que determina a otro a la comisión de un injusto doloso, esto debe cometerse mediante un medio psíquico, pero constituyen instigación los medios sutiles o las meras insinuaciones.

El instigador en un secuestro podría ser el sujeto que de manera psíquica, incentiva a otro a cometer el delito, incluso, puede llegar a colaborar con ideas pero nunca se involucra en la comisión de manera física, ni anterior ni mucho menos posteriormente, sino que sólo aporta el convencimiento para que el activo realice su cometido, por ejemplo estaríamos en el supuesto de que una persona planea secuestrar a su patrón debido a que este último no le paga bien y necesita dinero, este empleado le comenta a su compadre lo que quiere realizar quien también es empleado del mismo sujeto y además ha tenido varios problemas con el patrón ya que es mal empleado, es el caso que este compadre le dice (aprovechando el momento), que esta muy buen su idea, que incluso puede realizar ciertas maniobras para que no lo descubran, y así las cosas el empleado termina secuestrando a su patrón, con el convencimiento del compadre que también quiere ver perjudicado a su patrón.

2). Complicidad primaria. La cual se encuentra en la fracción V del artículo 22 que señala...“Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión ...” Estos sujetos deben prestar la cooperación necesaria sin tener las características de la autoría. Ellos no realizan el evento típico, su aporte es sólo en la fase preparatoria y no en la ejecutiva, la contribución del cómplice puede ser de cualquier naturaleza, incluso intelectual, lo que implica que quien aporta ideas para la mejor realización del injusto doloso de otro también es cómplice.

En este caso tenemos por ejemplo, al que brinda información acerca de la víctima o información que en general es trascendental para la consumación del delito, ésta información debe ser proporcionada por el cómplice antes de la comisión del mismo, además de que dicho sujeto no debe tener ninguna intervención de manera directa en el secuestro en sí, es decir aporta los elementos suficientes para que se consuma el delito .

3) Complicidad secundaria. La cual esta contemplada en la fracción VI del artículo 22 que menciona... “Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito...” El cómplice contribuye con el delincuente , después de la ejecución del evento delictivo “.

Podría ser quien promete cuidar de los secuestradores o les presta un lugar determinado para que los secuestrares se escondan después de haber consumado el delito, otro ejemplo podría ser el que promete tener el dinero producto del rescate en su propia cuenta bancaria, una vez que se haya cometido el secuestro, lo anterior con el pretexto de no levantar sospechas, el que promete etc.

c) Sujeto pasivo.

Para la comisión del secuestro de acuerdo a la fracción primera del artículo 164 del Código Penal para el Distrito Federal, no se requiere calidad en el sujeto pasivo, sin embargo como menciona la maestra Olga Islas, “Son sujetos pasivos tanto la persona que ha sido privada de la libertad, como los familiares de dicha persona que son titulares de la seguridad del patrimonio. En el primer caso, el sujeto pasivo no tiene calidad, en el caso de los familiares del secuestrado, tienen, precisamente, esa calidad. Es un sujeto pasivo con pluralidad específica.”³

Ante esta aseveración que comenta la maestra, sólo quedaría agregar que a nuestro muy particular punto de vista no sólo sería los familiares, sino también por ejemplo, cualquier otra persona que estuviera bajo el acoso de los secuestradores de realizar determinada actividad a cambio de la libertad de la víctima, sin ser familiar del que esta siendo privado de su libertad, pero por razones diversas existe un nexo entre el que tiene que hacer o no hacer algo y el secuestrado.

Agregado al anterior cabe la posibilidad también que de acuerdo con el tipo que enmarca el artículo 163 de que sean dos tipos diferentes los sujetos pasivos, esto es en el supuesto que el artículo 163 dice “causar un daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra”, el término cualquier otra deja abierta la posibilidad de que sea un sujeto “x”, sin embargo

³ Ibid., pág.77

por mera lógica tiene que tener una relación de alguna forma con el pasivo que se encuentra privado, por ejemplo privan de la libertad a la esposa de un sujeto para poder golpear al esposo es decir si el esposo no acude a una cita en donde sabe lo van a golpear, seguirá en cautiverio si esposa, aquí estaríamos en el supuesto de tener dos sujetos pasivos; de igual manera lo es .

Por otro lado el mismo artículo en estudio señala en su fracción quinta, “Que la víctima sea menor de edad o mayor de sesenta años, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad”.

Como podemos observar en esta fracción, que aún no siendo la fracción que nos ocupa, sin embargo por considerarla importante es mencionada, encontramos una calidad que debe cubrir el sujeto pasivo, la edad o en su defecto, una circunstancia de inferioridad física o mental respecto a su secuestrador. Por lo que si nos encontramos en este supuesto estaríamos en la necesidad de probar esta calidad en el sujeto pasivo para su configuración.

d) Bien jurídico penalmente tutelado.

En el entendido de que el bien jurídico tutelado, es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto protegido por el Estado que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afecten.

El código penal menciona como bien jurídico a tutelar por este delito a la libertad personal como lo menciona el título cuarto.

Por lo tanto el bien penalmente tutelado es la libertad de la persona. Comprende también la libertad de tránsito o de locomoción de la persona, comprensión seguida de la vida de la víctima del secuestrado, comprensión de la tranquilidad personal y comprensión de la seguridad del patrimonio de la víctima o sus familiares. Situación que robustecemos con un comentario de la Maestra Olga Islas:

“En orden a los bienes jurídicos de la persona secuestrada: la comprensión

de la libertad de tránsito o de locomoción, la comprensión de la seguridad de la integridad corporal (por el propósito del daño), la comprensión de la seguridad de su patrimonio (por el propósito del perjuicio) y la comprensión de su tranquilidad personal. Por lo que se refiere al tercero (cualquier otra persona): la comprensión de la seguridad de su integridad corporal (por el propósito del daño) y la comprensión de la seguridad de su patrimonio (por el propósito del perjuicio).⁴

En esta situación siempre habrá una lesión al bien jurídicamente tutelado, debido a que una puesta en peligro no se podría dar, ya que desde el momento en que el sujeto pasivo es privado de su libertad, existe la lesión a la libertad personal del pasivo; salvo los casos de tentativa que analizaremos más adelante.

En consecuencia el tipo penal de secuestro protege los siguientes bienes jurídicos: la libertad personal, la vida, el patrimonio del pasivo, la integridad personal, y a la sociedad en general.

e) Objeto material.

Este elemento está constituido por el objeto en sus dos connotaciones (jurídico, material).

Objeto jurídico: Está constituido por el bien jurídico protegido, mismo que se estudió en apartados anteriores.

Objeto material: Es la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica.

Prácticamente, el objeto sobre el que recae la conducta es privar de la libertad a otra persona. Es importante señalar que mientras la conducta

⁴ Ibid.,pág.90.

consiste en privar de la libertad, la acción recae en la persona a quien se priva de la libertad, sin embargo al perfeccionar la conducta e decir al exteriorizar cualquiera de los propósitos mencionados por el tipo penal también recae la conducta en los familiares y afectados en su persona o patrimonio, que se requiera para cumplir con las condiciones que los secuestradores exigen; por ejemplo si los secuestradores piden rescate, serían todas las personas que cooperaran para pagar el mismo dado el caso, si exigen que se deje de hacer algo sería la persona que dejó de hacer lo que tenía que hacer, etc.

f) Resultado.

Toda conducta tiene una manifestación en el mundo físico, esta manifestación es un cambio que se opera de la siguiente manera: antes de la conducta las cosas se encontraban en un estado diferente al que se hayan después de la conducta, a esto es a lo que le llamamos resultado.

El resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta, no hay conducta sin resultado, pero de ninguna manera el fenómeno es un elemento de la conducta sino solamente la consecuencia de la misma.

Existen dos tipos de resultado:

1) Material: Son los que producen un cambio en el mundo físico.

2) Formal: Sólo producen consecuencias jurídicas sin transformar en el mundo físico.

“El delito de privación ilegal de libertad requiere un comportamiento positivo, es decir una acción o una actividad. La conducta debe producir un resultado consistente en privar en forma ilegal de la libertad a otro. La privación ilegal de la libertad de una persona se muestra cuando la persona está retenida sin su consentimiento, sin su voluntad”⁵

⁵ Nader Kuri Jorge. Op., cit.pág.120.

En todos los supuestos previstos en los artículos sujetos a estudio, se trata de delitos de resultado material. Este resultado se traduce en la acción de sustraer de la esfera de su libertad a alguien. Por otro lado, no es contemplable la posibilidad de estar presente la figura del resultado formal, lo anterior debido a que el resultado por ser de acción, tiene que tener un cambio en el mundo exterior, lo cual lo convierte automáticamente en un delito de resultado material.

g) Nexo causal.

Si mentalmente nos imaginamos que la conducta no existió y en tal caso, Tampoco hubiese existido el resultado , es que la conducta es causal al resultado. Lo mismo sucede a la inversa si en la hipótesis que imaginamos que la conducta no haya existido, el resultado se hubiese producido, resultaría que la conducta no es causal del resultado.

