



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

**ANÁLISIS DEL TIPO PENAL PREVISTO EN EL
ARTÍCULO 167 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL**

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

MARIANELLY COYOL SÁNCHEZ

ASESOR:

LIC. MOISÉS MORENO RIVAS





Universidad Nacional
Autónoma de México



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 Dios.

Hoy te doy gracias Señor:

Por enviarme a una hermosa familia, por los padres que me diste y también por mis hermanos,

Por mis ratos de dolor y por toda mi alegría, forjándome a disfrutar cada minuto de mi vida,

Por la gente que me pones, para superar las pruebas que me envías, haciéndome que crezca día con día,

Por los que mucho me aman, por los que nada me quieren,

Por los que feliz me aclaman, por los que a veces me hieren,

Por la dicha, por la paz, por el amor y por mis sueños logrados.

Por lo que de mi has hecho, dejándome llegar a éste momento,

Por haberme permitido ser parte de la UNAM, y por todo cuanto me das...

Hoy te doy gracias Señor.

A MI PAPI:

Gracias por darme la vida... y por tu amor infinito...

Se que jamás existirá una forma de agradecerte una vida de lucha y sacrificio en algún tiempo incomprendido, por tu esfuerzo constante y tu ejemplo de superación incansable, sólo deseo que entiendas que el logro mío, es el logro tuyo, que mi esfuerzo es inspirado en ti, ya que sin escatimar esfuerzo alguno, has sacrificado gran parte de su vida para formarme y educarme, siendo tu ilusión convertirme en persona de provecho, por lo nunca podré pagar todos tus desvelos ni aún con las riquezas más grandes del mundo.

Gracias por heredarme el tesoro más valioso que puede dársele a un hijo: amor, valores morales, ejemplo de honradez y formación profesional, por ello quiero agradecerte lo que ahora soy, por hacer de mi una mujer que desea triunfar.... gracias, por los regaños, pero también por los consejos, tu eres mi base, ya me enseñaste lo esencial de la vida a distinguir entre lo bueno y lo malo, a poner en práctica mis valores, por inculcarme con tu ejemplo de rectitud y horadez el amor a esta hermosa carrera, enseñándome como es la vida... te amo.

GRACIAS POR EXISTIR.

A MI MAMI:

Gracias por darme la vida y dejar que creciera entre el amor y el respeto.

Gracias por aconsejarme cuando más lo necesité.

Gracias por darme tu luz cuando pensé que la oscuridad era mi destino.

Gracias por todo el amor que me das día a día sin importar la distancia.

Gracias por creer en mi cuando ni yo misma creía en mi.

Gracias por estar ahí cuando lloré, reí, o simplemente necesite un abrazo.

Gracias por hacer de mi vida mi lugar, mi espacio, mi mundo.

Te amo y agradezco a DIOS por haberte escogido entre todas las madres.

GRACIAS POR EXISTIR.

A MIS HERMANAS Y HERMANOS.

Diana, Viviana, Marysol, Marilyn, Manuel y Mario.

Gracias por haber crecido conmigo, y por todos los momentos que hemos compartido; sueños, anhelos, secretos, risas y lágrimas, y sobre todo, porque aparte de ser mis hermanos son mis mejores amigos.

Cada preciado segundo quedará atesorado eternamente en mi corazón, porque en momentos de dolor, he entendido porque Dios me los mandó.

Gracias por dedicarme tiempo, tiempo para demostrar su preocupación por mí, tiempo para escuchar mis problemas y ayudarme a buscarles una solución y sobre todo, tiempo para sonreír, mostrarme su afecto.

Gracias por ser lo que son, mis hermanos y sobre todo amigos maravillosos.

Porque he podido contar con ustedes, como nunca lo imagine, en los momentos que más los necesite,

Porque de su boca han salido consejos tan sabios, tan llenos de amor, que fueron mi consuelo en momentos de dolor,

Gracias, porque cuando estuve triste y necesitaba un abrazo, estuvieron ahí para brindármelo.

Gracias hermanos, los amo.

A MIS AMIGOS.

*Una etapa más en el camino, una etapa más que recordar
Son años que ahora han pasado, con fracasos
y también con triunfos.*

Con tristezas y alegrías, enojos y reconciliaciones.

*Y el tiempo no se detendrá, el pasado no volverá
el presente lo vivimos hoy y el futuro aunque incierto llegará.
y seguiré aquí para ti, seguiré a tu lado y te ayudaré,
seguiré viviendo porque gracias a ti la amistad conocí.*

*Los recuerdos vivos estarán, manteniendo viva la amistad
que a pesar del tiempo o la distancia, en mi corazón perdurará.*

*Y es que no olvidaré aquellos detalles, la palabra de aliento en los
duros momentos, tu risa junto a mí y las locuras que juntos
vivimos.*

*A mis amigos a los que viven lejos y los que viven cerca...
los antiguos y los más recientes...*

los que veo todos los días y los que raras veces veo...

los que siempre recuerdo y los que a veces olvido...

los de las horas difíciles y los de las horas felices...

los que sin querer herí y los que sin querer me hirieron...

*aquellos que conozco profundamente y aquellos que poco
conozco...*

a mis amigos humildes y mis amigos importantes...

*los que me enseñaron y los que tal vez un poquito aprendieron de
mi... Gracias por ser parte de mi vida, gracias por permitirme ser
parte de la suya!!!*

AL CORAZÓN QUE ME ACOMPAÑARA A LO LARGO DE MI VIDA.

En este viaje de mi vida he esperado tanto y mi alma ha buscado un corazón, pero no un corazón cualquiera.

Tiene que ser uno compatible con la dureza de los tiempos en los que vivimos, para poder soportar las duras pruebas...

Un corazón fuerte, pero lo suficientemente blando como para percibir, el dolor de la gente y sensibilizarme ante ellos...

Un corazón con un ritmo que sea ligero, pero controlado al mismo tiempo, para que me ayude a tener paciencia ante las cosas que me parecen injustas, pero que yo no puedo cambiar...

Un corazón estable; que me dé la seguridad que necesito para enfrentar mi destino y saber que todo tiene su lugar y su tiempo; que nada ocurre por casualidad...

Un corazón que se atreva a ser débil cuando necesite detenerse a recobrar fuerzas para la lucha diaria...

un corazón que no piense que al amarme lo derroto... o al amarlo lo aniquilo...

Un corazón a quien pueda expresarle lo que siento, que ¡jamás! corte el puente de comunicaciones, que sea capaz de decirme todo lo que piensa incluso ¡Que no me ama!

Un corazón que conozca mis errores y defectos y me guíe a corregirlos, no que me lo exija, y que jamás se aproveche de ellos, que tenga siempre los brazos extendidos para que yo me refugie en ellos, cuando me sienta insegura... indefensa...

Un corazón, para quien cada día sea un regalo inapreciable que se tiene que vivir con intensidad y que no viva esperando el día siguiente porque quizás este nunca llegue...

un corazón que simplemente ame, porque el amor es la clave de todo: del principio y del fin, de parar o seguir, de vivir o morir...

Acaso ese corazón.... ya se encuentra cerca de mí...?

A la Universidad Nacional Autónoma de México, FES-Acatlan.

Gracias por haberme permitido formar parte de tal honorable institución, ya que en verdad me siento infinitamente orgullosa de haber sido y ser parte de ella, y con orgullo digo que mi formación profesional la recibí en dicha institución, teniendo firmemente el compromiso de enaltecerla.

A mi asesor de tesis: Lic. Moisés Moreno Rivas.

Gracias por la semilla que aportó a mi formación profesional, y sobre todo por el apoyo incondicional que me ha brindado a lo largo de éste trabajo, porque sin su atinada dirección hubiese sido más complicado, en verdad parte de este trabajo es mérito suyo, porque gracias a las enseñanzas aprendidas en clase nació en mi, el amor al derecho penal y la inquietud por realizar mi trabajo en ésta materia.

A mis sínodos:

Lic. Enrique Ramírez Hernández.

Lic. Javier Sifuentes Solís.

Lic. Víctor Manuel Serna Thomé

Lic. Gloria Luz Delgado Larios.

Gracias por sus acertadas observaciones, por su apoyo y por contribuir de alguna forma a la culminación de uno de los más grandes objetivos de mi vida

A mis Jefes:

Mtro. José Aarón Gómez Orduña.

Lic. Genaro Julián Gallardo Meza.

Lic. Mayda Torres Mancera.

Gracias por su apoyo incondicional e impulso para la culminación de mi formación profesional, gracias por su confianza en el desempeño de mi trabajo, y porque nunca se termina aprender el derecho, gracias por todo lo que sigo aprendiendo de ustedes.

A mis amigas y compañeros de trabajo:

Adriana, Ángela, Alicia, Ana, Alma, Ángel, Blanca, Claudia, Carlos Huitrón, Carlos Pareja, Estelita, Fabiola, Felipe, Isaura, Jaime, Jorge, Jessica, José, Lino, Mayda, Martha, Marino, Paty, Rosalba, Susana, Toñita y Violeta.

Aunque el objetivo que nos unió fue el trabajo, surgió la amistad, gracias por ello, por su apoyo, por los momentos de risa y por compartir largas horas durante el día.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	IV
CAPITULO 1 “ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL”	1
1.1 Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California Sobre Delitos del Fuero Común y para toda la Republica Sobre Delitos contra la Federación, 1871.....	2
1.2 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, 1929.....	13
1.3 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la Republica en Materia de Fuero Federal, 1931.....	22
1.4 Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, 2002.....	26
CAPITULO 2 “ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO EN GENERAL Y SU APLICACIÓN AL ARTÍCULO 167 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”	40
2.1 El Delito.....	41
2.2 Conducta y Ausencia de Conducta.....	49
2.3 Tipicidad y Atipicidad.....	59
2.4 Antijuridicidad y Causas de Justificación.....	68
2.5 Culpabilidad e inculpabilidad.....	82
2.6 Imputabilidad e Inimputabilidad.....	94

2.7 Condiciones Objetivas de Punibilidad y Falta de Condiciones Objetivas de punibilidad	101
2.8 Punibilidad y Excusas Absolutorias.....	103
2.9 Aplicación de los Elementos Positivos y Aspectos Negativos del Artículo 167 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.....	111

**CAPITULO 3 “ANÁLISIS DE LA TENTATIVA EN GENERAL Y SU
APLICACIÓN AL ARTÍCULO 167 DEL NUEVO CODIGO
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”.....** 127

3.1 Fases del Iter-criminis.....	127
3.2 Tentativa y Clases de Tentativa.....	131
3.3 Fundamento de la Tentativa.....	138
3.4 La punibilidad de la Tentativa.....	142
3.5 Delito Imposible.....	144
3.6 La Tentativa en el tipo previsto en el Artículo 167 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal	151

**CAPITULO 4 “LA PARTICIPACIÓN Y SU APLICACIÓN AL TIPO
PENAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 167 DE NUEVO
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”.....** 159

4.1 Concepto de Participación.....	159
4.2 Teorías sobre la Participación.....	160
4.3 Autoría.....	165
4.4 Participación.....	174
4.5 Las formas de Intervención en el tipo previsto en el Artículo 167	

del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.....	179
CONCLUSIONES.....	182
PROPUESTA	184
BIBLIOGRAFÍA.....	186

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación que se ofrece como tesis, tiene como objetivo, realizar un análisis del tipo penal previsto en el artículo 167 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual establece:

“ 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 de 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, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina, concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, y parientes por afinidad hasta el segundo grado”.

Este tipo se encuentra ubicado en los delitos contra la libertad personal, específicamente en el capítulo de “Secuestro”, por lo cual mediante, el desarrollo del presente trabajo, investigaremos el surgimiento de este tipo, en los Códigos Penales que han existido en el Distrito Federal, estudiaremos sus elementos positivos y su correlativo aspecto negativo, atendiendo a la Teoría de Delito, la tentativa y la participación del mismo.

Se eligió como método de redacción, el lógico jurídico inductivo, es decir, se partirá de conceptos preliminares ya antes estudiados por la ciencia penal.

Así tenemos, que el Capítulo Primero abordará lo relacionado a los diferentes tipos penales que han protegido la libertad personal en los Códigos Penales de 1871, 1929, 1931 y en el Código Penal para el Distrito Federal. En este Capítulo tenemos como fin, ubicar cuales han sido las diferentes figuras delictivas que ha contemplado la ley para proteger la libertad personal, la evolución que han tenido, los cambios, variaciones y que tipos penales siguen vigentes, observando que estas figuras delictivas, tienen en común una afectación a la libertad personal.

En el Segundo Capítulo, abordaremos primeramente la Teoría del Delito en general, estudiando los elementos positivos del delito y su correlativo aspecto negativo, para así, estar en aptitud de aplicarlo al tipo penal materia de esta tesis en el ultimo punto de este Capítulo, con el objetivo de realizar un análisis aplicando la teoría del delito, a fin de conocer como se clasifica, como se integra, cual es el bien jurídico que se lesiona o pone en peligro con la realización descrita en esta conducta y en consecuencia, el que debe de ser protegido por la ley penal, determinando si la descripción típica de este, precisa el bien jurídico que pretende proteger y si existe congruencia entre aquel y el bien que se protege en este Título y Capítulo, que es la libertad personal, por encontrarse ubicado en el Código Penal dentro de éste Título y Capítulo

El Capítulo Tercero, esta enfocado al estudio de la tentativa, iniciando con el estudio teórico en general, la forma en que esta se presenta, sus clases, su fundamento, su punibilidad y finalmente, se aplicarán estos conocimientos teóricos y prácticos al tipo penal materia del presente trabajo, para saber cuando se tratará

de un delito consumado y cuando de tentativa, no sólo de acuerdo a la descripción típica que nos da el artículo 167 del Código Penal del Distrito Federal, sino también, a lo que establece la teoría penal y la propia ley, determinando la importancia y los problemas que presentan por la imprecisión del bien jurídico tutelado en este tipo penal.

Finalmente en el Capítulo IV, se analizará la participación en general, las teorías que existen al respecto y las formas de intervención que se presentan en el mismo.

CAPÍTULO 1.

“ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL”.

Etimológicamente la palabra libertad proviene del latín *libertas*, la cual se manifiesta en diferentes modalidades, como lo son; libertad de expresión, libertad de culto, libertad de trabajo, libertad jurídica, libertad política, libertad de obrar, libertad personal, etc. Pero la que nos interesa en el presente trabajo, es específicamente la libertad personal, la cual definiremos de la siguiente forma:

Libertad personal: Derecho del cual goza cualquier individuo para disponer el desplazamiento de su propia persona, según los dictados e inclinaciones de su voluntad o naturaleza, a resguardo de presiones, amenazas, coacciones y todo otro influjo que violenta la espontánea decisión de transitar o deambular de un lugar a otro.¹

La libertad personal, a lo largo de la Historia de nuestro país, así como de otros países, ha sido motivo de lucha, logrando el reconocimiento, respeto y protección jurídica, plasmándose dentro de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos, como parte de los derechos fundamentales del individuo, ya que después de la vida, la libertad personal, constituye uno de los bienes jurídicos fundamentales, razón por la cual ha sido protegida por las normas penales, mediante la aplicación de penas y medidas de seguridad a los autores de conductas que previamente se encuentran descritas como delitos, mismas que lesionan o ponen en peligro, la libertad personal, ya que la afectación a este bien, no sólo afecta a los intereses particulares del ofendido, sino también los de la sociedad, por lo cual haremos un recorrido a lo largo de los Códigos Penales que han sido aplicables en el Distrito Federal, a fin de analizar los tipos penales que han protegido la libertad personal, contemplando la evolución y variación que han tenido, durante los diferentes tiempos que ha vivido la sociedad Distritense.

¹ Juan Palomar de Miguel, “Diccionario para Juristas”, Mayo Ediciones, primera Edición 1981.

1.1 Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California Sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República Sobre Delitos contra la Federación.

Antes de adentrarnos de lleno, al estudio de los diferentes tipos penales contra la libertad personal contemplados en el Código del 1871, haremos una breve reseña de los hechos históricos que dieron origen a éste.

Al terminar la lucha de independencia de México, el nuevo Estado, nacido con independencia política, enfocó su actividad legislativa al Derecho Constitucional y Administrativo y la carencia de leyes para atacar los problemas de materia penal, hicieron que en 1838 se tuvieran por vigentes en todo el Territorio Nacional, las leyes de la Colonia. Durante mucho tiempo, se consideró al Código Penal de la Corona para el Estado de Veracruz, como el primer Código Penal vigente en la República Mexicana, pero Porte Petit realizó investigaciones que hicieron saber, que correspondió dicho honor, al Código Penal, también de Veracruz, promulgado mediante decreto de fecha 28 de abril de 1835, por el Gobernador del mismo Estado, a éste Código le sucede el Código Penal de la Corona.

Hasta 1857, no existen bases fundamentales del Derecho Penal Mexicano. Fueron los Constituyentes de 1857, quienes subrayaron la urgencia de la teoría codificadora, para sentar las bases del Derecho Penal Mexicano.

En 1861, el entonces, Presidente de la República Mexicana, Licenciado Benito Pablo Juárez García, ordenó que se nombrara una comisión, para que se formulara un proyecto de Código Penal, integrada por los licenciados, Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Manuel Zamancona y Antonio Martínez de Castro, iniciando los trabajos de redacción el 6 de Octubre de 1862, comisión que estuvo trabajando hasta 1863, elaborando el libro 1º , interrumpiendo sus trabajos por motivo de la invasión francesa.

Una vez establecida la paz en la Republica, el mismo presidente Benito Juárez, en fecha 28 de Septiembre de 1868, mandó se reorganizará la comisión, integrada por los licenciados Antonio Martínez de Castro, como presidente, Licenciado Indalecio Sánchez Gavito, como secretario, José María La Fragua y Eulalio Ma. Ortega. Trabajaron los nuevos comisionados

durante dos años y medio, presentaron su trabajo ante las cámaras, las cuales aprobaron y promulgaron el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California, Sobre Delitos del Fuero Común y para toda la Republica sobre Delitos contra la Federación, el 7 de diciembre de 1871, para que comenzará a regir el 1 de Abril de 1872 en el Distrito Federal y Territorios de la Baja California y Quintana Roo.

Este Código, fué conocido como Código del 71 o Código de Martínez de Castro, con marcada influencia del Código Penal Español de 1850 y su reforma de 1870, pero con ciertas innovaciones que se mencionaran más adelante. La doctrina manifiesta, que la comisión redactadota se guió por Ortolán, para la parte general (Libro I y II) y por Chauveau y Hélie, para la especial (libro III).

El Código Penal de 1871, se dividió en cuatro secciones denominadas como:

- Libro Primero: De los Delitos, Faltas, Delincuente y Penas en General.
- Libro Segundo: Responsabilidad Civil en Materia Criminal.
- Libro Tercero: De los Delitos en Particular.
- Libro Cuarto: De las faltas.

Consta de 1152 artículos y 28 artículos transitorios, debiendo considerársele como un documento de orientación clásica, influido muy levemente por el espíritu positivo con admisión; A) Medidas preventivas y correccionales; B) Libertad preparatoria y retención.²

Las circunstancias que excluyen de responsabilidad al criminal, están contempladas en el artículo 34, hablan de las personas que se hayan privadas de la razón, embriaguez, sordomudez, la excepción de defensa pasiva, la obediencia pasiva. Para determinar las circunstancias atenuantes y agravantes se realizó una enumeración minuciosa de circunstancias que se dividen en cuatro clases; por su gravedad intrínseca y por el estado moral del agente, por la alarma que producen y por el daño que causan. Por otra aparte, debe castigarse a los delincuentes, atendiendo no solo a las circunstancias personales y especiales del delito, sino también en la participación que se haya tenido, como autor o cómplice.

² Colección Dublan Lozano, Tomo IX, México 1971.

El sistema penal adoptado, era el de prisión y pena capital, se consideró, necesariamente a la pena como base de un buen sistema penal.

Los diversos sistemas penitenciarios que se establecieron, fueron los siguientes: 1.- El de comunicación continua entre los presos; 2.- El de comunicación entre ellos solo durante el día; 3.- El de incomunicación absoluta o el de aislamiento total; 4.- Separación constante de los presos entre si, y el de comunicación de ellos con los empleados de la prisión, con los sacerdotes de culto y de otras personas capaces de moralizarlos, también se estableció que para alcanzar la regeneración moral de los condenados a prisión deberá dárseles instrucción moral y religiosa.

En el artículo 182 del Código en comento, se establece que no se aplique Ley alguna penal que no sea exactamente aplicable al caso de que se trate; y que no se imponga una pena por simple analogía, ni aun por mayoría de razón.

En su exposición de motivos, el Licenciado Antonio Martínez de Castro menciona algunos aspectos importantes respecto del Código de 1871 sobre cómo se concebía al delincuente, las faltas, los delitos y la interpretación. Manifiesta que en el libro Primero algunas reglas generales sobre delitos y faltas citadas en el artículo 814; se dice que todo acusado, se presume inocente mientras no se pruebe la existencia del delito que se le imputa y que él lo cometió, ésta declaración tiene como objeto, que los jueces durante los procesos traten a los acusados con las consideraciones que debe tener el que siendo tal vez inocente, perdió su libertad por engañosas apariencias.

Con respecto a los delitos contra la libertad personal, que contempló el Código Penal de 1871, encontramos que los tipos penales que protegen la libertad personal, se encuentran dispersos a lo largo de diferentes Títulos.

Se observa que dentro del Libro Tercero; De los delitos en particular, Título Segundo; Delitos contra las personas cometidos por particulares, se contemplan diferentes tipos penales que afectan la libertad personal, en primer término encontramos en el Capítulo XIII, denominado "Plagio", en el cual se regula dicho delito en los artículos 626, 627, 628, 629, 630,

631 y 632, y para tener una mejor idea de cómo se regula a continuación se transcriben los citados 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 ó de un particular en país extranjero; engancharlo en el ejército de otra nación; o disponer de él a su arbitrio de cualquier otro modo.

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

Aquí, se encuentra inmerso, como se concibió el delito de plagio, haciéndose notar que no se menciona la palabra secuestro, incurriendo en el error de tipificar al plagio dándole matices de secuestro, figura que se equipara al *plagium romano*. Una de las cosas que se desprende, es que en aún se daba la esclavitud, ya que en la fracción I, menciona “venderlo al servicio público o de un particular”, siendo que en la esclavitud quedó abolida en la independencia de 1810.

Existieron dos hipótesis, lo que se denominó plagió, contempladas en las fracciones I y II, por afectase la libertad en todas sus formas de manifestación, no sólo la libertad ambulatoria, toda vez, que el pasivo es sometido al estado de siervo, ya sea para si o para un tercero, con menoscabo a su personalidad humana, con los fines indicados en la fracción mencionada, sin embargo, la correcta dirección del precepto cambia en la fracción II al describir la figura del secuestro calificado, por la presencia del elemento subjetivo, consistente en privar de la libertad a una persona con el propósito de obtener rescate, sin implicar en si, la reducción a servidumbre, ni importa el desmerito de la libertad en todas sus facetas, elemento fundamental que caracteriza al plagio, ya que lo que se protege aquí no es únicamente la libertad en todas sus facetas sino únicamente su manifestación ambulatoria y por ello encuadra en el secuestro.

En cuanto a sus elementos, comprenden: Privación ilegal de la libertad, la cual puede obtenerse en dos supuestos, el primero por medio de la violencia, cabe mencionar que no se especificó, si física o moral, sin embargo al mencionar por medio de amagos o amenazas, se

traduce a las violencias mencionadas. En segundo término, dicha privación de la libertad, también puede darse por medio de la seducción o del engaño, el objetivo puede recaer ya sea en el sujeto pasivo o en un tercero relacionado con éste, resultando un tanto ilógico que la fracción II establezca “para obligarlo a pagar rescate”, ya que por lo regular en este supuesto, mientras el sujeto pasivo es privado de la libertad, el sujeto activo requiere dicho pago a un tercero interesado en que el pasivo recobre su libertad, ya que el pasivo seguramente no contará con el rescate exigido en ese momento.

La otra hipótesis que se describe, es que el objetivo de la privación de la libertad, sea para obligar al pasivo o a otra persona, a entregar alguna cosa mueble, entregar, extender o firmar algún documento que implique obligación o liberación, ya sea causándole un daño a sí, o a un tercero.

Artículo 627.- *El plagio se castigará como tal, aunque el plagiario obre de consentimiento del ofendido, si éste no ha cumplido diez y seis años. Cuando pase de esta edad y no llegue a los veintiuno, se impondrá al plagiario la mitad de la pena que se le aplicaría si obrara contra su voluntad del ofendido.*

En una opinión personal, éste artículo resulta un tanto contradictorio con el artículo anterior, por desprenderse una especie de atenuante, cuando exista consentimiento de una persona plagiada mayor de 16 y menor de 21 años, sin embargo el artículo 626 dentro de sus elementos establece la seducción y el engaño, que bien pueden constituir una presunción de que estos fueron empleados en una persona mayor de 16 y menor de 21, por lo cual, no habría razón para establecer que se imponga al plagiario la mitad de la pena que se aplicaría si obrare contra la voluntad del ofendido.

Dentro del Código del 1871, se incluyeron varias reglas para la aplicación de la pena por la comisión del delito de plagio, haciendo referencia al lugar, regulando la pena según se cometiera, resultando más elevada la penalidad del plagio cometido en un camino público y tomando en consideración diversas circunstancias, llegando incluso a la pena de muerte, como se observa a continuación:

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 haber obligado a ejecutar ninguno de los actos que expresa el artículo 626, ni haber dado tormento o maltrato gravemente de obra, ni causándole daño alguno en su persona:*
- II.- Con ocho años de prisión, cuando la soltura se verifique con los requisitos indicados en la fracción anterior, pero después de haber empezado la persecución del delincuente o la averiguación judicial del delito:*
- III.- Con doce años de prisión, si la soltura se verifica 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 castigara con las siguientes:*

- I.- Con tres años de prisión en el caso de la fracción I del artículo anterior:*
- II.- Con cinco en el de la fracción II:*
- III.- Con ocho en el de la fracción III:*
- IV.- Con doce cuando después de la aprehensión del plagiario, y antes de que se pronuncie sentencia definitiva, ponga en libertad al plagiado, si no le hubiere dado tormento ó maltrato de otro modo; pero cuando falte alguno de los requisitos ó la persona plagiada sea mujer ó menor de diez años, o fallezca antes de recobrar su libertad, se tendrá estas circunstancias como agravantes de cuarta clase.*

Aquí se establece una agravante cuando se trate de mujeres y niños, ya que la comisión redactora, manifestó en la exposición de motivos de este artículo, lo siguiente “...Esta circunstancia aumenta mucho la gravedad de delito. En efecto: si se trata de mujer, bastará el solo hecho de que la plagien para que nadie deje de creer que ha sido deshonrada, y este daño es tan grande como irreparable, si se trata de niño, el espanto y la angustia, que se padecerán bastara muchas veces para causarle una enfermedad que de dure toda su vida; además como las personas que se hayan en tierna edad no pueden defenderse y están mucho más expuestas a que se cometa en ellos este atentado, debe la ley protegerlas con mucho mayor eficacia”.

Artículo 630.- *En el caso de que habla la fracción última del artículo anterior, no podrá el reo gozar del beneficio que concede el artículo 74, sino hasta que haya tenido de buena conducta el tiempo que dicho artículo señala, contado desde el día en que el plagiado esté en absoluta libertad.*

Sino estuviere libre el plagiado al espirar la condena del que lo plagió, quedará este sujeto á la retención de que hablan los artículos 72 y 73.

Este artículo se leerá a los plagiarios al notificarles la sentencia y así se prevendrá en ella.

Este artículo se refiere a que el reo no podrá gozar de la libertad preparatoria, sino hasta que haya tenido buena conducta, por un tiempo igual a la mitad del que debía durar su

pena, pero esto contado desde el día en que el plagiado este en libertad, por lo cual citamos el artículo 72, 73 y 74.

Artículo 72.- *La retención se hará efectiva, siempre que el condenado con esa calidad tenga mala conducta durante el segundo o el ultimo tercio de su condena, cometiendo algún delito, resistiéndose a trabajar, o incurriendo el faltas graves de disciplina, o en graves infracciones de los reglamentos de la prisión. Esta disposición se entiende sin perjuicio de que, en caso de cometer el reo un nuevo delito o falta, se le aplique la pena correspondiente.*

Artículo 73.- *La declaración de hallarse un reo en el caso de retención, la hará sumariamente el tribunal que pronuncie la condenación irrevocable, con audiencia del reo y vista del informe que el encargado de la prisión debe rendir sobre la conducta del condenado, acompañando un testimonio de las constancias que sobre esto haya en el libro de registro.*

Artículo 74.- *A los reos condenados a prisión ordinaria o a reclusión en establecimiento de corrección penal, por dos o más años, y que hayan tenido buena conducta continua por un tiempo igual a la mitad del que debía durar su pena, se les podrá dispensar condicionalmente el tiempo restante, y otorgarles una libertad preparatoria.*

En la comisión de éste delito, se contemplaron específicamente agravantes de primera, segunda, tercera y cuarta clase a juicio del juez como señalan los artículos siguientes:

Artículo 631.- *En todos los casos de que hablan los artículos anteriores, en que no este señalada la pena capital, se tendrá como circunstancias agravantes de primera, segunda, tercera ó cuarta clase, á juicio del juez:*

- I.- Que al plagiario deje pasar más de tres días sin poner en libertad al plagiado:*
- II.- El haberle maltratado de obra:*
- III.- Haberle causado daños o perjuicios.*

Artículo 632.- *Todo plagiario que no sea condenado á muerte, además de la pena corporal, pagará una multa de 500 a 3,000.00 pesos, quedará inhabilitado perpetuamente para toda clase de cargos, empleos ú honores, y sujeto á la vigilancia de segunda clase; sin perjuicio de aplicarle las agravaciones que el juez estime justas con arreglo al artículo 95.*

En éste último artículo, se le otorgan facultades al juez para que a su juicio establezca las agravantes que se mencionan en el artículo 95, es decir las siguientes:

- Artículo 95.-** *se podrá emplear como agravaciones las siguientes.*
- I.- La multa:*
 - II.- La privación de leer y escribir.*
 - III.- La disminución de alimentos:*

- IV.- El aumento de las horas de trabajo:*
- V.- Trabajo fuerte:*
- VI.- La incomunicación absoluta con trabajo:*
- VII.- La incomunicación absoluta con trabajo fuerte:*
- VIII.- la incomunicación absoluta con privación de trabajo.*

Dentro de éste mismo Libro Tercero, “De los delitos en particular”, Título Segundo, Delitos Contra las personas, Capítulo XIV, “Atentados cometidos por particulares contra la libertad individual.- Allanamiento de morada.” Se regulan diversas hipótesis que se han conocido como detención ilegal, detención arbitraria, secuestro extorsivo, robo de personas, cárcel privada, privación ilegal de la libertad, aunque en éste Código no se denominó así, considerándose una figura distinta al plagio ejecutado para obtener un rescate, por haberse incluido en un capítulo aparte, distinguiéndose sólo por la penalidad, la cual resulta menor, como se desprende de los siguientes artículos:

Artículo 633.- *Los dueños de panaderías, obrajes ó fabricas, y cualquiera otro particular que sin orden de autoridad competente, y fuera de los casos permitidos por la ley, arreste ó detenga á otro en una cárcel privada, ó en otro lugar, será castigado con las penas siguientes:*

- I.- Con arresto de uno a seis meses y multa de 25 a 200 pesos, cuando el arresto ó la detención duren menos de diez días:*
- II.- Con un año de prisión y multa de 50 á 500 pesos, cuando el arresto ó la detención duren más de diez días y no pasen de treinta:*
- III.- Cuando el arresto ó la detención pasen de treinta días, se impondrá una multa de 100 a 1,00.00 pesos, y un año de prisión, aumentando con un mes mas, por cada día de exceso.*

Este delito, es el antecedente del delito de privación ilegal de la libertad, después llamado, privación de la libertad individual, y en lo personal, resulta casuístico que el legislador de 71, haya establecido que “los dueños de panaderías, obrajes o fabricas”, ya que bastaba con establecer “al particular”, abarcando dichos supuestos, considerándose también incorrecto, establecer que “se arreste”, ya que al tratarse de un particular, no es posible hablar de un arresto, por que los agentes de la autoridad mediante requisitos legales, son los que pueden practicar un arresto o detención. En ejecución de una orden de la autoridad competente, que en éste caso puede ser la policía judicial, de seguridad pública, etc. La cárcel es un establecimiento público destinado a la custodia y seguridad de los internados en ella, por lo cual no puede haber cárceles privadas.

Es un delito de daño, doloso, en que es posible la tentativa, el objeto jurídico es la libertad ambulatoria. El sujeto activo; puede ser cualquier persona que no desempeñe un cargo o función de carácter pública. Contempla diferentes penalidades de acuerdo a la temporalidad en que se de, es decir, que la penalidad ira en medida, de los días en que una persona se encuentre privada de la libertad; lo cual en lo personal no resulta conveniente, ya que si el bien jurídico es la libertad ambulatoria, el delito ya se configuró desde el momento en que una persona es privada de su libertad, así sea una hora, una semana o un mes, la libertad ya ha sido vulnerada, en todo caso, las circunstancia de temporalidad, podrían haber sido materia de agravantes, otra agravante prevista, es suponerse autoridad pública, por medio de orden falsa, usando distintivo de alguna autoridad, amenazando gravemente al ofendido o cuando se de tormento a la persona detenida, como lo señalan los artículos siguientes:

Artículo 634.- *Cuando el Reo ejecute la prisión ó detención suponiéndose autoridad pública, ó por medio de una orden falsa ó supuesta de la autoridad, ó fingiéndose agentes de ella, ó usando el distintivo de tal, ó amenazando gravemente al ofendido, se impondrá una multa de 150 a 1,500.00 pesos y cinco años de prisión, que se aumentarán en los términos y casos que expresa la fracción III del artículo anterior*

Artículo 635.- *Cuando se de tormento a la persona arrestada o detenida, ó se le maltrate gravemente de obra, se aumentarán dos años a las penas señaladas en los dos artículos que preceden.*

En los casos de este artículo y de los dos precedentes, el término medio de la prisión nunca pasará de diez años.

Dentro del mismo Libro, Título Décimo correspondientes a los atentados contra garantías constitucionales, Capitulo VI.- Ataques a la libertad individual -Allanamiento de Morada- Registro o apoderamiento de papeles, se encuentran otras hipótesis delictivas, reguladas en los artículos 980, 981, 982, 983, en las cuales también se afectan la libertad personal y las cuales establecen lo siguiente:

Artículo 980.- *Todo funcionario o agente de la autoridad ó de la fuerza pública, que haga detener ó aprender ilegalmente á una o más personas, ó las conserve presas ó detenidas debiendo ponerlas en libertad será castigado con las penas siguientes:*

I.- Con arresto de tres a once meses y multa de 100 a 500 pesos, cuando la prisión o la detención no pasen de Díez días:

II.- Con uno á dos años de prisión y multa de segunda clase, cuando la prisión ó detención pasen de treinta días.

Artículo 981.- *El alcalde o encargado de una prisión que, sin los requisitos legales, reciba como presa o detenida á una persona, o la conserve en este estado más tiempo del permitido en la Constitución, sin dar parte de ese atentado a la autoridad política, si el abuso es la judicial, o a esta si la falta es de aquella, sufrirá seis meses de arresto, si no pasare de diez días la detención ó prisión del ofendido.*

Si este estuviere preso más tiempo, se aumentará a la pena un mes más por cada día de exceso.

Artículo 982.- *El funcionario que alegue como excusa haber firmado por sorpresa la orden que autorice alguno de los actos mencionados en los artículos que preceden, tendrá obligación de hacer que cesen sus efectos, y poner al culpable a disposición del juez competente para que lo castigue.*

En caso contrario, será responsable del delito, como si se hubiera cometido por su mandato.

Artículo 983.- *Todo funcionario que teniendo conocimiento de una prisión o detención ilegales, no la denunciare a la autoridad competente, o no las haga cesar, si esto estuviere en sus atribuciones, sufrirá la pena de uno a ocho meses de arresto y multa de 25 a 300 pesos.*

Artículo 984.- *Los funcionarios que cometan los delitos de que se habla en los cuatro artículos que preceden, además de las penas que en ellos se señalan, serán destituidos de su empleo o cargo, e inhabilitados para obtener otro, por un tiempo que no baje de seis meses ni exceda de doce.*

Como se puede observar, las penalidades son mínimas, y van desde los tres días a los ocho meses, agravándose cuando pase de diéz días, aumentando un mes por cada día, y haciendo notar que aparte de las penas señaladas, serán destituidos de su empleo o cargo e inhabilitación del mismo.

Por último, encontramos que dentro del mismo Libro, Título Décimo correspondientes a los atentados contra garantías constitucionales, Capitulo VII.- Violación de algunas otras garantías, se contemplan las siguientes hipótesis:

Artículo 988.- *El que obligue a otro sin consentimiento de éste, a prestar trabajos personales sin la retribución debida, será condenado al pago de una multa igual al monto de los salarios que debió dar, sin perjuicio de satisfacer el importe de estos.*

Si empleare la violencia física o moral, se le impondrá, además, dos años de prisión.

En lo personal, consideramos que en este precepto, sale sobrando la expresión “Sin el consentimiento”, ya que si el mismo señala. “Al que se obligue”, se presume que es sin consentimiento.

Artículo 989.- *El que valiéndose del engaño, de la intimidación ó de cualquiera otro medio, celebre con otro un contrato que prive a éste de su libertad, ó le imponga condiciones que lo constituyan en una especie de servidumbre, será castigado con arresto mayor y multa de 200 a 2,0000 pesos, y quedará rescindido el contrato, sea este de la clase que fuere.*

Resulta innecesario regular la rescisión del contrato que priva de la libertad, o que le imponga condiciones que constituyan una especie de servidumbre, ya que si dichas consideraciones son contrarias a derecho, y mas por constituir Derechos Constitucionales, no pueden surtir efectos legales algunos, aunque éste precepto no lo mencionara.

Artículo 990.- *El que se apodere de una persona y la entregue a otro, con el objeto de que este celebre el contrato de que habla el artículo anterior, será condenado a dos años de prisión y multa de 200 a 2,000 pesos.*

Aunque si bien el sub tipo configurado en éste artículo constituye violación a la libertad de trabajo, el núcleo de éste tipo, es obtener del pasivo la prestación de su trabajo o de sus servicios personales, pero en situación de siervo, lo cual se traduce en una violación a la libertad en todas sus facetas, resulta afectada la libertad personal, la libertad de trabajo y justa retribución; igual responsabilidad tiene tanto el autor del delito como el que se apodera de él, para entregarlo a otro que lo reduzca a servidumbre.

1.2 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, 1929.

En 1903, se trató de reformar el Código de 1871, designándose por la Secretaria de justicia, una comisión integrada por los Licenciados Miguel S. Macedo, Victoriano Pimentel y Manuel Olivera Toro. Trabajaron cerca de 10 años y celebraron algunas cesiones, recabando opiniones del foro mexicano por medio de la amplia encuesta entre los funcionarios judiciales de toda la república, sin mayor trascendencia.

Siendo Presidente provisional de los Estados Unidos Mexicanos, el Licenciado Emilio Portes Gil, a fines de 1925, nombró por conducto de la secretaria de gobernación, una comisión para que redactara un Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, quedando finalmente integrada, por los licenciados Ramírez Arriaga, Ramos Pedrazuela, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaráz, concluyendo en 1929, por lo que el presidente de la República Mexicana, sancionó el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, el 30 de Septiembre de 1929, para entrar en vigor el 15 de Diciembre de 1929.

El Código Penal de 1929, contó con 1228 artículos y 5 transitorios, con una marcada orientación de la escuela positiva, sin embargo, no realizó íntegramente los postulados de la misma, en primer término, por los obstáculos de orden constitucional, y en segundo términos por los errores de carácter técnico, su principal defensor fue el Licenciado José Almaráz, el cual en su momento manifestó que: *“...es un Código de transición y por lo mismo plagado de defectos y sujeto a diversas enmiendas importantes, y que si bien, entre sus meritos se encuentra el haber roto con los antiguos moldes de la escuela clásica y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que iniciaba la lucha consiente contra el delito a base de la defensa social e individualización de las sanciones”*.