“El nexo de causalidad, para el delito de privación ilegal de la libertad, se explica de esta forma: hay causalidad entre el comportamiento y el resultado cuando la razón por la que la víctima no puede disponer de su libertad corporal depende directamente de la acción del sujeto activo.”⁶

De tal suerte que el nexo causal en el delito de secuestro, en la fracción en estudio, se da cuando el sujeto pasivo, mismo que se encuentra en un domicilio particular, lugar de trabajo o a bordo de un vehículo, no puede disponer de su libertad deambulatoria, debido al amago que le proporciona el sujeto activo; por lo que el pasivo no puede disponer de su libertad, lo cual podría hacer si fuera liberado; o mejor aún si nunca hubiera sido privado de su libertad, además que no es deseo de el o los sujetos pasivos de realizar las exigencias de los secuestradores, es decir no por gusto se paga un rescate, no se deja de hacer algo o se causa daño .

⁶ Nader Kuri Jorge, loc cit. pág.120.

h) Medios comisivos.

Es aquella parte de una conducta delictiva que resulta determinante para poder llegar a la consumación del resultado final que se busca.

El artículo 163 y 164 en su fracción I del nuevo Código penal para el Distrito federal, no menciona ningún medio comisivo, medio sin el cual no se lograra la perfección del tipo penal en cuestión; Sin embargo el mismo artículo 164 pero en su fracción IV menciona "Que se realice con violencia, o aprovechando la confianza depositada en él o los autores". Con lo que obtenemos dos medio comisivos: La violencia y el aprovecharse de la confianza.

Tanto la violencia como el aprovecharse de la confianza son medios comisivos, el segundo sería un engaño, en el cual se hace caer al sujeto pasivo, para lograr la privación de su libertad, hay que hacer un señalamiento en el sentido de que la violencia puede en cualquiera de sus formas, física o moral, no es necesario golpear al pasivo para tener violencia, sino con el solo amague que se pueda realizar con un arma, o con la amenaza de crear un daño al pasivo, en su persona, familia y/o patrimonio, es más que suficiente para tener la violencia.

j) Circunstancias del lugar , tiempo, modo y ocasión.

Por circunstancia debemos entender todo aquello que rodea la conducta y algunos tipos legales requieren necesariamente para su configuración, pero en otros sólo se requiere a nivel de tipo complementado.

La fracción en estudio del artículo 164, la cual menciona que el secuestro se realice en un domicilio particular, en el lugar de trabajo o a bordo de un vehículo, son circunstancias de lugar, dejando las de modo, tiempo y ocasión en el resto del texto, si allí se encontrasen.

Por lo que respecta a las circunstancias de lugar tenemos, a) domicilio

particular, el cual es lo que se conoce comúnmente como casas de seguridad, los cuales son domicilios, en donde tienen, en cautiverio a la víctima, domicilio el cual es utilizado única y exclusivamente para el resguardo de las personas, es decir, generalmente allí no viven los secuestradores, es o puede ser su centro de operaciones, su lugar de resguardo, pero en sí la función primordial del domicilio es el de mantener en cautiverio a la persona privada de la libertad; b) en el lugar de trabajo, el cual debe de ser en el domicilio laboral del pasivo, por ejemplo el patrón que no deja salir de la empresa a su secretaria hasta que no le firme la renuncia; c) a bordo de un vehículo, este comprende cualquier tipo de vehículos es decir desde un auto hasta un trailer por poner un ejemplo, es necesario establecer que puede llegar a confundirse en este supuesto con el secuestro express, regulado por el artículo 163 bis de el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la diferencia aquí sería el elemento subjetivo específico, que mientras en el secuestro que regula el 163 comprende el propósito de obtener rescate, algún beneficio económico, causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra el secuestro express comprende el robo o la extorsión del sujeto pasivo.

Por otro lado tenemos las circunstancias de modo las cuales fueron explicadas al hablar de los medios comisivos, es decir que los medios comisivos y las circunstancias de modo en ocasiones o la mayoría de las veces son las mismas.

k) Elementos Normativos.

Generalmente, los tipos penales son predominantemente descriptivos; Sin embargo en ocasiones contienen elementos que requieren de una valoración ética o jurídica , éstos son los elementos normativos.

Como elemento normativo tenemos:

Rescate: “Por rescate se entiende aquello que tiene una valoración económica para que a cambio de ello se obtenga la libertad de una persona. El rescate generalmente se exige a una persona distinta al sujeto

secuestrado, pero puede exigírsele también al propio secuestrado”.⁷

Por lo que tenemos que el dolo principal es el que va dirigido a la privación de la libertad y como elemento subjetivo específico tenemos el interés de obtener un rescate; sin embargo el código penal en su artículo 163 amplía más el elemento subjetivo específico distinto al dolo describiéndolo de la siguiente manera:

“con el propósito de obtener rescate, algún beneficio económico, causar daño, o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra...”.

3.5 LA ATIPICIDAD EN EL TIPO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 164 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Es menester realizar la diferencia entre ausencia de tipo y atipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que según a sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. Es decir cuando una conducta no es relevante para el derecho penal. En cambio la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo pero no se amolda a él la conducta dada.

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

Por lo que en el delito de secuestro la atipicidad se presenta cuando:

a) No se acredita la forma de intervención ó participación del sujeto activo o activos.

b) Falta de calidad en alguno de los sujetos (activos o pasivos); en nuestro

⁷ Ibid., pág.124.

artículo y fracción en estudio tenemos que no se requiere calidad de los sujetos alguna, salvo lo que señala el artículo 164 en su fracción V, donde establece la edad como agravante en el sujeto pasivo.

c) No existe una lesión o se pone en peligro el bien jurídico tutelado. Lo cual no se podría dar debido a que desde el momento en que se priva de la libertad al pasivo, es decir desde el momento en el que se le detiene ya se lesionó el bien jurídico penalmente protegido sin embargo en el tipo penal de secuestro se necesita la exteriorización del elemento subjetivo específico distinto al dolo.

d) Ausencia del objeto material. Es decir que no hubiera secuestrado.

e) No se produce el resultado típico (puede dar lugar a la tentativa).

f) Ausencia del nexo Causal. Es decir que la privación de la libertad sea producida por otras causas, por ejemplo que el sujeto se encuentre legalmente detenido.

g) Falta de medios comisivos. Los cuales para que se de el supuesto del artículo 164 fracción primera, no es necesario que se dé, sin embargo por obvias razones es común que en un secuestro exista violencia.

h) Ausencia de circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión. Podría ser por ejemplo que el delito se realice en otro lugar al señalado por la fracción I del artículo 164.

i) Falta de alguno de los elementos normativos.

j) Falta el elemento subjetivo específico distinto al dolo. Podría ser que no existiera intención alguna de obtener un rescate o alguno de los otros supuestos. Lo cual daría cabida a una simple privación ilegal de la libertad.

3.6 LA ANTIJURIDICIDAD EN EL TIPO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO

164 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Antijuridicidad es el choque de la conducta con el ordenamiento jurídico. No todo lo típico es antijurídico, pues la tipicidad es sólo un indicio de la antijuridicidad.

En el entendido de que la antijuridicidad es la conducta, típica, antijurídica, conocida como injusto penal; podríamos decir entonces que en el delito de secuestro, una vez tipificada la conducta de un sujeto como la que señala el artículo 163 y 164 fracción primera del Nuevo Código penal para el Distrito Federal, la cual consiste en privar a una persona de su libertad con el propósito de obtener rescate o cualquier otro de los elementos subjetivos específicos distintos al dolo que señala el artículo 163, se encuentra presente la figura de la antijuridicidad, debido a que la conducta no está permitida por el derecho penal.

3.7 LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN O EXCLUSIÓN DEL DELITO EN EL TIPO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 164 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Estas son las causas que excluyen al delito en lo que respecta a la antijuridicidad es decir están amparadas dichas conductas por la norma penal, las cuales deben cumplir ciertos requisitos para consumarse como tales.

En nuestro Nuevo código penal para el Distrito Federal están contempladas en su capítulo quinto de las causas de exclusión del delito en su artículo 29.

3.7.1 Consentimiento del titular.

Artículo 29 Fracción III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del Bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

Hay que tener en consideración, que el consentimiento debe estar ligado con los supuestos en los que un bien jurídicamente tutelado puede ser disponible por su titular.

“Debemos preguntarnos si la libertad, a diferencia de la vida, es un bien jurídicamente disponible. Ciertamente podemos disponer de nuestra libertad corporal, y si nosotros permitimos que una persona nos prive de la libertad bajo el consentimiento nuestro, entonces no habrá un delito de privación ilegal de libertad, por que en el fondo lo que tutela la ley penal es que a nadie se le prive de su libertad sin su consentimiento.”⁸

Por lo tanto en el delito de secuestro, el consentimiento se da cuando el bien es disponible, es decir la libertad, que el sujeto acepte ser privado de la libertad, que el sujeto pasivo tenga las facultades plenas para aceptar la privación de la libertad, y este consentimiento fue comunicado de manera expresa o tácita.

3.7.2 Legítima defensa.

⁸ *ibid.*, pág.121.

Artículo 29 Fracción IV. (legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite en forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Cuando una persona priva de la libertad a otra por legítima defensa la conducta no es sancionable, pues el delito se excluye por considerarse un comportamiento ajustado a derecho.

Sin embargo haciendo un razonamiento lógico-jurídico, en qué momento se puede dar una privación ilegal de la libertad en legítima defensa, en que momento se podría dar esta situación si la situación de la legítima defensa deber ser un ataque real, actual e inminente:

- *real*, es decir que exista en el mundo fáctico, y no imaginario o hipotético, ya que en todo caso, pudiera estarse en contra excluyente de incriminación. Ahora bien aunque exista sin embargo puede darse el caso que alguien crea inequívocadamente que está siendo agredido o va a ser agredido cuando no es así, lo cual debería ser que en perjuicio de la víctima existe una privación ilegal de la libertad y por lo tanto el se defiende de dicho ataque.
- *Actual*, lo que quiere decir que el ataque debe ser presente. Debe estar sucediendo en el HOY, y no en el pasado, o bien no puede ser futura. Si la agresión cesa, el sujeto ya no puede contrarrestar nada, puesto que la

conducta de ataque ya no existe. Esto es que el repeler la agresión se debe dar en el mismo momento, y con el sujeto que plagia.

- *No provocada*, esto puede suceder cuando una persona, precisamente para causarle un mal a alguien, lo provoca a que lo agrede, y en consecuencia, pueda repeler esa agresión y lesionar o privar de la vida al agresor.

Si a caso sólo se puede dar una privación ilegal de la libertad en amparo de la legítima defensa, lo anterior debido a que, por ejemplo, un sujeto priva de su libertad a otro debido a que el privado de la libertad, quiso entrar al domicilio del plagario sin derecho y sin consentimiento, por lo que es privado de su libertad, hasta que la policía llegue por el, sin embargo no existe una posibilidad de obtener un rescate, por lo que si no, de lo contrario se presumiría que si existía un dolo al privar de la libertad y un propósito de obtener rescate.

3.7.3 Estado de necesidad.

Esta causa de justificación está contemplada en el artículo 29 fracción quinta del Nuevo código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

Artículo 29 fracción V (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Los elementos del estado de necesidad, son los siguientes:

a) Peligro real, actual o inminente y no provocado. Con la misma aplicación como lo fue señalado en la defensa legítima con la salvedad de que en este apartado como ya se ha señalado anteriormente la situación de peligro puede ser causada por cualquier índole, (natural o humana).

b) peligro de causar daño en bienes jurídicos. Abarcando todos los intereses que la ley protege para el individuo, siendo estos bienes propios o ajenos, esto sería que el que secuestra, liberara a la víctima si otra persona con relación estrecha con la familia de la víctima, a cambio de que deje de producir un daño en su perjuicio del secuestrador.

c) lesión de un bien jurídico de menor jerarquía. Esto en relación a la escala de protección de los bienes jurídicos penalmente protegidos.

3.7.4 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO.

El cual esta regulado por la fracción VI del artículo 29 del Nuevo código penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

Artículo 29 Fracción VI (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.

Esto o explica que el deber jurídico es el derecho que tiene por ley un sujeto, de realizar o ejercer profesiones u oficios que pueden implicar la lesión en los bienes jurídicos de las personas.

Y por cumplimiento de un deber entraña el amparo de conductas realizadas que se realizan en función de una actividad también autorizada por el estado, autorización sin la cual esta conducta sería ilegítima.

“La pregunta es la siguiente: ¿ Un particular puede privar de la libertad a otro y posteriormente decir que dicha privación ilegal se observa excluida como delito, debido a que dicha privación de libertad ha sido mediante el ejercicio de un deber?”⁹

⁹ *ibid.*, pág.121.

Por otro lado quien puede decir que exigió un rescate, por haber estado bajo el ejercicio de un derecho, quien tiene derecho de provocar un detrimento a una persona, o privar de la libertad, para decir que es en cumplimiento de un deber, cumplimiento que el Estado le autoriza a realizar y más aún que esta privación que es autorizada por el Estado, es con alguno de los propósitos que señala el artículo 163 del código.

3.8 IMPUTABILIDAD

Es la capacidad psíquica del individuo de ser sujeto de reproche, de comprender que la conducta que realizó es ilícita o que tenga la capacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Para reprocharle una conducta a un autor es menester que el autor haya tenido un cierto grado de capacidad psíquica la cual le pudiera haber permitido disponer de un ámbito de auto determinación.

Por lo tanto el secuestrador debe estar pleno de sus facultades psíquicas, mismas que le puedan permitir el carácter ilícito de la conducta que desea desplegar, y una vez que haya ocurrido esto, que lo lleve a cabo, a sabiendas que el acto que va a cometer, es un delito, que se llama secuestro , y que esta penado por la ley.

Para así entonces tener al sujeto activo listo para reprocharle el carácter ilícito de su conducta, lo anterior debido a que, al haber tenido la suficiente capacidad psíquica, como para entender que la conducta que realizará no es la adecuada, de la misma manera tuvo la capacidad para poderse haber conducido de otra manera.

Cabe mencionar que para consumir este tipo penal el activo de estar pleno y conciente de lo que va a hacer es decir que lo que va a realizar esta prohibido por l ley, y mas aún debe estar conciente y no deja lugar a un sujeto inimputable ya que el sujeto activo de este delito debe saber lo que quiere l exteriorizar el elemento subjetivo específico distinto al dolo.}

3.9 CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTABILIDAD.

El artículo 29 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal señala en su fracción VII...(Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo mental retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Esto es que el sujeto activo, al momento de realizar la privación ilegal de la libertad, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta que está desplegando, además que en ese mismo estado debe pensar en la intención de obtener un rescate, a cambio de la libertad de la víctima, o lo que es mas alguno de los supuestos que aduce el artículo 163 del código penal, en donde establece otras formas de obtener el elemento subjetivo específico.

Lo que sí pudiera suceder es que alguno otro de los participantes dentro del secuestro, se encuentre en una situación psíquica tal, que pudiera considerársele inimputable, como lo es el que cuida a la víctima por ejemplo, o el que recoge el rescate, sería algunas de las situaciones en que un partícipe de un secuestro pudiera estar bajo la figura de la inimputabilidad.

Las eximentes deben demostrarse en forma plena, y especialmente tratándose de las causas de inimputabilidad son necesarias pruebas especiales, por referirse dichas eximentes al campo subjetivo del individuo; por ello es preciso que se compruebe que en el momento del hecho, el agente no poseía la salud o el desarrollo mentales exigidos abstracta e indeterminadamente por el legislador para comportarse en el mundo del derecho penal.

3.9.1 Los Menores de edad.

De manera coloquial la sociedad cataloga a los menores de edad como inimputables comprendiendo ésta a los menores de 18 años de edad y por lo tanto cuando efectúan acciones tipificadas como delitos en este caso sería el cometer un secuestro, no se configura el delito respectivo, sino infracciones, sin embargo desde el punto de vista de la doctrina y de la lógica, nada podría estar en contra de un sujeto de 17 años de edad, es decir éste menor posee un adecuado desarrollo mental, y no sufre enfermedad alguna que altere sus facultades; por lo tanto se encuentra completamente un sujeto imputable de sus actos; por consecuencia, el supuesto menor sabe lo que hace, sabe que lo que hizo es un delito, sabe que se llama secuestro y está penado por la ley penal, que lo que hizo va contrario a la ley por consecuencia; por lo que se puede observar que este sujeto menor de edad, sabe que es contrario a la ley, y aún así decide cometer dicho ilícito, es decir se conduce de acuerdo a esa comprensión.

3.10 LA CULPABILIDAD EN EL TIPO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 164 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Culpabilidad.

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 18 menciona: (Dolo y culpa) Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

En su segundo párrafo conceptualiza al Dolo diciendo: 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.

En el tercer párrafo realiza el legislador el concepto que entenderemos como Culpa y señala: Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible, o no previó confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era

necesario observar.

Para que se cumpla con la culpabilidad son necesarios los siguientes requisitos.

1) Que el sujeto le haya sido exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta. (capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta).

2) Que las circunstancias en que el sujeto activo actuó no le hayan reducido su ámbito de autodeterminación por debajo de un umbral mínimo. (conducirse de acuerdo con esa comprensión).

Una vez cerciorándonos de lo que dice el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y teniendo presentes los dos requisitos anteriores para la existencia de la culpabilidad, tenemos que sólo existen dos supuestos, en el secuestro sólo existe el dolo o la culpa. A continuación averiguaremos cual de las formas de comisión de la culpabilidad contempla este delito.

El secuestro es un delito doloso, en el cual el dolo es de tipo directo y no eventual, lo anterior gracias a que el sujeto activo tiene la intención de privar a una persona de su libertad, (aquí no importa el propósito que contiene el elemento subjetivo específico), es decir el sujeto conoce el significado de lo que es un secuestro, que está penado por la ley, y además tiene la voluntad de cometerlo, con lo que tenemos la presencia de un dolo, y este dolo es directo por que quiere y acepta el resultado, es decir quiere privar de la libertad y acepta las consecuencias que este trae aparejadas.