Los principios más importantes de la escuela Positiva. se refieren a la medida de las sanciones; a un amplió arbitrio judicial, a la responsabilidad ante la Ley independiente de la teoría de la imputabilidad, basada en datos éticos tradicionales; a la importancia de la persona

del delincuente en vez de la gravedad del acto; al criterio del estado peligroso; a la separación de lo civil y lo penal; a la especialización de funciones; y a la enorme importancia que tiene la científica ejecución de las sanciones para luchar eficazmente contra la delincuencia.

En el Código Penal del 1929, se cuenta desde luego con la novedad de que no hay capítulo de penas y medidas de seguridad, unas y otras aparentemente han desaparecido confundiendo en un rubro unitario: Sanciones.

En los artículos 69 y siguientes, se desprende, que subsisten las medidas de seguridad y que afortunadamente se agregan algunas como la libertad vigilada, tratándose de menores; la reclusión en colonia agrícola especial para los delincuentes psicopatológicos; la reclusión en el departamento especial de manicomio tratándose de ebrios y toxicómanos; la publicación especial de sentencia, la sujeción de vigilancia, la policía y alguna más.

Los autores de éste Código, repudiaron la palabra “pena”, ya que decían que esa palabra implicaba sufrimiento, dolor, expiación y la reemplazaron por la de “sanción”, que les pareció expresar mejor su tendencia antiexpansionista. La Comisión redactora del Código del 1929, con la mirada fija en el Derecho penal del porvenir quiso sentar como base el sistema sancionador, la temibilidad o peligrosidad del delincuente.

No pudieron realizar esa idea en todo su esplendor, por motivos constitucionales, culturales y económicos, ya que la Constitución Mexicana fue elaborada dentro de los postulados de las ideas clásicas, la comisión que elaboró el Código, intento modestamente un Código que fuera la transición entre el Código del 1871 y 1929, de aquí que aprovechara el esqueleto del Código del 1871, conservando en cuanto a la responsabilidad, el viejo criterio de la imputabilidad, la norma del *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, como respeto de las garantías individuales, es decir que el principio de ningún delito, ninguna pena, sin previa ley, no sólo se conserva, sino que subsiste en la limitada interpretación con la que nació.

En éste Código se habló de la temibilidad en el artículo 161 fracción XVII, el cual establece que las sanciones establecidas en cada delito se aplicaran consistiendo la temibilidad del delincuente.

Este Código del 1929, fué un Código para los delitos, se propone la defensa social, en su artículo 68, dice “que el objeto de las sanciones es prevenir el delito”, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles, los niños y los dementes son legalmente responsables por eso el artículo 72 enumera las sanciones que deben imponerse a los “delincuentes en estado de debilidad y anomalías mentales, el artículo 71, consigna las que deben aplicarse a los delincuentes menores de 16 años” que luego se definen y reglamentan en los capítulos IX y X del Título II.

El capítulo II donde se “trata de grados de delito intencional”. Define al delito consumado como “el acto pleno por la practica de todos los medios de ejecución según el tipo legal establecido para cada una de las especies en el libro III de este Código”, (artículo 21); y dice que hay tentativa “cuando el agente inicia exteriormente la ejecución de la acción delictuosa directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de la ejecución que debiesen producir el delito por causa o condición que no sea en su propio espontáneo desistimiento” (art. 22), El delito frustrado algunos autores lo incluyen en la tentativa como la forma acabada de esa. Todo el capítulo III en el que se legisla sobre la acumulación de delitos, es la técnica confusa e improcedente llegando al artículo 31 al designarse con el falso nombre de delito “continuo” al delito continuado.

En el capítulo V, determinó a los codelincuentes como cómplices y encubridores, también se considera al encubrimiento como grado de delincuencia. El capítulo VI versa sobre las “circunstancias que excluyen la responsabilidad penal”; en materia de circunstancias agravantes y atenuantes, se empieza por prever, en contra del arbitrio judicial, los efectos de estas causas modificativas de responsabilidad declarando en los artículos 48 y 49 que “tanto las circunstancias atenuantes como agravantes se dividen en cuatro clases, según la mayor o menor influencia que tiene la temibilidad del delincuente” y que “el valor de cada una de dichas circunstancias será: la nulidad para los de primera clase; dos unidades para las de segunda, tres para las de tercera y cuatro para las de cuarta”.

Las sanciones, se catalogan en cuatro grupos, sanciones para delincuentes comunes mayores de 16 años; sanciones para delincuentes políticos; sanciones para menores de 16 años de edad y sanciones para delincuentes en estado de debilidad, anomalía, enfermedad

mental; también se enumeran sanciones complementarias. Las sanciones para delincuencia común y adulta, enumeradas en el Código de menor a mayor importancia, son estas; extrañamiento, apercibimiento, caución de no ofender, multa, arresto, confinamiento, segregación, relegación, destaquemos que la pena de muerte no figura en el Código y la multa se individualiza.

Así mismo encontramos normas de naturaleza penitenciaria, dispersas en varios capítulos, de un vicio sustancial, ya que una Ley Punitiva no es reglamento penitenciario. En el libro II trata de la “reparación del daño”; es decir; la llamada responsabilidad civil.

Respecto a los delitos contra la libertad personal contemplados en este Código, observamos, que en éste, se encuentran concentrados todos los tipos penales dentro de del Título Décimo Noveno, denominado “De los atentados cometidos contra la libertad individual”; contenido en dos Capítulos; I “De la privación ilegal de la libertad o de su ejercicio”; y Capitulo II “Del secuestro”.³

Primeramente, analizaremos brevemente los tipos penales contenidos dentro del Capitulo I, correspondiente a la privación ilegal de la libertad o de su ejercicio, integrado por los siguientes artículos.

Artículo 1,093.- *Al particular que sin orden de autoridad competente, y fuera de los casos permitidos por la ley arreste o detenga a otro en una cárcel privada, o en otro lugar, se le aplicará las siguientes sanciones:*

- I.- Arresto hasta de seis meses y multa de diez a veinte días de utilidad, cuando el arresto o la detención no exceda de diez días;*
- II.- Arresto de seis meses en adelante y multa de quince a treinta días de utilidad, cuando el arresto o la detención duren más de diez días, pero no excedan de treinta;*
- III.- Cuando el arresto o detención exceda de treinta días, se impondrá una multa de treinta a cuarenta días de utilidad y un año de segregación, aumentando con un mes más por cada día de exceso.*

La descripción típica de este artículo es muy parecida a la del anterior Código, con la observación de que en éste, ya se denomina “Privación ilegal de la libertad”, acertadamente, se suprimió la parte que se refería a los dueños de “panaderías obrajes o fabricas”, lo cual

³ Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, Secretaria de Gobernación, Edición Oficial, Talleres Gráficos de la Nación, Méx. 1929

resultaba muy casuístico, dejando únicamente “al particular”, el cual comprende cualquier supuesto, también se observa que en éste la penalidad es mayor que el Código anterior.

Las agravantes y la penalidad contempladas, son las mismas. Por otra parte se incluyó un artículo, en el que la comisión de éste delito, el reo no podrá gozar de la libertad preparatoria sino hasta que haya demostrado una enmienda efectiva y siempre que hubiere puesto en libertad al sujeto pasivo, para tener una mejor idea se transcriben los siguientes artículos:

Artículo 1,094.- *Cuando el reo ejecute la detención o privación de libertad suponiéndose autoridad pública, o por medio de una orden falsa o supuesta de la autoridad, o fingiéndose agente de ella, o usando distintivo de tal, o amenazando gravemente al ofendido, se le impondrá una multa de treinta a cuarenta días de utilidad y cinco años de segregación, que se aumentará en los términos y casos que expresa la fracción III del artículo anterior.*

Artículo 1,095.- *Cuando se de tormento a alguna persona, o se le maltrate gravemente de obra, o se ejerza violencia física para obtener de ella una confesión o una denuncia, se aumentará en dos años las sanciones señaladas en los dos artículos que preceden y se aplicará inhabilitación por cinco años.*

Artículo 1,096.- *En los casos comprendidos en los tres artículos anteriores, se observará lo prevenido en el artículo 1,109.*

Otra modalidad de privación ilegal de la libertad contenida en este Título es la señalada en los artículos 1097, 1098, 1099, 1100, 1101, la cual también fue incluida dentro del Código anterior, pero dentro del título “Atentados contra las Garantías Constitucionales”, específicamente en el Capítulo de “Ataques a la libertad individual” y en el presente Código, ésta figura delictiva se encuentra dentro del capítulo “Privación ilegal de la libertad o de su ejercicio”, procediendo al análisis de los mismos.

Artículo 1,097.- *A todo funcionario o agente de la autoridad o de la fuerza pública que haga detener o aprehender ilegalmente a una o más personas, o las conserve presas o detenidas debiendo ponerlas en libertad, se le aplicarán las sanciones siguientes.*

- I.- Arresto de seis meses en adelante y multa de quince a veinte días de utilidad, cuando la detención o privación de libertad no excedan de diez días;*
- II.- Con segregación de uno a dos años y multa de veinte a cuarenta días de utilidad, cuando la privación de libertad exceda de diez días, pero no de treinta;*
- III.- Con segregación de dos a cuatro años y multa de treinta a cincuenta días de utilidad, cuando la privación de libertad exceda de treinta días.*

En esencia, la redacción de éste artículo es parecido, la variante es la penalidad que aumenta de 3 a 6 meses, esto cuando la privación de la libertad, no excedan de 10 días y adicionando la fracción III, que contemplaba una penalidad de 2 a 4 años cuando excedan de 30 días.

Artículo 1,098.- *Al alcalde o encargado de algún establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad que, sin los requisitos legales, reciba como presa o detenida a una persona, se le aplicará arresto de uno a seis meses y multa de diez a quince días arresto de uno a seis meses multa de diez a quince días de utilidad, si no pasare de diez días la detención del ofendido. Si pasare, por cada día de exceso se aumentará en quince días la sanción, sin que ésta exceda de un año.*

Las mismas sanciones se aplicarán, según el tiempo que duren la detención indebida: al alcalde o encargado de un establecimiento de los mencionados anteriormente, que mantenga privada de libertad a alguna persona sin los requisitos legales, y sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente.

Aunque en este artículo existen algunas variaciones en cuanto a la redacción, en comparación con el tipo contemplado en el Código de 1871, en esencia su espíritu es el mismo, resultando más bajas las penas en el mismo.

Artículo 1,099.- *El funcionario que alegue como excusa haber firmado por sorpresa la orden que autorice alguno de los actos mencionados en los dos artículos que preceden, tendrá obligación de hacer que cesen sus efectos, de reparar el daño causado y de poner al acusado a disposición del juez competente para que le aplique la sanción que corresponda.*

En caso contrario será responsable del delito como si se hubiere cometido por su mandato.

Artículo 1,100.- *A todo funcionario que, teniendo conocimiento de una privación ilegal de libertad, no la denunciare a la autoridad competente, o no la haga cesar, si esto no estuviere en sus atribuciones, se le aplicará arresto de un mes en adelante y multa de veinte a treinta días de utilidad.*

Artículo 1,101.- *Los funcionarios que cometan los delitos de que se habla en los cuatro artículos que preceden, además de las sanciones que en ellas se señalan, serán destituidos de su empleo o cargo e inhabilitación para obtener otro, por un tiempo que no baje de seis meses ni exceda de doce.*

Se comentan juntos estos tres artículos, ya que los mismos conservan la redacción original del Código de 1871, a excepción de que en éste, se incluye la reparación del daño por parte del sujeto activo, con una penalidad menor.

Dentro del mismo capítulo, se contemplan los artículos 1102, 1103, 1104 que regulan lo referente a la libertad de trabajo, también regulados por el Código de 1871 y los cuales contienen la misma esencia, como se desprende de los artículos siguientes:

Artículo 1,102.- *El que obligue a otro a prestar trabajos personales sin la 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 la moral, se le impondrán además, dos años de segregación.*

Artículo 1,103.- *El que, valiéndose del engaño, de la intimidación, o de cualquiera otro medio, celebre con otro un contrato que prive a este 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 1,104.- *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 aplicara una sanción de treinta a cuarenta días de utilidad y segregación de uno a tres años.*

Dentro del Capítulo II, titulado “secuestro”, del Título Décimo noveno, De los atentados cometidos contra la libertad individual, se encuentra regulada esta conducta delictiva la cual lleva el mismo nombre, dentro de los artículos 1105, 1106, 1107, 1108, 1109, 1110, 1111.

Este ordenamiento jurídico, cambió la denominación de plagio a la de secuestro, sustituyendo “amagos, amenazas”, por “violencia física o moral”, de alguna forma como se comentó, hablar de amagos y amenazas, implica hablar de violencia física o moral y se contemplaron dos hipótesis, como se desprende de lo siguiente:

Artículo 1105.- *El delito de secuestro se comete apoderándose de otro, por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño:*

- I.- Para venderlo, ponerlo contra su voluntad al servicio público de un particular, o disponer de él a su arbitrio de cualquier otro modo;*
- 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 o deje de ejecutar alguno de los actos mencionados.*

Artículo 1,106.- *El secuestro se sancionará como tal, aunque el secuestrador obre con el consentimiento del ofendido, si éste no hubiere cumplido veintiún años. Cuando pase de esta edad, se impondrá al secuestrador la mitad de la sanción que se le aplicara si obrara contra la voluntad del ofendido.*

En este artículo, se sigue contemplando el consentimiento como una atenuante, esto, cuando se tenga mas de veintiún años, imponiéndose la mitad de la sanción que se pondría si fuera contra la voluntad, lo cual sigue resultando contradictorio ya que en la hipótesis se secuestro se menciona el primer elemento que es el apoderamiento de una persona, el segundo, por medio de la violencia física o moral y que sea por medio del engaño o seducción, el tercero, la finalidad mencionada en el mismo, pero si existe consentimiento del ofendido, probablemente se empleó la seducción o el engaño, para obtener ese consentimiento, pero si la persona no es seducida ni engañada, no existió en éste una violencia física ni moral, por lo cual ya no se satisfacen los elementos de este tipo.

Este Código del 29 al igual que el del 71, contempla algunas modalidades en cuanto a la ejecución del delito de secuestro y conforme a los cuales se señala lo siguiente:

Artículo 1,107.- *El secuestro ejecutado en camino se sancionará de la manera siguiente:*

- I.- Con cinco años de segregación, cuando antes de ser perseguido el secuestrador, y de todo procedimiento judicial en averiguación del delito, ponga espontáneamente en absoluta libertad al secuestrado, sin haberle obligado a ejecutar ninguno de los actos u omisiones que expresa el artículo 1,105, ni haberle dado tormento o maltrato de obra, ni causándole daño alguno en su persona.*
- II.- Con diez años de segregación, cuando la libertad se verifique con los requisitos indicados en la fracción anterior, pero después de haber comenzado la persecución del delincuente o la averiguación del delito;*
- III.- Con quince años de relegación, si la libertad se verifcare con los requisitos de la fracción I, pero después de la aprehensión del delincuente;*
- IV.- Con veinte años de relegación en los casos no comprendidos en las fracciones anteriores.*

En este artículo, se observa, que en relación con su correlativo previsto en el código anterior, aumento la aplicación de la sanción y se suprimió la pena de muerte en la fracción IV.

Artículo 1,108.- *El secuestro que no se ejecute en camino público, se sancionará de la manera siguiente:*

- I.- Con cinco años de segregación, en el caso de la fracción I del artículo anterior;*
- II.- Con ocho años en el de la fracción II;*
- III.- Con diez años en el de la fracción III;*
- IV.- Con quince años de relegación, cuando después de la aprehensión del secuestrador, y antes de que se pronuncie contra él sentencia definitiva, ponga en libertad al secuestrado, si no le hubiere dado tormento o maltrato de otro modo; pero cuando falte alguno de estos requisitos, o la persona secuestrada sea mujer o menor de diez años, o*

fallezca antes de recobrar la libertad, se tendrá estas circunstancias como agravantes de cuarta clase.

La redacción, es semejante a la del anterior Código, con la única observación, del aumento de las sanciones, ya que en la fracción I, de 3 años aumento a 5, en la fracción II de 5 a 8 años, en la III de 8 a 10 años, y en la IV de 12 a 15 años.

Por último los artículos 1109, 1110, 1111 conservaron casi en su totalidad la redacción en comparación con el anterior

Artículo 1,109.- *En el caso de que habla la fracción última del artículo anterior, no podrá el reo gozar del beneficio de la libertad preparatoria, sino hasta que haya demostrado una enmienda efectiva y siempre que hubiere puesto al secuestrado en absoluta libertad. Si no estuviere libre el secuestrado al expirar el tiempo de la condena impuesta al secuestrador, quedará éste sujeto a la retención de que habla el artículo 240.*

Este artículo se leerá a los secuestradores al notificarles la sentencia, y así se prevendrá en ella, la omisión de este requisito no será obstáculo para la aplicación de la retención

Artículo 1,110.- *En todos los casos de que hablan los artículos anteriores, se tendrán como circunstancias agravantes de primera, segunda, tercera o cuarta clase a juicio del juez:*

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

II.- El haberle maltratado de obra, o

III.- Haberle causado daños y perjuicios.

Artículo 1,111.- *El secuestrador, además de la sanción correspondiente, pagará una multa de ochenta a cien días de utilidad, quedará inhabilitado por veinte años para toda clase de cargos, empleos y honores, y sujeto a la vigilancia de segunda clase, sin perjuicio de aplicarle las agravaciones que el Consejo supremo de Defensa y Prevención Social estimare justas.*

El artículo 240 esta relacionado con este delito, mismo que es citado por el artículo 1119, mismo que establece:

Artículo 240.- *“La retención será efectiva cuando a juicio del Supremo Consejo de Defensa y Previsión Social, el condenado con esa calidad tenga mala conducta durante la segunda mitad de su conducta, resistiéndose al trabajo, incurriendo en faltas graves de disciplina o de graves infracciones a los reglamentos del establecimientos penal.*

También se hará efectiva la retención a los reos a quienes se les haya revocado la libertad preparatoria, bastando para este efecto la revocación de dicha libertad sin otra declaración especial.

1.3 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, 1931.

Al entrar en vigor el Código de 1929, con sus leyes de procedimientos complementarias, varios juristas como Carranca y Trujillo, José Ángel Ceniceros y Jiménez de Azúa, pusieron en evidencia sus defectos y la difícil aplicabilidad, por lo que el entonces presidente de la República, licenciado Portes Gil, designó una comisión para elaborar un nuevo Código Penal, integrada por Alfonso Teja Zabre, José Ángel Ceniceros, Luís Garrido, José López Luna, Ernesto Garza y Carlos Ángeles.

Una vez terminado el Código, con sus 403 artículos y 3 transitorios; se dividió en dos libros, Libro Primero Parte General y Libro Segundo Parte Especial, en uso de las facultades que le concedió el Congreso de la Unión mediante decreto de fecha 2 de Enero de 1931⁴, el entonces presidente Pascual Ortiz Rubio, expidió el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de fuero Común y para toda la República en materia de fuero Federal, el 13 de Agosto de 1931. Fué publicado en el Diario Oficial el 14 de Agosto de 1931, y entró en vigor el 17 de Septiembre de 1931, promulgándose con la concepción de que *“no hay delitos, sino delincuentes, y que no hay delincuentes sino hombres”*.

Los autores del Código del 1931, sostuvieron que en su momento histórico que tal conjunto normativo penal, no se había afiliado a ninguna escuela, pretendiéndose acabar con los escollos de la presentación de la escuela clásica.

Por lo que respecta a la peligrosidad del delincuente el Código del 1931, no relaciona como fórmula absoluta, el estado peligroso, pero reconoce las garantías individuales que la Constitución proclama. Con la promulgación de éste Código, se experimentó una notable mejoría, orientando sus previsiones en la dirección de la moderna doctrina, pudo sobreponerse al fin a las corrientes entrecruzadas, y a la orden de especificación de casos,

⁴ Secretaría de Justicia, “Legislación Completa de la República Mexicana”, tipografía Vda. De Francisco Díaz de León, México 1908, edición oficial única, tomo XL. P. 541-616

que expresaban la aplicación de los detalles más finos, olvidando que la ley pone principios prácticos, no técnicos y por lo tanto mandan, no enseñan (lubet, non docent).

Existieron tipos más concretos, con breves descripciones y formulas amplias, alejados del casuismo, en beneficio del arbitrio judicial, antes restringido, facilitando al mismo tiempo, la tarea de interpretación para descubrir la voluntad de la ley.

En cuanto a los delitos contra la libertad personal, se encuentran en el Título vigésimo primero, denominado; “De la privación de la libertad y otras garantías”, Capítulo Único, “De la privación de la libertad”, regula sus diversas hipótesis en los artículos siguientes.

Artículo 364.- *Se aplicara pena de prisión de uno a seis meses y multa de diez a cien pesos:*

I.- Al que sin orden de autoridad competente, siendo un particular y fuera de los casos previstos por la ley, arreste o detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días. Si la detención arbitraria excede de ocho días, la sanción será de un mes más por cada día, y

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

Este artículo, continúa con sus vicios de origen, es decir, establece, que un particular pueda arrestar a otra persona, ya que como quedó anotado, esto sólo puede ser realizado por un servidor público, en éste caso un policía, ya sea judicial, de seguridad pública, etc. Por otra parte es incorrecto hablar de una cárcel privada, ya que la misma tiene carácter de pública.

Artículo 365.- *Se impondrán de tres días a un año de prisión y multa de cinco a cien pesos.*

I.- Al que obligue a otro a prestarle trabajos o servicios personales sin la retribución debida, ya sea empleando violencia física o moral o valiéndose del engaño, de la intimidación o del cualquier otro medio, y

II.- Al que celebre con otro un contrato que prive a éste de la libertad o le imponga condiciones que lo constituyan en una especie de servidumbre o que se apodere de alguna persona y la entregue a otro con el objeto de que éste celebre dicho contrato.

Este artículo comprende lo referente a la libertad de trabajo, reduciéndose a un sólo artículo, lo que en los Códigos anteriores, es decir el de 1871 y 1929 se contempló en tres artículos, conservando el espíritu del mismo.

Por ultimo se procede a transcribir, la redacción original del artículo 366, en el cual se establecen cinco supuestos de secuestro calificado como a continuación se describe.

Artículo 366.- *Se le impondrá de cinco a veinte años de prisión y multa de cien a mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga carácter de plagio o secuestro, en alguna de las formas siguientes:*

- I.- Cuando se trate de obtener rescate, o de causar daños o perjuicios al plagiado o a otra persona relacionada con éste;*
- II.- Cuando se haga uso de amenazas graves, de maltrato o de tormento;*
- III.- Cuando la detención se haga en camino público o en paraje solitario;*
- IV.- Cuando los plagiarios obren en grupo o banda, y*
- V.- Cuando cometa robo de infante menor de siete años un extraño a la familia de éste.*

El legislador del 31, sólo fijó su atención, en lo empleado por sus predecesores, y resolvió equipararla, adoptando precipitadamente una posición dual, sin reparar esta figura en la distinta objetividad jurídica de las figuras, pues la cuestión, se redujo a conciliar la terminología, resultando el secuestro y plagio en una y en la misma cosa.

Es cierto que los vocablos son equivalentes según las definiciones proporcionadas por los diccionarios, sin embargo tal sentido puramente gramatical no coincide, con el jurídico, además de comprender apenas una sola de sus modalidades, agravadas. Esto fue, el resultado de resolver con ligereza un problema de tanta hondura, soslayando los antecedentes de éste, que han determinado otra solución bien distinta. El secuestro se llama secuestro y puede ser simple o calificado y nada más.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1999.

Mediante decreto publicado el 22 de Agosto de 1996 en el Diario Oficial de la Federación, se reformó el artículo 122, Apartado C, Base Primera, Fracción V, inciso h) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma con la que se facultó a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para legislar en materias Civil y Penal. Dicha Facultad entró en vigor el primero de enero de 1999.

Mediante decreto de fecha 29 de abril de 1999, publicado en el Diario Oficial el 18 de mayo de 1999, se cambió la denominación del “Código Penal para el Distrito Federal en

Materia de fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal”, para llamarle “Código Penal Federal”. Estableciéndose en el artículo 1º, que el Código se aplicaría en toda la República para los delitos de orden Federal. El 17 de Septiembre de 1999, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal se publicó el decreto mediante el cual el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, promulgado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de Agosto de 1931 con sus reformas y adiciones publicadas hasta el 31 de Diciembre de 1998, junto con las reformas a que se refería ese decreto, en el ámbito de aplicación del fuero común, se denominará “Código Penal para el Distrito Federal”. Sin embargo, la Asamblea Legislativa únicamente retomó el texto del conocido Código Penal que regulaba la materia propia del fuero común, desfederalizándolo y transportando el mismo texto, por lo que el “Nuevo” Código Penal, inició con diversos artículos derogados. Así mismo, en ese decreto se adicionó el artículo 366 bis, que es el antecedente del delito materia de estudio de la presente investigación, el cual posteriormente se analizará, y es el siguiente:.

Artículo 390-Bis *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 impondrá de tres a ocho años de prisión y de cien a quinientos días multa.
La misma pena se aplicará a cualquiera que colabore en la comisión de este delito.*

Este delito fue ubicado en los delitos contra el patrimonio, específicamente en el capítulo de extorsión.

1.4 Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, 2002.

Aunque el Distrito Federal ya contaba con su propio Código Penal, el cambio constante de la sociedad de la ciudad de México, llevó a renovar diversas normas que se adecuaran a la realidad, por lo cual los legisladores del Distrito Federal se dieron a la tarea de realizar una revisión integral de la Ley penal, con el objeto de crear un Nuevo Código Penal, que respondiera a las necesidades sociales actuales.

El 14, 28 y 30 de Noviembre del año 2000, los Partidos Políticos Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática y Acción Nacional, presentaron ante el Pleno de la Asamblea Legislativa, sendas Iniciativas de Código Penal para el Distrito Federal. En las referidas fechas la Mesa Directiva de éste órgano Legislativo, turno dichas Iniciativas para su análisis, discusión y en su caso aprobación, a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia.

En Sesión, la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, celebrada el día 20 de Diciembre del año 2000, aprobó que un grupo multidisciplinario de especialistas en materia penal, realizará un documento ordenado en forma de Compulsa de las tres Iniciativas de Código Penal. El 19 de enero del año 2001, se presentó a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, la Compulsa de las Iniciativas de Código Penal para el Distrito Federal, que en su oportunidad presentaron los Partidos, Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática y Acción Nacional, respectivamente y se ordenó su impresión y distribución.

El propio 20 de Diciembre, se aprobó que la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, convocara a Instituciones, especialistas y ciudadanos en general a Foros públicos para analizar y discutir la Legislación Penal.

Finalmente, fué hasta el 16 de abril del 2002, cuando se publicó en la Gaceta de Gobierno del Distrito Federal, y en el Diario Oficial de la Federación, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual entró en vigor a los ciento ochenta días después de su publicación, el comprendió los presupuestos de la pena, las medidas de seguridad, el catálogo de delitos, las conductas que tendrían que penalizarse, entre ellas encontramos al artículo 167, motivo de la presente tesis, el cual si bien es cierto ya había sido contemplado en el Código Penal anterior como un sub tipo de extorsión, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se contempla como un sub tipo de secuestro, por encontrarse dentro del Capitulo de secuestro, y dentro del Título de delitos contra la libertad personal, como se estudiara más adelante.

Este Código consta de dos libros, el segundo de estos, es el relativo a la Parte Especial, dónde se establecen los delitos y sus sanciones. Los delitos contra la libertad personal se encuentran contemplados en el Título Cuarto; Delitos contra la libertad personal, que se compone de seis Capítulos, y son los siguientes:

TITULO CUARTO.- Delitos contra la libertad personal

CAPITULO I	Privación de la libertad personal	160 y 161
CAPITULO II	Privación de la libertad con fines sexuales	162
CAPITULO III	Secuestro	163 al 167
CAPITULO IV	Desaparición forzada de personas	168
CAPITULO V	Trafico de menores	169 y 170
CAPITULO VI	Retención y Sustracción de menores e incapaces.	171 al 173

La privación de la libertad es un delito que cuenta con varias sub especies que son las siguientes:

- a) Privación de la libertad personal.
- b) Privación de la libertad como medio para cometer otros ilícitos.
- c) Privación de la libertad con el objeto de obtener servicios subordinados.
- d) Privación de la libertad con fines sexuales.
- e) Secuestro.
- f) Desaparición forzada de personas.
- g) Trafico de menores.
- h) Retención y Sustracción de menores e incapaces.

a) Privación de la libertad personal.

Este delito se encuentra regulado por el artículo 160 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, contempla algunas agravantes y atenuantes, las cuales citamos a continuación:

Artículo 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 día.

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 víctima sea menor de edad o mayor de sesenta años o por cualquier circunstancia, la víctima 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.

Como se desprende de la lectura del mismo, éste artículo prevé dos modalidades de la privación de la libertad personal. El primer supuesto describe una conducta en la que sus elementos son; la privación de la libertad que realice un particular a otro, pero esto sin el propósito de obtener lucro, causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o cualquier otra. De concretarse este injusto se impondrán de seis meses a tres años de prisión y de 24 a 100 días multa.

Este delito se distingue de los otros precisamente por que el propósito de la privación de la libertad no radica en obtener lucro, causar daño o perjuicio a la persona privada de su libertad o alguna otra, ni se persiguen fines sexuales, o subordinación laboral, pues dichas hipótesis se encuentran previstas en otros tipos, como se estudiara más adelante.

A esta descripción típica se le suprime, la “privación ilegal de la libertad” para ser “privación de la libertad personal”.

En lo particular, considero que podría pensarse que resultaría poco recurrido este precepto, ya que resulta difícil que una persona prive de la libertad a otra sin tener intención

alguna, amenos de las mencionadas en este título, sobre todo es difícil concebir que una persona prive de la libertad a otra sin causarle en un daño, sin embargo en el supuesto de las personas que son internadas en centros de rehabilitación para alcohólicos, acilos de ancianos, hospitales psiquiátricos o en algún otro centro contra su voluntad, ya que en esos casos son los familiares quienes los internan, en el caso de que al principio deciden acudir, pero después ya se quieren retirar y no se les permite, o si se les retuviera a la fuerza, se estarían cumpliendo los requisitos del tipo señalado en éste tipo, sin embargo por no ser tema central del presente trabajo no abundaremos más en el mismo.

Así mismo en este supuesto penal, ya no existe elemento de temporalidad, el delito se consuma con la sola privación de la libertad, pero cuando el sujeto activo retiene al pasivo, por más de 24 horas, la pena se incrementa de seis meses a tres años, y un mes por cada día, cabe mencionar que a diferencia de éste Código; los del 71, 29 y 31, la pena más alta sin agravantes que se contemplo para el mismo, fue de seis meses, y ahora seis meses es la mínima, siendo la más alta la de tres años, agravándose un mes por cada día después de las veinticuatro horas y no después de cinco u ocho días, como se contemplo en los Códigos referidos.

Cuando el activo libera “espontáneamente a la victima dentro de las 24 horas siguientes del momento en que fue privada de la libertad, le pena será la mitad de la prevista”. Esta atenuante no fue contemplada por los Códigos anteriores, sino que, mediante reforma del 13 de mayo de 1996, se adicionó esta atenuante, que también fue tomada por los legisladores del 2002.

b) Privación de la libertad para cometer otros ilícitos.

El último párrafo del artículo 160 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, citado en el punto anterior, establece, que 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 235 del mismo cuerpo legal, la pena será de cinco a veinte años de prisión.

La diferencia que sobresale en esta modalidad, consiste en que la privación de la libertad personal, resulta ser el medio para cometer el ilícito de robo o extorsión, es decir; se priva de

la libertad a la víctima, para llevarla al cajero y hacer que retire efectivo del mismo, además de apoderarse de los pocos o muchos bienes que puede llevar consigo en el momento de la comisión o bien con el fin de que un particular haga o deje de hacer, o tolere algo obteniendo con ello un lucro y una vez que el activo ha conseguido su objetivo, el pasivo es liberado, lo que comúnmente se conoce como “secuestro expreso” por lo cual el legislador otorga una pena mayor a la del primer supuesto de este artículo, señalando una penalidad de cinco a veinte años.

c) Privación de la libertad con el objeto de obtener servicios personales subordinados.

Este delito fue contemplado por los Códigos de 1871, 1929 y 1931, como se comentó anteriormente, por lo que lo único relevante al respecto, es el aumento de la penalidad, que de tres a ocho años y no la de tres días a un año.

Este artículo 161, lleva el espíritu Constitucional de la abolición de la esclavitud, la libertad de trabajo, la debida retribución, toda vez que protege esos principios, como se observa a continuación:

***Artículo 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 víctima a quien obligue a otro a prestarle trabajos o servicios personales sin la retribución debida, ya sea empleando violencia física o moral o valiéndose del engaño, de la intimidación o de cualquier otro medio.*

d) Privación de la libertad con fines sexuales.

Hablar de esta figura típica, obliga a recordar lo que hasta el 21 de enero de 1991 era el delito de raptó, ya que constituye el antecedente directo de este ilícito.

En nuestra legislación, el matrimonio del raptor con la raptada, extinguía la acción penal. Así mismo antes de derogar el raptó, se reformó el artículo 267 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, el cual señalaba: “Al que se apodere de una mujer”, con lo que sólo podrían ser sujeto activo el hombre y pasivo la mujer, a raíz de la mencionada reforma, el sujeto activo en

el rapto podía serlo tanto el hombre como la mujer al señalar: “Al que se apodere de una persona”.

Con motivo de las reformas al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, de fecha 21 de enero de 1991, fué derogada la denominación de Título décimo quinto, libro segundo, referente al rapto, así como los artículos 267, 268, 269, 270, 271 de dicho capítulo en los cuales se contemplan la mencionada figura.

Por otra parte, se adiciona, entre otros, el artículo 365 bis, que regula el delito llamado privación de la libertad con propósitos sexuales; por lo que con algunas variantes, es lo que era el delito de rapto, ahora descrito en el artículo 162 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal el cual establece.

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.

La conducta típica en este delito, consiste en privar a otro de su libertad, que puede ser, por aprehensión o por sustracción, es decir, que el sujeto activo, con movimientos físicos se dirija a tomar a una persona y trasladarla a un lugar, donde quede bajo su poder, o por medio de retención que se da cuando el sujeto activo aprovecha que el pasivo se encuentra en un lugar donde aquel, esta siendo capaz de ejercer su poder sobre éste y simplemente le impide alejarse.

El bien jurídico tutelado es la libertad y seguridad sexual, el propósito del agente es realizar un acto sexual, incluso la copula misma, se trata de un delito eminentemente doloso en el que incluso existe un doble dolo ya que además de privar de la libertad a un persona se pretende realizar un acto sexual.

Se trata de un delito permanente, ya que su duración se prolonga durante el tiempo que el sujeto pasivo esta bajo la dominación del activo.

En éste delito hay un concurso de delitos, ya sea real o material, toda vez que además de la privación ilegal de la libertad, puede existir el delito de abuso sexual, estupro, violación, lesiones, dependiendo del acto sexual que se realice.

Cuando el sujeto activo del delito restituye la libertad a la víctima dentro de las 24 horas de consumarse dicha privación y sin haber practicado en ella el acto sexual que perseguía, la sanción es notoriamente inferior, pues de uno a cinco años por esta atenuante, será de tres meses a tres años de prisión.

Por último, este delito es de querrela, sin embargo cabe hacer resaltar que si llegare a existir un concurso con la violación, este delito es de oficio, por lo que resultan contradictoria dichas figuras.

e) Secuestro

Artículo 163. *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 cualquiera otra, se le impondrán de diez a cuarenta años de prisión y de cien a mil días multa.*

Artículo 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.

Artículo 165. *En caso de que el secuestrado fallezca durante el tiempo en que se encuentre privado de su libertad, se impondrá de veinte a cincuenta años de prisión. Si el secuestrado es privado de la vida por sus secuestradores, para la imposición de las sanciones, se estará a las reglas del concurso de delitos.*

Artículo 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.*

Artículo 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 de 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, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina, concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, y parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Este es uno de los tipos más clásicos de privación de la libertad, en el cual la privación de la libertad es con el propósito de pedir un rescate a cambio de devolver con vida al sujeto pasivo. El rescate puede consistir en una cantidad de dinero cierta y determinada o en un pago en especie, sin embargo lo primero es lo más usual. Las entidades donde más ocurre este, son en el D.F. Morelos, Sinaloa, Chiapas, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Oaxaca, Estado de México.⁵

Aquí nos encontramos nuevamente con el delito, materia del presente trabajo, en el cual no realizaremos comentarios en este punto, ya que se abundará sobre el mismo en el siguiente capítulo.

f) Desaparición forzada de personas.

Este tipo penal es relativamente nuevo, toda vez que el antecedente lo encontramos en el Código Penal para el Distrito Federal, ya que mediante decreto publicado en la Gaceta de Gobierno en fecha 17 de septiembre de 1999, fue adicionado el artículo 281 sextus, denominada desaparición forzada de personas, contenida dentro del Capítulo Único, Título Décimo Séptimo Bis, Título Delitos contra la dignidad de las personas.

En la exposición de motivos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, del año 2002, consideran fundamentalmente, que la libertad personal es uno de los principales

⁵ Besares Escobar Marco A., Gómez Torres Israel, El Secuestro, Análisis Dogmático y Criminológico, Méx. Porrúa 2003.

valores, el cual debe de conservarse y ser garantizado por el Estado, razón por la que el Delito de Desaparición forzada de personas se estableció dentro del mismo Código, dentro del Libro Segundo, Título IV, Delitos contra la libertad personal, Capítulo IV, Desaparición forzada de personas, artículo 168, el cual señala:

Artículo 168. *Al servidor público del Distrito Federal que con motivo de sus atribuciones, detenga y mantenga oculta a una o varias personas, o bien autorice, apoye o consienta que otros lo hagan sin reconocer la existencia de tal privación o niegue información sobre su paradero, impidiendo con ello el ejercicio de los recursos legales y las garantías procesales procedentes, se le sancionará con prisión de quince a cuarenta años y de trescientos a mil días multa, destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión hasta por diez años.*

Al particular que por orden, autorización o con el apoyo de un servidor público participe en los actos descritos en el párrafo anterior, se le impondrán prisión de ocho a quince años y de ciento cincuenta a quinientos días multa.

Las sanciones previstas en los párrafos precedentes se disminuirán en una tercera parte, cuando el agente suministre información que permita esclarecer los hechos y, en una mitad, cuando contribuya a lograr la aparición con vida de la víctima.

Este delito no se sujetará a las reglas de la prescripción, por lo que no prescribirá bajo los supuestos a que ellas se refieren.

Esta es una conducta atribuida, principalmente a los servidores públicos, que con motivo del su cargo detengan ilegalmente o mantengan oculta a una o varias personas, la cual, se sancionara de forma grave y no sujeto a las reglas de la prescripción. Sin embargo contiene dos supuestos, por lo que puede darse la comisión del mismo en la primera de ellas, el sujeto activo puede ser cualquier persona física que reúna la calidad de servidor público y que concurra a ejecutar una conducta prevista en el tipo descrito con penalidad de 5 a 20 años, en el segundo supuesto puede ser cualquier particular que actué por orden, autorización, o con apoyo de un servidor público, con penalidad de 8 a 15 años.

El sujeto pasivo, puede ser cualquier persona o personas se encuentren ocultas, por causas atribuibles al sujeto activo.