Podría caber la posibilidad de que haya un dolo eventual, lo que sería por ejemplo el sujeto que tiene la intención de robarle el auto a una persona, pero al momento de realizarlo priva de la libertad por unos momentos a la víctima; en este caso el dolo va dirigido a apoderarse del automóvil, sin embargo privó de la libertad al pasivo, por que prevé como posible el resultado de una privación de la libertad; hasta aquí todo es posiblemente correcto, sin embargo el secuestro en sí admite como requisito fundamental el elemento

subjetivo específico, lo cual al tener el mente el mismo sujeto, que una vez privada de la libertad, puede pedir un rescate, entonces hay un segundo dolo y es directo, es decir, el primero iba indicado al robo del automóvil, pero ahora el segundo es privar de la libertad para obtener un beneficio más.

Por otro lado la culpa tenemos que reunir los siguientes requisitos:

1) Una acción u omisión, consciente y voluntaria pero no intencional. Que secuestro puede ser intencional, si un secuestro lleva una planeación, por pequeña que sea.

2) Que el agente ejecute el acto inicial sin tomar aquellas cautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales. Es decir quien al realizar un acto, va a cuidar que no sea secuestrado determinado sujeto, en otras palabras quien actúa de manera tal que de sus propios actos se derive un secuestro.

3) El resultado dañoso debe ser previsible para el agente. Debiendo apreciar:

I. Si el hecho era previsible conforme a las experiencias de la vida cotidiana, conforme al modo normal y ordinario del suceder de las cosas; mismos que son imposibles de que ocurran en un secuestro.

II. Debe tomarse en cuenta la personalidad del agente, su capacidad espiritual, su cultura, su capacidad sensorial. Es de todos sabido que un secuestrador deben tener una psicología diferente.

III. La previsibilidad debe entenderse también a la representación de los elementos que integran el delito en que se concreta el posible resultado dañoso, como a la representación de la relación de causalidad existente entre dicho resultado y la conducta del agente. Estas situaciones se deben tener como descartadas debido a que la planeación de un delito en especial el de secuestro, es largo y su comisión debe ser pensada, debidamente planeada, mas no espontánea, y aún siendo espontánea, se convierte en planeada una

vez que se empieza a realizar el delito.

d) El resultado dañoso debe constituir un hecho que objetivamente integre una figura legal de infracción, un hecho penado por la ley, el cual si podemos tener en un secuestro, sin embargo hay que tener en cuenta que para que se de la culpabilidad necesitamos todos y cada uno de los supuestos que estamos estudiando.

e) Entre el acto inicial y el resultado dañoso debe existir relación de causa a efecto. El cual también puede existir en un secuestro.

La culpa o negligencia supone descuido, imprudencia, ligereza, falta de atención, con lo que podemos observar que quien puede cometer un secuestro, (bajo el entendido de un razonamiento lógico jurídico), por descuido, por imprudencia, ligereza, o falta de atención. Por lógica todo secuestro tiene que ser intencionado, salvo la presencia de un error como a continuación lo vamos a estudiar.

3.11 LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD EN EL TIPO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 164 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

. Las causas de inculpabilidad que establece nuestro derecho y que puede estar presentes en la comisión de un secuestro son las siguientes:

a) El error. Este se clasifica en error accidental y error esencial.

1. Errores accidentales:

a) *Aberratio ictus* o error en el golpe. Es decir se da cuando una conducta

se dirige contra un objeto, pero afecta a otro, al que no se quería ni aceptaba la posibilidad de afectar. Si bien en un secuestro se pueden equivocar de persona, y secuestran a otra eso no deja impune el delito de secuestro producido en agravio de la persona perjudicada.

- Respecto del objeto al que se deseaba afectar, estaríamos ante una tentativa dolosa, sin embargo resulta poco probable que una persona sea consignada por secuestro en agravio de una persona y por tentativa de otra basado en los mismos hechos.
- Respecto al objeto afectado, estaríamos ante un delito consumado culposo, esto n teoría por que si bien es cierto que es culposo al privar de la libertad a una persona la cual no es la indicada también es cierto que al pedir el rescate por esta persona o al querer realizar cualquiera de los supuestos que el tipo penal enmarca, este sujeto ya se cercioró de que persona es y aún así consume en su totalidad el delito.

b) *Aberratio in persona* o error en la persona. se da cuando la conducta está encaminada a lesionar a una persona determinada, y sin embargo por circunstancia desconocidas por el agente, la lesión se produce en otro individuo.

Este error podría darse, al secuestrar a una persona, por ejemplo, a un individuo le dan las señas de un sujeto, o le indican que debe detener a cierta persona, pero a la hora de hacerlo, levanta a otra persona de características similares, de lo cual el sujeto no se percata por la rapidez del acto, y se cercioran de ello hasta, la hora de entrevistar al sujeto pasivo.

c) *Aberratio in delicti* o error en el delito. Se presenta cuando el sujeto cree estar realizando un delito determinado y en realidad ejecuta otro. Se puede decir que el sujeto piensa estar cometiendo un secuestro cuando lo que se comete en realidad es una extorsión.

2. Errores esenciales.

a) Error de hecho insuperable o invencible. Consiste en la ignorancia o en la creencia errónea con relación a un elemento del tipo, que hace que el activo crea de manera insuperable estar obrando lícitamente. Elimina la culpa. Como ya lo vimos el delito de secuestro no admite la culpa.

b) Error de hecho superable o vencible. Se presenta cuando el sujeto sospecha, pero sin certeza que su conducta pudiera ser delictiva y, sin cerciorarse, la realiza. Elimina el dolo pero no la culpa. Este error es factible tenerlo presente en un secuestro, por ejemplo al que contratan para cuidar a una persona y no permitir que salga del lugar donde se encuentra en cautiverio, el sospecha algo malo que ocurre en ese lugar, sin embargo, el lo toma como un simple trabajo.

c) Error esencial de derecho insuperable o invencible. El reconocimiento de este error como causa de inculpabilidad, pugna por el principio romano de *ignorantia vel erro juris non excusat* (la ignorancia de la ley no excusa su responsabilidad) Error de prohibición causa de inculpabilidad. El sujeto por ignorar la prohibición de algún delito, cree conducirse lícitamente. Podría ser el señor que viene de la sierra y lo contratan para ayudar a privar de la libertad a alguien y este señor es analfabeto, y no conoce nada de regulaciones, debido a que se sigue por los usos y costumbres de su pueblo.

d) Error esencial de derecho superable o vencible. Este tipo de error se actualiza, cuando el sujeto no tiene la certeza de que su actuar es ilícito, y sin embargo no se detiene a verificarlo, y lleva a cabo su acción. Podría ser el mismo sujeto, sin embargo el ahora ya vive aquí desde hace seis meses, y sabe leer y escribir, ve y lee, noticias, es decir tiene los medios para cerciorarse, de que lo que está haciendo es ilícito.

En nuestro nuevo Código Penal para el Distrito Federal en artículo 29 fracción VIII menciona los tipos de error que son contemplables por este código; el cual a la letra dice:

Fracción VIII. (Error de tipo y Error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible , respecto de :

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate. El cual sería error de tipo y ataca a la tipicidad.

b) La ilicitud de la conducta, y sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o por que crea que está justificada su conducta. es error esencial y lo estudiamos anteriormente necesita los tres elementos que mencionamos se necesitan para tener el error de prohibición presente:

- Desconocer el alcance de la ley.
- El alcance de la misma
- Por creer justificada la conducta

3.12 LA PUNIBILIDAD EN EL TIPO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 164 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Debemos de entender que dentro de este concepto encontramos que es usado para tres fines distintos; como punibilidad en el sentido de legislación, es decir la facultad que tiene el estado de poner al tipo penal una cierta periodicidad de tiempo o multa económica que debe cubrir el activo en el caso de incurrir en el delito; Punibilidad como punición, que es el acto de ejecutar las penas hacia los gobernados, y por último pena, la punibilidad como pena la cual es la adecuación de la punibilidad legislativa que se realiza mediante la punición de manera particular atendiendo las circunstancias particulares del activo. con el fin de reeducar y corregir al sujeto siendo esta pena justa y correcta.

Por lo que respecta al secuestro tenemos que la punibilidad de este tipo penal es de diez a cuarenta años de prisión y de cien a mil días multa, en su tipo básico contemplado por el artículo 163 del nuevo Código penal para el Distrito Federal, y una penalidad de quince a cuarenta años de prisión y de doscientos a mil quinientos días multa, si se realiza este secuestro como lo contempla el artículo 164 en todas sus fracciones, por lo que la fracción en estudio que es la primera, tiene esa penalidad.

Este mismo articulado pero en su último párrafo menciona que la penalidad del secuestro será de una quinta parte, si la víctima es liberada espontáneamente dentro de las veinticuatro horas siguientes, al de la privación de la libertad.

En el mismo código penal pero en su artículo 165 menciona que el delito tendrá una pena de prisión de veinte a cincuenta años, en caso de que el secuestrado fallezca durante el tiempo en que se encuentre privado de la libertad.

Además el mismo artículo en su párrafo segundo menciona que si el secuestrado es privado de la vida por su o sus secuestradores, por lo que la punibilidad estará a lo dispuesto en lo que establecen las reglas para los concursos de delitos.

3.13 LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Estas excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad; por lo cual cuando nos encontramos ante una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito que anteriormente señalamos, permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

La única excusa que consideramos se pudiera encuadrar en el delito de secuestro sería la de: "en razón de mínima temibilidad". La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente. Sin embargo es difícil tenerla en consideración, debido a que el secuestro es un delito grave y por consiguiente en sus articulados no permite privilegios, si acaso serviría para la individualización de la pena.

CAPITULO CUARTO

LA TENTATIVA EN LA FRACCIÓN PRIMERA DEL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1 Tentativa.

4.1.1 Fundamento de la tentativa.

Para poder estudiar la figura de la tentativa, es necesario saber de primera instancia, el fundamento de la misma; los tratadistas sostienen diversas tesis para fundamentar, la punición de la tentativa, como son:

a) Del peligro corrido. (Feurbach-Carrara). Según este criterio, la tentativa crea un peligro grave y efectivo en bienes jurídicamente tutelados.

b) Violación voluntaria de un precepto legal.-(Manzini). Este criterio funda la punición de la tentativa en la violación de la ley; el acto tentado es contrario a la ley, consecuentemente, su autor se hace acreedor a la aplicación de la pena.

c) Peligrosidad objetiva. (Escuela positiva). Esta tendencia fundamenta la punición en la capacidad de repetir el agente revelada en el acto tentado. El agente en la tentativa, manifiesta una personalidad criminal que debe ser castigada.

d) Alarma social.- (Mario Pagano).- La tentativa, funda su punición en la conducta del delincuente que, aún cuando no ejecute plenamente el delito, despierta alarma en la sociedad.

“El fundamento de punición de la tentativa está no solo en la dañada voluntad del agente que descubre, mediante actos, su propósito criminal, sino también en el peligro real que amenazó con causar un daño a bienes jurídicamente tutelados.”¹

¹ Cortés Ibarra miguel Angel, “Derecho Penal Mexicano”. Porrúa 1971 pp. 262.

“La Tentativa se fundamenta en su creación y se justifica en su existencia, por la incontrovertible antijuridicidad objetiva que matiza la conducta encaminada en forma inequívoca a la realización del comportamiento descrito en un tipo penal. Esta antijuridicidad se plasma y manifiesta en la puesta en peligro de bienes jurídicos que el derecho protege.”²

El peligro es posibilidad de producción del daño, a condición de que este no se realice, y esta condición “sine qua non” para entender la noción general de peligro sólo se presenta cuando éste ya dejó de existir y el bien amenazado quedó a salvo. Por lo que la idea de riesgo o peligro para un determinado bien jurídico típicamente protegido, es la que norma el dispositivo de la tentativa.

4.1.2 Concepto de Tentativa.

Cualquier concepto que pretenda darse sobre la tentativa, debe hacerse en función del delito perfecto o consumado. Eso ha llevado a los autores a denominar a la tentativa un delito imperfecto por faltar en él el acto material de la consumación.

“Son los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.”³

“Hay tentativa cuando se realizan actos encaminados objetiva y subjetivamente a la consumación de un delito, si éste no se produce por la invasión de causas interruptoras, externas y ajenas a la voluntad del agente.”⁴

En el delito doloso, no se pena solamente la conducta que llega a realizarse

² Jiménez Huerta Mariano. “Derecho Penal Mexicano” pp. 228.

³ Castellanos Tena Fernando. “ Lineamientos elementales de Derecho Penal”, pp. 287

⁴ Cortés Ibarra Miguel Angel, op., cit. 258.

totalmente, o que produce el resultado típico, sino que la ley prevé la punición de la conducta que no llega a llenar todos los elementos del tipo, por quedarse a una etapa antes de la realización.

El artículo 20 de código penal vigente para el Distrito federal, establece lo siguiente: “existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

La tentativa está considerada por algunos juristas como un delito incompleto, en el que no se dan todos los caracteres típicos. Por que la conducta se detiene en la etapa ejecutiva o por que no se produce el resultado. No hay una lesión al bien jurídico tutelado sino solamente una puesta en peligro del mismo. Requiere siempre de dolo, no puede haber tentativa en delitos culposos.

La genérica noción de tentativa se desmembra en los siguientes elementos:

1. Intención de cometer un delito. En la tentativa el agente debe realizar su conducta con propósito criminal, de aquí la imposibilidad de presentarse este instituto en los delitos culposos como anteriormente lo habíamos azeverado.

2. Actos enderezados materialmente a ejecutar un delito (elemento objetivo). La conducta debe, directa y adecuadamente dirigirse a darle realidad íntegra un delito. Aquí se plantea el problema del delito imposible que oportunamente analizaremos.

3. Intervención de causas ajenas a la voluntad del agente que impiden el acaecimiento del resultado dañoso.

4.1.3 Límite mínimo de la tentativa.

“El límite mínimo del dispositivo de la tentativa fincase en el principio de ejecución de la figura típica a la que se conecta en el caso concreto.”⁵

Los actos que yacen delante de dicho principio de ejecución quedan fuera del ámbito objetivo de la tentativa; pues de análogo modo que su límite máximo -ejecución de todos los actos que debiera producir el delito- colinda con la figura del delito perfecto o consumado, su límite mínimo - inicio de ejecución - linda con otros actos que, no obstante relacionarse con el delito por ir dirigidos a su preparación, quedan fuera de su ámbito. La tentativa, en consecuencia, es punible cuando se ha concretado en una acción peligrosa.

El límite mínimo del dispositivo de la tentativa lo constituye, pues el primer acto de ejecución, esto es, el inicio del comportamiento típicamente antijurídico. Todo lo que yace antes de que la conducta del hombre ponga en peligro los bienes jurídicos que el derecho penal protege, queda excluido de su ámbito objetivo; son actos preparatorios de naturaleza impune por falta de tipicidad autónoma o ampliada.

4.1.4. Límite máximo de la tentativa.

La tentativa es acabada o completa cuando, por parte del agente, el camino criminoso ha sido recorrido íntegra e idóneamente, sin que el resultado se produzca.

En los delitos formales o de simple conducta, el límite máximo de la tentativa fincase en el penúltimo acto idóneo de los que el agente ha de efectuar para lograr la consumación del delito; como en esta clase de tipos no se necesita la producción de un resultado fáctico externo como consecuencia de la conducta, el delito queda consumado, cuando se efectúa el penúltimo acto necesario para la integración típica.

4.1.5 Actos preparatorios y de ejecución.

⁵ Jiménez Huerta Mariano. Op., cit. pág. 234.

Son diversas y discrepantes las teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de los actos preparatorios de ejecución.

a) De la univocidad.- Carrara sostuvo en un principio, que los actos preparatorios son equívocos y los de ejecución unívocos. Los actos son equívocos, cuando de su objetividad pueden derivarse conclusiones fácticas diversas; es decir, son nocentes, no revelan inequívocamente el propósito criminal, ni ponen en peligro inmediato los bienes jurídicos tutelados.

Los actos son unívocos cuando manifiestan claramente el propósito criminoso del agente. A diferencia del acto preparatorio, el de ejecución, por la vinculación estrecha que lo liga al resultado, expresa inequívocamente el fin delictuoso.

b) Del principio de violación.- Beling expone que, cuando la acción agota plenamente el verbo, núcleo del tipo, el delito conforma su consumación; por ejemplo: matar, robar, lesionar, dañar, etc. En el acto de ejecución, el agente empieza a realizar el núcleo del tipo, si no lo agota totalmente, queda en grado de tentativa. El acto preparatorio, a diferencia, no entra al verbo o núcleo típico, queda en la periferia.

c) De la causalidad material.-Birkmayer aplica la teoría causal y afirma que el acto preparatorio tiene el carácter de condición y los ejecutivos de causa. La distinción entre preparación y ejecución es la misma que hace entre condición y causa. El acto ejecutivo, por lo tanto, es la efectiva y verdadera causa necesaria del resultado.

El maestro Miguel Angel Cortés Ibarra menciona “Que la teoría del comienzo de ejecución del núcleo del tipo”, satisface con mayor amplitud la solución práctica del problema que hemos venido analizando. Si los diversos tipos describen hechos o conductas humanas, el delito se iniciará desde el momento en que el agente empiece a realizar el supuesto rector del tipo penal respectivo; el resto de los actos quedarán en la etapa impune de su

preparación.”⁶

4.1.6 Delito imposible.

“El delito imposible se separa de la tentativa. La imposibilidad se presenta en tres formas diversas: a) Por inidoneidad en los medios, b) Inidoneidad en el objeto, c) Inexistencia del objeto.”⁷

“Delito imposible se reputa a aquella conducta que no realizará nunca el resultado típico, en virtud de la inidoneidad de los medios empleados por el agente o bien por faltar el objeto contra el cual va dirigida.”⁸

Se dice que el delito es imposible por inidoneidad e insuficiencia de medios, las cuales significan, ausencia completa de potencia causal y la segunda falta de fuerza en el medio para llegar al resultado perseguido. Se dice también que el delito es imposible pero por inexistencia del objeto, cuando falta el objeto jurídico tutelado por la norma penal o bien por el objeto material, o sea “el elemento constitutivo que representa la entidad física principal (cosa, persona o condición de hecho) respecto de la cual se desarrolla la actividad criminosa del agente.