El bien jurídico protegido son la libertad y las garantías procedimentales de las personas establecidas en los artículos 14, 16, 17, 18, 20 apartado A y 21 Constitucional. Es un delito de oficio eminentemente doloso, que pudiera presentar doble dolo en caso de homicidio

resultando ser además un delito permanente, por que la privación de la libertad y el estado de ocultamiento se mantienen durante el tiempo en que el agente lo permita, razón por la cual es necesario, que se establezca en la última parte de este artículo que no estuvo sujeto a las reglas de la prescripción.

Las sanciones previstas para los funcionarios públicos previstos son equiparadas a las del secuestro calificado, además de la destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo empleo o comisión hasta por 10 años.

Por otra parte se contempla una atenuante en la que se disminuirá en una tercera parte de la pena, cuando el agente suministre información que permita esclarecer los hechos y en una mitad cuando contribuya a lograr la aparición con vida de la víctima.

g) Tráfico de menores

En éste punto, vale la pena hacer la observación que el artículo 166 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal hace referencia al traslado de un menor, con el objeto de beneficiarse económicamente con su entrega o con su venta. Sin embargo no se ubica en el capítulo quinto “Delitos contra la libertad” que se estudia, el cual textualmente indica.

Artículo 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.*

Por otro lado, el artículo 169 y 170 del mismo cuerpo legal que se ubica dentro del capítulo referido, regulan el delito de tráfico de menores, otra forma o sub tipo de la privación ilegal de la libertad. Su antecedente directo es el delito señalado en la fracción V del artículo 366 del Código Penal de 1931, cuando se adiciono el artículo 366 Bis mediante decreto publicado en él, retomando casi integralmente el texto del mismo por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y designándole el nombre de tráfico de menores dentro de sus artículos 169 y 170, los cuales establecen:

Artículo 169. *Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada,*

lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa.

Las mismas penas a que se refieren el párrafo anterior, se impondrán a los que a cambio de un beneficio económico, otorguen el consentimiento al tercero que reciba al menor o al ascendiente que, sin intervención de intermediario, incurra en la conducta señalada en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, las penas se aumentarán en un tanto más de la prevista en aquél.

Si el menor es trasladado fuera del territorio del Distrito Federal, las sanciones se incrementarán en un tercio.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se reducirá en una mitad la pena prevista en el párrafo anterior.

Además de las penas señaladas los responsables de los delitos perderán los derechos que tengan en relación con el menor, incluidos los de carácter sucesorio.

Artículo 170. *Si espontáneamente se devuelve al menor dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se impondrá una tercera parte de las sanciones previstas en los artículos anteriores.*

Si la recuperación de la víctima se logra por datos proporcionados por el inculcado, las sanciones se reducirán en una mitad.

Este tipo, se refiere cuando el ascendiente o quien ejerce la patria potestad decide materialmente vender al menor por un precio cierto y determinado, para que sea incorporado a otra familia.

Los sujetos activos pueden ser el intermediario, el ascendiente o quien ejerce la patria potestad que da el consentimiento y el tercero que recibe al menor, así mismo puede cometerse sin intervención de intermediario, consumándose en el momento de la entrega de menor aunque no se reciba beneficio económico. Sin embargo en lo particular, el tipo debería indicar que el delito se consume, en el momento en el que el menor es sacado de su núcleo familiar con la intención de entregarlo a un tercero para su custodia, ya que con éste hecho ya se está afectando el bien jurídico protegido en éste capítulo, que es la libertad, por lo cual consideramos incorrecto que se consume en el momento de la entrega como lo indica el tipo

Se contemplan tres supuestos, el primero es cuando al ascendiente o quien ejerza la patria potestad da el consentimiento, a un intermediario, para que éste entregue al menor un tercero a cambio del beneficio económico, en este uno de los sujetos activos, requiere una calidad específica, que es precisamente que ejerza la patria potestad o custodia del menor.

El segundo, es cuando el ascendiente o quien ejerza la patria potestad entregue al menor sin intervención de intermediario, a un tercero a cambio de un beneficio económico, en este caso también el sujeto activo, requiere una calidad especial señalada en el párrafo anterior.

El tercero, se da cuando se comete el delito sin consentimiento de ascendiente o de quien ejerza la patria potestad, es decir cuando se roba a un menor para entregárselo a un tercero a cambio de un beneficio económico, resultando agravada esta hipótesis en la cual el sujeto activo puede ser cualquier persona.

Es un subtipo de privación ilegal de la libertad ya que se saca al menor de su entorno familiar y se le incorpora a otra ajena, sin derecho alguno y;

Es un delito doloso, de duración instantánea, que de acuerdo al tipo admite tentativa.

Se considera también agravante que el menor sea trasladado fuera del Distrito Federal.

Las atenuantes contempladas en este tipo consisten en que si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicada, será de uno a tres años y cuando se acredite quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación se reducirá en una mitad, la pena prevista en el párrafo anterior.

Si espontáneamente se devuelve al menor dentro de las 24 horas se impondrá una tercera parte de la pena.

Si la recuperación de la víctima se logra por datos proporcionados por el inculpado la pena se reducirá a la mitad.

Por ultimo, además de las penas, los responsables de los delitos perderán los derechos que tengan con relación al menor, incluidos los de carácter sucesorio.

h) Retención y sustracción de menores o incapaces.

Se trata de un tipo penal nuevo, que es otra sub especie de privación de la libertad, sin embargo en lo personal se considera que el antecedente directo de éste ilícito, lo constituye, lo que se le llamó robo de infante, contemplado en la fracción V del artículo 366 del Código Penal de 1931, el cual se cometía cuando un extraño a la familia se robaba a un menor de 7 años.

Posteriormente, mediante adición de fecha 26 de Diciembre de 1997, publicada en el diario Oficial de la Federación el 30 de Diciembre de 1997, se incluyó el artículo 366 Quater en el cual se contempló también esta modalidad de privación de la libertad pero con más elementos para su configuración, el cual establecía lo siguiente.

Artículo 366 Quater: *Cuando el ascendiente sin limitación de grado o pariente consanguíneo colateral o por afinidad hasta el cuarto grado de un menor, lo sustraiga o cambie de domicilio donde habitualmente reside, lo retenga o impida que regrese al mismo, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o resolución de autoridad competente, no permitiendo a la madre ni al padre convivir con el menor o visitarlo, se le aplicará una pena de uno a tres años de prisión y de treinta a trescientos días multa. Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.*

Así mismo el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal indica en su artículo 167 lo siguiente.

Artículo 171. *Al que sin tener relación familiar o de tutela con un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrán prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días multa.*

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior lo sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa

En este tipo, se observa que el activo no tiene un vínculo familiar, o de tutela con el menor de edad o incapaz, y que la conducta consiste, en el primer supuesto en retener a un menor o incapaz sin contar con el consentimiento de quien ejerza la patria potestad a su

guarda, al haberse empleado la palabra “retener”, debe entenderse que el sujeto activo aprovecha que el pasivo se encuentra en un lugar donde aquel esta, donde es capaz de ejercer un poder sobre éste, simplemente le impide alejarse, penalizando esta conducta de uno a cinco años de prisión.

La segunda hipótesis, señalada en el segundo párrafo indica; “lo sustraiga” de su custodia o guarda, lo cual se entiende, que al hablar de una sustracción, consistiendo en que el sujeto activo, con motivos físicos se dirige a tomar al menor sustrayéndolo de su núcleo familiar, trasladándolo a un lugar donde quede bajo su poder, resultando con mayor penalidad la conducta de retención y que la penalidad por sustracción sea de cinco a quince años.

Este delito se consuma de manera instantánea, en el momento en que se saca de la guardia y custodia al menor o incapaz, siendo delito básicamente doloso.

Acepta tentativa, cuando el sujeto activo hace lo posible por retener o sustraer al menor o incapaz, pero por causas ajenas a el no lo logra.

Es un delito de daño contra la libertad del menor o incapaz, ya que se le priva de estar en su esfera o núcleo familiar.

Las agravantes contempladas para esta modalidad de privación de la libertad son las siguientes:

1.- Cuando la sustracción o retención se realice en contra de una persona menor de 12 años, la pena se incrementara en una mitad (art. 172).

2.- Si la sustracción tiene como propósito incorporar a la persona a círculos de corrupción de menores, o traficar sus órganos, la pena se aumentara un tanto. (Artículo 172).

Las atenuantes establecidas para la corrupción de este ilícito son las siguientes:

1.- Si el agente es familiar del menor o del incapaz, pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre este o mediante resolución judicial no ejerce la guardia y custodia, se le impondrá mitad de la pena prevista (art. 172).

El supuesto contenido en la fracción II del artículo 173, fue de gran importancia, ya que se dio el caso en que el padre o la madre que no ejerzan la guarda y custodia de sus hijos aprovechándose de su régimen de visitas, ya no regresaban al menor, llevándosele lejos de quien si la ejercía, y por el hecho de ser padre o madre del pasivo y por no encontrarse tipificado esa conducta, dejaban en estado de indefensión a quien legalmente tenía la guarda y custodia del menor.

CAPÍTULO 2.

“ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO EN GENERAL Y SU APLICACIÓN AL ARTÍCULO 167 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”.

Antes de hablar de los elementos del delito, es necesario mencionar que el Derecho Penal, se integra, en su parte general de delitos, penas, medidas de seguridad y la Ley que las contiene. La doctrina se ha dedicado a estudiar éstos aspectos que integran el derecho, de una forma metódica y sistemática, surgiendo entre otras, lo que conocemos como teoría del delito.

La teoría del delito, es de gran utilidad, ya que mediante el análisis de los elementos positivos y su correlativo aspecto negativo del delito se puede conocer cuando un hecho se considerará delito y cuando no, logrando una adecuada aplicación del Derecho Penal.

De acuerdo al principio de legalidad contenido en el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional, que establece “En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía aún por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicada al delito de que se trate”, la ley se aplica en función del delito que se trate.

2.1 El Delito.

Sería inadecuado hablar del concepto de delito sin mencionar previamente su sentido gramatical. La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley⁷.

En cuanto a conceptos de delito, hay como autores que abordan el tema, y existen tantas definiciones, como corrientes, disciplinas y enfoques, cada una lo define desde su perspectiva particular, por lo cual han variado, según el tiempo, las doctrinas y las legislaciones, creando nociones sociológicas, clásicas, positivas, doctrinales, legales, criminológicas, etc.

El periodo humanitario dio por resultado la primera corriente moderna del Derecho Penal, bautizada por Enrique Ferri⁸ como Escuela Clásica, por no adaptarse a las nuevas ideas, significando con éste título lo viejo y lo caduco. Francisco Carrara, principal exponente de la Escuela Clásica, estableció que delito, *“Es la infracción a la Ley del Estado promulgado para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”*, concepto criticado por la doctrina, y aunque hace referencia a principios jurídicos, no precisa los elementos que caracterizan al delito.

Algunos Códigos Penales del Distrito Federal y de los Estados, contemplaron al delito como *“El acto u omisión sancionado por la ley”*; Para Jiménez de Azua, es un *acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a condiciones objetivas de penalidad y que se halla conminado con una pena*; Mezger lo considera una *acción típicamente antijurídica y culpable*; Para Carrancá y Trujillo, es *una acción típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible*⁹.

Y así podrían citarse infinidad de conceptos, sin embargo, dado que la naturaleza es jurídica, debe elaborarse desde el punto de vista estrictamente jurídico, dejando de lado cuestiones sociológicas, psicológicas o de otra índole, por ello, la doctrina penal ha aceptado

⁷ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, pag 125.

⁸ Orellana Wiarco Octavio Alberto, Teoría de Delito, Ed. Porrúa. 10° México 2001, pág. 4

⁹ Medina Pena, Sergio P., Teoría del Delito, Primera Edición, México 2001, pág. 33

que el delito puede definirse en sentido formal y en sentido real o material. Hallándose así, ante dos acepciones, una según la forma, (que la lógica también llamada nominal o legal) y otra según el contenido; real, material o analítica.

Concepto jurídico formal del delito.

Es la concepción legal, en la que el delito, es toda acción legalmente punible; es decir, son los supuestos típicos que merecen una pena, los cuales se encuentran en la parte especial de los ordenamientos penales sustantivos. Lo anterior con lleva al axioma “que sin la ley no hay delito y que las conductas que queden fuera de las leyes son impunes (*nullum crimen nula poena sine lege*)”, en consecuencia sólo se puede saber lo que es delito, remitiéndolos a la misma ley. En ése sentido, se expresa el Código Penal Federal, en su artículo 7, que el delito es el “*Acto u omisión que sancionan las leyes penales*”, concepto que de igual forma ha sido criticado por las mismas razones.

En cuanto a los conceptos que nuestros Códigos Penales nos han señalado tenemos que, el Código Penal de 1871, establece en su artículo 4º delito es: “*la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella manda*”. Por su parte el Código Penal de 1929, establece “*Delito es la lesión a un Derecho protegido legalmente mediante una sanción*”.

Concepto Jurídico Sustancial del delito.

Como quedó señalado, para realmente saber que es un delito, no basta el concepto jurídico formal, por ello, la doctrina elaboró uno, que atiende sólo a sus elementos esenciales, sin coincidir, en cuanto el número de elementos que lo integran, de modo que han surgido dos corrientes; la unitaria o totalizadora y la analítica o atomizadora.

1.- Unitaria o totalizadora.

Esta posición deriva del positivismo lógico formal de derecho, se apoya en las ideas filosóficas de Kant. Uno de los más fervientes partidarios de ésta teoría es el tratadista Italiano Francisco Antonisei, quién escribió “El delito es un todo orgánico, es un bloque

monolítico, el que si bien es cierto, puede presentar aspectos diversos, pero de ningún modo es fraccionable”¹⁰.

2.- Analítica o Atomizadora.

En oposición a la anterior, surge la analítica o atomizadora, que admite que efectivamente el delito constituye una unidad, sin embargo es posible y necesaria una descomposición, no del delito, sino de su concepto, en los elementos que lo integran, los cuales saldrán del mismo Código Penal, para conocer el contenido conceptual de cada uno de ellos y así conocerlo mejor, lo anterior, mediante un proceso denominado por la doctrina alemana como “Bestandteile”.

En éste, el delito se estudia por sus elementos constitutivos, considerando la relación entre ellos, y sin negar su unidad, se estima indispensable realizar un examen individual mediante su fraccionamiento. Unos consideran que el delito se conforma con dos elementos, otros más aseguran que requiere de tres, y así sucesivamente, hasta llegar a quienes afirman que el delito se integra con siete elementos. Así, habrá una teoría bitómica, tritómica, etc.

Elementos Positivos del delito

Conducta.
Tipicidad.
Antijuridicidad.
Imputabilidad.
Culpabilidad.
Punibilidad.
Condiciones objetivas de punibilidad.

Aspectos Negativos de delito.

Ausencia de conducta.
Atipicidad.
Causas de justificación.
Inimputabilidad.
Inculpabilidad.
Excusas absolutorias.
Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad

Dentro de los elementos positivos, tenemos los esenciales, como son; la conducta, antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, y los no esenciales que son; Imputabilidad, Punibilidad y Condiciones Objetivas de Punibilidad.

La imputabilidad, es considerada por algunos autores, como presupuestos de la pena, en lo personal compartimos la misma opinión. En el caso de la punibilidad, constituye una

¹⁰ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Curso de Derecho penal (parte general) ed. Porrúa, 1999 pág. 149

consecuencia del delito, en virtud de que pueden existir delitos sin penas, por lo cual, tampoco es esencial.

En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, tampoco constituyen un elemento esencial de delito, ya que son condiciones que excepcionalmente son exigidos por la ley penal para la aplicación de la pena.

Es menester mencionar que Celestino Porte Petit precisa la inexistencia de prioridad temporal entre los elementos del delito, ya que éstos concurren simultáneamente, porque cuando se comete un delito, no se da primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuridicidad, etc. Sino que se dan todos los elementos a la vez, sin embargo para saber si un hecho constituye o no un delito, el análisis se realizará siguiendo un orden, conocido como prelación lógica, es decir que se necesita un elemento del delito para que exista el otro, iniciando así con la conducta, si ésta no existe, se concluirá que no habrá delito; pero si existe la conducta pasará, al estudio del siguiente elemento, que es la tipicidad, sino existiera esta no habrá delito, pero si hay tipicidad podremos pasar al estudio del siguiente elemento y así sucesivamente.

CLASIFICACIÓN DE DELITO.

Por su gravedad:

La doctrina los clasificado en crímenes, delitos y faltas, nuestro sistema penal no contempla los crímenes, existiendo legislaciones que cuentan con esta clasificación tripartita, denominando delito, a las conductas que atentan contra los derechos derivados del contrato social; sin embargo lo que se llama crimen, para nuestro sistema penal, es un delito, sin que las faltas o infracciones estén reguladas por el Derecho Penal, ya que están contempladas por del Derecho Administrativo

Por su conducta.

1. De acción.
2. De omisión.

Por el resultado que produce

1. Formales: El tipo penal no requiere de cambio en el mundo exterior; resultado material, se sanciona la conducta por sí misma. La doctrina los llama “Delitos de mera conducta”.
2. Materiales: El tipo penal requiere para su integración de la producción de un cambio en el mundo exterior; resultado material, la doctrina los llama “Delitos de resultado”.

Por el daño que causan.

1. De lesión: Aquí una vez consumado real y efectivamente se provoca un daño tangible, directo y efectivo sobre los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal transgredido.
2. De peligro: En éste, no se causa un daño directo al bien jurídicamente protegido, sino que únicamente con su conducta se pone en riesgo.

Por su duración.

1. Delitos Instantáneos: Este se actualiza cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos, existiendo afectación al bien jurídico protegido, la mayor parte de los delitos son de consumación instantánea.
2. El delito es continuo o permanente: Cuando el mismo tipo penal, permite que pueda el sujeto activo extender por más o menos tiempo la consumación, siendo violatorio del derecho cada uno de los momentos en que ha prolongado la consumación.
3. Los delitos continuados: Son aquellos en los que existe unidad de propósitos delictivos, pluralidad de conductas, unidad de sujetos pasivos y se viola en mismo propósito legal

Por su elemento interno.

Teniendo como base la culpabilidad los delitos se clasifican en dolosos y culposos. Algunos autores y legisladores agregan los llamados preterintencionales, estos últimos han sido excluidos de la legislación penal vigente en el Distrito Federal, ya que únicamente existen dolosos y culposos.

1. Dolosos: Es cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico, es decir se quiere y se acepta el hecho descrito por la ley.

2. Culposo: No se quiere el resultado penalmente tipificado, y debido a la imprudencia, negligencia, descuido, falta de cautela y precaución de un sujeto, produce un resultado tipificado transgrediendo la norma penal, aun sin desear hacerlo.
3. Preterintencional: Cuando el resultado sobrepasa a la intención.

Por su estructura.

1. Simples: La lesión jurídica es única o consta sólo de una lesión.
2. Complejos: El delito en su estructura consta de más de una afectación y da lugar, al surgimiento de un delito distinto y de mayor gravedad.

No es lo mismo delito complejo que concurso de delitos. En el delito complejo la misma ley en el tipo crea el compuesto como delito único, pero en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden figurar por separado, en cambio, en el concurso, las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero es un mismo sujeto quien las ejecuta¹¹.

Por el número de actos integrantes de la acción típica.

1. Unisubsistentes. Requiere para su integración de un sólo acto.
2. Plurisubsistentes: El delito se integra por la concurrencia de varios actos; cada conducta, por si sola, de manera aislada, no constituye un delito.

Por el numero se sujetos.

1. Unisubjetivo: Cuando el tipo penal requiere de un solo sujeto activo para su integración.
2. Plurisubjetivo: En virtud de la descripción típica, requieren forzosamente de la participación de dos o más sujetos para ser colmado el tipo penal.

Por su forma de persecución o procedencia.

1. De oficio: Se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito. La autoridad deberá proceder contra el presunto responsable, en cuanto se entere de la comisión del delito, de manera que no solo el ofendido puede

¹¹ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. 41, México 2000, pág. 142

denunciar la comisión del delito. La mayor parte de los delitos se persiguen de oficio, en cuyo caso, no procede el perdón del ofendido.

La denuncia: Es una relación de hechos presumiblemente delictivos que puede hacer el sujeto pasivo o cualquier otra persona ante el Ministerio Público a fin de que inicie la averiguación previa correspondiente.¹²

2. De querrela necesaria. Este sólo puede perseguirse a petición de parte, por medio de querrela del pasivo o de sus legítimos representantes.

En la querrela se deja a criterio de la propia víctima proceder o no contra el sujeto activo, por su naturaleza, procede el perdón del ofendido y para saber si un delito se persigue de oficio o por querrela el mismo precepto legal indica cuando se persigue de querrela de parte, ya sea en el mismo artículo donde se define el delito o en otro, en cambio, los delitos perseguibles de oficio no tienen dicho señalamiento, de manera que al ser omisa esa prescripción, se entiende que son perseguibles de oficio.

La querrela, es una relación de hechos presumiblemente delictivos hecha ante el Ministerio Público por el ofendido o su legítimo representante dando su consentimiento para que inicie la averiguación previa.¹³

Por su materia.

3. Común: Cada estado legisla sus propias normas, Desde agosto de 1999 la Asamblea Legislativa del D.F., esta facultada para legislar en materia penal para el D.F. pero ésto cuenta a partir de enero de 1999.
4. Federal: Es el emanado del Congreso de la Unión, en el que se ve afectada la federación.
5. Militar: Es el contemplado en el legislación militar, o sea, afecta sólo a los miembros del ejercito nacional.
6. Político: Afecta al Estado, en cuanto por lo que hace a su organización y representantes, como es el caso de la sedición, la rebelión, el motín y la conspiración para cometerlos.

¹² Apuntes de Clase del Licenciado Moisés Moreno Rivas.

¹³ Ídem

7. Contra el derecho internacional: Afecta bienes jurídicos de derecho internacional, como piratería, violación de inmunidad.

Para Castellanos Tena los delitos oficiales son lo que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones¹⁴.

Clasificación legal.

El Código Penal para el Distrito Federal, en el libro segundo, reparte los delitos en 27 títulos, a saber; Delitos contra la vida la integridad corporal, procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética, delitos de peligro para la vida o la salud de las personas, delitos contra la libertad personal, delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, delitos contra la moral pública, delitos contra la integridad familiar, delitos contra la filiación y la institución del matrimonio, delitos contra la dignidad de las personas, delitos contra las normas de inhumación y exhumación y contra el respeto a los cadáveres o restos humanos, delitos contra la paz, la seguridad de las personas y la inviolabilidad de domicilio, delitos contra la intimidad personal y la inviolabilidad del secreto, delitos contra el honor, delitos contra el patrimonio, operaciones con recursos de procedencia ilícita, delitos contra la seguridad colectiva, delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos, delitos contra el servicio público cometido por particulares, delitos contra el adecuado desarrollo de la justicia cometidos por servidores públicos, delitos contra la procuración y administración de justicia cometidos por particulares, delitos cometidos en el ejercicio de la profesión, delitos contra la seguridad y el normal funcionamiento de las vías de comunicación y de los medios de transporte. El legislador Distritense, pretendió, en términos generales, hacer la división de los delitos teniendo en cuenta el bien o el interés protegido.

¹⁴ ídem, pág. 145

2.2 Conducta y Ausencia de Conducta.

La Conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir, según la prelación lógica. Algunos la llaman acción, hecho, acto, actividad.

La base del sistema causalista, fué el concepto de acción, concebido por Liszt y Beling, en términos totalmente naturalísticos, considerando que “la acción es un fenómeno de la naturaleza, que como cualquier otro, se basa en una relación de procesos causales”, por ser un movimiento corporal (acción en sentido estricto) con modificación del mundo exterior (resultado), unidos ambos extremos por el vínculo de la causalidad. Liszt señala, que la acción humana voluntaria, debe ser, referida únicamente al movimiento físico que produce un resultado material, existiendo una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material (proceso causal ciego), no importando el sentido o fin de la acción, ya que esa voluntad, es materia de análisis de la culpabilidad.

En opinión de Jiménez Huerta, la palabra conducta, es una expresión de carácter genérico, significativa de toda figura típica, contiene su comportamiento humano. Con frecuencia se utilizan los términos, acto, hecho, actividad o acción para hacer referencia al elemento fáctico, prefiriendo utilizar el término conducta, no sólo porque se adecua mejor a las diversas manifestaciones del actuar humano, sino porque refleja en mejores términos, el sentido y el fin de la acción o inercia del hombre para integrar un comportamiento típico.¹⁵

Para Pavón Vasconcelos, la conducta consiste en “el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria, (acción u omisión) y que ambas tienen una íntima relación con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de realizar la actividad esperada”.¹⁶

Por su parte Cuello Calón menciona que “la acción en sentido amplio consiste en la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado”.¹⁷ Este autor afirma

¹⁵ Cruz Agüero, Leopoldo de la, El término Constitucional y la propia responsabilidad Penal, 2da. Edición Porrúa, México, 2000 pág. 25

¹⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco, Óp. Pág. 186

¹⁷ Cuello Calón Eugenio Óp. Pág. 345

que la acción en sentido amplio comprende la conducta activa, el hacer positivo y la acción en sentido estricto; la conducta pasiva (omisión).

Carranca y Trujillo, considera que el acto y la omisión son las dos únicas formas de manifestación de la conducta humana que pudiera constituir un delito.¹⁸

Fernando Castellanos Tena, se pronuncia a favor del término “conducta” dentro de él, se puede incluir, tanto el hacer positivo como el negativo.¹⁹ La conducta es un elemento del hecho cuando según la descripción del tipo, precisa un resultado material. Según su criterio, no existe ningún inconveniente en aceptar el empleo de ambos términos, conducta y hecho, advirtiendo al respecto que “El termino hecho se entiende lo ocurrido e indudablemente el actuar humano (con o sin resultado material) por efectuarse en el escenario del mundo es de éste punto de vista un hecho.

Para éstos autores el término “conducta” es una sinomía de “acción”, dado que ambas palabras encierran el elemento volitivo del sujeto activo, la decisión de poner en movimiento el cuerpo y producir un resultado con ello, que se refleja en el mundo exterior, en que se puede incluir tanto el hacer positivo como negativo.

Porte Petit, opina que la expresión acción, no es la adecuada, porque no contiene o abarca a la omisión, ya que la acción indica movimiento y la omisión inactividad. Incliniéndose más por los términos conducta y hecho para denominar el elemento objetivo del delito.

Fernando Castellanos, considera a la conducta como “el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito”. Resultando que, sólo el ser humano puede ubicarse en la hipótesis de ser sujeto activo, por ello se descartan las posibilidades de que un animal, un objeto, o las personas morales puedan serlo, lo cual se confirma con los artículos 27 y 32 del Código Penal para el Distrito Federal que establecen:

Artículo 27.- *(Responsabilidad de las personas morales). Para los efectos de este código, sólo pueden ser penalmente responsables las personas físicas. Sin embargo, cuando un miembro o representante de una persona moral, con excepción de las instituciones públicas del Distrito Federal, comete algún delito con los medios que para tal objeto la misma persona moral le*

¹⁸ Carranca y Trujillo, Raúl y Raúl Carranca y Rivas, Óp. cita pág. 292

¹⁹ Castellanos Tena, Fernando, Lineamiento Elementales de Derecho Penal, México 2000, pág. 147.

proporcione, de modo que el delito resulte cometido a su nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquella, el juzgador impondrá en la sentencia, previo el procedimiento correspondiente y con intervención del representante legal, las consecuencias jurídicas accesorias previstas en los artículos 68 y 69 de este Código para dichas personas, independientemente de la responsabilidad en que hubiere incurrido las personas físicas por los delitos cometidos.

Artículo 32.- (Consecuencias para las personas morales). *Las consecuencias jurídicas accesorias aplicables a las personas morales que se encuentren en los supuestos previstos en el artículo 27 de este Código, son:*

*Suspensión;
Disolución;
Prohibición de realizar determinadas operaciones;
Remoción; y
Intervención.*

En éste orden de ideas, al exteriorizarse la voluntad por medio de la conducta, ésta puede asumir dos formas diversas, una positiva y una negativa; es decir que puede consistir en un hacer y en un no hacer; en el primer caso tenemos la acción (en sentido estricto, llamada también acción positiva) en el segundo la omisión; igualmente llamada acción negativa, dividiéndose ésta ultima en omisión simple y omisión impropia o comisión por omisión. En los delitos de acción en sentido estricto, se infringe una ley prohibitiva. Los delitos puros de omisión consisten en la infracción de una ley preceptiva, que manda hacer algo; en los delitos de comisión por omisión se infringe una ley prohibitiva mediante la infracción de una ley preceptiva.

Conducta

1. Acción.
2. Omisión simple.
3. Comisión por omisión.

ACCION.

La acción, consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleve a cabo uno o varios movimiento corporales, lo que se traduce en una actividad humana voluntaria con la que se produce una violación a la ley Penal.

Elementos de la acción.

1. Voluntad.
2. Manifestación de la Voluntad.
3. Resultado.

La voluntad constituye un ingrediente esencial de la acción, sólo se le reconoce la función de ser el factor causal o desencadenante del movimiento corporal, tiene dos caracteres o fases: una interna, que se traduce en el contenido de la voluntad analizable hasta el nivel de la culpabilidad, para determinar el actuar doloso y el culposo y otra, la fase externa, que es la manifestación de la voluntad que interesa relevantemente para la acción causalista, aquella que es acromática y no matizada con la finalidad que persigue.

El resultado, es la mutación en el mundo exterior, causado por la manifestación, que conlleva a un resultado material.

El concepto de relación de causalidad entre conducta y resultado, es adoptado por las ciencias naturales, y parte de la consideración de que el acto ejecutado por el sujeto, produce un resultado previsto por la ley, existiendo una relación necesaria de causa-efecto entre uno y otro. Sólo en los delitos de resultado material existe la relación de causalidad. El resultado debe tener como causa un hacer o no hacer voluntario del agente, en consecuencia, en los delitos de resultado jurídico formal, como no se produce cambio en el mundo exterior, no se da en ellos la relación de causalidad.

OMISIÓN.

La omisión consiste en realizar la conducta típica por medio de una inactividad, en un no hacer o dejar de hacer voluntario. Constituye la forma negativa del comportamiento.

Para Sergio J. Medina los delitos de omisión consisten en un no hacer algo, con la forma negativa de la acción, que se traduce en una inactividad voluntaria cuando la ley impone el deber de ejecutar un hecho determinado, puesto que por ejemplo, quien olvida un encargo derivado directamente de la concepción típica, no escapa al reproche social por el hecho de no haberse acordado de cumplirlo.

A diferencia de lo que ocurre en los delitos de acción la omisión es independiente de la existencia de un coeficiente psíquico volitivo en la realización. Ciertamente es el nexo psicológico, puede darse y de hecho se da en muchas ocasiones, pero también hay delitos de omisión por olvido, en los que la ley penal mantiene sus exigencias pues dependía de la voluntad del sujeto el haber realizado la acción que de él se esperaba.²⁰

Maggiore establece “Que la omisión es toda conducta humana dolosa o culposa que sin necesidad de una acción material (movimiento corporal), produce algún cambio en el mundo exterior.

La omisión puede ser simple o comisión por omisión, en la opinión de Cuello Calón es “la inactividad Voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar”.²¹

Omisión simple. También conocida como omisión propia consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o culposamente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva.

Por su parte Celestino Porte Petit dice que la omisión simple consiste en un no hacer voluntario ó involuntario (culpa) violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un mandamiento o “imposición”.²²

Por nuestra parte, la definiremos, como un no hacer voluntario o culposo, incumpliendo un deber jurídico de obrar, violando una norma preceptiva o dispositiva, produciendo un resultado jurídico formal.

Celestino Porte Petit Señala como elementos de la omisión simple los siguientes:

1. Voluntad o no voluntad
2. Inactividad
3. Deber jurídico de obrar, con conciencia, consiente de un resultado típico

1. - Voluntad o culpa: Consiste en no querer realizar la acción esperada y exigida, ó no querer realizar la inactividad culposamente. En consecuencia, en la omisión existe al igual

²⁰ Sergio J. Medina Peñaloza, Teoría del Delito, Ed. Ángel. México, 2001, p. 91

²¹ Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal Parte General, 18ª Ed. Barcelona p 288

²² Porte Petit Celestino Op. Cit. 349

que en la acción, un elemento psicológico querer la inactividad o llevarla a cabo en forma culposa.²³

2.- Inactividad o no hacer: la omisión estriba como hemos afirmado en una abstención o inactividad voluntaria o culposa, violando una norma preceptiva, imperativa, no se hace lo que debe hacerse.

3.- Deber jurídico de obrar con una conciencia conciente de un resultado típico, El resultado en la omisión simple es únicamente típico, al existir mutamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consuma el delito al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.

COMISIÓN POR OMISIÓN.

También conocida como omisión impropia, es un no hacer voluntario culposo, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe dos normas, una norma preceptiva y otra prohibitiva.

Lo mismo que en los delitos puros de omisión, (donde el círculo de los posibles sujetos activos están restringidos por el tipo legal a aquellos sujetos que tenían el deber de realizar la acción omitida), en la comisión por omisión el sujeto activo ha de ser aquella persona que tuviere un deber de impedir el resultado.

Según Francisco Pavón Vasconcelos, la esencia de la comisión impropia, también denominada comisión por omisión, se encuentra en la inactividad voluntaria que infringe un mandado de hacer, acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado típico o material, señalando como diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión (omisión impropia) las siguientes:

1. En la omisión simple se viola únicamente una norma preceptiva penal, en tanto en los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal.

²³ *Ibíd*em p. 240

2. En los delitos de omisión simple sólo se da un resultado jurídico, en los de comisión por omisión se produce en resultado tanto jurídico como material.
3. En la omisión simple, es la omisión la que integra el delito, mientras que en la comisión por omisión es el resultado lo que configura el tipo punible.
4. En la comisión por omisión se produce siempre un resultado material, se violan dos normas; una preceptiva y una prohibitiva, además se quebrantan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

Al respecto el artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal, establece 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 éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:*

Es garante del bien jurídico.

De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y

Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

Acepto efectivamente su custodia:

Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta, generó el peligro para el bien jurídico; o

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

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

Ausencia de Conducta.

La falta de alguno de los elementos esenciales de delito, tendrá como consecuencia, que éste no se integre, y si la conducta esta ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de que así lo parezca. El aspecto negativo de la conducta es la ausencia de conducta, y se hace presente cuando falta alguno de sus elementos.

Esta, la encontramos contemplada en la fracción I del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, como una causa de exclusión del delito, cabe hacer el comentario que en el anterior Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal, se hallaba, como una de las circunstancias excluyentes de responsabilidad, esta expresión fue sumamente criticada por los comentarista del ordenamiento punitivo.

Por ejemplo, Constancio Bernardo de Quiroz, consideraba, que era inexacto el vocablo circunstancias, que no se trataba de elementos periféricos de los hechos, sino de verdaderos estado nucleares de los mismos, de verdaderas causas centrales.²⁴

Afortunadamente ahora los localizamos como causas de exclusión dentro de artículo 29, el cual establece.

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

I.- (Ausencia de conducta). La actividad y la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente.

Tenemos como causas de Ausencia de conducta las siguientes:

1.- La bis Absoluta o fuerza física exterior irresistible es derivada del hombre, en la que el agente realiza un movimiento corporal o incurre en una omisión involuntaria por una fuerza mayor física o movimiento humano que no puede resistir, es un aspecto negativo de la conducta; El sujeto, a través de ésta, va a realizar una acción u omisión, que no quería ejecutar, por lo tanto esta situación no puede constituir una conducta, por faltar la voluntad del sujeto, elemento esencial de la conducta.

²⁴ Granados Atlaco, José Antonio y Miguel Ángel "Teoría del delito Antología" 2da Ed. División de la Universidad Abierta Facultad de Derecho UNAM 1996 pa.138.

Pavón Vasconcelos infiere que la vis absoluta tiene como requisitos los siguientes:

- a) Una actuación consistente en una actividad o inactividad involuntaria.
- b) Motivada por una fuerza física, exterior e irresistible
- c) Proveniente de otro hombre.

El autor Porte Petit opina “Que en efecto la fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta. Esta involucra una actividad ó inactividad voluntaria. De tal manera, que la fuerza física hace que el individuo realice un hacer o un no hacer que no quería ejecutar. En consecuencia, por faltar uno de sus elementos: La voluntad, se ha estimado y con razón que en éstos casos el hombre actúa como un instrumento.

Ni desde el punto de vista de la lógica, ni desde el punto jurídico puede ser responsable quien es usado como medio para cometer un delito, por ejemplo presionar la mano de alguien sobre un gatillo para que dispare el arme y mate a otra persona.

2.- Vis mayor: Se presenta de manera similar a la vis absoluta y su ausencia de voluntad radica en la actividad o inactividad, consiste en una fuerza proveniente de la naturaleza o de los animales que obliga a realizar una actividad al agente, fuerza de la cual no ha podido materialmente oponerse. La vis maior es la fuerza mayor que, a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza.

Cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza mayor, se presenta el aspecto negativo de la conducta, o sea, hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del supuesto agente, ni conducta propiamente dicha, de ahí que la ley penal no lo considere responsable.

3.- Movimientos Reflejos: Son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro de éste a un nervio periférico. Como el sujeto esta impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria. En caso de poder controlarlos a voluntad, habrá delito.

4.- Sueño y sonambulismo. El sueño es un estado físico en el cual se pueden realizar actos u omisiones involuntarios, dado el estado de inconciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño y el sonambulismo, algunos penalistas, lo consideran como

ausencia de conducta, para otros, se tratara del aspecto negativo de la imputabilidad, por ello, se discute si se trata de un aspecto negativo de la conducta, o bien de imputabilidad.

El estado crepuscular es aquel en donde el sujeto va empezando a despertar del sueño por lo que en algunas ocasiones realiza movimientos corporales que son efectos de éste y que son sin voluntad propia. El que esta dormido o sea el durmiente, no tiene dominio sobre su voluntad y de aquí la tajante diferencia entre la durmiente y el que se encuentra en estado de vigilia, concluyendo que el sueño constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta, por que cuando se esta en ese estado, no existe voluntad, la cual forma parte de aquella como elemento de la misma. ²⁵

5.- Hipnosis.

Esta forma de inconciencia temporal también se considera un modo de incurrir en ausencia de conducta si en estado hipnótico se cometiere un delito.

²⁵ Porte Petit Candalup Op. Ccit pág 325

2.3 Tipicidad y Atipicidad.

La tipicidad es el segundo de los elementos positivos del delito, de acuerdo a la prelación lógica del mismo.

Francisco Pavón Vasconcelos dice “Que el estudio de la tipicidad hace necesario previamente el análisis del tipo para poder precisar su concepto y su contenido.”²⁶ En lo particular nos adherimos a ese criterio por lo que empezaremos con el tipo, sus elementos y clasificación.

Se considera que el antecedente de la noción del tipo se encuentra en el concepto de Corpus Delicti, posteriormente desarrollado por Ernesto Von Beling. En 1930 Beling, desarrolla, en su Die Lehre von Tatbestand, una ampliación de su doctrina, introduciendo nuevos términos, tales como Deliktstypus (tipo de delito), Typizität (tipicidad), tatbestandsmäßigkeit (adecuación típica).²⁷

Suele hablarse indistintamente de tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica y cualquier otra idea similar. De no existir el tipo, aun cuando en la realidad alguien realice una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquél cometió un delito, porque no lo es, y sobre todo, no se le podrá castigar. Más bien, se estará en presencia de conductas atípicas, asociales o antisociales, pero no de delitos.

Definiremos el tipo como hace Fernando castellanos, al decir que es la descripción que hace el Estado de una conducta en los preceptos penales ²⁸ quién a su vez realiza la siguiente clasificación de Tipo.

Por su composición:

1. Normales: Las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas.

²⁶ Pavón Vasconcelos; Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Óp. Cita p 80

²⁷ Ídem p. 302

²⁸ Fernando Castellanos Tena, Ed. Porrúa, Mex.
, pág.