Por lo tanto la llamada tentativa imposible, es aquella que carece de idoneidad para consumar el delito, la inidoneidad de los actos con que se pretende cometer un delito, tanto dimana de que los mismos carecen de potencialidad para dañar el bien jurídico protegido en el tipo, como de la imposibilidad de que dicho bien jurídico pueda ser dañado.

Como podemos ver en el primer caso, nos hallamos ante un propósito de realizar inidóneamente un posible delito; en el segundo, ante un propósito de realizar idóneamente un delito imposible. Empero, como en una y otra hipótesis

⁶ Cortés Ibarra Miguel Angel, “Derecho Penal Mexicano”. pp. 266.

⁷ ibid. pág 267.

⁸ Pavón Vasconcelos Francisco “Manual de derecho Penal Mexicano” pp. 483.

nos encontramos ante una conducta realizada con intención de ejecutar un delito que, ora por inidoneidad de los actos, ora por inexistencia del objeto es de quimérica ejecución, deben ambas ser consideradas en el lenguaje de la vida como formas de manifestación de una tentativa imposible.

Por último entendemos como acto inidóneos para ejecutar un delito, todos aquellos que en sí mismo encierran en el caso concreto un obstáculo ontológico que impide que el agente pueda alcanzar su voluntad criminal.

4.2 Formas de tentativa.

“Se habla de *tentativa acabada* o *delito frustrado*, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. En la *tentativa inacabada* o *delito intentado*, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución.”⁹

Como se puede notar tenemos que en la figura de la tentativa existen dos tipos ; la acabada, la cual entenderemos como aquella en el que el sujeto realizó la totalidad de la conducta típica, pero no se produce el resultado típico. y la tentativa inacabada, la cual se da cuando el sujeto interrumpe la realización de la conducta típica.

4.2.1 El desistimiento y el arrepentimiento.

“ El desistimiento se da cuando el agente, habiendo realizado actos ejecutivos, y encontrándose en la posibilidad de continuar su acción hasta el agotamiento por contar con los medios idóneos, espontáneamente cesa su obra criminal.”¹⁰

⁹ Castellanos Tena Fernando. Op., cit, pág. 290.

¹⁰ Cortés Ibarra Miguel Angel, “Derecho Penal Mexicano”. pp 274

“El arrepentimiento es forma también impeditiva del resultado típico. El agente, habiendo agotado todos los actos ejecutivos, interviene voluntariamente impidiendo la consumación criminosa. Actúa desviando el normal proceso causal, pero una vez agotada la acción ejecutiva.”¹¹

De la misma manera el Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 21 contempla también estas figuras y a la letra dice: (desistimiento y arrepentimiento). Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.

Incuestionablemente, el arrepentimiento deja impune a la tentativa; ésta exige que el delito “ no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente”. En el arrepentimiento eficaz no intervienen causas ajenas a la voluntad del autor; es el mismo quien, desviando el nexo causal, evita la producción del resultado. Agreguemos que, al igual que el desistimiento, el activo responderá del curso causal, si conforman hechos punibles.

De tal suerte debemos de entender que es requisito esencial de la tentativa la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente. La conducta ejecutiva de un delito que no se consuma por esta circunstancia, satisface plenamente las exigencias típicas, ya que está encaminada a su realización y es adecuada al dispositivo del artículo 20. Puede, empero, acontecer que la no consumación del delito sea debida, bien que su autor desista voluntariamente de proseguir su ejecución, bien a que una vez que hubiere realizado todos los actos que fueren necesario para la consumación del delito, se arrepiente activamente e impida la producción del resultado típico. En ambas hipótesis, la conducta del agente es insubsumible en la ampliación típica que describe el artículo 20 pues este precepto exige que la no

¹¹ ibid., pág 274

consumación del delito sea debida a causas ajenas a su voluntad, sin embargo para que se den la figura del desistimiento y el arrepentimiento es necesario que ambas figuras sean de manera voluntaria.

4.3 El *Iter criminis*.

El delito desde su inicio hasta su plena ejecución, recorre un camino que se origina en una fase interna y concluye en otra de carácter externa.

“El iter criminis o vida del delito, comprende el análisis de estas dos genéricas etapas del proceso dinámico de delito”¹²

“El iter criminis comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito desde su inadecuación hasta su agotamiento. Tradicionalmente distingúense en el iter criminis (camino del delito), la fase interna de la externa, llamadas también subjetiva y objetiva. El delito se encuentra en su fase interna cuando aún no ha sido exteriorizado; no ha salido la mente del autor; en tal estrado se colocan la ideación, a la deliberación y a la resolución de delinquir.”¹³

Por su parte el maestro Fernando Castellanos menciona que : “ El delito nace como idea en la mente del hombre, pero aparece externadamente después de un proceso interior, más o menos prolongado. A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se leima fase interna. Con la manifestación principia la fase externa, la cual termina con la consumación.”¹⁴

De tal suerte que entenderemos como iter criminis, al proceso o camino del delito, el cual abarca desde la concepción hasta el agotamiento del delito.

4.3.1 Fase interna.

¹² ibid.,. pp 257

¹³ Pavón Vasconcelos Francisco, op., cit pág. 467.

¹⁴ Castellanos Tena Fernando. Op., cit, pág. 283.

El sujeto, generalmente antes de ejecutar materialmente la conducta delictiva, concibe, delibera y resuelve. Es la ideación, deliberación y resolución, las sucesivas etapas del proceso íntimo.

En la primera, el sujeto se representa mentalmente la realización criminal; surge en él la idea delictiva, es decir consiste en la meditación sobre *la idea criminosa*, la cual puede ser acogida o desairada por el sujeto, si el sujeto le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí surge la *deliberación*.

Una vez concebida, se presenta *la deliberación* en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. Hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias. Una vez agotado el periodo de contienda, el sujeto toma la dedición de delinquir.

Ésta es la resolución; es el triunfo de la idea criminal sobre los factores de convivencia social que se oponían. A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar la que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente.

A esta fase interna sólo cabría agregar que la incriminación de las ideas equivaldría a una radical invasión al campo propio de la moral, desentendiéndose entonces el Derecho de su misión especialísima y esencia, a saber: armonizar las relaciones puramente externas de los hombres en vista a la convivencia y a la cooperación indispensable en la vida gregaria. Mismo comentario que señala el Maestro Fernando Castellanos y en el cual estamos de acuerdo.

4.3.2 Fase externa.

“Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos material, estamos ya dentro de la fase externa u objetiva del delito;

penetramos a lo que algunos autores denominan el proceso ejecutivo del delito. Tal proceso comprende: a) la preparación, b) la ejecución, y c) la consumación. La ejecución puede ser subjetivamente completa y objetivamente incompleta, en cuyo caso se habla de delito frustrado; subjetiva y objetivamente incompleta o imperfecta en el que se habla de delito tentado, tentativa o connato.”¹⁵

La manifestación, preparación y ejecución, son etapas de la fase externa. El autor manifiesta su propósito criminal, éste emerge de su ámbito interno, iniciándose así la configuración material- objetiva del delito.

En la manifestación, se presenta la idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto. La manifestación no es inculpa, normalmente, sin embargo, no integra delito.

En la preparación. Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Como se estudió anteriormente los actos preparatorios son de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictivos; no revelan el propósito o intención de delinquir.

En la ejecución, la conducta penetra al tipo delictivo. Presenta dos formas punibles: tentativa y consumación. En la primera, como estudiamos anteriormente, existe un principio de ejecución, mientras que en la consumación, la conducta agota plenamente al tipo penal. Es el momento pleno de ejecución del delito.

4.4 La tentativa en la fracción en la I del artículo 164 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Para estudiar la tentativa en el delito de secuestro, es necesario estudiar a

¹⁵ Pavón Vasconcelos Francisco, op., cit. pág. 470.

la figura de la tentativa, aplicada a l tipo de secuestro, pero esta aplicación deberá ser desmenuzada, es decir que todos y cada uno de os elementos que integran a la tentativa serán relacionados con el delito de secuestro, para tener una mejor perspectiva de lo que sería el delito de secuestro en grado de tentativa.

Si tomamos como guía el concepto de tentativa que da el Código Penal vigente para el Distrito Federal, en tendemos lo siguiente El artículo 20 de código penal vigente para el Distrito federal, establece lo siguiente: existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

Es el caso que para que el delito de secuestro llegue a quedar como una simple tentativa de secuestro, tendremos que considerar lo siguiente, la exteriorización del a conducta de privar a un sujeto de su libertad, con el propósito de obtener alguno de los supuestos que el mismo tipo señala. Esta exteriorización puede ser total o parcial, de los actos ejecutivos.