2. Anormales: Si además de los elementos objetivos, se presentan los elementos subjetivos o normativos en atención a la estructura semántica del tipo, estamos frente a un tipo penal anormal.

Por su ordenación Metodológica:

1. Fundamentales: La naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado, forja una categoría común, capaz de servir de título o rúbrica a cada grupo de tipos:
2. Básicos: Según Luís Jiménez de Asúa el tipo es básico cuando tiene plena independencia.
3. Especiales: Están formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, excluye la aplicación del básico y obliga a investigar los hechos bajo el tipo especial.
4. Complementados: Se integra con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta, se diferencian entre si los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados, presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

En función de su autonomía o independencia pueden ser:

1. Autónomos o independientes: Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo.
2. Subordinados: Dependen de otro tipo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan, sino se subordinan.

Por su formulación, pueden ser:

1. Casuístico: Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Se clasifican el alternativamente formados y acumulativamente formados. En los primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera.
2. De formulación amplia: Se describe una hipótesis única, en donde cabe todos los modos de ejecución. Algunos autores llaman a estos tipos “de formulación libre” por considerar posible que la acción típica se verifique mediante cualquier medio idóneo, al

expresar la Ley sólo la conducta o el hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado de diversas vías.

Por el daño que causan, pueden ser:

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

ELEMENTOS DEL TIPO.

Cada tipo, señala sus propios elementos en la redacción del mismo, sin embargo en ellos podemos encontrar los siguientes:

1. La conducta: en su forma de acción u omisión.
2. Objeto Jurídico: Es el bien protegido por la ley penal, es decir, el bien o interés jurídicamente tutelado.

El derecho penal, en cada tipo penal, tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos. Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido. Y justamente en razón de ese criterio, el Código Penal clasifica los delitos en orden al objeto jurídico (bien jurídicamente tutelado. Cada título del Código agrupa a los delitos, atendiendo al bien jurídico tutelado.

3. Los elementos objetivos: Son todos aquellos elementos susceptibles de ser apreciados por medio de los sentidos o el simple conocimiento, también se les llama elementos descriptivos o de descripción objetiva, por tener como función, describir la conducta, hecho o materia de imputación y de responsabilidad penal, es decir que es a la materialización del hecho.²⁹
4. Los elementos subjetivos: Refieren al motivo y al fin de la conducta descrita, es decir, que se refieren al estado de ánimo que exige el tipo penal para que se imprima en la conducta delictiva.³⁰

²⁹ Apuntes de Clase, Licenciado Moisés Moreno Rivas

³⁰ Ídem

5. Los elementos normativos: Este tipo de elementos requiere ser valorados cultural o jurídicamente por el juzgador.³¹
6. Circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión.
 - a. Circunstancias de tiempo: Se refieren a la temporalidad con que se cometió la conducta ilícita y que en ocasiones es en atención a las características del sujeto activo o del pasivo del delito.
 - b. Circunstancias de modo: Se refiere a la forma en como el sujeto activo comete el delito.
 - c. Circunstancias de lugar: Corresponde al espacio geográfico específico en el cual se cometió el delito.
 - d. Circunstancias de ocasión: Constituyen la oportunidad de tiempo o lugar que se presente para realizar una acción o dejar de cumplir una obligación.
 - e. El resultado: Este debe ser el exigido por el tipo penal, ya sea el resultado formal o material, los cuales ya fueron comentados al igual que el nexo causal.

OBJETOS DEL DELITO.

1. El Objeto Material: Es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se colocó a dicha persona o cosa. Cuando se trata de una persona, esta se identifica con el sujeto pasivo, de modo que en una misma figura coinciden el sujeto pasivo y el objeto material, por tanto, la persona puede ser física o jurídica.
Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada. Así según la disposición penal, puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, agua, electricidad, etc.
2. Objeto jurídico: Es el valor o interés que se protege. Todos los delitos protegen cuando menos un bien jurídico, el cual puede ser lesionado o puesto en peligro.

³¹ *Ibíd*em

SUJETOS DEL DELITO.

1.- Sujeto activo: Es la persona física que realiza el delito; se llama también delincuente, agente, criminal. Este último vocablo lo maneja la criminología.

El artículo 27 del Código Penal para el Distrito Federal, señala “sólo pueden ser penalmente responsables las personas físicas, a su vez el artículo 12 del mismo ordenamiento establece, que las disposiciones de este Código se aplicará a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad.

En cuanto a las calidades y cantidades referidas al sujeto activo, se alude a que a veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo, a la cual queda subordinada la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo.

Y en cuanto a la calidad referida al sujeto activo encontramos que, puede haber plurisubjetividad ó unisubjetividad, en la primera el tipo puede requerir de dos o más sujetos para su configuración y en la unisubjetividad bastará con una sola persona.

2.- Sujeto Pasivo: Es la persona física o moral, titular del bien jurídico afectado, sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el delincuente. Por lo general, se le denomina también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito.

En principio, cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala, mediante cantidades y calidades, quien puede serlo y en que circunstancias. También se puede establecer la diferencia entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito.

Sujeto pasivo de la conducta, es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado, y

El sujeto pasivo del delito, Es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.

Una vez establecido lo que es tipo, procederemos al análisis de tipicidad.

Según Fernando Castellanos Tena: “La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración.”³²

Para Celestino Porte Petit “la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo”, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.”³³

Según Mezger, “el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto, el tipo jurídico penal es fundamento real y de validez (*ratio essendi*) de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad.”³⁴

Fernando Castellanos coincide en que “la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad; por supuesto, con referencia al ordenamiento positivo, porque siempre hemos sostenido que, desde el punto de vista del proceso formativo del Derecho, la antijuridicidad, al contrario, es *ratio essendi* del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellos descritos.

Así que para él, la Tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal, y hace falta que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo, para que el delito no exista.

Para nosotros la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, ósea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis penal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la Ley.

Cada tipo penal señala sus propios elementos, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal.

³² Castellanos Tena, Fernando, Óp. Cita p 67

³³ Idem. Op. Cit 170

³⁴ Ídem. P. 169

La tipicidad se encuentra fundamentada en el artículo 14 párrafo III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice:

“En los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. En éste se enmarca el principio de (nulla poena sine tipo), no hay pena sin tipo penal.

Por su parte el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 2 establece lo siguiente:

Artículo 2 (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva analogía y 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 de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógicamente o por mayoría de razón de la ley penal en perjuicio de persona alguna.

Atipicidad.

La atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, en términos generales, es la no adecuación de la conducta al tipo. No se adecua la conducta del sujeto activo al tipo, cuando falta alguno de los elementos o requisitos que el tipo exige.

La distinción entre ausencia de tipo y de atipicidad, es, que la primera se presenta, cuando el legislador, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos.

Algunos autores consideran al respecto que la atipicidad puede ser absoluta o relativa. La absoluta es la inexistencia del tipo es decir, que no hay tipo penal que describa la conducta como delito, que el tipo no este en el Código. La atipicidad relativa es la no integración del tipo, por la falta de alguno de los elementos del tipo.

En cambio, Fernando Castellanos Tena dice que “la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada”.

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal establece al respecto lo siguiente:

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

Fracción II.- (Atipicidad) de alguno de los elementos que integre la descripción legal de delito de que se trate.

Causas de atipicidad.

En cuanto a los elementos esenciales del tipo:

1. Por falta de calidad o de número en el sujeto activo: Para determinados delitos, la ley establece características específicas para el agente, tal y como ya se ha explicado, excluyendo por tanto de una conducta tipificada a quienes no cumplan con esa cualidad específica y restringiendo a su vez el campo de posibilidades de la actualización del evento antisocial.
2. Por falta de calidad o de número en el sujeto pasivo: De igual forma, ya puntualizamos que algunos tipos penales imponen la necesidad de que el sujeto pasivo cumpla con

algunas características determinadas, de no presentarse ello, es imposible la configuración del ilícito en cuestión.

3. Por Falta de objeto Material: La falta del objeto que sufre un daño o peligro provocado por la conducta delictuosa, constituye una causa de atipicidad.
4. Por falta de objeto jurídico: A falta de bien o institución amparada por la ley, nos encontramos ante una causa de atipicidad, toda vez que el espíritu de la norma jurídica debe albergarse forzosamente una tutela imprescindible de un bien trascendental para el Derecho. Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, Se presentará una atipicidad por no existir material sobre el cual recaiga la acción.
5. Por falta de referencias temporales o espaciales: Algunos tipos penales contienen en su descripción ciertas referencias al espacio o tiempo en que se ha de realizar la conducta delictiva, de tal forma que, a falta de alguno de estos requisitos, no habrá tipicidad.
6. Por falta de medios comisitos: Existe en algunos tipos penales de la exigencia de que la conducta se lleve a cabo a través de medios especiales que el mismo tipo considera.
7. En cuanto a los elementos básicos del tipo: Por falta de elementos Objetivos. Estos elementos describen la conducta o hecho materia de imputación y de responsabilidad penal, cuando no se materializa el hecho, se dice que se carece del elemento, operando la Atipicidad.
8. Por falta de elementos subjetivos: Como ya hemos señalado, los elementos subjetivos, son aquellos que se refieren al motivo o al fin del agente, la carencia del elemento subjetivo exigido impide, la cabal adecuación típica.
9. Por falta de elementos normativos: En este caso se refiere a que cuando el juzgador no hace una valoración del tipo ya sea de carácter jurídico o cultural, y que esta sea necesaria, se produce la Atipicidad.

2.4 Antijuridicidad y Causas de justificación.

Para diversos tratadistas la antijuridicidad es el aspecto más importante del delito, de tal grado que para algunos no es mero elemento del mismo, sino su íntima esencia o naturaleza.

En el ámbito jurídico, frecuentemente se utilizan las palabras, antijurídico, ilícito e injusto indistintamente, lo que origina, en algunos casos, cierta confusión de conceptos. En cuanto al concepto antijuridicidad, algunos opinan que es preferible el término injusto, sin embargo el primer término es un “anti” y el segundo es sólo “no derecho”; por lo que debe preferirse el uso del primero.

Jiménez de Asúa prefiere el uso del término antijuridicidad, que además es el más extendido y aceptado, y nos dice, “provisionalmente puede decirse, que lo antijurídico, es lo contrario al Derecho, por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho”.³⁵

Liszt, Mayer y otros autores, han expuesto que la esencia de la antijuridicidad la encontramos en la protección de bienes jurídicos, expresión de las valoraciones ético sociales plasmadas por el legislador en la Ley.

Así mismo coincide, José Antonio Granados Atlaco, que la antijuridicidad “consiste en que el delito lleva intrínseca la protección de un bien jurídico, por lo tanto, la trasgresión de la norma penal siempre se verá reflejada en un ataque a los bienes tutelados por el orden jurídico, ya sea en un grado de peligro latente o de menoscabo irremediable”.³⁶ Posteriormente el mismo autor afirma que “la antijuridicidad en el ámbito penalizador, debe ser en gran parte considerada la esencia del derecho penal, definiéndola, como la valoración de rechazo para prohibir comportamientos mediante la específica manifestación legislada del Estado, ordenando sancionar a quienes puedan afectar los diversos intereses materiales o inmateriales, estimados prioritarios para la vida individual o comunitaria. Para dicho fin, crea los tipos penales, conceptuados como formas de conducta recriminables, los cuales,

³⁵ Luís Jiménez de Asúa, “Tratado de Derecho Penal, Tomo III, ob, cita, pág. 958

³⁶ Granados Atlaco, José Antonio y Miguel ángel Granados Atlaco, Op. Cit. P. 57

complementados por la parte General del Código Punitivo, han sido forjados para proteger bienes jurídicos fundamentales para la comunidad humana.³⁷

A su vez el penalista mexicano Sergio Vela Treviño con base en una exposición sistemática de los temas apuntados define a la antijuridicidad como: “El resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado.”³⁸

De acuerdo al criterio Objetivo de la Antijuridicidad, Cuello Calón dice que: “la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y la norma jurídico penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.”³⁹

Según Fernando Castellanos Tena, la antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa y opina que la antijuridicidad comúnmente “es lo contrario al Derecho”⁴⁰

Clases de antijuridicidad.

Binding y Mayer intuyeron un doble contenido en la antijuridicidad, uno formal y otro material, esto no significa que exista dos antijuridicidades, sino más bien dos aspectos, los cuales son:

1. Antijuridicidad formal o nominal: Deriva indudablemente cuando la acción contraria a Derecho constituya una trasgresión a la norma dictada por el Estado, contradiciendo por ello el mandato o la prohibición que hace el ordenamiento jurídico de que se considera la violación a la norma jurídica que manda o prohíbe.

³⁷ González, Quintanilla, José Arturo, Op. Cit. P. 302

³⁸ Sergio Vela Treviño, “Antijuridicidad y justificación”, Edit. Trillas., México tercera ed., 1990, pág. 130.

³⁹ Cuello Calón, Eugenio.- Op. Cit. P. 362

⁴⁰ Castellanos Tena, Fernando, Óp. Cit. P. 178

2. Antijuridicidad material. Será antijurídica la acción, desde el punto de vista material, cuando substancialmente o materialmente lesione o ponga en peligro bienes o valores penalmente protegidos.

Este criterio dual de la antijuridicidad, fué criticado por el maestro Luís Jiménez de Asúa y el penalista Sebastián Soler. En efecto el primero escribió: “Von Liszt confunde la antijuridicidad formal con la tipicidad, en suma la antijuridicidad formal es la tipicidad y la antijuridicidad material la antijuridicidad propia. El error está en que la terminología de Liszt se hace valorativo (normativo) a lo formal, que es descriptivo”.

Por lo que podemos ver existe una gran relación entre antijuridicidad y la tipicidad, en virtud de que la antijuridicidad únicamente se vincula con una conducta típica en el orden jurídico establecido.

El artículo 4 del Código Penal para el Distrito Federal prevé.

Artículo 4.- *(Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material) Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.*

Terminaremos este punto diciendo que lo antijurídico es lo contrario a derecho y una conducta típica es antijurídica cuando no se encuentra protegida por una causa de justificación. Así mismo la antijuridicidad implica un juicio de valor que recae sobre la conducta, no solo sobre el elemento objetivo si no sobre subjetivo.

Causas de Justificación.

Lo contrario a la antijuridicidad, es lo conforme a derecho, por lo cual el aspecto negativo de ésta, son las causas de justificación, o causas de ilicitud, las cuales constituyen las razones o circunstancias que el legislador consideró, para anular la antijuridicidad del delito, al considerarla lícita, jurídica y justificativa, desapareciendo lo antijurídico, en consecuencia, se anula el delito, por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho. Por ello las causas de licitud constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad.

En principio, la ley penal castiga a todo aquel que la contraría; pero excepcionalmente, ésta, establece casos en que justifica la conducta típica, con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación o licitud.

En éste entendido, no toda conducta típica es antijurídica, no lo es, si la abriga una justificante contemplada en la ley. En el caso de las causas de justificación, el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado a derecho. Hay lesión jurídica, solo que es autorizada o facultada por la ley.

Cuando el legislador penal define y castiga un hecho lo hace porque es jurídicamente perjudicial para la comunidad. Sin embargo en ciertas circunstancias ese mismo hecho se transforma de perjudicial o jurídicamente beneficioso, y ésto sucede precisamente en virtud de una causa de justificación.

En la opinión de Zaffaroni, las causas de justificación han de basarse en criterios objetivos, ya que en casos de extenderse a algunos criterios subjetivos se corre el grave riesgo de llegar al extremo de justificar conductas antijurídicas en las que la situación de justificación es solamente imaginaria. Por ello, el criterio de delimitación debe partir de la existencia real y efectiva de una situación objetiva de justificación, por lo cual su naturaleza es eminentemente objetiva, pues deriva de la conducta y no de algún elemento interno. De lo anterior se explica que dichas causas anulen el delito, más no la culpabilidad.

Para Luís Jiménez de Asúa las causas de justificación, son: “Aquellas causas que excluyen la antijuridicidad de una conducta, que puede subsumirse en un tipo legal, eso es aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, contrarios al derecho, que es el elemento más importante del delito.”⁴¹

La denominación de causas de justificación, también ha sido debatida por los penalistas, así se la ha denominado, causas que excluyen la responsabilidad, causas impositivas de que surja el delito, requisitos negativos del delito, circunstancias negativas del delito, circunstancias negativas de la antijuridicidad, condiciones típicas conforme a derecho.

Jiménez Huerta critica el empleo de la expresión “causas de justificación, cuando nos dice que si la conducta no es antijurídica, no necesita justificarse quien no lesiona ningún interés jurídico al obrar conforme a derecho o no efectúa una conducta antijurídica que deba ser legitimada.

En la doctrina, las causas de justificación atribuyen la no reprochabilidad al comportamiento externo del sujeto activo, por autorizarlo o exigirlo el Estado. El Código Penal para el Distrito Federal contempla a la causas de justificación en el artículo 29 junto con otras causas de exclusión del delito.

Son causas de justificación:

1. El consentimiento del titular
2. La legítima defensa.
3. Ejercicio de un derecho
4. Estado de necesidad
5. Cumplimiento de un deber

La diferencia que existe entre las causas de justificación y las demás causas de exclusión del delito, radica, en el elemento del delito que se anula, las causas de justificación anulan la antijuridicidad, las causas de inculpabilidad anulan la culpabilidad, las causas de inimputabilidad anulan la imputabilidad, la atipicidad anula la tipicidad y la ausencia de conducta anula la conducta.

⁴¹ Luís Jiménez de Asúa, “La ley y el delito”, ob, cit, p. 284

1.- Consentimiento: El delito se comete con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando:

- a) Se trate de un bien jurídico disponible: El bien jurídico es disponible cuando sólo pertenezca al sujeto pasivo y no actúe otra persona, ya sea físico o moralmente y que con el acto de disposición no se afecte interés social.
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien éste legitimado para consentir, tenga capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o de quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

Mezger explica: “El consentimiento del lesionado no excluye el injusto, en todos los hechos punibles. “El consentimiento debe ser serio y voluntario y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente.”⁴²

2.- Legítima defensa: En casi todos los pueblos se ha presentado ésta figura que excluye de pena a quien causa un daño por obrar en virtud de la defensa de determinados intereses previstos en la Ley según ciertas circunstancias.

Quizá la legítima defensa es la más importante de las causas de justificación. En la práctica, esta figura se presenta con frecuencia y es lamentable su desconocimiento, tanto por parte de autoridades como de abogados.

Pavón Vasconcelos apunta que la legítima defensa es: “la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho.

⁴² Edmundo Mezger, Derecho Penal, Cárdenas Editores, México, 1985, p. 166

Para Luís Jiménez de Asúa, es la “la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla.

El maestro Porte Petit define a la legítima defensa de la siguiente manera: Es el contra-ataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aun cuando haya sido provocada insuficientemente.

Por lo cual, la legítima defensa consiste, en repelar una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Esta es la definición legal contemplada en la fracción IV del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, como se ve a continuación.

Artículo 29.- El delito se excluye cuando.

Fracción IV.- Se pelear 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.

La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico; sin embargo, la ley no precisa ni excluye a ninguna. Así, al amparo del principio que dice; “donde la ley no distingue, no se debe distinguir”, se entiende que todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección por legítima defensa.

Aquí cabe destacar que se trata no sólo de bienes propios, sino también de ajenos, pues la propia ley así lo establece; de ahí que se insista en lo incorrecto de la expresión defensa propia.

En torno a la legítima defensa se han formulado diversas teorías, una de las más importantes es la de la escuela clásica, que concibe que ante la imposibilidad momentánea en que el Estado se encuentra en imposibilidad de evitar la agresión injusta y de proteger al injustamente atacado, es justo e lícito que éste último se defienda, porque en tal situación de

desamparo no se le puede imponer que permanezca inactivo y sucumba a la agresión injusta. De esta forma se sustituye la defensa pública por la defensa privada.

Es importante señalar en éste punto que con las nuevas reformas del Código Penal para el Distrito Federal que entró en vigor en marzo del 2003, se suprimió la racionalidad de la defensa y por lo tanto la definición que nos aporta Jiménez de Asúa, ya no es del todo actual.

Los elementos de la legítima defensa son las partes integrantes de la propia definición legal:

1. Repulsa: Significa rechazar, evitar algo, eludir, no permitir que algo ocurra o se acerque. Implica que la agresión ejercida, sin haberla provocado o se rechace. La repulsa es realizada por el presunto o probable responsable de la conducta lesiva, quien queda protegido por la legítima defensa.
2. Agresión: Consiste en atacar, es un acto mediante el cual se daña o pretende dañar a alguien. Es actuar contra una persona con intención de afectarlo:
3. Real.- Que sea algo cierto, no imaginario, que no se trate de una simple suposición o presentimiento.
4. Actual.- Que ocurra en el mismo instante de repelerla, que la agresión y la repulsa deben darse en un mismo espacio temporal, o que aquella sea inminente.
5. Inminente.- Que sea próxima o cercana, de no ser actual, que por lo menos esté a punto de ocurrir.
6. Sin derecho.- La agresión debe carecer de derecho, porque la existencia de éste anularía la antijuridicidad y no se justificaría la defensa.
7. En defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno, pues así lo señala la ley.
8. Necesidad de la defensa. Significa que la acción realizada (repulsa) para defender los bienes jurídicos debe ser la necesaria, proporcional al posible daño que se pretendía causar con la agresión injusta. sin mediar provocación suficiente, dolosa e inmediata. El agredido no debe haber provocado la agresión, ni el tercero a quien se defiende, no deberá haber dado causa a ella. Malamente podrá decir y justificar que repelió una agresión “sin derecho” quien ha dado motivo suficiente para ella.

9. Racionalidad de los medios empleados.- Quiere decir que el medio no sea externo, como se dijo antes esto se aplicaba antes de las reformas mencionada.

Aparte de la forma genérica, la ley prevé dos casos de presunciones *iuris tantum* de legítima defensa, en los párrafos segundo de la fracción IV del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal.

1. La primera se refiere a la causación de algún daño a quien trate de penetrar, sin derecho, al hogar de otro, a la de la familia de otro, o a las dependencias de cualquier persona que tenga deber de defender o al sitio donde se encuentran bienes propios o ajenos, con la misma obligación de defender.
2. El segundo caso, es cuando el daño se causa a un intruso al momento de sorprenderlo dentro de los lugares antes mencionados.

El exceso ocurre cuando el agredido extralimita las barreras de lo proporcional y justo, rebasándose la medida necesaria para defenderse o para defender a otro. Al respecto, Von Liszt indica “No debe traspasar los límites de la estricta necesidad”.⁴³

En nuestra legislación cuando exista legítima defensa, se castigará por el delito cometido como si hubiera sido culposo, según establece el último párrafo del artículo antes mencionado.

Los problemas que plantea la legítima defensa, son cuestiones e inquietan al estudio y a quien en la práctica maneja el derecho penal; constituyen confusión por falta de uniformidad de criterios al respecto son:

1. Contra el exceso.- Se plantea si es posible que se pretenda esta figura de la legítima defensa y que el agresor (primero) obre a su vez, en ejercicio de la legítima defensa cuando el atacado se excede en la repulsa a su agresión. Como se apuntó, no existe uniformidad en los autores, quienes tienen opiniones encontradas en cuenta a la respuesta.

⁴³ Franz Von Liszt, citado por Irma Griselda Amuchategui, La legítima defensa y el derecho penal, antología, Sua, UNAM, México, 1989, p. 105

En lo particular consideramos que no puede presentarse dicha figura jurídica, debido a que la ley, entre los requisitos señalados para integrarla, exige que no haya habido provocación, y en esta hipótesis si la hay, por otra parte la fundamentación de la legítima defensa impide la existencia de un círculo vicioso, existiendo en realidad una causa de inculpabilidad por la inexigibilidad de una conducta, diversa a la realizada.

2. Legítima defensa y riña: Estas dos figuras comúnmente se confunden: sin embargo, son diferentes y no hay posible duda al respecto. Si se tiene presente en qué consiste la primera, bastará señalar que la riña es la contienda entre dos o más personas, pero tiene que ser de obra, no de palabra y constituye una circunstancia atenuante en los delitos de lesiones u homicidio.

La riña es una contienda en que ambos sujetos se hallan en igualdad de circunstancias, a diferencia de la legítima defensa, en la cual hay un agresor y un agredido que repele la agresión. En la riña, tácita o expresamente, los rijosos manifiestan su conformidad con las consecuencias, mientras que en la legítima defensa, no, porque en ésta existe una excluyente de delito y por lo tanto, de pena, en cambio, en la riña sólo ocurre una atenuante. Por último, se niega categóricamente que ambas instituciones puedan ocurrir de manera simultánea, pues excluye a la otra. Estas dos figuras penales son independientes y de naturaleza diversa.

3. En el caso de inimputable.- Si un inimputable comete una acción “delictuosa” en ejercicio de la legítima defensa, al ser agredido obra en legítima defensa, pero se trata de un inimputable, y su actuar se regula por las disposiciones contempladas en la Ley de Tratamiento de Menores Infractores del Distrito Federal. Nada impide que un menor o cualquier otro inimputable obre en legítima defensa.
4. Legítima defensa contra una conducta lícita.- No procede la legítima defensa contra una conducta lícita, puesto que para su procedencia se requiere de una agresión sin derecho, es decir, ilícita, razón por la que es improcedente la defensa legítima contra el ejercicio de un derecho el cumplimiento de un deber, el estado de necesidad como justificante.
5. Legítima defensa putativa.- Esta se da cuando el agente, por un error esencial e invencible, cree encontrarse frente a una agresión que cree necesario repelerla mediante la legítima defensa, cuando en realidad no exista ninguna injusta agresión.

En éste no existe una causa de justificación, sino una causa de inculpabilidad, porque el delito se excluye cuando la acción o la omisión, se realiza bajo un error invencible, respecto de la licitud de la conducta, porque cree que está justificada su conducta.

6. Error accidental en la legítima defensa.- Error en el golpe o *aberratio ictus* cuando el sujeto activo repele una injusta agresión y lesiona o priva de la vida a un tercero por *aberratio ictus*, es decir, por error en el golpe, si opera la legítima defensa, pues la conducta que lesiono o privo de la vida al tercero fue lícita desde su nacimiento y una misma conducta no puede ser lícita para uno (contra el injusto agresor) e ilícita para otro (contra el tercero que resulta lesionado o muerto) razón por la cual se considera que si la conducta del que repele hacia lícita debe seguirse considerando lícita no obstante el error en el golpe.

3.- Ejercicio de un derecho: Aparece junto con el cumplimiento de un deber, contemplado en la fracción VI del mismo artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal.

Penalmente se entiende, cuando al ejercer un derecho, se causa algún daño. En esta eximente, el daño se causa en virtud de ejercer un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión.

En el caso de deportes, se presupone que el ejercicio de un derecho implica una autorización oficial por parte del Estado, de no existir ésta, el ilícito resultante puede entrar en el rubro de la responsabilidad penal.

De igual forma que el cumplimiento de un deber, esta causa de justificación se basa en la previa consignación del deber en cuestión en una ley.

En caso de que exista un exceso en el empleo de alguna de las causas de justificación, se estará a lo previsto en el artículo 83 del Código Penal para el Distrito Federal. El cual establece lo siguiente:

“Al que incurra en exceso, en los casos previstos en las fracciones IV, V, VI del artículo 29 de este Código, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad, correspondiente al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito”.

Por ultimo tenemos que la parte final del artículo 29 del Nuevo Penal para el Distrito Federal, se refiere a que se resolverán de oficio en cualquier estado del procedimiento.

4.- El estado de necesidad.- Es otra causa de justificación o ilicitud de vital importancia, contemplada en el artículo 29 fracción V del Código Penal para el Distrito Federal. Consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, respecto de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

En relación con la jerarquía de los bienes (salvado y sacrificado), existen desigualdad de opinión entre los autores. Para unos, el bien sacrificado debe ser de menor valor que el bien salvado, mientras para otros, pueden tener la misma jerarquía.

El artículo 29 de Código Penal para el Distrito Federal en su fracción V. Establece...

"Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien 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 tuviera el deber jurídico de afrontarlo".

Al analizar la definición legal de estado de necesidad, se observa que éste se integra de los elementos siguientes:

1. Situación de peligro.- Debe existir la amenaza (posibilidad segura) de una situación que puede causar daño a alguno de los bienes jurídicos de los cuales es titular una persona, el peligro debe ser real, actual o inminente.
2. El peligro no debe haberlo ocasionado dolosamente el agente.- La ley precisa que el peligro no hubiere sido ocasionado dolosamente por el agente, si esto ocurriera, no podría invocarse el estado de necesidad, pero cuando se ocasiona culposa o fortuitamente si procede el estado necesario.
3. Necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, que es amparado por el estado de necesidad. Tampoco aquí se precisa o distingue cuáles pueden ser, por lo que se entiende que cualquiera puede serlo, es de decir los bienes jurídicos a que se

refiere la Ley son todos aquellos que perteneciendo a quien se encuentre en peligro pueden resultar afectados por esta situación.

4. Causar un daño.- El agente obrara ante el peligro de tal forma, que causará una afectación o daño a un bien jurídico para salvar otro (propio o ajeno). El daño carecerá de antijuridicidad.
5. Que no exista otro miedo practicable y menos perjudicial. Ante el peligro, el sujeto activo deberá actuar para salvar el bien jurídico amenazado, pero será causa justificada, en cuanto no haya habido otro medio practicable al empleado o que no hubiera otro menos perjudicial a su alcance, pues lo contrario anularía la justificación.
6. Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro.- Se precisa la ausencia de obligación por parte del agente de afrontar dicho peligro. De existir esa obligación, sería otra causa de justificación, pero no estado de necesidad.

Algunos casos específicos tipificados, en el Código Penal para el Distrito Federal, además de la forma genérica, que contempla el estado de necesidad, regula dos específicos, el aborto terapéutico y el robo de indigente. Para algunos, este caso plantea dos bienes jurídicos de jerarquía diversas, de modo que es mayor la vida de la madre que la del producto; para otros, ambos bienes son de idéntica valía, ya para otros mas, el bien superior es la vida del producto (derecho canónico). Algunos juristas consideran que dicha hipótesis pertenece al aspecto negativo de la punibilidad, representado por las excusas absolutorias.

Respecto a dos casos, la mayor parte de la doctrina estima que se trata de un estado de necesidad, sin embargo, también existen opiniones de la doctrina que considera que se trata de una excusa absolutoria de la punibilidad, en la cual subsiste el carácter delictivo de la conducta pero por razones de política criminal, no se impone pena alguna, en virtud de que en el primer caso a ley expresamente establece “no se aplicará sanción” y en el segundo “no se castigará”.

De antemano se precisa que de no existir tal precepto, se recurriría al artículo 29 fracción V del Código Penal del Distrito Federal, el cual ampara de manera genérica ambos casos; por tanto, se concluye que no era necesario erigirlos como casos específicos que, por otra parte, resulta muy difícil su existencia.

5.- Cumplimiento de un deber.- El cumplimiento de un deber aparece junto con el ejercicio de un derecho, en la fracción VI, del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, contemplada como causa de exclusión del delito.

La acción y la omisión que se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre y cuando exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo, constituirá una causa de justificación. Dicho deber legal puede ser producto de la función del carácter público que realiza el agente o en virtud de una obligación general; la fracción VI ya citada liga estas dos últimas causas de justificación. Hay cumplimiento de un deber cuando alguien realiza una conducta ordenada por la ley.

Acertadamente los Catedráticos Granados Atlaco afirman que “el cumplimiento de un deber se representa cuando el agente se encuentra obligado a actuar aunque parezca que lo hace contrariamente al derecho”⁴⁴. Así mismo sostiene que: “El ejercicio de un derecho consiste básicamente en la opción que tiene el sujeto para actuar aparentemente de manera ilícita, sin que por ello se encuentre obligado a actuar de esta forma. Dicha opción debe estar, forzosamente considerada por la ley.”⁴⁵

Como el Código Penal exige la necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber si no existe dicha racionalidad, habrá exceso en el cumplimiento del deber.

El cumplimiento del deber comprende los deberes impuestos por la ley a particulares, se pueden usar todos los medios legales necesarios, inclusive los violentos que sean racionalmente necesarios para dar satisfacción al fin expresado por la ley. En cumplimiento de un deber se presenta cuando el agente se encuentra obligado a actuar aunque parezca que lo hace contrariamente al Derecho.

⁴⁴ Granados Atlaco, José Antonio y Miguel Ángel. “Teoría del Delito. Lecciones de Cátedra”.- Óp.: Cit. P. 80

⁴⁵ Ídem. P. 79

2.5 Culpabilidad e Inculpabilidad.

La culpabilidad constituye un elemento positivo del delito, es indispensable para la configuración de éste. La culpabilidad conforma en su esencia el fundamental y decisivo componente subjetivo del delito. Conforme al Catedrático José Antonio Granados Atlaco, éste elemento del delito es nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, (autor que está más acorde a la teoría psicologista de la culpabilidad) por ello puede considerarse como el cordón umbilical entre la moral y el derecho, su concepto antes que jurídico, es esencialmente ético, por que importa el modo de valuación de la acción humana que rige en el orden social y moral antes que en el orden jurídico.

Para Zaffaroni, es la reprochabilidad del injusto del autor, y Jiménez de Asúa, lo define como “el conjunto de presupuestos que fundamenta la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”.⁴⁶

Mezger la considera como “el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido”.⁴⁷

En lo personal nos adherimos al concepto que da el Licenciado Moisés Moreno Rivas, al definirla como “la reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica”.

Doctrinalmente la naturaleza jurídica de la culpabilidad se divide en dos teorías: la psicológica y la normativa.

1.- La teoría psicológica o psicologista de la culpabilidad, nos lleva a la relación de causalidad entre el sujeto y el resultado. En ella, se parte de la premisa que afirma que todo hombre tiene conciencia y voluntad, por lo cual, es capaz de conocer una norma jurídica y decidir si la acata o no, derivado precisamente de tal hecho la reprochabilidad de su conducta. Para esta corriente es necesario indagar el psiquismo del sujeto activo, para determinar concretamente, cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso, consistente en el nexo psicológico entre el sujeto y el resultado, es decir, obro con dolo o con

⁴⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo III. 10ª Ed. Eit. Porrúa, México, 2001, p. 410

⁴⁷ Mezger, Edmundo, “Derecho Penal Parte General”, 3ra Ed. Edit. Cárdenas, México 1995. P. 321

culpa. La esencia de la culpabilidad, descansa en el reconocimiento de la relación psicológica existente entre el hecho concreto antijurídico y su autor que hace posible la aplicación de las consecuencias penales.

2.- La teoría normativa o normativista de la culpabilidad; de acuerdo a esta teoría, la base de la culpabilidad, no es únicamente es el aspecto psicológico, si no que radica imperativamente en la ley, dirigida a que no tienen capacidad de obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche.

Así que el juicio de culpabilidad, descansa en tres elementos fundamentales para que el injusto pueda ser reprochable al autor:

I.- La capacidad de culpabilidad o imputabilidad del sujeto activo.

II.- La posibilidad que tiene el agente del delito de comprender la antijuridicidad del hecho cometido, en este caso las formas de culpabilidad que son: el dolo y la culpa.

III.- La posibilidad de que al sujeto activo le sea exigible un comportamiento distinto al que realizó.

Para que el reproche jurídico opere, es necesario que la persona que esta bajo ese supuesto, se encuentre en condiciones de discernir lo ilícito de su proceder y aún más de conducirse conforme a esa comprensión, decidiendo libremente llevar a cabo su conducta, sin que para ello se encuentre obligado a hacerlo.

Por su parte el maestro Sergio Vela Treviño se apega a la teoría normativa, la cual no contradice a la psicológica, sino más bien la complementa, para aportarnos una definición de culpabilidad, que consiste en: “el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma”.⁴⁸ El mismo autor señala que la culpabilidad es: “el resultado de un juicio, porque el único capacitado para pronunciarse acerca de la existencia o inexistencia de ella es el juez, quien formulara un juicio de referencia, vinculando psicológicamente al hecho con su autor y posteriormente, resuelve si la voluntad contenida en la conducta era o no reprochable, porque era o no exigible un

⁴⁸ Vela Treviño Sergio, “Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del Delito, 2ª Edi. Edit. Trillas, México, 2000. P. 201

comportamiento diferente, adecuado a la norma y al no hacerlo así el sujeto, se considera culpable por el comportamiento”.⁴⁹

Así mismo la culpabilidad en la teoría ha establecido la existencia de tres formas, que son el dolo, la culpa y la preterintencionalidad, sin embargo conforme al Código Penal para el Distrito Federal solo existen las dos primeras, así lo establece el artículo 18 que dispone.

Artículo 18. *(Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente, 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. Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.*

El Código Penal anterior se hablaba de una tercera forma de culpabilidad: La preterintencionalidad. El artículo 9º de ese Código, en su párrafo tercero señalaba que:

“obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia”.

A cerca del dolo y la culpa, el artículo 3º del Código Penal señala:

Artículo 3 (Prohibición de la responsabilidad objetiva). Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente”.

EL DOLO.

El dolo de acuerdo a Jiménez de Asúa es “la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber y con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior”⁵⁰, Que el sujeto activo tenga conocimiento de los elementos del tipo y que actúa antijurídicamente no importa, ya que hay dolo en las dos hipótesis.

⁴⁹ Ídem. P. 202

⁵⁰ Luís Jiménez de Azúa, “La Ley y el delito”, cit. P. 363

Dolo: Es la realización de una conducta típica con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad de hecho, previendo, queriendo y aceptando intencionalmente el resultado típico. También se conoce como delito intencional o doloso.

Los elementos del dolo son dos: ético, que consiste en saber que se infringe la norma y volitivo, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica, es decir en el dolo se deben examinar los momentos constitutivos del dolo, que son los mismos de la culpabilidad, el momento cognoscivo que equivale a la conciencia de la ilicitud de la conducta (conocer la ilicitud) y el segundo momento, es el momento volitivo, o sea, la libertad interna y externa, el querer o el propósito de cometer el hecho. Estos momentos deben ser concurrentes, si falta uno de ellos, se acaba el dolo.

Fernando Castellanos nos dice que el dolo puede a su vez subdividirse en directo, indirecto, indeterminado y eventual.⁵¹

1. Dolo directo: Es aquel, en que el resultado penalmente tipificado, coincide con el propósito del agente, hay intención en la voluntad de la conducta y se desea el resultado típico.
2. Dolo indirecto: También conocido como dolo de consecuencia necesaria. El agente se propone un resultado típico, pero sabe que al realizarlo seguramente surgirán otros resultados típicos no deseables directamente, pero aun previendo su seguro acontecimiento ejecuta el hecho aceptando los resultados típicos de forma indirecta.
3. Indeterminado: Consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado.
4. Eventual. Es aquel en el cual el agente se propone un resultado típico, pero prevé la posibilidad de que además surjan otros resultados no queridos directamente.

El artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual ya citamos anteriormente, establece que el dolo puede consistir en querer o aceptar el hecho descrito por la ley, por lo que el dolo directo y eventual se encuentran previstos en éste artículo.

⁵¹ Fernando Castellanos Tena, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Ed. Porrúa, Mes; 2000, pag 239

Ahora bien, existe la presunción del dolo, esto es, que el dolo no puede presumirse, hay que demostrarlo y como pertenece al fuero interno del individuo, no es tarea fácil su deducción; de ahí los diversos criterios de interpretación o evaluación que suelen presentarse al efecto, resultando como pautas más comunes para inferirlo, las siguientes:

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la ejecución del hecho punibles: son circunstancias objetivas, el modo, que es la forma de exteriorizarse la conducta, permite observar el propósito del sujeto agente; el tiempo y el lugar son complementos del modo de ejecución de la conducta.

El móvil determinante de la conducta; Es decir, qué fue lo que motivo la conducta de la persona. El móvil concuerda con la conciencia y la voluntad.

LA CULPA.

La culpa es el segundo grado de culpabilidad, y constituye el producto del resultado típico sin la intención de producirlo por faltar a un deber de cuidado, precaución o imprudencia, cuando pudo ser previsible o evitable. La doctrina le llama delito culposo, imprudencial o no intencional.

Los elementos de la culpa son las partes esenciales que se integran:

1. Conducta (acción u omisión)
2. Carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes.
3. Resultado previsible y evitable.
4. Tipificación del resultado.
5. Nexo o relación de causalidad.

Cada elemento de la culpa se explica por si mismo, de modo que no se detallarán, por ser entendibles.

La culpa tiene un elemento subjetivo denominado previsibilidad, entendida como capacidad genérica que tiene toda persona en circunstancias normales para prever un resultado, diferenciándola de la previsión, que es la capacidad especial de cada persona. En el derecho penal la culpa jurídicamente no tiene la estructura y el

significado que tiene en materia civil, pero si se consignan dos modalidades de conductas por culpa.

La doctrina distingue dos clases de culpa.

1. Culpa consciente con revisión o con representación. Existe esta clase de culpa cuando el agente prevé el resultado típico como posible pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no suceda.
2. Culpa inconsciente, conocida como culpa sin previsión o sin representación, existe cuando el agente no prevé el resultado típico, así realiza la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin prever lo previsible y evitable. Dicha culpa puede ser: lata, leve o levísima.
 - a. Lata.- En esta culpa hay mayor posibilidad de prever el daño.
 - b. Leve.- Existe posibilidad que en la anterior
 - c. Levísima.- La posibilidad de prever el daño es considerablemente menor que en las dos anteriores.

Las dos clases de culpa antes mencionadas encuentran cavidad dentro del concepto legal de culpa, que proporciona el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal, anteriormente citados.

Tradicionalmente un comportamiento culposo se puede originar, conforme a ciertos factores como son:

1. Negligencia: Es la omisión de diligencia o cuidado contraria al deber de atención a que el hombre está obligado en relación con las normas de convivencia social.
2. Imprudencia: El actuar con precipitación, con ligereza, sin cálculo, sin precauciones.
3. Impericia: Es la falta o insuficiencia de conocimiento sobre una actividad, arte o profesión o la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada profesión o arte.

Las reglas para penalizar a los delitos culposos, están contenidas en los artículos 5,18, 19, 24 del Código Penal para el Distrito Federal. No todos los delitos pueden ser culposos, la

gran mayoría, sólo admite la forma dolosa, el segundo párrafo del artículo 76 del Código Penal para el Distrito Federal, establece que sólo puede ser culposos los delitos previstos por los artículos 123, 130, 145, 159, 239, 259, 304, 305, 306, fracción II y 309.

Inculpabilidad.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad y es el aspecto negativo de la misma; que consiste en la no reprochabilidad al comportamiento anímico del sujeto activo, ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad; así no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Las causas que eliminan la culpabilidad son aquellas que atacan el contenido subjetivo del delito. El sujeto activo del delito, sin perder su imputabilidad, lleva a cabo su conducta sin conciencia de ilicitud, ignorando los elementos esenciales y constitutivos del tipo penal o por encontrarse coaccionada su conducta.

Para el maestro Pavón Vasconcelos la inculpabilidad es aquella que hace “inexistente el delito en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche”.

Existen diferencias importantes entre las cuales de inimputabilidad y de inculpabilidad. En cuanto a las primeras el sujeto activo del delito es incapaz, debido a su minoría de edad se encuentra impedido psicológicamente para comprender el alcance de su conducta realizada o en caso de tener la edad legal requerida, actúa inconscientemente. En cambio en las causas de inculpabilidad el sujeto activo del delito realiza su conducta conscientemente pero sin intención.

Las causas de inculpabilidad son las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento a saber.

1. Error
2. Eximentes putativas
3. No exigibilidad de otra conducta
4. Caso fortuito.

El profesor Ignacio Villalobos señala que la exclusión de la culpabilidad existirá siempre que por error o ignorancia falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúa libremente⁵², ya que algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o

⁵² Villalobos Ignacio, Ob. Cit. Pág., 442.

más de sus elementos constitutivos, ya que si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, solo habrá inculpabilidad en ausencia de uno de los dos factores o de ambos.⁵³

1.- El error: Desde el punto de vista genérico, abarca como especies el error de derecho y de hecho.

- I. Error de derecho.- Ocurre cuando del sujeto tiene una falsa concepción del derecho objetivo ó lo ignora, siendo imposible que sea inculpable, ya que este, no constituye una causa de inculpabilidad.
- II. Error de hecho.- Este error, se divide en esencial y accidental
 - A. Error esencial: Recae sobre un elemento de hecho que impide se de el dolo y en consecuencia, el delito y pueden ser:
 - a) Error esencial vencible (tipo): El sujeto llega a una concepción equivocada de la realidad, debido a circunstancias que no podía superar recayendo el error en un elemento del tipo o en circunstancias agravantes. En éste, se excluye el dolo, pero subsiste la culpa a pesar del error.
 - b) Error esencial invencible: No hay culpabilidad y constituye una causa de culpabilidad
 - B. Error accidental: Este recae en circunstancias accesorias y secundarias, a pesar del error se contraria la norma.
 - a) Aberratio ictus: Error en el golpe.
 - b) Aberratio in persona: Error en la persona o sobre el pasivo.
 - c) Aberratio in delicti: Error en el delito

El único error que constituye una causa de inculpabilidad es el error esencial invencible.

Porte Petit señala que para que el error esencial de hecho surta efecto como eximente “debe ser invencible, de lo contrario deja subsistente la culpa”. Al respecto los artículos 29 fracción VIII y 89 nos dicen lo siguiente:

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

⁵³ Porte Petit Candaudal Celestino, La importancia de la Dogmática Jurídico Penal, México, 1954

Alguno de los elementos objetivos que integra la descripción legal del delito de que se trate; o

La licitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que esta justificada su conducta.

Artículo 83.- (Punibilidad en el caso de error vencible) En caso de que sea vencible el error a que se refiere el inciso a), fracción VIII del artículo 29 de este Código, la penalidad será la del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

Si el error vencible es el previsto en el inciso b) De la misma fracción; la penalidad será de una tercera parte de delito que se trate:

Al que incurra en exceso, en los casos previstos en las fracciones IV, V y VI del artículo 29 de éste Código, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad, correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito.

Orellana Wiarco establece que dentro del estudio del error de hecho esencial invencible se habla de los estados o eximentes putativas, y que estas según Fernando Castellanos son, las situaciones en las cuales el agente por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta típica sin serlo, en ellas hay antijuridicidad, pero no culpabilidad por el error esencial invencible, estas son:

- a) Legítima defensa putativa.
- b) Estado de necesidad putativo.
- c) Ejercicio de un derecho putativo.
- d) Cumplimiento de un deber putativo.

1. Legítima defensa putativa.- El sujeto cree obrar en legítima defensa por un error esencial invencible de hecho.
2. Legítima defensa putativa reciproca.- Dos personas pueden obrar por error esencial invencible de hecho, ante la creencia de una agresión injusta y obrar cada una en legítima defensa por error.
3. Legítima defensa real contra la legítima defensa putativa.- Puede ocurrir también una conducta típica resultante de obrar una persona en legítima defensa real contra otra que actúa en legítima defensa putativa. Habrá dos resultados típicos y dos excluyentes de responsabilidad; al primero el beneficiará una causa de justificación y al otro una causa de inculpabilidad.

4. Estado de necesidad putativo.- La comisión de un delito puede existir cuando el agente por error esencial de hecho invencible, cree encontrarse en un estado de necesidad.
5. Cumplimiento de un deber putativo.- El sujeto puede creer que actúa en cumplimiento de un deber a causa de un error esencial de hecho invencible
6. Ejercicio de un derecho putativo.- Esta figura factible si se produce un delito por un error de la misma naturaleza de los casos anteriores, cuando el sujeto cree que actúa en ejercicio de un derecho.

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

Con la frase en “la no exigibilidad de la conducta” se da a entender que la relación de un hecho penalmente tipificado obedece a una situación especialista, apremiante que hace excusable ese comportamiento. Se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminadora de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho.⁵⁴

Para Griselda Amuchategui Requeña, la no exigibilidad de otra conducta se produce cuando una consecuencia típica, por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco, etc. de la persona, no puede esperarse y menos exigirle otro comportamiento (29 fracción IX del Código Penal para el Distrito).⁵⁵

Por lo que podemos definir a la no-exigibilidad de la conducta como aquella que en razón de las circunstancias de hecho, al sujeto activo del delito no es exigible otra conducta distinta a la realizada, de ahí que el resultado dañoso le sea irreprochable.

Algunos tratadistas no consideran la culpabilidad como eximente sino que hace referencia solo a consideraciones de nobleza o emotividad pero nunca de derecho, por los cuales resulta humano, excusable aun cuando haya violado una ley o cometido un acto contrario al orden jurídico y social establecido.

⁵⁴ Castellanos Tena Fernando, Ob. Cita Pág. 926.

⁵⁵ Griselda Amuchategui Requeña., Derecho Penal, Segunda Edición. Oxford

TEMOR FUNDADO.

Contemplado antes de las reformas del 10 de enero de 1994 en la fracción VI del art. 15 del CPDF, consistía en causar un daño por creerse el sujeto fundadamente amenazado de un mal grave por lo que actuaba por ese temor de modo que se origina una causa de inculpabilidad, pues se coacciona la voluntad. Actualmente puede verse como una hipótesis de no exigibilidad de otra conducta.

CASO FORTUITO.

Consiste en causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, al realizar un hecho ilícito con todas las precauciones debidas. Para algunos tratadistas, el caso fortuito es una causa de inculpabilidad, mientras que para otros es una excluyente de responsabilidad ajena a la culpa, pues se obra con precaución y al realizar un hecho lícito; así, se produce un resultado sólo por mero accidente, lo cual deja absolutamente fuera la voluntad del sujeto. Conforme al criterio de Carranca y Rivas, el caso fortuito no debiera ser considerado como una excluyente de incriminación, ya que se causa un daño por mero accidente.⁵⁶

⁵⁶ Raúl Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas, Código Penal anotado, Porrúa, México, 1998, p. 131

2.6 Imputabilidad e Inimputabilidad.

Se ha sostenido que el fundamento clásico de la imputabilidad es el principio de libre albedrío y el de la responsabilidad moral, que consiste en que sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral, no hay reproche, pues, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino, cuando el hombre consciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia, viola un precepto legal. Para algunos la imputabilidad es una referencia al delincuente y no al delito; “la imputabilidad, como concepto penal, se reduce a la capacidad de ser activo del delito”,

El catedrático José Antonio Granados Atlaco considera a la imputabilidad como la capacidad de comprender la licitud de la conducta, capacidad de querer y entender. Para Castellanos Tena la imputabilidad es “la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal”. Para Giuseppe Maggiore “la imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción o cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad equivale a libertad.”⁵⁷

En la opinión de Orellana Wiarco la imputabilidad se puede definir como “la mínima capacidad física y psíquica de una persona para comprender la naturaleza de la conducta que realiza y la voluntad de determinarse en razón de esa comprensión”.⁵⁸ Para este autor son dos los elementos fundamentales que componen el concepto. El primero es el límite físico, y el segundo el límite psíquico. El límite físico consiste en la edad mínima que oscila entre los 16 y los 18 años, ya que a tal edad se presume que el sujeto ha llegado a un estado psíquico suficiente para comprender el alcance de su conducta, y resolver su conducta de forma voluntaria.

Es aceptada por la doctrina la consideración de que “la norma penal está dirigida únicamente a seres imputables; ya que no podría concebir que un mandato o prohibición se dirigiera a seres incapaces de razonar, entender o valorar dicho mandato y de conducirse de tal manera que no violen las prescripciones legales. En resumen, la edad y la salud mental constituyen la imputabilidad como presupuesto, pues el hecho de que el sujeto haya tenido

⁵⁷ Maggiore, Giuseppe, “Derecho Penal”, Vol. 1. Editorial Temis. Colombia: 1954. P. 487.

⁵⁸ Orellana Wiarco, Octavio Alberto.- Op. Cit. 164

conocimiento y voluntad para dirigir sus acciones corresponde a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad.

Así mismo en cuanto a la imputabilidad Raúl Carrancá y Trujillo dice:” ...para que la acción sea incriminable además de antijurídica y típica ha de ser culpable. Ahora bien, sólo puede ser culpable el sujeto que sea imputable. Imputar es poner una cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin este alguien, y para el Derecho Penal sólo es alguien aquel que por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad. Será pues imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas abstracta e independientemente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto o idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad”.⁵⁹

Encontramos que la doctrina iuspenalista ha dividido a la imputabilidad, dentro del estudio analítico del delito, sin lograr una consideración uniforme de la misma ya que algunos autores encuentran varias posturas de la imputabilidad, la primera como presupuesto del Delito de una prelación lógica que se coloca entre la antijuridicidad y la culpabilidad; como elemento esencial del delito, y la tercera como presupuesto de la culpabilidad.

La imputabilidad constituye a nuestro juicio la capacidad de ser sujeto de derecho, es así, que desafortunadamente nuestro Código Penal no establece quienes son imputables. De tal suerte que ello habrá de tomarse de diversos dispositivos legales es evidente que para ser sujeto activo del delito habrá de tratarse de una persona mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales, así un menor de edad no podrá ser sujeto de derecho penal pues estos se hallaran sujetos a la ley de menores infractores. Es evidente que tampoco las personas mayores de edad afectadas de sus facultades mentales serán susceptibles de una responsabilidad penal, toda vez que el Código Penal Dispone que es una causa excluyente de delito el padecer trastorno mental al momento de realizar la conducta típica.

Así mismo la imputabilidad tiene dos referencias.

⁵⁹ Granados Atlaco, José Antonio y Miguel Ángel Granados Atlaco, Op. Cit. P. 69

1. Un dato de orden objetivo biológico, constituido por la mayoría de edad dentro del derecho penal, que puede o no coincidir con la mayoría de edad civil y política.
2. Un dato de orden subjetivo, el que expresado en el sentido llano se reduce a la normalidad mental, normalidad que comprende, por su puesto, la capacidad de querer y comprender “el significado de la acción”, debiendo entenderse por esto ultimo, que el sujeto pueda comprender la diferencia entre lo que es lícito y lo ilícito.

No debe confundirse la responsabilidad con la inimputabilidad. Esta es un estado psíquico o calidad abstracta en la cual se encuentra el sujeto. En la responsabilidad el sujeto imputable al desarrollar la conducta típica y antijurídica, se encuentra en el deber jurídico de responder al Estado de su ilícita actuación, demostrando, después, su culpabilidad, imponiendo la penalidad que la propia ley establece y surge como consecuencia inmediata de la imputabilidad, al incurrir en violación, tiene el deber jurídico de responder, de dar cuenta de su acto.

Debe considerarse también, que la responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuentas a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la Ley del Estado, pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados a responder por él.

Inimputabilidad.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, y se establece en la fracción VII del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, que considera inimputable a quien realice un hecho típico sin tener la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual 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.

Para Griselda Amuchategui la imputabilidad constituye la ausencia de capacidad de querer y entender en el ámbito de Derecho Penal ⁶⁰.

Las causas de inimputabilidad se presentan cuando se afectan a los elementos de la imputabilidad que son capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, y entre ellas tenemos:

1.- Desarrollo intelectual retardado: Los sujetos que se encuentran perturbados de sus facultades psíquicas no podrán ser responsabilizados penalmente, ya que esa condición les impide tener la capacidad y la aptitud que exige la imputabilidad.

Edmundo Mezguer opina que: “el sordomudo no es punible si ha quedado retrasado en su desarrollo intelectual y es incapaz, por consiguiente de comprender la ilicitud del hecho o de actuar según esta comprensión”.

En este punto sería conveniente distinguir entre desarrollo psíquico y desarrollo cultural, pues si bien es cierto que existen ciertas comunidades alejadas de la ciudad donde existe cierto retraso, no por esta razón serán inimputables.

2.- Trastorno mental: Este consiste en la perturbación de las facultades psíquicas. El individuo deberá carecer de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico. No existe delito si el autor al tiempo de cometer el hecho delictivo, a causas de perturbación

⁶⁰ Mezguer, Edmundo.- Op- Cit. P. 201

de la conciencia o debilidad mental es incapaz de comprender la licitud del hecho o de obrar según esta comprensión.

En éstos casos el Estado adopta determinadas medidas de seguridad, que no son propiamente penas, para la atención de estas personas, y sobre todo, para la debida protección de la comunidad. Estas medidas consisten en el tratamiento de inimputables e internamiento o en libertad según se requiera.

En cuanto a las enfermedades mentales podríamos citar la idiotez e imbecilidad la epilepsia, el histerismo, las esquizofrenias, la psicosis maníaco depresiva, la paranoia, la demencia senil y la sordomudez, aunque propiamente esta no sea una disfunción mental.

3.- Se considera inimputables a las personas que tienen minoría de edad, quienes sufren enfermedades mentales o tienen capacidad mental disminuida. Al respecto citamos el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 12.- *(Validez personal y edad penal). Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad.*

4.- En cuanto a la imputabilidad disminuida es el resultado de los momentos intermedios entre la conciencia y la inconsciencia o zonas intermedias, como se ha denominado, en la que no se encuentra suprimida la voluntad en forma absoluta.

5.- El trastorno mental transitorio: Es toda perturbación psíquica, de temporalidad pasajera, que suprime las facultades volitivas e intelectivas del sujeto. El trastorno mental transitorio sólo afecta la imputabilidad, cuando la alteración mental se traduce en un estado pleno de inconsciencia.

La falta del elemento en cita, implica la incapacidad psíquica delictiva, está previsto básicamente en la fracción VII del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, al establecer lo siguiente:

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

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 aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo

intelectual 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.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentra considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.

El Código Penal para el Distrito Federal considera la inimputabilidad como una parte excluyente del delito, y prevé el tratamiento de inimputables o de imputables disminuidos.

Artículo 65 (Medida para inimputables). *En el caso de que la inimputabilidad sea permanente a la que se refiere la fracción VII del artículo 29 de este Código, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable, ya sea en internamiento o en libertad previo el procedimiento penal respectivo. En el primer caso el inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento durante el tiempo necesario para su curación, sin rebasar lo previsto en el artículo 33 de este Código.*

Si se trata de trastorno mental transitorio se aplicará la medida a que se refiere el párrafo anterior si lo requiere en caso contrario se le pondrá en absoluta libertad.

Para la imposición de la medida a que se refiere este Capítulo, se requerirá que la conducta del sujeto no se encuentre justificada.

En caso de personas con desarrollo intelectual retardado o trastorno mental, la medida de seguridad tendrá carácter terapéutico en lugar adecuado para su aplicación.

Queda prohibido aplicar la medida de seguridad en instituciones de reclusión preventiva o de ejecución de sanciones penales, o sus anexos.

Artículo 63. (Entrega de inimputables a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos). *El juez o en su caso la autoridad competente, podrá entregar al inimputable a sus familiares o a las personas que conforme a la ley tengan la obligación de hacerse cargo de él, siempre y cuando reparen el daño, se obliguen a tomar las medidas adecuadas para el tratamiento y vigilancia del inimputable y garanticen a satisfacción del juez, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.*

Esta medida podrá revocarse cuando se deje de cumplir con las obligaciones contraídas.

Artículo 64 (Modificación o conclusión de la medida). *La autoridad competente podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, considerando las necesidades del tratamiento, que se acreditará mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso.*

Artículo 65. (Tratamiento para imputables disminuidos). *Si la capacidad del autor sólo se encuentra considerablemente disminuida, por el desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental, a juicio del juzgador se le impondrá de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido, o las medidas de seguridad correspondiente, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia.*

Artículo 66. *(Duración del tratamiento)* La duración del tratamiento para el inimputable, en ningún caso excederá del máximo de la pena privativa de libertad que se aplicaría por ese mismo delito a sujetos imputables.

Concluido le tiempo del tratamiento, la autoridad competente entregará al inimputable a sus familiares para que se hagan cargo de él y si no tiene familiares lo pondrá a disposición de las autoridades de salud o institución asistencial para que estas procedan conforme a las leyes aplicables.

Artículo 67. *(Aplicación y alcances).* Cuando el sujeto haya sido sentenciado por un delito cuya comisión obedezca la inclinación o abuso de bebidas alcohólicas, estupefacientes psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, independientemente de la pena que corresponda, se le aplicará tratamiento de deshabitación o desintoxicación, el cual no podrá exceder del término de la pena impuesta por el delito cometido.

Cuando se trate de penas no privativas o restrictivas de libertad, el tratamiento no excederá de seis meses.

Minoría de edad. Se considera que los menores de edad carecen de madurez y, por tanto, de capacidad para entender y querer.

El menor no comete delitos, sino infracciones a la ley, en la legislación penal del Distrito Federal, esa edad es de 18 años. Independientemente de esto, cada entidad federativa señala la edad que considera adecuada conforme a la libertad y soberanía con que legislan las localidades; así por ejemplo, en los Estados de Quintana Roo, Guanajuato, Zacatecas y Michoacán, entre otros, la edad es de 16 años.

2.7 Condiciones Objetivas de Punibilidad y Falta de Condiciones Objetivas de Punibilidad.

Las Condiciones Objetivas de Punibilidad, están constituidas por requisitos que la ley señala eventualmente para que se pueda perseguir el delito. Así encontramos que se les han dado diversas designaciones, tales como elementos del delito; delitos llamados calificativos por el resultado; presupuesto para la aplicación de la pena; presupuestos procesales; condiciones o requisitos de perseguibilidad, de cuestiones prejudiciales etc.

Jiménez de Azúa, afirma: "... Son presupuestos procesales a los que a menudo se subordinan la persecución de ciertas figuras de delito".

En este punto es conveniente mencionar que para Francisco Guzmán, esta expresión de "perseguir el delito", es criticable, ya que lo perseguible es el delincuente; lo cual compartimos, ya que en realidad las condiciones objetivas son elementos del tipo, a veces tienen que ver con la intencionalidad del sujeto, otros con aspectos referentes a la perseguibilidad, etc.

Castellanos Tena asevera que "Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación. Para éste autor las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos esenciales del delito.

"Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo, si faltan en él, entonces constituirán menos requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Basta la exigencia de un solo delito, sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia. Muy raros delitos tienen penalidad condicionada, es decir que son los requerimientos ocasionales y establecidos en la ley procedimental, para que una conducta pueda ser sancionada, ya que esta protege los bienes jurídicos de los gobernados.

Ya que en delitos privados para que un hecho pueda ser punible, es indispensable la presencia de determinadas circunstancias ajenas o exteriores al delito, independientemente de la voluntad del sujeto, a estas condiciones se les considera Condiciones Objetivas de Punibilidad.

Falta de Condiciones Objetivas de Punibilidad.

La ausencia de condiciones objetivas de punibilidad son el aspecto negativo, de las condiciones objetivas de punibilidad. La carencia de ellas hace que el delito no se castigue

2.8 Punibilidad y Excusas Absolutorias.

Aun se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito. Algunos autores consideran la punibilidad como elemento del delito; en virtud de que en las leyes el delito se define como el acto u omisión que sancionan la ley penal. Por tanto, lo determinante para que una conducta sea o no delito, es que sea punible. Otros autores consideran la punibilidad como consecuencia que surge al delito una vez integrado.

Algunos tratadistas han puesto en tela de juicio a la punibilidad como elemento del delito, basándose en la afirmación de que el delito debe existir aun cuando en la norma penal no se prevea la pena que le debe corresponder, por lo tanto deja de ser esencial.

Para Celestino Porte Petit la punibilidad es una consecuencia del delito, partiendo de la base de que al no cumplirse la condición objetiva de punibilidad, no hay delito, por lo que se piensa que es una consecuencia y no un elemento inevitable del evento antisocial.

Otros autores como Meyer y Mezger consideran que incluir la punibilidad en el concepto de delito supone incurrir en una tautología.

La punibilidad es el resultado de la actividad legislativa, consiste en una amenaza de privación o restricción de bienes, que queda plasmada en la ley para los casos de desobediencia al deber jurídico penal. La punibilidad es por lo tanto, la posibilidad de sancionar al sujeto que realiza algo prohibido o que deja de hacer algo ordenado por la ley penal.

Consistiendo en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta, ya que un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena: tal merecimiento acarrea la advertencia o amenaza legal de la aplicación de una sanción.

Encontramos que de acuerdo a la doctrina, la Punibilidad se encuentra dividida en cuanto a la forma de considerarla, ya que una parte se inclina por ubicarla dentro de la dogmática jurídico-penal como un elemento de delito y por otra parte la punibilidad no es más que una consecuencia de delito.

En cuanto a la corriente que considera a la punibilidad como elemento del delito, Francisco Pavón Vasconcelos, la define como “la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las norma jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social”.

Bettioli, Jiménez de Azúa y Cuello Calón, se asocia a esta corriente considerando que una conducta no puede ser delictuosa si no es estimado el acto delictivo por el Estado y conminando por la Ley con una pena que sea punible.

Y en relación con la corriente que acepta a la Punibilidad como consecuencia el delito tenemos a Fernando Castellanos Tena que define a la punibilidad como “el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.”⁶¹

Éste niega que sea un elemento esencial del delito, ya que la pena equivale a la naturaleza de determinado comportamiento.

Así Ignacio Villalobos considera a la punibilidad no como elemento del delito ya que una conducta antijurídica y culpable, contienen el reproche del Estado y su correspondiente sanción.

PENA.

La pena es una consecuencia del delito, ya que viene a ser la imposición de una mal proporcional al acto trasgresor de la norma. Dicha pena debe, por fuerza estar considerada en la ley, en atención al principio de *nulla poena sine lege* que constituye una garantía penal, la pena proviene de la función judicial.

Para Luis Rodríguez Manzanera la pena es: “la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito”.¹¹⁵

⁶¹ Ídem. P. 90

La finalidad de la pena es la Prevención General Especial, es decir, va dirigida básicamente a impedir que el sujeto en cuestión reincida, por medio de la intimidación y se justificaría como instrumento de represión del individuo.

En este caso va implícita una segunda finalidad de Prevención General, ya que al sancionar al delincuente se refuerza la intimidación de la colectividad, y se ejemplifica a los demás para que se abstengan de violar la norma.

En lo personal definiremos, la pena como la potestad punitiva del Estado respecto de quien ha sido declarado penalmente responsable por infringir la ley penal, reviste dos formas, la pena para los imputables y las medidas de seguridad que se imponen a los inimputables. Ambas integran el concepto de pena, que debe entenderse no como parte de la estructura del hecho punible, sino como consecuencia jurídica.

Punición: Olga Islas Mariscal opina que: “punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determina cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad”.⁶²

A manera de conclusión cabe señalar que la sanción más frecuente en materia penal es la privativa de la libertad (prisión), aunque la pena de muerte esta prevista en nuestra Constitución Política, no se aplica por falta de su regulación en las leyes penales Federal y local.

Sanción.- El termino sanción, se usa como sinónimo de pena, pero propiamente, aquel corresponde a otras ramas del derecho, como la Administrativa y llega a ser castigo o carga que se impone al merecedor de ella, quien quebranta una disposición legal no penal. La sanción es propiamente impuesta por una autoridad administrativa; por ejemplo, multa, clausura, etc. Debe tenerse presente que no se podrá imponer una pena si previamente no existe una ley que la establezca.

⁶² Rodríguez Manzanera, Luis. “Penología”, 2da. Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.p.94

Características de la Pena:

1. Legalidad: Debe estar previamente establecida en la ley e imponerse como consecuencia de un proceso penal adelantado con las formalidades legales, por juez o tribunal competente.
2. Proporcionalidad: Cualitativamente debe corresponder a la naturaleza del hecho. Cuantitativamente, según la mayor o menor gravedad de lesión al bien jurídicamente tutelado.
3. Individual: Únicamente puede ser objeto de sanción quien ha infringido la ley.
4. Irrevocabilidad: Una vez impuesta la pena mediante sentencia ejecutoriada, debe cumplirse ineludiblemente. Corresponde al principio de la seguridad jurídica, que tiene como excepciones legales los subrogados penales, el perdón y la extinción de la pena por muerte del procesado o por amnistía o indulto.
5. Aflictividad: Produce dolor (angustia en el reo).
6. Publicidad: Debe ser conocida públicamente.

El Código Penal para el Distrito Federal prevé un catálogo de penas y medidas de seguridad, para aquel individuo imputable que realizó una conducta típica, antijurídica y culpable:

Artículo 27.- *(Responsabilidad de la personas morales) Para los efectos de este Código sólo pueden ser penalmente responsables las personas físicas. Sin embargo, cuando un miembro o representante de una persona moral, con excepción de las instituciones públicas del Distrito Federal cometa algún delito con los medios que para tal objeto la misma persona moral le proporcione, de modo que el delito resulte cometido a su nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquella, el Juzgador impondrá en la sentencia, previo el procedimiento correspondiente y con intervención del representante legal las consecuencias jurídicas accesorias previstas en los artículos 68 y 69 de este Código para dichas personas, independientemente de la responsabilidad en que hubiesen incurrido las personas físicas por los delitos cometidos.*

Artículo 30. *(Catálogo de penas) Las penas que se pueden imponer por los delitos son:*

Prisión

Tratamiento en libertad de imputables:

Semilibertad;

Trabajo en beneficio de la víctima del delito o a favor de la comunidad;

Sanciones pecuniarias;

Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;

Suspensión o privación de derechos; y

Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos. Privación de derechos; y

Artículo 31. (Catálogo de medidas de seguridad) Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código Son:

Supervisión de la autoridad

Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él

Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos; y

Tratamiento de deshabitación o desintoxicación.

Artículo 32. (Consecuencias para las personas morales) Las consecuencias jurídicas accesorias aplicables a las personas morales que se encuentran en los supuestos previstos en el artículo 27 de este Código, son:

Suspensión;

Disolución;

Prohibición de realizar determinadas operaciones;

Remoción; y

Intervención.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación de las penas y las medidas de seguridad el Código Penal para el Distrito Federal contempla la siguiente:

Artículo 70 (Regla general) Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, en los términos del artículo 72 de éste Código.

Cuando se trate de punibilidad alternativa, en la que se contemple pena de prisión, el juez podrá imponer motivando su resolución, la sanción privativa de libertad sólo cuando ello sea ineludible para los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

Artículo 71. (Fijación de la disminución o aumento de la pena) En los casos en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable será para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda de los términos mínimo y máximo de la pena prevista por aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres meses.

Cuando se prevé la disminución o el aumento de una pena con referencia a otra, se fijará con relación a los términos mínimo y máximo de la punibilidad que sirva de referencia.

En estos casos, el juzgador individualizará la pena tomando como base el nuevo marco de referencia que resulte del aumento o disminución.

En ningún caso se podrá rebasar los extremos previstos en este Código.

Lo previsto en el párrafo anterior no es aplicable para la reparación del daño ni la sanción económica.

Artículo 72. (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad) El juez, al dictar sentencia condenatoria determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y la individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta.

La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla.

La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado.

Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado:

La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo así como su calidad y la de la víctima u ofendido.

La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomará en cuenta, además, sus usos y costumbre.

Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.

Artículo 73. *No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito.*

Artículo 74. *El aumento o la disminución de la pena, fundados en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquel. Son aplicables las que se fundan en circunstancias objetivas. Si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas.*

Artículo 75. *(Pena innecesaria) El juez de oficio o a petición de parte, podrá prescindir de la imposición de la pena privativa o restrictiva de la libertad o sustituirla por una menos grave o por una medida de seguridad, cuando la imposición resulta notoriamente innecesaria e irracional, en razón de que el agente:*

Con motivo del delito cometido, haya sufrido consecuencias graves en su persona:

Presente senilidad avanza o Padezca enfermedad grave e incurable avanza o precario estado de salud. En estos casos, el juez tomará en cuenta el resultado de los dictámenes médicos y asentará con precisión en la sentencia las razones de su determinación.

Se exceptúa la reparación del daño y la sanción económica por lo que no se podrá prescindir su imposición.

Excusas Absolutorias.

Son aquellas específicas causas de carácter personal que el legislador regula expresamente donde un hecho o conducta típico, antijurídico y culpable, no resulta punible.”⁶³

Llámense así aquellas situaciones en las cuales, habiendo delito y delincuente, es decir, la realización de una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, no hay posibilidad de aplicar una pena (legítima consecuencia del delito cometido por el delincuente) por diversas razones, todas ellas basadas en la utilidad y conveniencia, valoradas por el legislador que las concreta, de manera expresa, en una norma de ley positiva.

Algunas excusas absolutorias que se contemplan dentro del Código Penal para el Distrito Federal.

1. Excusas en razón de los móviles afectivos revelados.
2. Excusas en razón de la maternidad consciente.
3. Excusas en razón de la mínima temibilidad.
4. Excusa en razón de graves consecuencias sufridas.
5. Excusa en razón de copropiedad familiar o conservación del núcleo familiar.

1.- Excusas en razón de los móviles afectivos revelados o causados por culpa e imprudencia.- Artículo 139 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

No se impondrá pena alguna a quien por culpa ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina, o cuando entre el agente y el pasivo exista relación de pareja permanente, amistad o de familia, salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de debidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que se diere a la fuga y no auxiliare a la víctima.

2.- Excusa en razón de la maternidad consciente. Artículo 158 segundo párrafo del Código Penal para el Distrito Federal.- No se impondrá pena alguna a la madre que entregue a su hijo por ignorancia, externa pobreza, o cuando sea producto de una violación o inseminación artificial...”. Esta también puede ser considerada como la no exigibilidad de otra conducta.

⁶³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto.- Op. Cit.p. 418.

3.- Excusa en razón de la mínima temibilidad. Esta se encuentra prevista en el artículo 248 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual establece:

Artículo 248.- *No se impondrá sanción alguna por los delitos previstos en los artículos 220, en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, II y IX del artículo 224, 228, 229, 230, 232 y 234; cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio o exceda de cincuenta veces el salario mínimo; despojo a que se refiere el artículo 237 fracciones I y II, siempre y cuando no se cometan con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas y 239, todos ellos cuando el agente sea primo-delinquentes, si este restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión.*

4.- Excusa en razón de graves consecuencias sufridas. Esta se encuentra prevista en el artículo 75 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual establece:

Artículo 75 del Código Penal para el Distrito Federal. *El Juez, de oficio o a petición de parte, podrá prescindir de la imposición de la pena privativa o restrictiva de la libertad o sustituirla por una menos grave o por una medida de seguridad, cuando la imposición resulte notoriamente innecesaria e irracional, en razón de que el agente:*
Con motivo del delito cometido, haya sufrido consecuencias graves en su persona;
Presente senilidad avanzada; o
Padezca enfermedad grave e incurable avanzada o precario estado de salud. En estos casos, el juez tomará en cuenta el resultado de dictámenes médicos y asentará con precisión, en la sentencia, las razones de su determinación”.

5.- Excusa en razón de la copropiedad familiar o conservación del núcleo familiar, por la no exigibilidad de otra conducta. Si la familia es la base de la sociedad, interés al Estado protegerla y por ello se encuentra obligado, antes de sancionar el delito, a procurar el fortalecimiento de los vínculos familiares, por ser la familia la célula social. Sería negativos los efectos de la represión, si el propio Estado favoreciera la comparecencia de los hijos ante los tribunales para acusar a sus propios padres, o a la inversa.”

2.9 Aplicación de los Elementos Positivos y Aspectos Negativos del Artículo 167 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Una vez analizados los elementos positivos y aspectos negativos del delito en general, procederemos a realizar la aplicación de los mismos al artículo 167 del Código Penal para el Distrito Federal, motivo del presente trabajo, para lo cual citaremos el mismo.

Artículo 167.- A quien simule encontrarse privado de su libertad, con amenaza de su vida o daño a su persona, con el propósito de obtener un rescate o con la intención de que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, se le impondrán de 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, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina, concubinario, pareja permanente, adoptado o adoptante, y parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Retomando lo mencionado en el capítulo anterior, éste tipo fué creado mediante reforma del legislador Distritense, publicado en la gaceta del Gobierno del Distrito Federal el 17 de Septiembre de 1999, ubicándolo dentro de los delitos, contra el patrimonio, específicamente en el capítulo de extorsión, sin embargo en lo personal, no podemos considerarlo un delito meramente patrimonial, ya que este no es el único bien jurídico que puede ser afectado, ya que como el propio texto lo indica, se puede obligar a la autoridad o a un particular para que realice o deje de realizar un acto cualquiera.

Posteriormente al crearse el Código Penal para el Distrito Federal, este tipo fue retomado casi en su integridad, sólo se aumento lo referente a la querrela, pero ubicándolo dentro de los delitos contra la libertad personal, específicamente en el capítulo de Secuestro.

Este tipo relativamente nuevo, ha sido denominado por los medios de comunicación e incluso por la legislación de Baja California como auto secuestro, lo cual resulta ser totalmente absurdo, ya que una persona no puede auto secuestrarse, por lo cual consideramos más conveniente denominarlo simulación de secuestro o secuestro simulado, cabe mencionar que hasta el momento ni la doctrina, ni la legislación del Distrito Federal, ni la jurisprudencia han asignado una denominación legal a este tipo.

En este ilícito, no resulta ser claro el bien jurídico tutelado, y por lo tanto el bien jurídico que se lesiona o se pone en peligro al realizar la conducta descrita, así mismo resulta confusa la conducta con el delito de extorsión y con el fraude.

Por su duración, es un delito instantáneo, pues su consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos. En el momento en que se pide el rescate o que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, con amenaza de la vida o daño a la persona supuestamente privada de la libertad, es cuando se agota el tipo. Si solo se engaña diciendo que se esta privado de la libertad, con eso no se configura el tipo en estudio, esto es solo uno de los elementos, el otro es que se manifieste su propósito de obtener rescate, o la intención de que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, es entonces cuando se verifican todos los elementos que constituyen el delito consumándose el ilícito, esto de acuerdo a la descripción del tipo, que en lo personal resulta criticable, lo cual analizaremos en el capítulo de tentativa.

Por el numero de actos que componen la acción típica, se trata de un delito plurisubsistente, pues requiere; 1.- Simular la privación de la libertad, 2.- Con amenaza de vida o daño a la persona, 3.- Con intención de obtener un rescate o de que la autoridad o un particular realicen o dejen de realizar un acto cualquiera.

En cuanto al número de sujetos activos que intervienen en la realización de la conducta típica, se trata de un delito monsubjetivo, esto porque basta que intervenga un solo individuo para que se realice el ilícito, independientemente de que puedan intervenir varios sujetos activos.

Aquí el tipo, nos indica que la conducta puede ser de dos formas dependiendo del sujeto activo que la realice, es decir, el tipo indica, como primer supuesto “Al que simule encontrarse privado de su libertad con amenaza de su vida o daño a su persona”, y el segundo supuesto se encuentra en el segundo párrafo al indicar “ las mismas penas se impondrán al cualquiera que intervenga en comisión de este delito, entonces aunque el tipo no diga expresamente “al que simule tener privado de la libertad a una persona con amenaza de su vida o daño a su

persona” las anteriores hipótesis constituyen el primer elemento de la conducta, el segundo contempla cualquiera de las cinco hipótesis siguientes:

- 1.- Con el propósito de obtener un rescate
- 2.- Con la intención de que una autoridad realice un acto cualquiera.
- 3.- Con la intención de que la autoridad deje de realizar un acto cualquiera.
- 4.- Con la intención de que un particular realice un acto cualquiera.
- 5.- Con la intención de que un particular deje de realizar un acto cualquiera.

En lo personal consideramos, que el tipo sería menos casuístico si dijera “A quien simule el secuestro de una persona”

Por lo que hace al resultado es un delito formal o de mera acción, porque no se requiere un daño material, ya que para su configuración solo se requiere de “la intención” o el “propósito”. La conducta en este tipo, consiste en que el sujeto activo finge estar privado de la libertad, es un delito de acción, ya que si bien se puede simular mediante una omisión estar privado de la libertad; para que se verifique el segundo elemento, es decir la intención de obtener un rescate o el propósito de que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, se necesita de un actuar positivo, por lo cual al verificarse el segundo elemento se descarta la posibilidad de que sea de omisión simple, y al encontrarnos con que el tipo requiere de un resultado formal por no requerir la obtención de la “intención o de “el propósito”, se descarta la posibilidad de que se trata de comisión por omisión, ya en estos delitos el resultado es material.