Los actos ejecutivos sería todos los que físicamente realizaría el sujeto activo para cometer su objetivo, el privar de la libertad. O en su defecto que por causas ajenas a él no se llegue a la consumación del tipo, sin embargo Automáticamente el pone en peligro el bien jurídico tutelado.

Lo anterior en base a lo que nuestra ley marca pero hay que ir mas allá, hay que adentrarnos a lo que la doctrina nos señala. Para que estemos frente a la figura de la tentativa en el delito de secuestro, es necesario contemplar sus tres elementos en el mismo tipo penal.

a) La intención de cometer un delito. El cual sería tener la voluntad de realizar el secuestro, por lo que el secuestro al ser un delito de dolo, o doloso, admite la tentativa.

b) Que los actos que realizó el o los sujetos activos fueran directamente dirigidos, a realizar el secuestro.

c) la intervención de causas que, ajenas al sujeto activo, impiden la realización del mismo.

Por lo que respecta al límite mínimo del dispositivo de la tentativa en el delito de secuestro lo constituye, pues el primer acto de ejecución, esto es, el inicio del comportamiento típicamente antijurídico. Esto es el de levantar a la persona , el interceptarla y privarla directamente de su libertad, en pocas palabras, en el momento en el que se tiene contacto con la víctima a primera instancia.

Mientras que el límite máximo sería cuando, por parte del agente, el camino criminoso ha sido recorrido íntegra e idóneamente, sin que el resultado se produzca.

Lo que sería por ejemplo, que el sujeto interceptó la camioneta donde supuestamente viaja la víctima, o entra al lugar de trabajo donde labora la víctima, o simplemente cree que la tiene frente a el y sin embargo, no es así, debido a que la víctima ese día no laboró por ejemplo, o el no viaja en el vehículo que había interceptado.

Sin embargo se puede dar el caso que la víctima ya se encuentre privada de su libertad, y antes de que el sujeto realice la manifestación de querer uno de los supuestos que menciona el tipo penal como elemento subjetivo específico, se cerciora de que la víctima no es quien el cree que es, o la víctima es liberada, o simplemente la víctima se les escapa; en ese momento estaríamos ante una tentativa de secuestro, debido a que acorde a nuestro muy particular punto de vista, una vez exteriorizando el deseo de gozar de alguno de los elementos subjetivos específicos que el tipo señala, se consuma totalmente la figura del secuestro, de lo contrario sería una simple privación ilegal de la libertad.

Como actos de preparación y de ejecución. Tenemos que los actos de preparación de un secuestro serían todos aquellos que el sujeto realiza antes de tener contacto con la víctima, por ejemplo, el saber donde vive, lugar de trabajo, hora de entrada y salida, si acostumbra andar solo, etc, en fin todo un estudio de la persona que va a ser privada de su libertad, así como el delimitar funciones a todos y cada uno de los elementos de la banda (en caso de ser una), es decir quien lo sigue, quien lo intercepta, quienes lo van a esperar , para cuidarlo, todo esto si el secuestro se va a realizar en un domicilio particular , sino quienes lo van a subir al coche, por donde lo van a pasear, el allegarse, de cómo entrar al lugar de trabajo, etc,.

Por lo que por medios de ejecución sería exteriorizar todos los movimientos que sólo eran pensamiento, todos ellos llevarlos a la realidad. Es decir cometer el secuestro, a bordo de un vehículo, en un domicilio particular, o en el lugar de trabajo de la víctima.

Se podría afirmar que el delito de secuestro fuera imposible por inidoneidad e insuficiencia de medios, las cuales significan, ausencia completa de potencia causal y la segunda falta de fuerza en el medio para llegar al resultado perseguido, que sería el privar de la libertad a alguien a cambio de algún beneficio. Se dice también que el delito es imposible pero por inexistencia del objeto, cuando falta el objeto jurídico tutelado por la norma penal, en este caso el delito de secuestro o bien por el objeto material, o sea “el elemento constitutivo que representa la entidad física principal (la persona que es privada de la libertad) sobre la cual se desarrolla la actividad criminosa del agente.

Como se puede notar tenemos que en el delito de secuestro, cabe la figura de la tentativa de al cual existen dos tipos ; la acabada, la cual entenderemos como aquella en la que el sujeto realizó la totalidad de la conducta típica, pero no se produce el resultado típico; es decir el sujeto realiza todos los elementos necesarios para consumar el delito, sin embargo este no se produce, por razones ajenas a él. Y la tentativa inacabada, la cual se da cuando el sujeto interrumpe la realización de la conducta típica, por ejemplo que el sujeto una vez teniendo al pasivo privado de su libertad lo libera..

El desistimiento en el delito de secuestro se da cuando el agente, habiendo realizado actos ejecutivos, y encontrándose en la posibilidad de continuar su acción hasta el agotamiento, esto se daría al privar de la libertad al sujeto, y por contar con los medios idóneos para consumarlo, espontáneamente cesa su obra criminal.

El arrepentimiento es forma también impeditiva del resultado típico. En el delito de secuestro en estudio, el agente, habiendo agotado todos los actos ejecutivos, interviene voluntariamente impidiendo la consumación criminosa.

Actúa desviando el normal proceso causal, pero una vez agotada la acción ejecutiva. Lo que se puede explicar de la siguiente manera, el sujeto priva de la libertad al pasivo, tiene la intención de beneficiarse con alguno de los supuestos que enmarca el tipo penal en el numeral 163, pero al finalizar la ejecución del mismo, el sujeto activo, de manera voluntaria interviene, e impide que el delito se consuma.

4.4.1 El iter criminis en el delito de secuestro.

De tal suerte que entenderemos como iter criminis, al proceso o camino del delito, el cual abarca desde la concepción hasta el agotamiento del delito, de tal suerte que el iter criminis en el delito de secuestro sería de la siguiente manera:

4.4.1.1 Fase interna.

El sujeto, generalmente antes de ejecutar materialmente la conducta delictiva, concibe, delibera y resuelve. Es la ideación, deliberación y resolución, las sucesivas etapas del proceso íntimo.

En la concepción, el sujeto se representa mentalmente la realización criminal; surge en él la idea de cometer un secuestro, es decir medita sobre *la idea de secuestrar*, la cual puede ser acogida o desairada por el sujeto, si el sujeto la acepta, permanece como idea fija en su mente y de ahí surge la *deliberación*.

Una vez concebida, se presenta *la deliberación* en una ponderación entre el pro y el contra, es decir secuestro o no secuestro, además de tener una observancia de los privilegios que podría acceder con el dinero del rescate por ejemplo. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. Hay una lucha entre la idea de secuestrar y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias. Una vez agotado el periodo de contienda, el sujeto toma la dedición de cometer el secuestro en agravio de una persona.

Ésta es la resolución; es el triunfo de la idea, “ si voy a secuestrar”, sobre los factores de convivencia social que se oponían. A esta etapa corresponde la intención y voluntad de secuestrar. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, como lo va a hacer, a quien va a secuestrar etc., decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente.

4.4.1.2 Fase externa.

Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos material, estamos ya dentro de la fase externa u objetiva del delito. Tal proceso comprende: a) la preparación, b) la ejecución, y c) la consumación.

La manifestación, preparación y ejecución, son etapas de la fase externa. El autor manifiesta su propósito criminal, éste emerge de su ámbito interno, iniciándose así la configuración material- objetiva del delito.

En la manifestación, se presenta la idea de secuestrar a alguien aflorando al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto.

En la preparación. Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Como se estudió anteriormente los actos preparatorios son de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan el propósito o dedición de delinquir, es

decir el reunir toda la información necesaria, acerca del sujeto pasivo, es decir donde trabaja (en caso de ser el secuestro en lugar de trabajo), (el vehículo en el que se va a privar de la libertad (en caso de ser a bordo de un vehículo), o en que domicilio se le va a tener en cautiverio (en caso de realizarse el secuestro en un domicilio particular), así como los bienes que pueda tener, su modus vivendi, la rutina de vida que lleva, así como la preparación y designación de funciones en caso de ser mas de un sujeto activo.

En la ejecución, la conducta penetra al tipo delictivo. Presenta dos formas punibles: tentativa y consumación. En la primera, como estudiamos anteriormente, existe un principio de ejecución, no se consuma el secuestro, mientras que en la consumación, la conducta agota plenamente al tipo penal. Es el momento pleno de ejecución del delito, es decir, es la comisión completa del tipo penal de secuestro, es decir a un sujeto se le privó de la libertad con el propósito de obtener uno de los supuestos que señala el artículo 163 del nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal.

CONCLUSIONES

Primera. La libertad es un derecho inherente a la naturaleza del ser humano, la cual se puede definir como la facultad de hacer o no hacer algo, siempre y cuando no afecte intereses de terceros, la moral o las buenas costumbres.