No hay afectación a la libertad personal, pues solo se esta simulando encontrarse privado de la libertad. En segundo lugar basta y sobra que simule la privación de la libertad, con amenaza de vida o daño a la persona, con el propósito o la intención de obtener lo señalado en el tipo para que este se integre.

Es decir no es necesario que se obtenga el rescate o que la autoridad o el particular realicen o dejen de realizar un acto cualquiera para que se consume el delito, este se encuentra plenamente satisfecho, cuando se llevan a cabo por el sujeto pasivo, los dos elementos antes mencionados.

Por ejemplo si una joven simula encontrarse privada de su libertad con la intención de llamar la atención y preocupación de sus padres, solo se cumple el primer elemento, resultando una conducta atípica. Pero si, el sujeto activo simula estar privado de su libertad llamando a su novia diciéndole que lo tienen secuestrado y lo van a matar si no le entrega a sus secuestradores \$100,000.00, está plasmado el tipo, colmándose los elementos del tipo independientemente de que se entregue el dinero o no.

En una segunda hipótesis, cuando el sujeto activo simula estar privado de la libertad y solicita a la autoridad de un penal que se trasladen ciertos reos a otro penal, o de lo contrario se matara a la persona supuestamente privada de su libertad, igualmente se han ejecutado los requisitos exigidos por el tipo para tenerse por satisfecho, independientemente de que se realice el traslado de los reos.

En cuanto a la ausencia de conducta, no hay vis absoluta o fuerza mayor irresistible, no hay vis maior, ya que no interviene la naturaleza, no puede haber vis compulsiva, ya que de existir violencia física o moral, ya estaríamos hablando de un secuestro, esto en cuanto a la persona con la que se simula la privación de la libertad, pero en cuanto a las personas que puedan participar en este delito, puede haber la posibilidad de que sean obligadas o presionadas a participar en el.

Tampoco es posible que se cometa este delito, por movimientos reflejos, sueño, sonambulismo, en cuanto al hipnotismo, tampoco creemos que sea posible que exista ausencia de conducta en base a este, ya que si se requiere hipnotizar a una persona para simular su secuestro, es porque aquella, no esta de acuerdo para hacerlo, por lo cual no habría simulación sino efectivamente se estaría reteniendo a un persona en su libertad, por el momento que durara el hipnotismo y toda vez que no existe temporalidad en este tipo, lo mismo daría ocultarse unas horas o unos días.

Para analizar la tipicidad en este caso concreto, debemos ver, que de acuerdo a su composición típica, el artículo en comento, es anormal, ya que contienen elementos "simule" "con la intención", "propósito", que son de carácter subjetivo; en tanto que los elementos:

“privación de la libertad” “amenaza de su vida o daño a su persona”, con de carácter normativo

Es de tipo especial; toda vez que tiene sus propias características, pero es formado por el tipo fundamental en este caso, el legislador al crear el tipo tomo elementos del secuestro y otros requisitos.

Es un tipo autónomo, de formulación casuística, ya que el legislador no describe una modalidad única, si no varias formas de ejecutar el ilícito.

Independientemente de que el tipo no es claro en el bien jurídicamente tutelado, de acuerdo a la descripción típica actual, es de peligro, ya que la tutela protege el bien contra la posibilidad de ser dañado, ya que solo menciona el “propósito “, más no la obtención del rescate o de la realización o no realización por parte de la autoridad o el particular.

Es acumulativo, porque no sólo requiere de la “simulación de privación de la libertad” sino que esta sea con “amenaza de la vida o daño a su persona” con el “propósito de obtener rescate” o “de hacer o dejar de hacer un acto cualquiera” par parte de los pasivos.

El sujeto activo de acuerdo a la descripción típica hecha por el artículo en comento, puede ser.

1. La persona que simula encontrarse privado da la libertad
2. Las personas que simulan tener privada de la libertad a una persona.

En el primer caso, esta persona por lo regular aprovechándose del amor o el cariño que pueden tenerle las personas con la que convive generalmente, familiares o amigos, simula encontrarse privado de la libertad, con amenaza de su vida o daño a su persona, en pocas palabras secuestrado.

Esta persona se ocultara en algún sitió, para aparentar estar privado de la libertad, dicho ocultamiento es totalmente voluntario ya que de lo contrario, de existir violencia física o moral ya no estaríamos hablando de una simulación de secuestro, sino de un secuestro, y aunque el tipo básico de secuestro dice:

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

Si bien éste artículo, no menciona que la privación de la libertad deba ser por medio de la violencia física, moral o por medio de engaño, sólo habla de privación de la libertad, sin embargo se presume, que hubo de por medio existió una de las antes mencionadas, ya que de otra forma no es posible privar de la libertad a una persona.

Y toda vez que el tipo señala *“Al que simule encontrarse privado de la libertad”* y en el entendido de que simular es aparentar lo que no es, el activo no puede engañarse así mismo, dicha simulación va encaminada a ser apreciada por los pasivos, por lo cual en un principio no existe afectación a la libertad del aparente sujeto pasivo, aparente, porque al darse una simulación de privación de libertad se podría pensar que el supuesto privado de la libertad, es el sujeto pasivo, sin embargo, curiosamente el aparente sujeto pasivo, en realidad resulta ser el sujeto activo. En el cual como ya se mencionó no existe una privación de su libertad, ya que el mismo se encuentra oculto en algún lugar fuera de la vista de los reales sujetos pasivos, e incluso podría no precisamente encontrarse oculto o encerrado, sino en cualquier lugar, pero en todo momento sigue gozando disponiendo de su persona, pero podría haber la posibilidad que al principio el supuesto privado de la libertad efectivamente decidiera simular y ocultarse voluntariamente en algún sitio junto con los demás sujetos activos, y que de un momento a otro por remordimientos, o por la razón que sea decidiera ya no continuar e irse, y en éste supuesto si las demás personas que participan en la comisión del mismo, se lo impidieran, precisamente en ese momento ya no sería simulación sino secuestro y pasaría de haber sido el activo a ser el pasivo.

Respecto a las personas que simulan tener privada de la libertad a una persona, por lo general son amigos con lo cual se ponen de acuerdo.

En este delito generalmente existirán estos dos sujetos activos, ya que a la realización de la simulación se requiere de la intervención de los que supuestamente lo tienen privado de la libertad y se dice generalmente, porque también podría darse el caso de que una sola persona confabule toda la simulación, siendo ella quien se comunique, ya sea por teléfono,

mail, fax, fotos, videos, mensajes vía celular etc. la ley tampoco nos indica la forma de simular y tampoco indica la calidad específica en cuanto a la participación de los sujetos activos, solo indica “al que simule” y que “las mismas penas se aplicaran a quien participe”, pero sobre este punto se abundara en el capítulo de participación.

El sujeto pasivo de acuerdo a la descripción típica, como ya se menciono, no es la supuesta persona privada de la libertad, sino las personas, físicas a las que va dirigida dicha simulación, las cuales a la hipótesis penal, pueden ser particulares o autoridades, cualquier persona puede ser sujeto pasivo, y pueden ser varios los sujetos pasivos, ya que el tipo no nos limita al respecto.

El objeto jurídico es el bien protegido por la ley penal es decir el bien jurídicamente tutelado. El Código Penal para el Distrito Federal y la mayoría de la Códigos Penales en general, dentro de su parte especial, han clasificado a los delitos en función del bien jurídicamente protegido, sin embargo encontramos que este tipo materia del presente trabajo se encuentra ubicado en el Título de delitos contra la libertad personal, específicamente en el capítulo de secuestro, sin que con la realización de esta conducta se afecte al bien jurídicamente tutelado en ese Título y Capítulo, ya que con dicha conducta en ningún momento se afecta o vulnera la libertad personal, ni del sujeto pasivo, ni del sujeto activo, por lo cual es evidente que no se atenta contra dicho bien.

Si la tutela de los bienes jurídicos es la razón de ser de las normas sancionadoras del derecho penal, el bien jurídico constituye el objeto de la tutela de la ley y al mismo tiempo el objeto de ataque de la acción antijurídica y culpable, marcando así el sentido a las normas penales, por medio del bien jurídico tutelado, por ser la justificación de la creación del mismo, pero no se debe olvidar que el tipo penal, no sólo es la adecuación de la conducta al tipo, sino que esta conducta debe de dañar el bien jurídico protegido lesionándolo o poniéndolo en peligro.

Sin embargo en el tipo penal en comento, si una persona simula estar privada de su libertad, con amenaza de su vida o daño a su persona con el propósito de obtener rescate, encontramos que dicha conducta se adecua al tipo descrito en el artículo 167 del Código

Penal para el Distrito Federal, sin embargo esta conducta, no afecta la libertad personal, que es el bien clasificado en ese título y capítulo, por lo cual el bien jurídicamente violado con esa conducta no es la libertad personal, ya que ni el sujeto pasivo, ni el activo, en ningún momento pierden el derecho de desplazarse de un lugar a otro, o de alguna otra circunstancia que violente su espontánea decisión de disponer de su persona, aun nado a esto el bien jurídico debe estar encaminado a proteger al pasivo, y en este tipo no se lesiona ni se pone en peligro la libertad personal del pasivo.

En éste caso podemos ver claramente que no basta que la conducta se encuadre con la descrita en el tipo de referencia, ya que en el entendido de que el bien jurídico tutelado de acuerdo al agrupamiento al que se encuentra ubicado es la libertad personal, el mismo no se lesiona ni se pone en peligro, por lo cual resultaría atípica ésta conducta, por no afectar al bien jurídico tutelado en el misma, razón por la cual resulta de gran importancia precisar cual es el bien que se lesiona o se pone en peligro.

La función del bien jurídico, es la de precisar el objeto de protección de la norma penal, facilitando el conocimiento y comprensión de los delitos, además es la base de la elaboración del tipo penal, por constituir el punto de partida para la formación del mismo, situación que no se actualiza en la descripción de este tipo.

Para analizar el bien jurídico transcribiremos una vez más el artículo de referencia.

Artículo 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 impondrá de dos a ocho de prisión y de cien a quinientos días multa.*

Las mismas penas se le impondrán a cualquier que intervenga en el comisión de este delito.

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

De acuerdo a esta descripción típica, apreciamos que existen distintas hipótesis para su comisión.

- En primer término se requiere de:
 - Una simulación de privación de la libertad.

- En segundo término, que esta privación sea con:
 - Amenaza de su vida o daño a su persona.

- En tercer termino con cualquiera de las siguientes:
 - Intensión de obtener rescate.
 - Propósito de que la autoridad
 - Propósito de que un particular

}
 - 1.- Realice
 - 2.- Deje de Realizar.

En el supuesto de que el propósito sea obtener un rescate, la afectación del bien va encaminada el patrimonio del pasivo.

En el supuesto de que la autoridad realice o deje de realizar un acto cualquiera, la afectación va encaminada a la administración pública, y a cualquier cosa que se pueda pedir para hacer o no hacer un acto cualquiera.

En el supuesto de que un particular realice o deje de e un acto cualquiera, la afectación final también puede ser muy variada, ya que es muy amplio el decir realizar o dejar de realizar un acto cualquiera, por que podrían caber una infinidad de violación de bienes jurídicos, sin embargo observamos que en los tres supuestos el bien jurídico que podría poner en peligro es la libertad de obrar, o libertad de actuar, ya que existe una presión, para violentar la libertad de obrar, misma que se da por medio de la amenaza de vida o daño a la persona, del sujeto que simula encontrarse privado de la libertad, y se manifiesta, “se podría”, porque el tipo no exige que esa libertad se vea violentada, porque sólo menciona la intención y el propósito de conseguir algo, más no la obtención, como en el caso del fraude y para que el tipo se configure no solo basta la intención y el propósito por parte del activo, si no la obtención de un lucro indebido, y entonces el que se obtenga rescate o que se realice o deje de realizar nada, ya no tiene ninguna trascendencia en relación al tipo en estudio.

Sin embargo, en éste entendido, y de acuerdo a la descripción de este tipo, cabe la posibilidad de que los sujetos activos realicen la conducta y que ésta encuadre perfectamente al mismo, es decir simular una privación de libertad, con amenaza de vida o daño a la persona, con el propósito de obtener rescate o de que la autoridad o un particular realice o no algo, pero supongamos que las personas a las que va dirigida la simulación de privación de libertad, no le importa esta circunstancia y hacen caso omiso de la solicitud del rescate, o de lo que se haya pedido hacer o dejar de hacer, en este caso habría tipicidad, existiendo la

adecuación de la conducta al tipo, por haber satisfecho los requisitos exigidos por el tipo, sin embargo resulta atípica, por carecer de afectación al bien jurídico tutelado en ese título y capítulo, que sería la libertad y también por carecer de objeto material, por que tampoco existe afectación a la libertad de obrar.

En éste ejemplo es donde puede apreciarse claramente la importancia de precisar el bien jurídico dentro de la descripción del tipo, ya que dicho bien, es y debe ser, el esqueleto de la descripción del mismo, es por ello que al no haberse tenido claro el mismo resulta complicada su aplicación.

En primer lugar, porque los sujetos activos pueden llegar a realizar y satisfacer los requisitos exigidos por el tipo, sin que exista afectación a ningún bien jurídico, por falta de objeto jurídico, esto por carecer también de sujetos pasivos, en el ejemplo en el que a los posibles pasivos no les importa y no hacen caso de la amenaza de vida y daño a la persona supuestamente privada de la libertad.

En segundo término, porque puede existir el caso, de que de acuerdo a la descripción del tipo, el delito es muy parecido al delito de secuestro, en el cual para la consumación, no se requiere de obtener el rescate, basta con privar de la libertad y exteriorizar el propósito de obtener rescate, pero en éste caso, es porque en el secuestro lo que se protege es la libertad y la misma si es afectada, independientemente de la obtención del rescate, por ello en este tipo no se requiere que la intención y el propósito sean alcanzados, solo basta manifestar la intención.

Ahora bien supongamos, que los sujetos activos, creen en la privación de la libertad y están dispuestos a dar rescate o hacer o dejar de hacer un acto cualquiera, pero por razones ajenas a su voluntad, eso ya no fue posible, en éste caso igualmente, aparentemente, habría adecuación de la conducta, pero no quedaría claro cual fué el bien que se estaría afectando, por lo cual, para que el bien jurídico fuera más claro, consideramos necesario que el tipo exigiera la obtención de la intención o el propósito, porque de acuerdo a la redacción actual de mismo, entonces lo que el legislador esta castigando es “el engaño”, la simple simulación, la falsa concepción de la realidad pero, esto de acuerdo al tipo, sin embargo como vimos, no

siempre ese engaño tendrá trascendencia o importancia para los pasivos, al menos en lo referente a la afectación de sus bienes jurídicos, resultando igualmente inexacta la ubicación de este delito, sin embargo en lo personal consideramos que lo que debería de castigar es la libertad de obrar, la libertad de actuar, y aunque entre los bienes que se afectan con esta conducta es también la tranquilidad de las personas por el enorme impacto que resulta saber que alguna persona cercana, sea víctima de un secuestro, resulta mas grave que mediante ese engaño se pretenda alcanzar un beneficio económico o que se realicen las pretensiones de activo fueran cual fueran, sin embargo éstas consideraciones no son contenidas en el tipo actual.

El objeto material en este caso, coincide con los sujetos pasivos, y como ya se menciono, cabe la posibilidad de que no haya objeto material aun y cuando los pasivos realicen la conducta, descrito en el tipo.

El concepto de nexo causal, tiene gran prioridad en el derecho procesal penal, pues es la base para determinar la responsabilidad del activo. No es un concepto que encontremos propiamente en la letra de la ley, en la descripción de la conducta, sino que es un elemento que se estudia, ya que en la simulación de privación de la libertad, debemos dirigirnos a demostrar que existió un nexo causal que une al agente activo con la conducta consistente, en simular la privación de su libertad, con amenaza a su vida o daño a su persona y que esta simulación tenia como objeto la obtención, de un rescate o que una autoridad o un particular hicieran o dejaran de hacer un acto cualquiera.

En cuanto a las circunstancias de:

Tiempo: El tipo no indica una temporalidad, si en la mañana, tarde, noche, madrugada, y lo mismo seria simular un secuestro de unas horas o un secuestro de días.

Modo: El tipo requiere de una simulación de privación de la libertad, con amenaza de vida o daño a la persona.

Lugar: no requiere para su configuración, circunstancias de lugar.

Ocasión: Igualmente el tipo no señala nada al respecto

Los elementos básicos objetivos: “La privación de la libertad, con amenaza de la vida o daño a la persona”

Los elementos básicos subjetivos: “Intención de obtener rescate”, “Propósito de que la autoridad”, “realizar”, “Propósito de que un particular”, “dejar de hacer”.

Elementos normativos: “libertad”, “autoridad”.

Como ya sabemos, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, por lo cual, para que exista tipicidad en este delito, es necesario que se realice la conducta descrita en el artículo 167 del Código Penal para el Distrito Federal.

Cabe resaltar que existen diferentes hipótesis para la realización de esta conducta, sin embargo siempre existirá previamente:

1.- Una simulación de privación de la libertad con amenaza de vida o daño a la persona.

1. 1er Hipótesis: Con la intención de obtener rescate.
2. 2da. Hipótesis: Con el propósito de que la autoridad realice un acto cualquiera.
3. 3ra. Hipótesis: Con el propósito de que la autoridad deje de realizar un acto cualquiera.
4. 4ta. Hipótesis: Con el propósito de que un particular realice un acto cualquiera
5. 5ta. Hipótesis: Con el propósito de un particular deje de realizar un acto cualquiera.

Resultando muy amplia la frase “acto cualquiera” pudiendo abarcar un sin número de hipótesis.

Para hablar de atipicidad en este punto, es necesario recordar, cuando se presenta la ausencia de tipo y la atipicidad.

La ausencia de tipo en este caso, se presentaría si el tipo no estuviera contenido dentro del Código Penal para el Distrito Federal, como es el caso de los Estado de Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Colima, Chihuahua, Morelos Nayariit, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas que no contemplan

este delito, ya que con algunas variaciones solo los Estado de Baja California Norte, Coahuila, Chiapas, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Oaxaca, Querétaro, San Luís Potosí, Tamaulipas y Veracruz si lo contemplan, la mayoría lo ubica dentro del título de delitos contra la libertad y seguridad de las personas, específicamente en el capítulo de secuestro, a excepción de estado de Chiapas y Michoacán que lo clasifican como una extorsión. En los Estados donde no se contempla, esta ausencia de tipo, causa problemas como el que sean castigadas como fraudes o como extorsiones, esto por la similitud que guardan en sus elementos.

Como ya se mencionó, puede existir atipicidad por las siguientes consideraciones:

1.- Por lo que hace a la atipicidad, cuando no se integran todos los elementos del tipo, estamos frente al aspecto negativo de la tipicidad, que denominamos atipicidad, si falta alguno de los elementos del tipo y que impidan su configuración, es decir, “simule” encontrarse “Privado de la libertad” con “amenaza de su vida” o “daño a su persona”, con el “propósito”, con la “intención”.

2.- Por falta de bien jurídico: Porque aún y con la realización de la conducta típica, a los sujetos pasivos, no se afecta su libertad personal que es el bien jurídico protegido de acuerdo a la ubicación dentro del Código, y en el entendido de que el bien jurídico tutelado fuera su libertad de obrar, y en caso de la privación de la libertad de una persona no tuviera ningún interés para el posible pasivo, tampoco tendrá ninguna presión, ni intención por hacer lo que le pide el activo, por lo cual, tampoco existiría ninguna afectación de ningún bien jurídico, y como el tipo para su configuración solo requiere la “intención” y el “propósito”, en alguno de los casos aunque exista adecuación de la conducta al tipo, podría no haber ninguna afectación a algún bien jurídico, por no haberse alcanzado la “intención” o el “propósito”, no existiendo ninguna afectación a bienes jurídicos, resultando atípica la conducta por carecer de afectación a un bien jurídico aun y cuando ya se han satisfecho los requisitos exigidos por el tipo.

3.- Por falta de objeto material: En el mismo sentido que el párrafo anterior al no haber afectación de ningún bien jurídico tutelado, tampoco existen sujetos pasivos, ni cosa alguna sobre la cual recaiga el delito.

En cuanto a la atipicidad por falta de elementos objetivos, se dará si faltare.

- a) La simulación de privación de la libertad.
- b) La amenaza de vida o daño a su persona.

En lo referente a la atipicidad por falta de elementos subjetivos bastara que faltaran:

Intención de obtener rescate.

Propósito de que la autoridad o un particular realicen o deje de realizar una acto cualquiera.

De acuerdo al principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material, establecida en el artículo 4 del Código Penal para el Distrito Federal, se requiere que se lesione o pongan en peligro, sin causa justa al bien jurídico tutelado, por la ley penal.

Por lo cual al no existir una precisión en cuanto al bien jurídico tutelado en el tipo de estudio, da como resultado no precisar su aplicación, ya que para poder estar en aptitud de saber si hay antijuridicidad formal se requiere que se lesione o ponga en peligro, sin causa justa el bien, pero si no se sabe exactamente cual es ese bien, no se podrá saber si se lesiona o no.

Por otra parte como se mencionó líneas atrás, puede existir el caso en que ni se lesione, ni se ponga en peligro ningún bien del pasivo, o del posible pasivo, por lo cual no habrá antijuridicidad y no, precisamente por constituirse o tratarse de su aspecto negativo, si no porque no se puede considerar antijurídico una conducta que no lesiona ni pone en peligro ningún bien jurídico y más aun, si ese bien es impreciso, y aunque se encuentre descrito en la ley, no es contraria a derecho, por no tener un fundamento en cuanto al bien jurídico que justifique su existencia, esto en el supuesto multicitado.

En lo que a las causas de justificación se refiere, en lo particular no consideramos que se puedan actualizar en la realización de esta conducta.

El consentimiento del titular; no es posible pensar en que se pudiera realizar por el consentimiento del pasivo, ya que entonces no cabría la posibilidad de una simulación, por estar enterado de ello.

La legítima defensa: tampoco cabría pensar que se pueda realizar por legítima defensa, ya que no se repele ninguna agresión, real, actual, o inminente y sin derecho, por salvaguardar algún derecho propio o ajeno.

Estado de necesidad; igualmente consideramos que no es posible que se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, respecto de un peligro real actual o inminente, ocasionado dolosamente por el agente, y lesionando otro bien menor o igual valor.

El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, también resultan prácticamente imposible que una persona pueda simular un secuestro por el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

Es un delito eminentemente doloso, ya que simular, engañar, hacer creer algo que no existe, requiere el deseo de verificar la conducta delictiva, el sujeto activo actúa con conocimiento de los elementos del tipo penal “simule”, “como el propósito” o “con la intención” y previendo como posible el resultado típico, quiere y acepta la realización del hecho descrito por la ley, que son parte del dolo, sin que exista la posibilidad de que pudiera ser culposo, o actualizarse algún elemento de la inculpabilidad.

Para que el sujeto activo sea imputable basta que se trate de una persona física, mayor de dieciocho años de edad en pleno goce de sus facultades mentales, sin que exista ninguna disminución en sus capacidades físicas, pudiendo existir el caso en que el sujeto activo sea inimputable por tratarse de un menor de edad, simule su secuestro o que una persona que no este en pleno goce de sus facultades mentales o físicas realice la conducta.

En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, se trata de un delito que se persigue por querrela de parte, tomando en consideración el contenido de la última parte del artículo 167 del Código Penal para el Distrito Federal, el que señala:

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

Lo cual nos indica que éste delito puede ser de querrela cuando sea cometido en contra de un particular y el mismo se trate de los mencionados en la parte final de este artículo y cuando se cometa en contra de la autoridad o de un particular.

En relación a la punibilidad que es el merecimiento de una sanción por la culpabilidad en el delito cometido, le corresponde al juzgador de acuerdo con el artículo 21 de la Constitución el imponer la pena correspondiente; en efecto el artículo referido en su primera parte dice:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”.

La pena señalada en este delito, es de dos a ocho años de prisión.

CAPÍTULO 3.

“ANÁLISIS DE LA TENTATIVA EN GENERAL Y SU APLICACIÓN AL TIPO PENAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 167 DEL NUEVO CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”.

3.1 Fases del *Iter-criminis*.

En el delito doloso, no se penaliza únicamente la conducta que realiza el tipo, sino que también, aquella que no alcanza a realizar todo el tipo por quedarse en una etapa anterior a la realización, es decir, la que queda en tentativa.⁶⁴

El *Iter-criminis*, es el camino a través del cual se va desarrollando el delito doloso, comprendiendo desde la idea en el mundo de lo abstracto (la mente); hasta su materialización, es decir, su afloramiento al mundo fáctico.

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este proceso, se le llama *iter criminis*, es decir camino del crimen (delito). Los delitos culposos no pasan por éstas etapas, comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, por que esta requiere de la realización de actos voluntariamente encaminados al delito.⁶⁵

Todos los delitos dolosos, menos los llamados instantáneos, *perficiuntur único actu* (como la injuria, el falso testimonio, etc.), tienen un desenvolvimiento propio, ya que la acción en la cual consisten, se descompone en una cantidad de actos que constituyen otras etapas del proceso criminoso.

Eugenio Raúl Zaffaroni, en cuanto al *iter criminis* establece: “... Tengamos en cuenta que el delito se inicia cronológicamente, como una idea en la mente del autor, que a través de un proceso que abarca la concepción (idea criminal), la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento, llega a afectar el bien jurídico tutelado en la forma descrita por

⁶⁴ Cavallo, El delito Imposible, La tentativa Inidonea en el Derecho Penal

⁶⁵ Eduardo López Betancourt cita a Jimenez de Asúa Op. Cit. Pag. 268.

el tipo. Este proceso o camino, que va desde la concepción hasta el agotamiento del delito, se llama *iter criminis*. No todo el *iter criminis* puede ser penado, porque de ser así, la seguridad jurídica se desbarataría, puesto que estaríamos penando la idea, el pensamiento mismo, es decir, etapas que son puramente internas del autor, lo que violaría el elemental principio jurídico, de que el pensamiento no puede soportar ninguna pena (*cogitationis poenam nemo patitur*).⁶⁶

Por su parte Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, escriben: “En el *iter criminalis*, según los prácticos italianos del siglo XII en adelante, el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito, pueden advertirse dos fases: la interna o psíquica y la externa o física. En la vida del delito concurren una actividad mental y una muscular. A la primera pertenece la idea criminosa (motivo, deliberación y resolución), a la segunda, la manifestación de la idea (proposición, conspiración, inducción). La preparación, los actos ejecutivos tentativa y los de consumación.”⁶⁷

Fernando Castellanos Tena, nos da la explicación de la frase *iter criminis* y explica: “El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este proceso se le llama *iter criminis*, es decir, camino del crimen.”⁶⁸

El delito nace como idea en la mente del hombre, pero aparece externamente 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 le llama fase interna. Con la manifestación principia la fase externa, la cual termina con la consumación.

Como podemos observar de las definiciones antes anotadas, los autores coinciden en establecer que el *iter criminis* es el camino del delito, integrado por los grados o etapas a través de los cuales la conducta del agente va trascendiendo hasta llegar a su fin. El *iter criminis*, se compone de dos fases; una subjetiva o interna en la que se encuentran: la ideación, la deliberación y finalmente la resolución de cometer un delito; y otra objetiva o

⁶⁶ SAINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal Parte General, ed. 3ra Ed. Bosch S.A. Barcelona 1990, p. 784

⁶⁷ Zafaroni, Eugenio R. Manual de Derecho Penal Parte General, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, p. 369

⁶⁸ Castellanos Tena Fernando Op. Cit. Pág 283

externa, que se compone de; la exteriorización, los actos preparatorios, los actos ejecutivos y la consumación, algunos autores opinan que también forma parte de dicha fase el agotamiento, lo anterior de acuerdo con la teoría del delito.

Fases del Iter Criminis.

A) Fase Interna.- Se da en el fuero interno del individuo en su psique y por lo mismo corresponde estrictamente al ámbito psicológico o subjetivo del autor.⁶⁹

La fase interna abarca tres etapas o periodos:

1.- Idea criminosa o ideación: En la mente humana aparece la tentación de delinquir que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.

2.- Deliberación: Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, 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. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

3.- Resolución: A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir, el sujeto después de pensar lo 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 solo existe como propósito en la mente.

Fase externa: Comprende desde el instante en el que el delito se hace manifiesto y termina en la consumación, tiene tres subfases o etapas, que son: La manifestación, la preparación y la ejecución.

1.- Manifestación: La idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, es la exteriorización de la idea de delinquir, manifiesta ante si o ante otro de su resolución.

⁶⁹ Idem

2.- La Preparación: Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución, es la segunda subbase o etapa de la fase externa, ésta se refiere a la realización de todos los actos encaminados para hacerse de todos los medios comisivos necesarios, como es el caso de comprar las sustancias y materiales necesarios para fabricar una bomba; o adquirir una pistola y balas para privar de la vida. Los medios preparatorios pueden constituir en si un delito, como es el caso de la portación de arma prohibida.

3.- La ejecución: Es el momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos, tentativa y consumación, siendo en la última de la etapas o subfases exteriorizadas, donde la conducta daña o pone en peligro el bien jurídico tutelado, que con base en la idea criminosa, se desea afectar.

Consumación: Es la producción del resultado típico, por la actividad o inactividad que reúne los elementos del tipo penal, que ocurre en el momento preciso de dañar o afectar el bien jurídico tutelado.

Podemos sostener que los actos encaminados a la obtención de un resultado típico se pueden consumir o quedar en grado de tentativa.

3.2 Tentativa y Clases de Tentativa.

En el momento en que el sujeto activo despliega su conducta se puede dar o no un resultado típico, cuando el resultado típico no se da por causas ajenas al agente estamos frente a la tentativa. Es importante señalar que en la tentativa, se trata de situaciones o causas ajenas a la voluntad del agente en donde intervienen factores como la participación de un tercero, algún fenómeno natural o la falta de apreciación objetiva por parte de un sujeto activo, esta última es relacionada con la idoneidad de los medios empleados.

Luís Jiménez de Azúa, apunta sobre la tentativa: “la tentativa es un delito imperfecto, y por ello, muy a menudo hablamos con sentido sinónimo de tentativa y de delito imperfecto. Sin embargo la imperfección del delito intentado es más bien una de las condiciones de la tentativa, y por ello su verdadera esencia reside, no solo en que no se realice el resultado perseguido (límite inferior en cuanto al delito consumado), sino en que se realice el principio de ejecución (límite superior en cuanto a los actos preparatorios).”⁷⁰

Romagnosi dijo que la tentativa o conato es “la ejecución incompleta de un delito”⁷¹. Carmignani, estableció el concepto de la tentativa como: “Todo aquello que falta a la consumación del delito”.⁷²

Zacharlaré por su parte establece que: “Tentativa de delito es la acción u omisión intencional y externa que dirigiéndose a la perpetración de un delito, realiza todo lo que es necesario para consumar éste, según el concepto legal.”⁷³

Castellanos Tena dice que “la tentativa difiere de los actos preparativos; en estos, todavía no hay hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos, en cambio en la tentativa, existe ya un principio de ejecución y por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo

⁷⁰ Jiménez de Azúa, Luís, Ob. Cit, p. 393

⁷¹ Citado por JIMENEZ DE ASÚA, Luis Ob. Cit, p. 386.

⁷² Ididem, p. 389

⁷³ Idem.

del tipo consiste en ejecutar algo, en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate”.⁷⁴

Para Carrara, es un delito imperfecto, inconcluso, no agota los substanciales elementos materiales y subjetivos necesarios para la consumación”.⁷⁵

Para nosotros la tentativa: Es la Manifestación de la voluntad del agente de cometer un delito, que se exterioriza comenzando a ejecutar parte o todos los elementos integrantes de dicho delito, pero sin que llegue a consumarse, por causas ajenas a su voluntad.

Encontramos que hay diversas formas de Tentativa: La Tentativa Acabada y la Tentativa Inacabada.

A.- En cuanto a la tentativa acabada el sujeto activo agota toda su conducta, todos los actos conducentes para consumir el delito, sin embargo por causas externas no se da el resultado; a este tipo de tentativa también se le conoce como delito frustrado; verbigracia.

B.- Por lo que corresponde a la tentativa inacabada el sujeto activo no agota la conducta por causas ajenas a su voluntad, esta tentativa también se conoce como delito intentado.

La llamada tentativa imposible, también conocida como delito imposible, se abundara en los puntos siguientes.

Elementos de la tentativa.

Para saber, lo que para la ley es la tentativa punible, es preciso señalar lo que establece el artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal, toda vez que es precisamente en dicho artículo en donde se proporciona el concepto legal de lo que se debe entender por tentativa punible, luego entonces, transcribiremos lo que ahí se establece.

“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

⁷⁴ Castellanos Tena Fernando Op. Cit. P. 287

⁷⁵ Carrara, Citado por Cortes Ibarra, Miguel Angl Ob. Cit. Pag: 258 y 259

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”.

Por lo cual para que la tentativa exista se requiere:

1.- El primer elemento integrante de dicho concepto, lo constituye la resolución de cometer un delito, como sabemos la resolución forma parte de la fase interna o subjetiva del iter criminis, a la cual le anteceden primeramente la ideación de cometer o no cometer el delito y finalmente la resolución de cometerlo, lo que evidentemente nos conlleva a establecer que el agente del delito conocía y quería la realización del mismo, es decir, que su actuar es doloso.

2.- El segundo elemento, lo constituye la exteriorización de dicha voluntad, por medio de una manifestación exterior del agente, y de la iniciación de los actos de ejecución, realizando en todo o en parte los actos ejecutivos que debieran producir el resultado. La exteriorización de la voluntad de cometer un delito, es la primera parte de la fase externa u objetiva del iter criminis, obviamente en este estadio de la fase externa u objetiva del iter criminis, así como los actos preparatorios, debido a su falta de univocidad o de claridad para poder acreditar con ellos la intención del agente de cometer un delito determinado es lo que influyó en el legislador para dejarlos impunes, por ello, es que el legislador establece que dicha exteriorización del activo de cometer un delito determinado, se debe verificar en el mundo fáctico, a través de los actos ejecutivos, los cuales se traducen en el comienzo de la ejecución del delito determinado que previamente dicho agente había resuelto cometer, es decir, adecuar su conducta a la hipótesis prevista en el tipo penal que el agente tiene la intención cometer, misma conducta que se puede verificar realizando en todo o en parte los actos ejecutivos que debieran producir el resultado, de donde se puede apreciar, que con ello se hace alusión a las llamadas tentativas acabada e inacabada, con el fin de dar mayores bases al juzgador para que este en condiciones de establecer el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito. La tentativa no es punible ni en los actos de ideación ni en los de preparación, sino a partir de los actos de ejecución. Jurídicamente se entiende que hay actos de ejecución cuando la persona comienza a realizar la acción delictiva a la cual se refiere el verbo rector en cada tipo penal.

3.- La omisión que debería evitar el delito, es la otra hipótesis que establece el legislador en este concepto de tentativa, por lo que hace a la conducta, que como sabemos puede ser tanto de acción como de omisión, siendo el caso, que en ésta última el legislador establece, una norma imperativa, o sea, impone al activo el deber de realizar una determinada conducta con el fin de evitar la producción de un delito, por lo que desde luego, si el activo omite realizar en todo o en parte los elementos integrantes del delito que pretenda, se consumará y por una causa ajena a él no se verifica el resultado, su conducta será punible.

4.- Que los actos ejecutivos sean idóneos e inequívocos; la idoneidad se refiere exclusivamente a la conducta, no a los instrumentos utilizados en la ejecución del hecho. Se entiende por idoneidad cuando la conducta tiene capacidad y aptitud de producir u ocasionar el resultado propuesto. Es inequívoca una conducta, cuando tiene una dirección clara, directa y precisa a la producción del resultado ideado.

Pueden existir instrumentos idóneos para producir un daño, pero no conducta idónea y viceversa.

5.- El legislador incorpora en la tentativa el dolo, es decir, el sujeto activo debe idear, querer y procurar la ejecución de un resultado que ponga en peligro el bien jurídico tutelado. Cuando hablamos de tentativa, se da la fórmula dolosa en lo consagrado como “actos ejecutivos que deberán producir el resultado, u omitiendo los que deberán evitarlo...” por ende, el delito culposo no puede admitir la tentativa.

6.- Que la idea de delinquir sea dirigida a cometer un delito determinado, es decir la realización de actos dirigidos a la producción del resultado, la persona debe tener una especial y consciente dirección de su conducta a la producción del resultado querido, que como ya se mencionó constituye el dolo, esto es, que la tentativa depende del tipo de delito a que encamina la conducta, pues esta condicionado por la Tipicidad del hecho a la cual se dirige la acción, de ello se deduce que determinadas acciones, que son consumativas respecto de la figura concreta, pueden ser tentativa de otra, por ejemplo una persona encamina a privar de la vida a otra pero por causas ajenas a la voluntad del activo sólo le causa lesiones, por lo cual hay que atender a los hechos a que se encaminó la conducta.

7.- Que la actividad sea fragmentable y por ello ciertos delitos como los de omisión simple, no pueden ser susceptibles de tentativa.

8.- La no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente; al incluir esta frase el legislador, deja abierta la posibilidad a cualquier causa eficaz que evite la consumación del delito, siempre y cuando sea ajena a la voluntad del sujeto activo, toda vez que si la no consumación del delito provienen de la libre y espontánea voluntad del activo, ya sea por su desistimiento o por su arrepentimiento eficaz, dicha conducta quedará impune en cuanto a la tentativa del delito que se pretendía consumir, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitiendo los que constituyen por si mismos delitos. Es decir se requiere de la no consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo: En este caso el proceso del camino del delito se suspende entre la fase de ejecución y la consumación, porque aparecen personas, cosas o circunstancias que inciden, doblegan o afectan la voluntad del actor física o moralmente y por ello, no se logra la consumación, impidiendo así la existencia del desistimiento o arrepentimiento del agente.

Es de notar que existen hechos que no admiten tentativa como lo son:

1.- Los delitos de omisión propia.- Porque aquí la sola omisión estructura el tipo penal, en éste caso, lo máximo que se llegaría, sería los actos de preparación que no son punibles. En el delito de omisión impropia sí puede hablarse de la tentativa, porque la conducta que se realiza es a través de la omisión como medio de comisión y se logra un resultado material.

2.- En los delitos de mera conducta.- Porque en tal caso, ejecutada la conducta se perfecciona el tipo penal.

3.- En aquellos hechos punibles en donde no es posible separar por razón de su estructura los actos de ejecución de los de consumación, en virtud de que la entidad del daño o lesión causada a la persona gradúa la pena a imponer.

4.- En los hechos punibles por culpa.- Porque la tentativa es esencialmente dolosa, es decir, los actos está dirigidos inequívocamente a la producción de un resultado, mientras que en el delito culposo el sujeto activo nunca quiere el resultado que aparece.

La consumación es la producción del resultado típico, por la actividad o inactividad voluntaria que reúne los elementos del tipo penal y ocurre en el momento preciso de dañar o afectar el bien jurídico tutelado.

En la consumación y tentativa se da la conducta, el nexo causal y el resultado, este último puede o no ser exactamente el deseado por el agente.

Desistimiento o arrepentimiento de la tentativa.

Desistir es dejar de hacer algo que se puede hacer. Desistirse entraña o significa que el resultado no se consumó en virtud de una voluntad propia revelada por el agente, esto es, que el medio escogido por el activo para la casación del evento antijurídico, aún no ha comenzado a desarrollar su eficacia causal cuando el sujeto activo decide dejarlo sin efecto. El desistimiento puede ser espontáneo, cuando el acto se genera por el dictado de su conciencia y a la valoración de las cosas o voluntario, que es el acto que nacido o no en la intimidad del sujeto es aceptado por él.