Por lo tanto por privación ilegal de la libertad entendemos la detención arbitraria de una persona por otra u otras, con lo que se cuarta su derecho al libre desplazamiento, sin que medie alguna causa que la ley le conceda al sujeto activo para realizarla. De tal suerte que el delito de privación ilegal de la libertad en realidad es la “privación ilegal de la libertad deambulatoria” debido a que como lo señala el artículo 164 fracción I del nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal, tal privación consiste en un encierro material de un particular quien sin ninguna causa legalmente justificable encierra al sujeto pasivo ya sea, a bordo de un vehículo, en el lugar de trabajo o en un domicilio particular, tutelando la libertad de desplazamiento de la persona.

Segunda. El termino secuestro es utilizado por la doctrina del derecho un tanto equivoca, debido a que puede referirse a diversas figuras jurídicas diferentes entre sí, según se trate la materia civil, mercantil, penal, laboral, etc.; el punto en común de todos los posibles significados es la aprobación y retención temporal de una persona o un bien, con el objeto de obtener el cumplimiento de ciertos fines, los cuales se distinguen según la naturaleza de cada rama del derecho

Tercera. En materia penal el secuestro es considerado como una modalidad del plagio en el sentido de que se presupone la necesaria privación ilegal de la libertad de una persona pero con una particularidad especial.

Cuarta. El delito de secuestro dentro de su tipicidad es necesario contar con el elemento subjetivo específico distinto al dolo el cual consiste en obtener un lucro, beneficio, un hacer o no hacer por parte de la persona secuestrada; esto no implica que para que se de el delito sea necesario el obtener tal

beneficio como lo es un rescate, tan solo con expresar el animo de obtenerlo es suficiente para la integración del mismo. Por lo que el dolo va directo a privar de la libertad al sujeto pasivo y el elemento subjetivo específico es el de obtener algún beneficio, si este último no se expresa estaríamos ante la presencia de una simple privación ilegal de la libertad.

Quinta. La privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro como tal, para ser considerado como delito debe reunir los elementos que tanto la ley penal como la doctrina (teoría general del delito) consideran esenciales, los cuales son: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad y punibilidad, así como en estudio de sus elementos negativos respectivamente; la ausencia de cualquiera de estos elementos ocasiona que el delito de secuestro no sea considerado delito o bien no pueda ser sancionado.

Sexta. El delito de secuestro es un delito de comisión dolosa, lo cual quiere decir que no admite la culpabilidad, lo anterior debido a que para que se de el dolo es necesario tener la voluntad del agente activo, es decir quiere y acepta el resultado en todo momento del iter criminis, la planeación del delito así como la ideación y exteriorización de la conducta van encaminadas a privar de la libertad a un sujeto con el propósito de obtener algún beneficio como lo enmarca el artículo 163 del nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal, por lo que en ningún momento pudiéramos hablar de que el delito de secuestro es un delito culposo.

Séptima. El delito de secuestro admite la tentativa, la cual a consideración personal se da en el momento de que se priva de la libertad al sujeto pasivo, sin embargo en algunos de los momentos de la consumación del delito y antes de exteriorizar el deseo o el animo de obtener algunos de los beneficios enmarcados por el artículo 163 el delito no se consuma, ya sea por que el sujeto agoto todos los elementos para su consumación, sin embargo no obtuvo el resultado o por razones ajenas a él, el delito no se consuma, dejando el delito de secuestro en un grado de tentativa y dando cabida a la posible comisión y tipificación de otro delito diverso.

Octava. La teoría del delito es básica para la total comprensión del derecho penal debido a que sin ella no se podría entender a ciencia cierta en que consiste un delito.

No importa cual sea la escuela en la cual se base el legislador, el defensor, el juez o incluso el mismo estudiante para poder entender la teoría del delito sino basta con aplicarla acorde a la norma vigente en el momento de la comisión del delito de lo contrario entraríamos en una inusitada discusión referente a cual escuela es mejor o más practica, en el entendido de que el derecho penal evoluciona constantemente, por lo que se propone una unificación de criterios tanto doctrinales como legislativos que brinde la mejor comprensión de la teoría del delito, así como del Derecho Penal en general.

BIBLIOGRAFÍA

- BETTIOL, Guisepe, Derecho Penal parte general. Editorial Temis, Bogotá 1965.
- BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito. Editorial Astrea de Rodolfo y Desalma hnos. Buenos Aires Argentina 1974.
- BATAGGLINI, Giulio,. Diritto Penale. CEDAM. Pdua. 1949.
- BERNER, Alberto Federico,. Trattato di Dirito Penale. Trat. Eduardo Bertola vallardi. Milán. 1892.
- CARRANCÄ Y TRUJILLO, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penal Mexicano parte general. Editorial Porrúa México 1999.
- _____, Derecho Penal Mexicano. Porrúa, S.A. México.1989.
- _____, Derecho Penal Mexicano parte general. Editorial Porrúa México 1997.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Porrúa, México. 1973.
- _____, CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Porrúa, México, 1997.
- CILUTTERBUCK, Richard, Secuestro y rescate. Primera edición, editorial Fondo de Cultura Económica, México 1979.
- CONSULTORES ex profeso, El Secuestro análisis dogmático y criminológico primera edición, editorial Porrúa S.A de C.V. México, 1998.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal , Ed. Bosh sin señalar año de su publicación, la cual fue editada en Barcelona España. 1980.
- _____, Derecho Penal Tomo I Parte general. Editora Nacional, S.A. 9ª edic. México. 1961.
- CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel, Derecho penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1971
- FONTAN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal Parte General, Ed. Depalma.- Buenos Aires, Argentina, 1956

- _____, Misión de Garantía del Derecho Penal. Edición de palma. Buenos Aires. 1950.
- FRANCO GUZMÁN, Ricardo. La Culpabilidad y su Aspecto Negativo. Criminología. Julio 1956. Núm. 7.
- FERNANDEZ DOBLADO, Luis, Culpabilidad y Error. Edit. Paris. 1963
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano los delitos. vigésimo sexta edición, editorial Porrúa 1995.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander, La estructura de la Teoría del Delito. Editorial Abelado, Perrot, Argentina 1958
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. Comentarios a la ley penal de 1871. Porrúa, México 2000.
- INACIPE, Introducción a la atención victimológica. INACIPE, 2002, México.
- ISLAS DE GONZÁLES MARISCAL, Olga, El secuestro, problemas sociales y jurídicos. México, UNAM, 2002.
- JIMÉNEZ ASÚA, Luis, Derecho Penal, Ed. Temis, Bogota Colombia, 1965.
- _____, La Ley y el Delito. Ed. Hermes 4ª Edición. Buenos Aires. 1963.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Panorama del Delito. México. 1950.
- _____, La Antijuricidad. Imprenta Universitaria. México.
- _____, La Tipicidad. Editorial Porrúa s.a. México 1957
- _____, Derecho Penal Mexicano. Porrúa, México 1972.
- JESCHECK, Hans Herrrich. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Tercera edición Reus S.A., Madrid España sin fecha de publicación.
- MEZGER Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Edic. Revista de Derecho Privado Madrid. 1955.
- MUÑOZ CONDE, Teoría general del Delito. Temis, Bogotá Colombia, 1990.

MONARQUE UREÑA, Rodolfo, Lineamientos elementales de la Teoría General del Delito. Porrúa, México, 2000.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Teoría del delito. editorial Porrúa segunda edición México 1995

PAVÓN, Vasconcelos. Nociones de Derecho Penal. Porrúa, México.1982.

_____, Manual de Derecho Penal Mexicano. Porrúa, México, 1985 7ª ED.

PORTE PETIT, Celestino. Apuntes de la parte General del Derecho Penal. Edición Mimeográfica México 1940.

_____, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Porrúa 4ta ed. México 1978

_____, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Gráfica Panamericana. México. 1954.

_____, Programa de la Parte General de Derecho Penal. UNAM. 1968

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal, Edición del propio autor, bajo el cuidado de Porrúa S.A., México, DF., 1971.

_____,Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, s.a. Segunda Edic. México. 1960.

_____, Derecho Penal Mexicano. México Porrúa 1990 5ta. ed. México.

RAINIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal parte especial tomo V; segunda edición editorial temis colombia 1995

WILHEIM, Gallas, La Teoría del delito en su momento actual. Editorial Bosch. España, 1959.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal , Tomo III Tercera edición Ed. Losada, S.A., Buenos Aires Argentina, 1965.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Manual de Derecho Penal parte especial. 2da. Edición, Ángel editor, 2002.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CÓDIGO Penal para el Distrito Federal y Baja California 1871 .

CÓDIGO Penal para el distrito Federal y Territorios Federales 1929.

CÓDIGO penal para el Distrito Federal en materia común y en materia federal para toda la República. 1931.

CÓDIGO Penal vigente para el Distrito Federal. 2002.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

DICCIONARIO Jurídico Porrúa novena edición.

DICCIONARIO Jurídico De la Piña Rafael.

DE PINA vara y Rafael de Pina Diccionario de Derecho, décimo novena edición, editorial Porrúa 1996

"CONDUCTA" Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2003. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Amparo directo 4260/56. Raúl Trejo Sánchez. 11 de septiembre de 1957. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2002. © 1993-2001 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.