Por otra parte, se tiene que, el arrepentimiento, se da cuando el medio ya ha comenzado a desarrollar su eficacia y el agente obra para interrumpir la cadena casual que se ha desatado, no importa en realidad el móvil de tal conducta, en el fondo no interesa que exista real y verdadero arrepentimiento. En el arrepentimiento, se agotan todos los actos necesarios para la ejecución del delito, pero el agente voluntariamente arrepentido, evita la consumación del mismo, por tanto, puede operar como un delito frustrado.

Si las circunstancias que inciden en la voluntad para no consumir el delito provienen del querer mismo del sujeto activo tenemos el desistimiento, estipulado en el artículo 21 del Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 21.- *(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 constituirán por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste”.*

Así el desistimiento opera cuando la persona voluntariamente interrumpe el proceso de “iter criminis” frente a la consumación. Para que sea válido éste desistimiento, debe reunir los siguientes requisitos.

1.- Que sea oportuno, es decir, que se dé antes de la ejecución del hecho o que si ocurre, una vez comenzada la ejecución sea eficaz para evitar la consumación del hecho.

2.- Que sea libre, es decir, que sea fruto de una libre y conciente decisión del individuo.

3.- Que los actos realizados hasta el momento del desistimiento, no constituyan por si solo delito o contravención, porque de constituir hecho punible, la responsabilidad se desplaza hacia el tipo penal que subsiste.

Cuando el desistimiento es voluntario y libre, la conducta es atípica, salvo que los hechos realizados hasta ahí sean delitos por si solos.

Francisco Pavón Vasconcelos, deduce que la voluntad del autor constituye requisito esencial para integrar el arrepentimiento, resultando elementos de este los siguientes:

- a) Una voluntad inicial, de acusación del resultado.
- b) Realización de todos los actos de ejecución.
- c) Una actividad eficaz voluntaria para impedir el resultado.
- d) No verificación del resultado.⁷⁶

Por su parte encontramos regulado dentro del Código Penal para el Distrito Federal dentro del artículo 21 el cual establece lo siguiente:

Artículo 21.- *(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 si mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para este.*

⁷⁶ Francisco Pavón Vasconcelos, Breve ensayo sobre la tentativa, Ed. Porrúa, Mex, 2000. Pag. 152 y 153.

3.3 Fundamento de la tentativa.

El carácter doloso de la tentativa, se da como una verdad sabida y aceptada, tal acierto tiene su fundamento en la ley; en efecto, la indispensable voluntariedad de los actos de ejecución sin consumación se reduce a la tentativa, tiene su fundamento en la propia fórmula legal conforme a la cual se castiga la tentativa cuando la ejecución de los actos no integra el tipo o como dice la legislación penal, no se consuma el delito por causas ajenas a la voluntad del agente. Lo anterior, significa que la conducta, va desde el inicio matizada por la voluntariedad. Si se diera como esencia de la tentativa, la sola puesta en peligro sin voluntariedad, terminaríamos, en la afirmación de la existencia de una tentativa culposa, lo que legalmente se considera inadmisibles. La producción del peligro, dentro del esquema de la ley será punible, únicamente en los términos de la misma y de donde se desprende el carácter doloso en la ejecución. Desde el punto de vista de la lógica puramente formal, toda puesta en peligro debería de ser punible, si es que de actualizarse el peligro se integra un tipo específico, pero el régimen de la ley es otro y por ende, la doctrina jurídica penal, se reduce a sostener el carácter doloso de la institución. Los criterios tradicionales relativos a las características fundamentales o esenciales de la tentativa se refieren al llamado principio de ejecución, a la parcial integración del tipo y a la puesta en peligro en forma típica.

Lo característico de la tentativa es la puesta en peligro, pues aparece en el momento en que el sujeto activo, dirige su conducta en contra del pasivo, en la mayoría de los casos.

Existen diversas teorías que fundamentan la punibilidad de los actos que preceden a la consumación del delito: Las Teorías Objetivas o Clásicas, las Teorías Subjetivas y las Teorías Mixtas.

A) En cuanto a las Teorías Objetivas o Clásicas, en éstas lo importante es el resultado que se obtiene al realizar la conducta típica, es decir se sanciona la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado.

B) En cuanto a las Teorías Subjetivas, aquí lo que se sanciona es la voluntad contraria a derecho, la voluntad criminosa, independientemente de que el delito implique el resultado típico.

C) En cuanto a las Teorías Mixtas, estas parten del supuesto de que ambas de la realización de la conducta típica deben los actos producir una conmoción en el ordenamiento jurídico, en cuanto a la sensación de la seguridad existente en la comunidad.

Y por enunciar las importantes citamos las siguientes:

1.- En razón del peligro corrido: Esta teoría.- de gran importancia fue sostenida inicialmente por Carrara, Ortolan y Feurbach, entre otros, y se apoya en la consideración de que, aún cuando la tentativa no produce un daño real de carácter inmediato, en virtud de la in consumación del delito, con ella se pone, en peligro la seguridad de determinados bienes, cuya salvaguarda corresponde al Estado. De acuerdo con Francisco Carrara, se piensa que el delito es imperfecto cuando la violación del derecho tutelado no se verifica, a pesar de la realización, por el culpable, de los actos externos hábiles para procurarla; en consecuencia los delitos imperfectos no pueden presentar el elemento del daño inmediato, sino un daño inferior y en ocasiones ninguno, cumpliéndose en ello las funciones del tal daño inmediato por el del peligro corrido por el sujeto pasivo atacado por el activo. Y debido a lo anterior, los autores citados coinciden en que los actos externos realizados, se deben de considerar como la peligrosidad objetiva, que es causada al pasivo de la conducta y por lo tanto ello debe de ser fundamento de la punición de la tentativa, castigándose, el peligro objetivo exhibido por el agente, al realizar actos tendientes a la consumación de determinado delito.

2.- En razón de la voluntaria violación de un precepto penal.- Este punto de vista fue adoptado por Manzini, quien señala que el delito intentado es punible porque constituye la violación voluntaria de un precepto penal, cualquiera que sea el criterio que adopte la ley y no se pone en duda que la razón legal de la punición de la tentativa radica en la violación voluntaria del precepto penal tipificado pues es anterior al mandato legislativo y el peligro de la consumación preside en el fin de la misma.

3.- En razón de la peligrosidad objetiva.- Este criterio fue propagado principalmente por Enrique Ferri, quien encontró el fundamento de la punición de la tentativa en la voluntad criminal exteriorizada, atendiendo no al hecho material en si, sino a la intención traducida al exterior de los actos peligrosos; la tentativa de delitos, constituye una actividad antisocial. La

escuela positiva encabezada por Rafael Garófalo aceptaba la punición de todos los actos externos del pensamiento delictuoso, comprendido en ellos, a los actos meramente preparatorios, pues estos también son realizados de idea, motivo y fin criminal. Por ello para Ferri el simple acto preparatorio debe ser punible, con apoyo en el criterio objetivo-subjetivo, eliminándose así el problema de la separación de los actos preparatorios y ejecutivos, de manera que si el juez tiene la prueba de que el acto realizado, es preparatorio, constituye la ejecución de un delito, se aplicará una sanción que será adaptable a los motivos determinados que ocasionan el delito y a la personalidad del delincuente. La crítica que se realiza a la postura expuesta, radica en que hace de la exteriorización de la voluntad un síntoma de peligrosidad del autor y no como debe de ser, el fundamento de su culpabilidad, además de que desplaza el problema y equivoca su solución, pues la tentativa debe de ser punible, entre otras razones, porque los actos realizados manifiestan la voluntad de delinquir, pero no porque revelen la peligrosidad social del delincuente.

4.- En razón de la alarma social provocada.- Este criterio, fue sostenido por Mario Pagano, quien encuentra el fundamento de la punición de la tentativa, en la alarma que en la vida comunitaria despierta la actividad ejecutiva realizada por el sujeto activo. Sin embargo, si ese fuera exclusivamente su fundamento de punición, se llegaría al extremo de sancionar cualquier acto en que se cumpliera una actividad dirigida al delito, producida por la llamada alarma social, aun que en ella estuviera ausente un verdadero peligro para bienes jurídicos, esto independientemente de que, de ordinario, la citada alarma no se presente en el delito tentado, además de que la misma no es propia de la tentativa para darse y con mayor intensidad, en el delito consumado.

5.- En virtud de la disminución del sentimiento de seguridad de los asociados. Este criterio que fue seguido por Civali, apoyándose, en que, si bien en la tentativa no se da el efectivo daño material, a través de la acción tentada se perturba el orden jurídico, con lo cual se produce el fenómeno de la disminución del sentido de seguridad de los asociados.

La Doctrina también considera los siguientes puntos de punición de la tentativa.

1.- La tentativa debe ser sancionada con pena interior al delito consumado. Este punto de vista fue proclamado por Becario, invocando la necesidad de ofrecer al delincuente un motivo para apartarlo de la ejecución de nuevos actos que puedan llevarlo a consumir su propósito delictuoso. Señala el principio de adecuación entre el hecho y la pena pues siendo éste la tutela jurídica debe estar acorde con la gravedad de la infracción de la ley, resultado justificada la medida de sancionar con pena interior el delito imperfecto.

2.- La tentativa debe ser sancionada con pena igual a la del delito consumado. De acuerdo con Adolfo Prins, sostiene que la igualdad del grado del autor se da tanto en la tentativa de algún delito como en el delito consumado, pues en aquella imperfección se debe a causas independientes de su voluntad, justificándose en esas condiciones de igualdad de penas y la falta de daño material, la tentativa no aminora la gravedad de la violación a la ley.

De los anteriores criterios el que resulta más acertado es el de peligro corrido, a pesar de la diversas críticas en contra, ello como fundamento de la punibilidad de la tentativa, más no cuando se le pretende utilizar como índice de conocimiento del acto ejecutivo porque se debe de castigar el grado de peligro que tuvo la víctima y el momento consumativo del ilícito que se deben de castigar tanto la tentativa como el delito consumado.

3.4 La punibilidad de la tentativa.

En los diversos Códigos del País, en lo referente a la tentativa se da un criterio de la punibilidad. Determinan que la tentativa es punible cuando se ejecutan actos directos e inmediatamente encaminados a la ejecución del delito, pero éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad. Todo acto de tentativa es un acto de ejecución, los demás actos dentro del iter criminis son puramente internos, como la ideación, o externos como los preparatorios y la consumación, la que se da cuando se integra el tipo. En la tentativa no hay la inteligencia de algún tipo en especial, sino simplemente se integra el tipo “tentativa de...”

La punibilidad prevista para aquellos delitos que quedan en grado de tentativa, se prevé en el Libro Primero Disposiciones Generales, Título Cuarto Aplicación de Penas Medidas de Seguridad, Capítulo III Punibilidad de la Tentativa, artículo 78 mismo que a la letra dice:

“La punibilidad aplicable a la tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar.

En la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que se refiere este artículo, el juzgador tendrá en cuenta, además de lo previsto en el artículo 72 de este Código, el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y la magnitud del peligro en que se puso al bien jurídico protegido”

En el artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, primer párrafo, se regula que la punibilidad aplicable en caso de que un delito quede en grado de tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar. Por lo que trataremos de explicar lo anterior, poniendo como ejemplo un robo simple en grado de tentativa, previsto en el la fracción III artículo 220 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

*Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán:
III.- Prisión de dos a cuatro años y de ciento a cincuenta a cuatrocientos días multa, cuando el valor de lo robado exceda de trescientas pero no de setecientas cincuenta veces el salario mínimo.*

Ahora bien aplicando la regla prevista en el párrafo primero del artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, primeramente debemos dividir la pena mínima entre tres, para posteriormente saber a cuanto asciende una terceras parte de la sanción. Por lo que empezamos por la privativa de la libertad.

- Pena mínima: 2 años de prisión, para tratar de ser más claros convertimos los años en meses: 2 años = 24 meses, ahora 24 meses entre 3=8 meses, por lo que 8 meses resultan ser una tercera parte de la pena de prisión.

- Pena Máxima= 4 años =48 meses, ahora 48 meses entre 3= 16 meses por lo que 16 meses resultan ser una tercera parte de la pena de prisión luego entonces, dos terceras partes de la pena de prisión suman 32 meses =2 años 8 meses.

Por lo que hace a la pena máxima, debemos dividirla entre tres, para posteriormente saber a cuanto ascienden las dos terceras partes de la sanción. Por lo que empezaremos por la privativa de la libertad.

Continuemos con la sanción pecuniaria.

- Pena mínima=150 días multa, entre 3=50, por lo que se deberán tener 50 días multa como una tercera parte de la sanción pecuniaria.

- Pena máxima=400 días multa, entre 3=133.33 (en la practica se estila que un día no se puede dividir en fracciones, por lo tanto se deberá estar a lo más favorable al reo y en consecuencia, se elimina la fracción) por lo que se deberán tener 133 días multa como una tercera parte de la sanción pecuniaria, luego entonces, dos terceras partes resultan ser 266 días multa.

Luego entonces, una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito de Robo simple, son: de 8 meses a 2 años 8 meses de prisión y de 50 a 266 días multa.

Por otro lado, en el segundo párrafo del artículo 79 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establece que en la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que se refiere éste artículo, el juzgador tendrá en cuenta, además de lo previsto en el artículo 72

de este Código, el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y la magnitud del peligro en que puso al bien jurídico protegido, por lo que a continuación procedemos a transcribir lo que se prevé en el artículo 72 de Dicho Código:

El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

- I.- La naturaleza de la acción y omisión y los medios empleados para ejecutarla;*
- II.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;*
- III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;*
- IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, los vínculos de parentesco, amistad o relación entre activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;*
- V.- La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que los impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomará en cuenta además, sus usos y costumbres;*
- VI.- Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito,*
- VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y*
- VIII.- Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.*

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.

Como podemos observar en el artículo antes citado, se establecen las reglas que el Juez, debe tomar en cuenta al dictar sentencia condenatoria, para determinar la pena y medida de seguridad en su caso establecida para cada delito y así las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, en el caso de que un delito quede en grado de tentativa, el Juez deberá de tomar en cuenta además de lo previsto en el artículo 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, si se trata de una tentativa acabada o de una inacabada, para de esa forma poder estar en condiciones de establecer el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y por ende la magnitud del peligro en que se puso al bien jurídico protegido.

3.5 Delito Imposible.

La tentativa imposible como ya se menciono, es conocida como delito imposible y a diferencia de la acabada e inacabada; no se da el resultado típico, pues no hay infracción a la norma ya sea por imposibilidad material, por no idoneidad de los medios empleados y por inexistencia del objeto del delito. Podemos afirmar que en la tentativa imposible no se produce el resultado por causas ajenas o no a la voluntad del agente, simplemente no hay resultado por ser imposible

No debe confundirse la tentativa acabada o delito frustrado con la tentativa de delito imposible. En ésta tampoco se produce el resultado y no surge por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por ser imposible. En el delito imposible, no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por idoneidad de los medios empleados por la inexistencia del objeto del delito.

En cuanto al delito putativo o imaginario, éste a diferencia de la tentativa imposible, no es punible por carecer de una norma que regule la conducta del agente y que el sujeto cree erróneamente que su conducta es punible sin serlo legalmente. A cerca del delito putativo podemos concluir que no puede sancionarse en grado de tentativa, no de consumación pues no hay delito.

En cuanto a si dicha tentativa de delito imposible es o no punible, al respecto el Doctor Rodolfo García García, nos dice: “No hay un criterio definido entre los penalistas respecto de que la tentativa de delito imposible debe sancionarse o no, los partidarios de la teoría subjetiva opinan que la tentativa de delito imposible si debe punirse; los seguidores de la teoría objetiva por el contrario, estiman que la tentativa de delito imposible no debe ser sancionada porque con ello no se pone en peligro ningún bien jurídico tutelado por el Derecho Penal”.⁷⁷

* Imposibilidad sobre la acción.- Existe in idoneidad de la acción, cuando por ejemplo, el sujeto activo después de haber resuelto cometer el delito de homicidio, exterioriza su resolución y decide envenenar al sujeto pasivo, para lo cual realizar los actos preparatorios,

⁷⁷ GARCÍA GARCIA, Rodolfo, Ob. Cit., P. 90.

tales como, ofrecerle una taza de café y ponerle dos cucharadas de bicarbonato al mismo, con el cual piensa, que privará de la vida al sujeto pasivo, sin embargo, antes de tomar el café el sujeto activo recibe una llamada urgente, lo que provoca que se retire inmediatamente del lugar. Como podemos observar, si bien es cierto, se encuentra acreditado el primer elemento de la tentativa punible, es decir, la exteriorización de la resolución del sujeto activo de privar de la vida a otro, lo cierto es que los actos que llevo a cabo, no son los idóneos para conseguir su fin y por lo tanto no se pueden calificar como los actos ejecutivos “unívocos e inequívocos, que deberían producir el resultado, por lo tanto no puede decirse que se puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, pues existe in idoneidad de los medios empleados por el sujeto activo para llevar a cabo su resolución de privar de la vida a otro es por ello que su conducta no puede ser penalmente sancionada, ya que no debemos olvidar que los actos preparatorios de ninguna manera pueden ser considerados como constitutivos de la tentativa punible, pues carecen de univocidad y suelen ser equívocos.

* Imposibilidad sobre el objeto.- Existe tentativa de delito imposible cuando falta el objeto material sobre el cual recaerá la conducta desplegada por el sujeto activo, tal es el caso de aquel ejemplo, en el cual, la sujeto pasivo que cree encontrarse embarazada, resuelve provocarse un aborto, para lo cual exterioriza su voluntad mediante la comisión de los actos preparatorios, tales como conseguir un gancho metálico de tamaño considerable y posteriormente comienza a llevar a cabo los actos ejecutivos que debería producir el resultado y se lo introduce en varias ocasiones hasta el fondo de la vagina con el fin de provocarse la pérdida del producto y en esos momentos llega su madre, quien evita que la pasivo siga lacerando e inmediatamente la lleva a un hospital para evitar se desangre; en este hipotético caso, se advierte que la resolución de cometer el delito de aborto se exteriorizó ya que la sujeto activo realizó totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado ilícito, mismo que por causas ajenas a su voluntad, como lo fue la intervención de su madre, no se consuma, sin embargo, no se puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, es decir, la vida en formación o la vida humana dependiente, pues el producto de la concepción, es decir, el objeto material, nunca existió, por lo tanto existe tentativa de delito imposible por falta de objeto, por lo tanto su conducta no puede ser como tentativa punible.

* Tentativa inacabada del delito imposible.- Nos encontramos ante una tentativa inacabada de delito imposible, cuando el sujeto activo, después de haber resultó cometer un delito, exteriorizo su voluntad y realizó en parte los actos tendientes a la consumación del delito, u omitió los que deberían evitarlo, sin que el resultado ilícito se produzca debido a que los actos ejecutados, son in idóneos para conseguir el resultado deseado o siendo idóneos, falta el objeto sobre el cual recaerá la conducta desplegada por el activo, es decir, no existe el bien jurídico tutelado por la norma penal o existiendo éste, con la conducta desplegada por el sujeto activo el mismo no se pone en peligro.

Por ejemplo, cuando el sujeto activo resuelve obtener un lucro indebido a través del engaño en beneficio propio, para lo cual consigue unos cheques falsos y se presenta ante una sucursal bancaria con el fin de cobrarlos, pero al estar en la fila esperando su turno, un empleado bancario le pregunta que cual es la operación que va a realizar y el sujeto le contesta que va a cobrar unos cheques, mismos que se los enseña y al revisarlos, se percata que estos son emitidos por un banco inexistente. En este ejemplo, la tentativa es inacabada, por que el sujeto activo no llevó a cabo la totalidad de los actos necesarios para que se consumara el delito que previamente había resuelto cometer ya que fue descubierto antes de que se encontrara frente al cajero del banco y le entregara los supuestos cheques para su cobro y es imposible porque los medios empleados por el sujeto activo son in idóneos para lograr el engaño y con ello obtener un lucro indebido.

* Tentativa acabada de delito imposible.- Nos encontramos ante una tentativa acabada de delito imposible, cuando el sujeto activo, después de haber resuelto cometer un delito, exteriorizó su voluntad y realizó totalmente los actos tendientes a la consumación del delito, u omitió los que deberían evitarlo, sin que el resultado ilícito se haya producido, debido a que los actos ejecutados, son in idóneos para conseguir el resultado deseado o siendo idóneos, falta el objeto sobre el cual recaerá la conducta desplegada por el activo, es decir, no existe el bien jurídico tutelado por la norma penal o existiendo este, con la conducta desplegada por el sujeto activo el mismo no se pone en peligro debido precisamente a la in idoneidad de los actos desplegados por el sujeto activo.

Por ejemplo cuando el sujeto activo resuelve privar de la vida al sujeto pasivo, para lo cual consigue una arma de fuego y se introduce en la casa del pasivo y se percata de que éste se hallaba recostado en su cama al parecer dormido, por lo que saca el arma de fuego, sigilosamente se acerca al lugar en dónde se encontrabá supuestamente dormido el pasivo y a una distancia de un metro, le apunta al corazón y vacía sobre él la carga de su arma, ignorando que el sujeto pasivo tenía varias horas de haber muerto por un infarto fulminante, tal y como lo reveló el resultado de la autopsia que le fue practicada por peritos médicos forenses. En este ejemplo, la tentativa es acabada, porque el sujeto activo llevó a cabo la totalidad de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado ilícito que previamente había resuelto cometer, es decir, el privar de la vida a otro, es imposible porque contrario a lo que pareciera su conducta no puede ser constitutiva de un homicidio en grado de tentativa, ya que si bien es cierto, su resolución de cometer el delito de homicidio, se exteriorizó, realizando totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado y por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, no se llegó a la consumación, como lo fue el hecho de que el sujeto al que pretendía privar de la vida, hubiera fallecido varias horas antes de que el sujeto activo desplegara su conducta de acción, lo cierto es que, con dicha conducta el activo no puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, mismo que en el presente ejemplo sería la vida de la persona que el sujeto activo pretendía matar, pues al haber muerto varias horas antes de que el activo desplegara su conducta descrita, dejó de ser un ser vivo y por lo tanto el bien jurídico tutelado por la norma penal dejó de existir, luego entonces, la conducta desplegada por el activo, de ninguna forma puede ser considerada como un homicidio en grado de tentativa, por inexistencia del objeto sobre el cual recaería la acción desplegada por el activo, ya que no se puede privar de la vida a quien ya no cuenta con ella.

Desistimiento de la tentativa de delito imposible.- Estamos ante un desistimiento espontáneo de una tentativa de delito imposible, cuando el sujeto activo, después de haber resuelto cometer un determinado delito, exterioriza su voluntad criminal y al estar realizando parte de los actos que deberían producir el resultado, espontánea y voluntariamente desiste de seguir llevando a cabo su inicial idea criminal, sin que se consume el delito, no por el desistimiento espontáneo del sujeto activo, sino porque existe in idoneidad en los actos replegados por él, o por que el objeto sobre el cual debería recaer la conducta desplegada por

el sujeto activo, es inexistente y por ende, no se puede poner el peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal.

Como ejemplo, cuando el sujeto activo que es propietario de una vivienda, misma que rentaba a una persona, la cual no ha querido desocuparla y devolver la posesión al activo a pesar de que el contrato de arrendamiento ha terminado y que el activo se ha negado a su continuación y le ha requerido la entrega de la misma a través de medios legales, decide por propia autoridad y furtivamente ocupar el inmueble de su propiedad, aun cuando la ley no se lo permite, debido a que dicha persona tiene la posesión derivada del contrato de arrendamiento y se constituye por la noche en el domicilio en donde se ubica la vivienda, ya que sabe que la persona que tiene la posesión de la misma no se encontrara, pues sale a trabajar por la noche y con el duplicado de las llaves abre la puerta con el fin de introducirse en el departamento, sacar las cosas de inquilino y cambiar las cerraduras para evitar que volviera a introducirse, pero antes de hacerlo y sin que nada se lo impidiera, voluntaria y espontáneamente desiste de su propósito de despojar a tal persona de dicha vivienda y vuelve a cerrar la puerta y se retira del lugar. Por lo que nos encontramos ante un desistimiento espontáneo de la tentativa de delito imposible, por que el inquilino que pose la vivienda, el mismo día del hecho desplegado por el activo, por la mañana había acudido con el representante legal del activo ante la autoridad correspondiente y había celebrado convenio a través del cual le entregada la posesión de la misma al sujeto pasivo a través de su representante legal facultado para ello, hecho que el activo desconocía, por lo tanto nos encontramos ante una tentativa de delito imposible, porque el objeto sobre el cual recaería la conducta desplegada por el activo no existía.

Arrepentimiento de la tentativa imposible.

Estamos ante un arrepentimiento activo de la tentativa de delito imposible cuanto el sujeto activo, después de haber resuelto cometer un determinado delito, exterioriza su voluntad criminal y lleva a cabo la totalidad de los actos que bebían producir el resultado, sin que se consume el delito, no por que el sujeto activo espontánea y voluntariamente se haya arrepentido de su actuar, y a través de actos propios o ajenos impulsados por el, impidieran la producción de dicho resultado ilícito, sino porque existe in idoneidad en los actos desplegados

por él, o porque el objeto sobre el cual debería recaer la conducta desplegada por el sujeto activo, es inexistente y por ende, no se puede poner en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal.

Por ejemplo, cuando el sujeto activo resuelve privar de la vida a otro y para ello, exterioriza su voluntad al tratar de envenenar al sujeto pasivo, pero en lugar de colocar arsénico en el jugo de naranja que el pasivo tomaría, le pone bicarbonato de sodio y una vez que el pasivo lo toma, se arrepiente de su idea criminal e inmediatamente lo lleva al hospital en donde le practican un lavado de estomago, siendo así que el resultado ilícito no se produjo debido a la in idoneidad de los actos ejecutados por el sujeto activo, más no por el arrepentimiento de este, encontrándonos por ello ante la presencia de una tentativa de delito imposible.

3.6 La Tentativa en el tipo previsto en el artículo 167 del Nuevo Código Penal para Distrito Federal.

Como ya quedó claro, el iter-criminis es el camino del delito y toda vez que el tipo sujeto análisis en el presente trabajo se trata de un delito doloso, puede existir la posibilidad de que se presente la tentativa. Para analizar la forma en que puede presentarse la tentativa en este tipo anotaremos el artículo 167 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 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 de 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, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina, concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, y parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Fase Interna:

1.- Idea criminosa: En ésta primera etapa de la fase interna, es cuando al sujeto activo le surge la idea de simular la privación de la libertad de una persona y dado que de acuerdo al tipo desrito la conducta de los sujetos activos puede ser:

a) En el primer supuesto de sujeto activo, le surge la idea de simular la privación de su libertad, con amenaza de su vida o daño a su persona, con la intención de solicitar un rescate o con la intención de que un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera.

b) En el segundo supuesto del sujeto activo, le surge la idea de simular la privación de libertad de una persona, con amenaza de su vida o daño a su persona, con la intención de solicitar un rescate o con la intención de que un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, o puede ser que alguien le dé la idea o lo invite hacerlo.

2.- Deliberación: Al igual que en la anterior dependiendo del sujeto activo dependerá de la forma siguiente.

a) En el primer supuesto, comienza a meditar, sobre a que persona irá encaminada esa simulación, la cual dependerá de lo que intente obtener, pensando en los pros y contras, en

donde las fuerzas morales, religiosas y sociales podrían rechazar la idea, pero puede ocurrir que la idea de simularlo salga triunfante, y medite entonces, sobre como lo realizará, como simulará esa privación, dónde se ocultará, como simulará la amenaza de la vida o daño su persona y si se ayudará de alguien más.

b) En el segundo supuesto, igualmente comienza a meditar, sobre quien podría ser la persona ideal para simular su privación de libertad, a que persona se dirigirá la simulación, esto también de acuerdo a lo que quiera obtener, meditando entre los pros y contras, y en caso de salir triunfante la idea, como será la simulación.

3.- Resolución, aquí, una vez que el sujeto o sujetos activos pensaron lo que van hacer, deciden llevar a cabo la simulación, con voluntad firme, aunque sólo existe el propósito de realizarlo.

Fase externa:

1.- La manifestación: La idea criminal aflora al exterior, como idea o pensamiento exteriorizado, pudiendo ser, que ante si o ante otro, invitando o proponiendo a otro que le ayude a simular su secuestro o proponiéndole que simulen el secuestro de éste último.

2.- La preparación: Comienza con los actos encaminados para realizar la simulación, como lo serían saber la forma en que se hará saber al sujeto pasivo, que una persona se encuentra privada de su libertad, es decir preparar la forma en que se va a contactar a los sujetos pasivos, obteniendo los datos necesarios para comunicarse con los sujetos pasivos, ya sea por, teléfono, fax, mail, fotografías, mensajes, etc.

3.- La ejecución: Es el momento pleno de la simulación, que comienza con el ocultamiento de la persona que simulara la privación de su libertad, seguida o no de todos y cada uno de los actos exigidos por el tipo penal, como lo son:

a) La simulación de privación de la libertad

b) Amenaza de vida o daño a su persona

c) El propósito de obtener un rescate, o de que la autoridad o un particular realicen o dejen de realizar un acto cualquiera.

Una vez que él, o los sujetos activos han realizado todos los actos antes enumerados, han sido satisfechos los elementos exigidos por la descripción típica de este delito, es decir se colmaron los elementos del tipo.

Recordemos lo que es la consumación, y la tentativa.

Consumación: Es la producción del resultado típico, por la actividad o inactividad que reúne los elementos del tipo penal, que ocurre en el momento preciso de dañar o afectar el bien jurídico tutelado.

Tentativa: Manifestación de la voluntad del agente de cometer un delito, que se exterioriza comenzando a ejecutar parte o todos los elementos integrantes de dicho delito, pero sin que llegue a consumarse, por causas ajenas a su voluntad.

De acuerdo a lo anterior, para que un delito se considere consumado, no solo se requiere del encuadramiento de la conducta al tipo, sino que debe existir una afectación al bien jurídico tutelado y en el entendido de que tipo penal motivo del presente trabajo, no nos indica cual es bien jurídico que se protege, resulta impreciso establecer en que momento se consumará, lo cual es un grave error, ya que tanto el defensor como el juzgador no estarán en aptitud de saber si debe penalizarse como delito consumado o como tentativa.

Por otra parte aunque en lo particular lo he considerado un delito de resultado formal, esto de acuerdo a su descripción típica, ya que la misma no requiere de un daño material, ya que si bien es cierto, ésta conducta requiere el “propósito de obtener un rescate o la intención de que la autoridad o un particular realicen o dejen de realizar un acto cualquiera”, el tipo no exige que dicho propósito e intención sean alcanzados, por lo cual, en el supuesto de que una mujer llama a su esposo diciéndole que se encuentra secuestrada, y que si no entrega \$50,000.00 la mataran, sin embargo a su esposo no le afecta esta situación, porque en realidad el tiene una amante, y si matan a su esposa no le importa, en este supuesto, la sujeto pasivo ha realizado los actos ejecutivos exigidos por el tipo penal, sin embargo no es posible considerar que se trate de un delito consumado por no existir afectación ni puesta en peligro de algún bien jurídico señalado en este tipo.

Sin embargo de acuerdo a la descripción típica, el último de los actos requeridos por el tipo, es “el propósito de obtener un rescate o la intención de que la autoridad o un particular realicen o dejen de realizar un acto cualquiera”, por lo cual esta situación podría llevar a la confusión de que una vez satisfecho este último requisito deba considerarse como un delito consumado, es decir que no sea necesario que se obtenga el rescate o que la autoridad o el particular realice o deje de realizar un acto cualquiera para que se consume el delito, por considerar que se encuentra plenamente satisfecho el tipo en el momento en que se lleven a cabo los actos con el propósito de obtener los fines del tipo en comento, ya que en el supuesto mencionado anteriormente, dónde el sujeto pasivo hace caso omiso de las pretensiones del activo, no existe ninguna afectación a ningún bien, y mucho más, por existir imprecisión en cuanto al bien tutelado en el mismo, por lo cual no puede considerarse que ése, sea el momento de consumación ya que la ley indica que para la consumación debe existir afectación al bien jurídico tutelado, no sólo la integración de los elementos del tipo por lo cual, existe imprecisión al determinar su momento de consumación.

Otra confusión, a la que nos lleva el no tener claro en bien jurídico tutelado, es que en la hipótesis de que un joven se ausenta de su casa y posteriormente envía a sus padres fotografías en las que se encuentra amarrado, junto con una nota en que se indica que lo tienen secuestrado y que deben pagar \$100,000.00 pesos o le cortaran una pierna, y los padres preocupados por esta situación, acceden y pagan dicha cantidad. En este ejemplo, los requisitos exigidos por el tipo son cubiertos y podría pensarse que una vez entregado el rescate, es cuando se consume el delito, por ya existir una afectación a algún bien jurídico, en este caso el patrimonio, sin embargo, no es así, ya que el tipo no requiere que deba alcanzarse el propósito, en éste ejemplo, la obtención del rescate, por lo cual, si el tipo no lo indica, no debe considerarse que el delito se consume en ese momento y si el juzgador así lo considerará estaría, violando en perjuicio del activo su garantía de legalidad, por no estarse a la letra de la ley.

Otro ejemplo sería que el sujeto activo, en este caso una mujer que se entera que su amigo del cual esta enamorada se va a casar, y simula que se encuentra secuestrada pidiendo a cambio de su libertad que no se celebre la boda o la mataran, sin embargo los sujetos pasivos deciden no hacer caso y celebran el matrimonio, en este supuesto, los

elementos del tipo fueron satisfechos y podría pensarse que hay tentativa pero por no existir una afectación al bien jurídico y más aún por ser impreciso el bien tutelado, no puede saberse con precisión, si se trata de un delito consumado o de una tentativa.

En cuanto a la tentativa punible, en éste caso también surge un problema, para determinarla, ya que el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, indica que existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que debieran 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 ponen el peligro el bien jurídico tutelado. Por lo cual, para considerar punible la tentativa, es necesario también determinar si el bien jurídico tutelado, fue puesto en peligro, y como ya lo hemos mencionado, no existe precisión en éste, no es posible saber, desde que momento deberá punirse como tentativa, o en su caso como delito consumado.

Podría existir la posibilidad de confundirse, y pensar que se podría actualizar la tentativa acabada, en el supuesto de realizarse todos los actos exigidos por el tipo, y por causas ajenas a la voluntad del activo, no se consumé, en este caso en el cual el pasivo hace caso omiso de la petición del activo, sin embargo, la ley requiere que para hablar de tentativa, ya sea acabada o inacabada, el bien jurídico tutelado deberá ser puesto el peligro, y al no saber cual es el bien jurídico que se protege, no es posible tampoco determinar que exista tentativa acabada o inacabada.

Así mismo en el desistimiento, también es necesario saber el momento de consumación de delito, ya que el artículo 21 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal requiere que se impida la misma, es decir la consumación. Sin embargo podríamos citar el ejemplo de que el sujeto activo decide simular su secuestro y llama a su casa para decir que lo tienen secuestrado y que si no dan la cantidad que se les pida lo matarán, y llama a su casa pero no hay nadie y se activa la contestadora y en ella deja el mensaje, sin embargo minutos después de ello, el pasivo se arrepiente y va rápidamente a su casa para borrar el mensaje y que nadie sepa lo que tenia planeado.

Un ejemplo de arrepentimiento, sería que el sujeto pasivo, comienza a simular la privación de su libertad ocultándose de su familia y horas después se comunica con su hermana vía mensajes celulares, en el cual se le dice a la pasivo... “tengo secuestrado a tu hermano”, sin embargo el activo se arrepiente y al sentir remordimientos del sufrimiento de su hermana, decide no continuar y decir que todo se trataba de una broma.

Para que la tentativa pueda ser punible, y aplicar lo previsto en los artículos 72, 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal es necesario que previamente se trate de una tentativa punible, la cual esta regulada en el artículo 20 del mismo ordenamiento antes señalado, y de acuerdo a lo analizado líneas atrás no es posible determinar en que caso las conductas descritas en este tipo constituirían una tentativa acabada, inacabada o delito consumado, esto por la imprecisión del bien jurídico tutelado.

En cuanto a la tentativa de delito imposible, también podría confundirse esta figura, ya que en la misma se puede actualizar cuando, no se da el resultado típico, pues no hay infracción a la norma ya sea por imposibilidad material, por no idoneidad de los medios empleados y por inexistencia del objeto del delito. En la tentativa imposible no se produce el resultado por causas ajenas o no a la voluntad del agente, simplemente no hay resultado por ser imposible. La confusión se configuraría porque como ya lo hemos mencionado si los sujetos pasivos no hicieran ningún caso de las pretensiones solicitadas por el pasivo, no existiría objeto del delito, existiendo imposibilidad material, y podría pensarse que entonces en este supuesto señalado, habría tentativa imposible, sin embargo, ya que una característica de este es que no se produce el resultado, el cual se supone es o debería ser la afectación al bien jurídico protegido por el tipo penal, pero al no existir precisión del mismo, no podemos tampoco determinar si se produce o no un resultado determinado, porque es como estar a ciegas, sin saber cual es el resultado que debe o no producirse.

De los ejemplos enunciados anteriormente podemos deducir claramente el grave error en el que ha incurrido el legislador al crear este tipo penal, el cual por haber sido tomado como tipo fundamental del secuestro, por contener algunos de sus elementos, el legislador realiza la descripción de este tipo como lo hace con el delito de secuestro, el cual para que se configure basta la privación de la libertad y el propósito de rescate, lo cual también realiza en este tipo

que bien podríamos denominar simulación de secuestro o secuestro simulado, sin embargo en el secuestro es correcto establecerlo así, toda vez que, el bien que se protege es la libertad con dichos elementos descritos en su tipo penal, una vez realizados y satisfechos los requisitos del tipo, se afecta la libertad, y con la manifestación de obtener rescate a cambio de la libertad se da la característica especial del secuestro, la cual es la diferencia de los demás tipos privativos de libertad, sin embargo en este tipo, como no es la libertad lo que se protege, no es suficiente con que el tipo solo requiera la “intención de obtener rescate o el propósito de que la autoridad o un particular realicen o dejen de realizar un acto cualquiera”.

Así mismo el legislador que creo este tipo, se aparta de lo que la doctrina ha indicado al respecto, ya que la razón de ser de las normas sancionadoras del derecho penal son precisamente la protección de los bienes jurídicos, ya que esta es la justificación de la penalidad de los mismos, siendo el bien jurídico tutelado la columna vertebral de los tipos penales, ya que así se logra su correcta descripción y su clara precisión en cuanto a su objeto de protección, por lo cual este tipo no reúne esas características. Esto puede llevar a tener un tipo penal que si bien, su conducta no debe ser antijurídica solo por estar contenida dentro de un ordenamiento legal, sino porque debe afectar un bien jurídico, y aunque con su realización si puede llegarse a afectar poner en peligro diversos bienes jurídicos es necesario que su redacción verdaderamente indique cual debe ser su objeto de protección, y por medio de este indicar claramente cuál será el momento consumativo de este ilícito, esto para una correcta aplicación de las normas de derecho penal tanto por parte del juzgador como del defensor, ya que esa imprecisión como ya se observo puede llevar a que dicha conducta a pesar de estar contenida dentro del nuestro Código Penal no sea aplicada correctamente.

Por lo cual resulta de gran importancia, no sólo la precisión del o los bienes jurídicos que se afectan con la realización de esta conducta, sino una correcta descripción del tipo penal de acuerdo al bien que se protege, ya que por medio de esta podremos entonces, saber con precisión en momento en que se consuma y cuando estaremos hablando de tentativa y en consecuencia, como deberá penalizara dicha conducta.

Parte de la aportación del presente trabajo es precisamente determinar cual es el bien que afecta con la realización de esta conducta y proponer una posible solución, lo cual se realizará en el apartado de propuestas y conclusiones.

CAPÍTULO 4.

“LA PARTICIPACIÓN Y SU APLICACIÓN AL TIPO PENAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 167 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”.

4.1 Concepto de participación.

Fernando Castellanos Tena: Considera la participación, como “la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.”⁷⁸. Hace una distinción entre delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, según el tipo se requiera de uno o varios individuos.⁷⁹

Así que, para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere de: A) Unidad en el delito, y B) Pluralidad de personas.

Caballo, considera que el concurso de sujetos, es reconocido por la legislación penal vigente, con independencia de que algunas figuras delictivas exijan un sujeto activo plural.

Celestino Porte Petit, nos dice que el sujeto activo, es aquel”.... que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice.”⁸⁰

El Sujeto Activo plural: Hay tipos que requieren de la intervención de dos o mas sujetos activos, para que la actualización de delito se cumpla y para saber cuando es esto, es mismo tipo lo indica, si no es así, se estará frente a la plurisubjetividad o sujeto activo plural, y por exclusión cuando no se señale esta condición se estará frente a un delito unisubjetivo o de Sujeto Activo Singular.”⁸¹

Finalmente en este punto, concluimos adhiriéndonos al concepto de participación que da Fernando Castellanos Tena.

⁷⁸ Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. P. 293.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ PORTE PETIT, Celestino. “Dogmática sobre los Delitos contra la vida y la integridad corporal”. 3ra., ed. Porrúa, México, 2001, p. 321.

⁸¹ Granados Atlaco, José Antonio y Miguel Granados, “Lecciones de Cátedra”, Op. Cit. P. 112

4.2 Teorías sobre la participación.

1.- Teoría Unitaria.- Esta teoría de los mismos postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar la causalidad. Según el criterio causalista, todas las personas que intervienen en el hecho son responsables. Según este criterio para la teoría unitaria no hay razón para distinguir entre autores y partícipes, pues es autor aquél que contribuye causalmente a la realización del hecho típico. Si toda condición del hecho es causando del mismo, todo aquel que contribuya deberá considerarse como causa el mismo y por lo tanto autor del mismo. Se considera autor a todo aquel que haya intervenido en el hecho no importando el grado de su participación.

Por lo anterior se ha criticado con demasía el concepto unitario de autor. La crítica principal se centra, en que no es posible determinar las diferencias de las graduaciones de la pena entre los autores y los partícipes, pues al ser la intervención de todos equivalentes, no cabe establecer diferencia alguna y esto conduce a una ilimitada ampliación de punibilidad.

2.-Teoría subjetiva.- Esta teoría parte al igual que la anterior, de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues entiende que todos los sujetos que contribuyen a la realización del hecho son por igual autores y por lo tanto deben ser responsables del mismo. Sin embargo, reconoce que deben distinguirse los grados de la contribución a la realización del hecho, pues de lo contrario a todos habría que sancionar con la misma pena, es decir, como autores. Para distinguir los grados de contribución a la realización del hecho, esta Teoría distingue a los autores y partícipes de acuerdo a un plano subjetivo, pues desde un plano meramente objetivo-causal como lo hace la teoría de la equivalencia de las condiciones, no es posible diferenciar el grado de contribución por los distintos contribuyentes, pues todas las condiciones para ésta teoría son equivalentes. Se le conoce, como subjetiva de la participación

Para distinguir el grado de contribución al hecho realizado, se recurre a elementos subjetivos, esto es, al ánimo con el que el autor y el partícipe hayan obrado. De ésta forma, será autor aquel que haya obrado con ánimo de autor “animus autoris” y será partícipe quien haya obrado con ánimo de partícipe “animus soci”

La aportación de la contribución del autor tendrá una voluntad de autor, que querrá el hecho como propio, en cambio la del partícipe será una voluntad del partícipe que querrá el hecho como ajeno.

El “animus auctoris” se ha intentado caracterizar mediante dos fórmulas diversas:

- a) Mediante la teoría del dolo, que afirma que todo depende de si el partícipe ha subordinado su voluntad a la del autor y ha dejado a éste decidir sobre la ejecución del hecho.
- b) La teoría del interés, según la cual el “animus auctoris” coincide con el sujeto que tiene un interés en la acusación del hecho. Según esta teoría el cómplice y el instigador también son coautores.

A pesar de tener atractivas consecuencias, a ésta teoría subjetiva de la participación se le han realizado severas críticas desde puntos de vista de política criminal. Esta teoría abandona totalmente la teoría de la equivalencia de las condiciones como fundamento de la autoría y de la participación.

No todo el que es causa del delito, es autor, porque no todo el que interviene con una condición causal realiza el hecho típico. Para esta teoría, causación no es igual la realización del delito, sino que es necesario algo más. Señala ésta dirección que solamente se podrá considerar como autor a quien comete por sí mismo la acción típica, se le conoce como teoría restrictiva porque restringe la acción de la realización de la conducta típica. Si la sola contribución a la causación del resultado no es típica, no podrá considerarse como autor.

Para distinguir entre autor o partícipe, señala que se debe precisar la contribución al hecho. Dependiendo de la forma de intervención y de la importancia del hecho, habrá autoría o participación.

Esta teoría postula dos criterios, uno objetivo formal y otro objetivo material para determinar la importancia de la contribución, de esta forma determina si se imputa el hecho como autor o como partícipe.

Esta teoría sólo es aplicable en nuestra legislación punitiva vigente en la fracción I, del numeral 22, cuando prescribe que *“Son responsables del delito quienes: I.- Lo realicen por sí”*.

3.- Teoría objetivo material.- Dicha teoría quiso salvar los obstáculos de la teoría objetivo formal, siguiendo las mismas bases, señalando que sería autor quien aportarse en el hecho la contribución objetiva más importante, desde el punto de vista de la peligrosidad objetiva.

Empero tampoco resuelve los casos de la autoría mediata, figura en que lo decisivo, es si el autor mediato sabe o no que está realizando el hecho típico.

4.- Teoría del dominio del hecho.- Esta considera, que no resultan apropiadas para dar un concepto de autor que sirva para diferenciarlo del partícipe, tomar teorías puramente objetivas, ni subjetivas, sino que es necesario buscar una síntesis de ambas para lograr una correcta delimitación de la autoría y participación.

Esta ha sido la meta de la teoría del dominio del hecho, la que cada día ha venido imponiendo en la dogmática y en la jurisprudencia penal.

Parte de la necesidad de tomar en cuenta tanto la voluntad de quien actúa (el ánimo que lo impulsa a realizar la acción, propio o ajeno) como el de tomar en cuenta la importancia material de la parte que cada interviniente asume en el hecho, solamente será considerado autor quien contribuya a determinar el curso del hecho.

Es necesario referirse a lo que la doctrina ha entendido por “dominio del hecho”, pues hay quienes señalan que carece de un contenido preciso que sirva para resolver nítidamente la cuestión de la delimitación entre autoría y participación. Se dice que por “dominio del hecho” debe entenderse que el sujeto a quien se le considera autor, debe tener el poder de interrumpir la realización del tipo. En este sentido, por ejemplo, el ejecutor material tiene el dominio del hecho, y es autor porque depende de él que culmine la ejecución del hecho. Sin embargo, a juicio de Mir, es necesario algo más, que el mero poder de interrumpir, pues con

esta idea del dominio del hecho no queda totalmente clara la diferencia del autor mediato con el inductor cuando en ellos se da ese poder de interrumpir la realización del tipo.⁸²

Este algo más, al que se refiere Mir, consiste en que para ser autor se debe dar la situación de la pertenencia exclusiva o compartida del hecho, es decir, que el hecho le sea imputable al autor como suyo. En este sentido, es distinto el rol que desempeña el autor mediato del inductor, pues el papel que realiza el primero es distinto del segundo.⁸³

La teoría del dominio del hecho no permite resolver todos los problemas de la distinción entre autor y partícipe, si bien es cierto permite distinguir entre el dominio de la acción, que es el dominio sobre la realización de la acción típica; el dominio sobre la voluntad que es propiamente la llamada autoría mediata; y sobre el dominio funcional del hecho, que esta basado en la división del trabajo que es propiamente la llamada coautoría.

FORMAS DE PARTICIPACIÓN.

Maggiore, clasifica en cuatro las formas de participación.

A) Por el grado de participación pueden ser:

1. Principal.- Aquella dónde el agente lleva a cabo la consumación del delito.
2. Accesorio.- Que es en donde los sujetos que intervienen en la celebración del ilícito, sólo lo hacen en la etapa de preparación.

B) Por la calidad, la participación pueden ser:

1. Moral: La cual comprende la instigación, determinación o provocación; la primera de ellas abarca el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.
2. Física: Que es cuando en la fase de ejecución del delito el cómplice realiza una actividad de carácter material.

⁸² Ibidem, p. 156.

⁸³ Idem

C) Por razón del tiempo, la participación puede ser:

- 1.- Anterior: Cuando el acuerdo entre el autor y el cómplice para llevar a cabo los actos encaminados a la comisión del delito es previo a ésta.
- 2.- Concominante: Que es cuando la comisión del ilícito entre ambos agentes se lleva a cabo en el instante mismo de la ejecución del delito.
- 3.- Posterior: Cuando a partir de un acuerdo previo entre los partícipes del delito, se comprenden actos cuya ejecución es posterior a la celebración del ilícito.

D) Por su eficacia, la participación pueden ser:

1. Necesaria: cuando el tipo penal es plurisubjetivo, por lo tanto para la ejecución el delito exige un número determinado de personas.
2. No necesaria; Que es aquella en donde el tipo penal no exige un concurso de personas para la celebración del delito.

En el artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal se recoge el catálogo de los grados de participación en la comisión de un delito.

4.3 Autoría.

Si alguien ejecuta por sí sólo el delito, se llama simplemente autor; si varios lo originan, reciben el nombre de coautores. Los auxiliares indirectos son denominados cómplices, quienes aun cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso.

En la participación, existe la intervención de varios sujetos activos que encaminan su conducta a la producción de un hecho típico, sin embargo éste grado de participación no siempre será el mismo, dependerá de la actividad o inactividad que cada uno realice, por lo cual en primer término tenemos a la autoría.

Autor: Es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictivo⁸⁴

La autoría simple, existe cuando se da la intervención de un sólo sujeto como autor del delito, poniendo en peligro o lesionando el bien jurídico tutelado.

Coautoría: Si varios lo realizan ya sea como autor material o intelectual.

Autoría Mediata.- Esta se presenta cuando el agente utiliza a un inimputable para la comisión material de un delito; es decir, se emplea como medio comisivo o instrumento a una persona incapaz, ya sea por su minoría de edad o por su estado de enajenación mental, permanente o transitoria. Se comprenden como incapaces o los mayores que tienen alguna deficiencia de carácter físico, psicológico o sensorial. Sebastián Soler, dice que “el autor mediato no delinque con otro, sino por medio de otro que adquiere el carácter de mero instrumento”.⁸⁵

Se caracteriza porque quien realiza la entidad criminal, utiliza a otro como instrumento, dicho de otro modo, para realizar el tipo se sirve de otra persona a quien utiliza como si fuera una máquina para realizarlo. En la autoría mediata existe una relación entre el autor (mediato) y la persona utilizada, el dominio del hecho lo tiene la persona que utiliza a la otra. En éste tipo de autoría mediata, la tarea fundamental es la que desempeña aquel que la

⁸⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. Cit. P. 292

⁸⁵ Idem. P. 294.

doctrina ha denominado “el hombre de atrás” (que éste tenga en su mano bajo su influjo al intermediario en el hecho).

Supuestos en que se presente la autoría mediata.

Cuando el autor utiliza a otra persona.- Se presenta en los casos en que el intermediario actúa sin libertad o sin conocimiento de la situación, de tal manera que “el hombre de atrás” se aprovecha de ésta falta de libertad o de conocimiento para utilizarlo para realizar el hecho típico. El hombre de atrás” es quien tiene el dominio del hecho, y es el único a que se le puede imputar como propio la realización del tipo, a pesar de que fue que el autor mediato quien realizó materialmente el injusto penal, Así, tenemos que se dan los siguientes supuestos:

1. Cuando el instrumento actúa sin acción: Ejemplo, quien empuja a otro para que caiga encima de un tercero. En estos casos quien emplea la fuerza irresistible es el autor mediato.
2. Cuando el instrumento actúa sin antijuridicidad, es decir, cuando el instrumento actúa por a) engaño; b) violencia; c) in idoneidad para ser autor de delito; d) falta de dolo; e) falta de elementos subjetivos del injusto; f) concurrencia de alguna causa de justificación.

Bajo estos supuestos donde se actúa sin antijuridicidad, se pueden presentar distintos ejemplos, en los que únicamente se puede considerar al hombre de atrás como autor mediato.

- a) Ejemplo de engaño: Maria hace que Alejandra se introduzca en una tina con agua, en la cual existe corriente eléctrica. En este caso Alejandra es quien se causa asimismo la muerte, lo que es un hecho que no es típico.
- b) Ejemplo de violencia: Quien obliga a otro a permanecer en el agua fría provocándole lesiones y finalmente la muerte.
- c) Ejemplo de in idoneidad del instrumento para ser autor. La secretaria particular del servidor público que destruye a solicitud de éste documento que el mismo tienen confiados por razón de su cargo.

- d) Ejemplo de falta de dolo: Se dará en los casos en que el instrumento actúa sin dolo, como cuando alguien entrega un paquete un tercero (quien desconoce) y se trata de alguna sustancia enervante.
- e) Ejemplo de ausencia de elementos subjetivos del injusto: Es el mayordomo que obedece a su patrón y toma los gallos del vecino. Aquí el mayordomo, aun que sabe que los gallos son del vecino, no los toma con ánimo de robárselos, sino para dárselos a su patrón.
- f) Ejemplo de concurrencia de una causa de justificación: Es el caso de la persona que denuncia por hechos falsos a otra, y esta es detenida por las autoridades. En este caso actúan justificadamente en cumplimiento de su cargo pero están siendo utilizadas como instrumentos por el denunciante,

3. Cuando el instrumento actúa sin culpabilidad.

Se da en aquellos supuestos del autor mediato, cuando se sirve para la comisión del delito de un inimputable, o de alguien que se encuentra en una situación de error de prohibición o de una causa de no exigibilidad.

1. A utiliza a B, menor de edad para que delinca
2. A utiliza a B, extranjero para obtener algo que éste no sabe que esta prohibido.

Autor Intelectual.- Se denomina también instigador o determinador y es la persona en quien nace la idea o la resolución criminal y se la comunica a otra persona para que la ejecute. Esta forma de participación se contienen en el artículo 22 fracción IV del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, bajo el enunciado: “Son responsable del delito quienes: ... determinen dolosamente al autor a cometerlo”.. A la comisión del hecho punible, señalado lo anterior es claro que la responsabilidad del autor intelectual comienza en las etapas de la ideación y preparación aún cuando conlleva una tentativa, jurídicamente no es posible responsabilizar al autor intelectual, salvo cuando el legislador expresamente le de entidad jurídica a los actos de instigación sin principio de ejecución por parte del autor material.

Formas más comunes de autoría intelectual:

- a) La orden; Es la manifestación expresa de voluntad de un superior jerárquico que determina al inferior para ejecutar el hecho punible. En este caso, siempre hay una relación institucional entre el superior que ordena y el inferior que cumple la orden.
- b) El mandato: El autor intelectual encomienda o encarga a otro la ejecución del hecho punible. En este caso, el autor material actúa a nombre y en beneficio exclusivo del mandante (No hay relación institucional).
- c) El convenio, en este caso hay un acuerdo de voluntades entre las dos personas para cometer el hecho punible y el beneficio es recíproco. Ambos actúan frente a una relación provocada con utilidad mutua al resultado obtenido.
- d) El consejo: Es una forma de instigación que opera a manera de concepto frente a la voluntad de quien ejecuta la conducta, es más que un aporte moral (No hay una determinación en la voluntad, no hay coacción).
- e) La coacción.- El autor intelectual actúa de tal manera, que doblega física o moralmente la voluntad del autor material (obliga a la persona acometer el hecho punible).

Instigación.- Por instigación se entiende la situación en que una persona dolosamente determina a otro a la comisión dolosa de un delito. Existe una persona delante de otra, el sujeto de atrás tiene perfectamente definido el delito que pretende cometer, quiere tanto su realización como el resultado, por eso se dice que el instigador actúa de manera dolosa, al determinar al de adelante a la ejecución del ilícito, éste último sujeto es quien interviene únicamente en la realización del delito, actuando de manera dolosa, deseando también la realización, el resultado y siempre a sabiendas de lo que quiere el sujeto de atrás.

El Código Penal para el Distrito Federal, respecto de la instigación establece lo siguientes:

Artículo 22.- *(forma de autoría y participación) son responsables del delito quienes:
Fracción IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo..*

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos para las hipótesis previstas en las fracciones V, VI se impondrá la punibilidad prevista en el artículo 81 de este Código.

Se dice que el instigador es autor intelectual, toda vez que es quien concibe la idea del ilícito y determina al de adelante para que éste por su parte sea el autor material del delito que se quiere realizar.

Hay instigación dice Soler, “cuando el sujeto quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinando en éste, la relación de ejecutarlo”.⁸⁶

Por otra parte, es inútil creer que el instigador pueda confundirse con el autor mediato, y como ya se menciona en el tema correspondiente, el autor mediato se sirve como instrumento de un sujeto que es inimputable, inculpable o tiene en si alguna causa de exclusión del delito, mas no sucede así en la instigación, ya que el dolo es un elemento importante, que de no darse en esta figura podríamos no estar hablando de instigación, ya que en esta el determinador siempre quiere y desea el delito y su resultado, su conducta va dirigida a mover la voluntad del sujeto de adelante a la comisión del delito, éste último sujeto, quien comete el delito, convirtiéndose así en material del ilícito, actúa con dolo, a sabiendas siempre de lo que quiere el determinador. Es decir que en la instigación está presente el dolo tanto en el instigador como en el instigado.

Tales características no se dan en la figura de la autoría mediata, ya que el sujeto de adelante carece de la capacidad de conocimiento o de voluntad para la realización del hecho ilícito, hay ausencia de conocimiento en este sujeto, por lo que en la autoría mediata, hay ausencia de dolo en el autor material del ilícito. Ahora bien, la instigación sin éxito no es punible.

Hasta ahora, se ha hablado tan sólo de una relación directa y personal que se da entre instigador e instigado, que tienen en si el carácter de autor intelectual y autor material, respectivamente, pero que pasaría si la instigación se da en cadena, es decir con un tercer sujeto que sirva de intermediario. Frente a tal situación tenemos, que hay un primer sujeto que esta atrás e instiga sobre otro sujeto que esta adelante para que este a su vez instigue sobre un tercer sujeto, que será quien realice el delito.

⁸⁶ Soler, Sebastian. Op. Cit. Pag. 258

El sujeto que está atrás, tiene el carácter de autor intelectual, se le considera participe en delito, ya que no solo ha aportado la idea de delinquir, sino que además dirige su conducta de manera dolosa a determinar al sujeto de adelante para que instigue a un tercero a la comisión del ilícito, en esta primera relación tenemos, una relación personal en línea directa, el sujeto de atrás, es instigador, al reunir todos los elementos que la figura requiere, su conducta, tal y como lo mencioné va dirigida a determinar al sujeto de adelante a que se convierta en instigador, le comunica la intención de la realización del delito, y le encomienda que por su parte instigue a un tercero para que sea el autor material, toda su conducta va revestida de dolo, de principio a fin.

Posteriormente se da una segunda relación directa y personal, entre el segundo instigador y un tercero, ahora el segundo sujeto se ubica atrás del tercero, y éste último adelanta, a quien el de atrás le determina dolosamente a cometer el delito doloso. En esta cadena de instigación, debe prevalecer el dolo, de todos los partícipes, tanto de los instigadores como del autor material, así como el conocimiento por parte de los instigadores de las intenciones de sus determinadores. Por otro lado, puede que el autor material nunca haya tenido contacto con el primer sujeto, puede que ni el primer instigador con el tercer sujeto, no sepan de su existencia uno del otro y esto no impediría la configuración de la instigación, ya que en realidad nunca existe una relación entre estos, uno aporta la idea del delito y el tercero finalmente lo culmina, en virtud de la instigación que el segundo ejerce sobre el tercero, es decir, en realidad no es necesaria la relación entre estos dos sujetos, basta que el autor material del delito, lo haya conminado en virtud de la instigación por parte del sujeto que se ubicó detrás del él.

AUTOR MATERIAL.

Se conoce con esta denominación al sujeto que ejecuta en forma directa la conducta descrita en el tipo penal, ya sea mediante, acción u omisión que agota al verbo rector núcleo de la hipótesis delictiva. En algunas conductas delictivas puede confundirse simultáneamente la categoría de autor intelectual y material y se presenta cuando la persona que ejecuta el hecho, es la misma que lo ideó. En el artículo 22 fracciones I y II se establece el autor material en los términos de: "... quienes: lo realicen por sí, "y"... quienes lo realicen

conjuntamente con otro u otros autores...” las modalidades de participación son diferentes, pero en materia de punibilidad ambos estarán en el mismo nivel en la pena a imponer.

Ahora bien la diferencia entre autor intelectual y material importa hacerla para establecer la forma de coparticipación de cada uno, por cuanto básicamente la pena es la misma e igual para uno y otro, frente al delito.

La coautoría.- Como se ha referido, coparticipación es el término genérico, ya que es la participación de varias personas en un hecho punible; donde el término específico es autor o cómplice, dentro de esta categoría de autores se habla de coautoría, donde el prefijo “co” significa pluralidad. Todo autor intelectual ó material, o cómplice son coparticipes.

Son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho típico. Es común que las codificaciones no aportan una definición sobre este punto, ello obedece a que desde el punto de vista de la técnica legislativa es prácticamente innecesario, ya que esta figura se encuentra implícita en la noción que se tenga de autor. Se considera a los coautores, como autores en virtud de que todos cometen el hecho típico. Ninguno realiza por si solos completamente el hecho y a ninguno se le puede considerar partícipe, si no que la comisión del delito es repartida entre todos. En contra del principio de la accesoriedad que rige para la participación, en la coautoría rige el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones. Se trata de un principio extensivo de la imputación, el cual señala que todo lo que haga cada uno de los coautores, es imputable extensiblemente a todos los demás.

Este principio se fundamenta en la división del trabajo para justificar la responsabilidad de todo el delito tanto el de los coautores como el de los partícipes. El coautor responde como autor por todo el delito, al igual que el cómplice responde como cómplice por todo el delito. De esta forma se considera a cada coautor como autor en la totalidad. En otras palabras este principio de la división del trabajo lo que hace es justificar, porque, se es coautor o cómplice del delito total. Sin embargo deben destacarse los límites que tiene el principio de la imputación extensiva, en cuanto a la realización de distintos hechos a los pactados en el acuerdo previo.

Como elemento esencial de la coautoría, se requiere además el elemento del co-dominio del hecho, que es de un dominio “funcional” del hecho en el sentido, de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de las partes que le corresponde en la división del trabajo. El co-dominio del hecho es consecuencia de la decisión conjunta a la realización del hecho, de tal manera que el trabajo se vincula funcionalmente con los distintos aportes al hecho mismo. Se presenta cuando en el hecho punible concurren varias personas como partícipes en la categoría de autores, se clasifica la coautoría en: propia e impropia.

1. Coautoría propia. Se da cuando concurren en el hecho punible simultáneamente, autores materiales e intelectuales.
2. Coautora impropia: Es la coautora impropia una creación jurisprudencial y doctrinaria que se presenta cuando en el hecho punible concurren varias personas en la calidad de autores y cómplices, pero obedeciendo a un plan de trabajo previamente concertado, con distribución de funciones a cada uno, que luego ejecutan en la escena del delito. En este caso, aunque jurídicamente se puede diferenciar la calidad o categoría de cómplice o autor, todos los partícipes se consideran coautores, de ahí el nombre de coautora impropia. Para que se presente la coautoría impropia, se deben tener en cuenta los siguientes elementos, los que siempre deberán darse:
 - I. La coparticipación de varias personas en un hecho punible.
 - II. Que ese hecho punible obedezca a un plan de trabajo, previamente diseñado.
 - III. Que haya previamente una distribución de funciones.
 - IV. Que en la ejecución del hecho, cada cual realice las tareas que se le asignó.
 - V. Que exista la unidad de designo criminal.

El exceso de los partícipes: éste puede suceder cuando alguno de los partícipes se aparte del designo criminal común y ejecute otro u otros hechos punibles, diferentes a los que fueron objeto del acuerdo previo. Cuando esto suceda, nos encontramos frente al fenómeno jurídico denominado exceso en los copartícipes que se resuelve a través de los siguientes criterios:

1. Si es el autor material el que excede los términos del mandato, sólo él es responsable de los resultados excedidos.
2. Si es el cómplice quien excede, los resultados que aparecen demás, le son a él imputados.
3. Sin embargo, hay una teoría, que se denomina previsibilidad del resultado, donde “si dadas las circunstancias en que se desarrolló la empresa delictiva y las modalidades en su ejecución, era factible o posible que los partícipes pudieran prever, al menos como posibles, otros resultando, distintos al inicialmente propuesto, entonces, todos ellos responden por todos los resultados que aparezcan en el desarrollo del iter criminis.

4.4 Participación

La accesoriedad de la participación significa en este contexto, que la existencia de la participación depende de la existencia del hecho principal doloso cometido por el autor, es decir, si no se da el hecho principal doloso, no se dará tampoco el hecho accesorio. El desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal, no se desvalora la conducta del partícipe autónomamente, sino con absoluta dependencia de la consumación del hecho principal.

Características y requisitos del partícipe.

- a) El partícipe no realiza la acción típica, no da lugar su acción a un tipo autónomo, si no a un tipo de participación, es decir, a un tipo de referencia.
- b) Si no existe hecho realizado por un autor, no existe la participación.
- c) El partícipe a diferencia del autor no tiene nunca el dominio del hecho.
- d) El principio de la sanción del partícipe se fundamenta en la extensión de la pena, la que no aplica solamente el autor. Si al autor no se le considera que obró antijurídicamente, al partícipe no se le impondrá pena alguna.

Los partícipes se clasifican de la siguiente forma:

1.- Cómplice.- Es la persona que sin ejecutar la acción delictiva a la cual se refiere el verbo rector, contribuye a la realización del hecho punible. Es un colaborador, porque aporta algo en la producción del hecho. Se define la complicidad en el ya citado artículo 22 fracción V y VI en los términos: “.. Quienes dolosamente presten ayuda o auxilio al autor”..., pero el verbo ayudar o auxiliar es muy amplio que comprende cualquier aporte, por ende podrá ser físico o moral, es menester señalar que el aporte moral actúa a manera de consejo o incitación, porque actúa a manera de determinador del hecho punible.

Aparece igualmente, una graduación en la pena a imponer menor o favorable para el cómplice establecida en el artículo 81 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, al señalar que “. Será de las tres cuartas partes del mínimo y del máximo de la pena prevista para el delito cometido....”

Ahora bien, el aporte para que sea punible, debe reunir los mismos requisitos que se fijaron cuando se hablo de la coparticipación criminal, es decir, eventual, concurrencia de acción u omisión, voluntario, eficaz, conciente, oportuno, unidad de designio criminal y unidad o identidad de tipo. Según la oportunidad en la prestación del aporte, la comunicación se clasifican en:

1. Antecedente: Cuando la colaboración, se presta antes de la ejecución.
2. Concominante: El aporte aparece, simultáneamente con la ejecución del hecho punible.
3. Subsiguiente: Cuando la contribución, es posterior a la ejecución del hecho. En este último caso, para que proceda la complicidad se deben presentar los siguientes requisitos:
 - a) Que la contribución posterior obedezca a un acuerdo previo entre los partícipes.
 - b) Que se conserve la unidad de designio criminal y la identidad del tipo.

Sin embargo, sin la ayuda posterior, no obedece a un acuerdo previo, si no que nace después de ejecutado el hecho, conociendo el partícipe la ilicitud del mismo, ya no se habla de complicidad, sino de encubrimiento.

Así encontramos que en el aporte se puede encontrar ciertas características a saber.

Eventualidad del aporte: Las personas ocasionalmente acuerden realizar el hecho punible concreto, es de momento.

Concurrencia de acciones u omisiones: Siempre debe existir aporte de estas personas, una contribución, por ejemplo: facilitando el arma (aporte material y por acción); celador que da la señal (aporte físico, pero por omisión); el que vende las armas para que una persona se la de a otra (aporte físico y de acción);

Aporte voluntario: Que la persona actúa con libertad interna y externa que no impida la acción.

Aporte Eficaz: Debe tener una capacidad en la producción del hecho punible, idoneidad del aporte, es lo que se predica, pero deduciéndola del caso en concreto.

Aporte consciente: mismo que tiene dos requisitos a saber:

- a) Que la persona sepa que esta aportando algo.
- b) Que ese aporte sea para realizar el hecho punible (aporte a otro para que ese otro cometa el delito).

Aporte Oportuno: En cualquier fase del camino del delito, siempre el aporte moral se da en la resolución o ideación del hecho punible.

Características del Cómplice.

El cómplice como participe que es, no quiere el hecho como propio, si no como ajeno; no tiene el dominio del hecho, en esto se distingue el coautor cuya figura requiere del dominio funcional del hecho; y por último, el autor no necesita siquiera conocer la cooperación o contribución que le presta el cómplice (complicidad oculta).

El Código Penal para el distrito Federal prevé la complicidad en la fracción V del artículo 22, que prescribe; *“Quienes dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión”*.

Dicha codificación no distingue el tipo de ayuda o auxilio que el cómplice debe proporcionar, ayuda o auxilio que pueden ser con hechos materiales, o consejos. Cualquier tipo de favorecimiento doloso ajeno, en principio se entiende como complicidad. De ahí que la doctrina distinga entre complicidad intelectual o psíquica y complicidad técnica o física.

En el numeral antes descrito, se consagra un tipo de favorecimiento que se puede considerar como psiquismo, que puede presentarse como una forma de fortalecer la voluntad de cometer el delito, al prescribir: quienes con posterioridad a su ejecución auxilien al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.”

La diferencia con la inducción es que en ésta el papel del inductor consiste en determinar al autor a cometer el injusto, en cambio el rol realizado por el cómplice no va dirigido a provocar una resolución en la voluntad del autor, sino existiendo ya ésta, contribuye a la realización del hecho principal con algún favorecimiento, ayuda o auxilio.

Complicidad por tentativa.- Es discutible si cabe sancionar al cómplice por tentativa. La mayoría de la doctrina niega esta posibilidad, pues entiende que quedaría la punibilidad demasiado amplia, dado que en el caso de que haya auxiliado a otro a cometer un delito, el cual no se cometió, quedando sólo en su fase de tentativa, dicho favorecimiento fué dado previamente a la realización de la conducta por el autor, daría lugar a una complicidad de delito de peligro abstracto o concreto, lo que daría lugar a que fuera demasiado extensiva la punibilidad.

Por ello la doctrina sostiene que debe haber una causalidad de la complicidad con el hecho delictivo, puesto que si se concibe como puro delito de peligro, conduciría a convertir la complicidad en un delito de participación autónomo y a su punición con independencia del hecho principal.

El dolo del cómplice.- El dolo del cómplice se caracteriza por ser un doble dolo. Un dolo que se dirige a la ejecución del hecho principal individual determinado; y un segundo dolo que se refiere a que su favorecimiento va dirigido a la realización de dicho hecho principal. El primer dolo significa que sabe la existencia del hecho principal, y lo quiere y lo acepta como ajeno, el segundo sabe que favorece causalmente a la realización del hecho principal o que puede favorecerlo.

Complicidad por omisión.- Es posible que se pueda sancionar a los cómplices porque su ayuda o auxilio se realiza en forma omisiva, pero solamente se admite, que sea en los casos en que se encuentra el cómplice en un deber de garante, esto es, en los delitos de comisión por omisión. Es característico que en éstos casos el cómplice haya tenido el dominio del hecho sobre la realización del hecho principal y que su ayuda o auxilio haya sido precisamente el transmitir el dominio del hecho al autor.

Punibilidad en la complicidad.- Solamente es punible la complicidad dolosa, nunca la imprudente, aunque podría dar lugar a la autoría imprudente. La mayor parte de los Códigos Penales atenúan obligatoriamente la punibilidad de los cómplices. Se fundamenta esta atenuación en que la complicidad supone solamente un favorecimiento que fuerza en el hecho

principal y la causa de su influjo es únicamente mediato sobre el resultado y por lo tanto la culpabilidad del cómplice deber ser menor.

Complicidad correspectiva.- Esta figura se presenta, cuando no se puede determinar con precisión quien de los que contribuyen a la realización del hecho son autores y quienes son partícipes. El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, consagra esa figura en su precepto 26, al consignar lo siguiente: "(autoría indeterminada) cuando varios sujeto intervengan en la comisión de un delito y no pueda precisarse el daño que cada quien produjo..."

Toda entidad criminal necesita de la existencia de un evento principal, en todo delito siempre existe un autor, cuando concurren diversas contribuciones de las cuales no se pueda precisar quien realizo el hecho principal, atendiendo al principio de la presunción de inocencia se estima que todos los participantes se consideran partícipes bajo la figura de la complicidad correspectiva. Si existe la duda para una, esa duda se extienda hacia los demás. Si bien, no se les considera como autores porque no se sabe quien realizo el hecho principal, si se les considera partícipes, pues lo que si se sabe es que todos contribuyeron al hecho.

Encubrimiento.

Suele considerarse como una forma de participación.- Se caracteriza a los encubridores como aquellos que con conocimiento de la perpetración del hecho punible, pero sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices intervienen con posterioridad a su ejecución, auxiliando al delincuente de alguno de los modos que establece el tipo de encubrimiento previsto y sancionado en el numeral 320 del Código en comento.

In genere es el conocimiento de un persona, que sin intervenir en la comisión del delito sabe de su existencia y de sus elementos objetivos de un tipo penal, que quiere decir que los sujetos que participan en la comisión de un delito, o de la forma en que éste fue ejecutado, o tenga en su poder los objetos del mismo, o auxilie sin intervenir directa o indirectamente en la comisión del delito al responsable del mismo, o impida la averiguación del delito y la persecución de los delincuentes, o no procure con los medios ilícitos a su alcance impedir la consumación del delito que saben van a cometerse o se están cometiendo; en conclusión el

encubridor no interviene directamente ni indirectamente en la ideación, medios preparatorios consumación o tentativa del hecho socialmente reprochable.

Existen dos clases de encubridores: el primero es el que conoce de la realización futura del hecho y promete con antelación auxiliar al delincuente (conducta por excelencia dolosa) y la otra es cuando el que una vez realizado dicho acto intervienen en el ocultamiento de los sujetos, herramientas o productos del delito (conducta que ese puede presentar dolosa o culposamente) o no impida la realización del ilícito sea futura o presente, así en el artículo 13 del Código Penal Federal en su fracción VII establece que “Los que con posterioridad a su ejecución auxiliien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

4.5 Las formas de intervención en el tipo previsto en el artículo 167 del Nuevo Código Penal.

Como ya lo mencionamos anteriormente, éste tipo, en cuanto al número de sujetos que intervienen en la realización de la conducta típica, se trata de un delito monosubjetivo, esto es que basta que intervenga un solo individuo para que se realice el ilícito, independientemente de que puedan intervenir varios sujetos activos.

Para mayor abundancia, mencionaremos que, éste delito, sólo requiere para su configuración de la participación de un solo sujeto, sin embargo, el mismo tipo describe dos formas distintas en que puede intervenir el sujeto activo, pero sin que la misma constituya un requisito para su integración, es decir :

Por una parte este artículo establece *“Al que simule encontrarse privado de su libertad”*, lo cual indica que uno de los sujetos activos simulara la privación de su libertad, lo cual sucederá en la mayoría de los casos, ya sea solo o ayudado de otra u otras personas.

En el segundo supuesto el mismo artículo establece: *“las mismas penas se impondrán a cualquiera que intervenga en la comisión de este delito”*, en este supuesto, se contempla implícitamente, a quien simule tener privada de su libertad a una persona, pero esto, sólo en el entendido de que la persona supuestamente privada de su libertad, este de acuerdo con el, ya que en el caso de que una persona simule el secuestro de un tercero, no existe dentro del Código de referencia algún tipo penal que regule esta hipótesis, la cual se podría actualizar cuando una persona ha estudiado los movimientos de otra y sabe en que momentos puede encontrarse incomunicado, por ejemplo al entrar al un cine y apagar el celular o al salir de viaje a un lugar donde no hay señal telefónica, en éste caso el sujeto activo puede aprovecharse de esta situación de incomunicación y simular que tiene privada a una persona sin que esta última, sepa de tal suceso, sin embargo en este caso no estaríamos en el supuesto señalado en el delito a estudió, pero creemos conveniente que el tipo debería incluir también esta forma de simulación de secuestro, mencionando *“al que simule la privación de libertad de una persona”*, en este se incluyen los dos supuestos señalados en el tipo actual y la hipótesis planteada.

De acuerdo a la redacción típica de este delito, se le otorga calidad de coautores a todos los que intervengan en la comisión del mismo, dejando sin efectos las reglas de los últimos párrafos del artículo 22 de Código de referencia, y en consecuencia lo señalado por el artículo 81 del mismo Código, el cual indica que la punibilidad de la complicidad, para los casos a que se refieren las fracciones V y VI del artículo 22, será de tres cuartas partes de mínimo y del máximo, por lo cual se deberá aplicar a todos los que intervinieron en el delito, la penalidad señalada en el artículo 167, siendo de dos a ocho años de prisión y de cien a quinientos días multa, a “cualquiera” que intervenga en la comisión de este delito.

Es posible que en la comisión de este delito, se actualiza la figura de la autora mediata, en la cual el agente puede utilizar a un inimputable para la comisión material, es decir convencer a un menor de edad de que simule su secuestro, sin embargo como se menciono líneas anteriores se impondrán las mismas penas para los que intervengan en la comisión de este, no siendo así para el inimputable en caso de participar, por razones de lógica jurídica.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los Códigos Penales de 1871, 1929, 1931 y el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, han protegido la libertad personal, mediante distintos tipos penales. Actualmente el Código Penal para el Distrito Federal, protege la libertad personal mediante distintas conductas contenidas en el Título Cuarto “Denominado Delitos contra la libertad Personal”, el cual a su vez contiene los siguientes Capítulos, Privación de la Libertad Personal, Privación de la Libertad con Fines Sexuales, Secuestro, Desaparición Forzada de Personas, Tráfico de Menores, Retención y Sustracción de Menores Incapaces, en los cuales con diferentes modalidades se afecta la libertad personal del sujeto pasivo.

SEGUNDA.- La conducta descrita en el artículo 167 del Código Penal para el Distrito Federal, no se encontró contemplada en los Códigos de 1871, 1929, 1931, pero mediante adición de fecha 17 de septiembre de 1999 se incluyó esta conducta en el artículo 390 bis, como una extorsión equiparada y actualmente, el Código Penal para el Distrito Federal, la ubicada dentro del Título, “Delitos contra la Libertad Personal”, específicamente en el Capítulo de Secuestro, sin que con la realización de esta conducta se afecte aquella, que es el bien jurídico penal tutelado en ese Título y Capítulo.

TERCERA.- Existe impresión en cuanto al bien jurídico que se protege en este tipo penal, por la incorrecta ubicación de esta conducta, ya que con su realización no se afecta la libertad personal, por lo que no existe razón para estar contemplada en ese Título y Capítulo, existiendo una falta de correspondencia entre el bien jurídico que se protege en éstos y el que se afecta con la comisión de esta conducta.

CUARTA.- Como consecuencia de la imprecisión del bien jurídico penal, pueden colmarse los elementos del tipo, sin que exista afectación a algún bien jurídico, encontrándonos frente a una conducta atípica. Así mismo, no se puede definir el momento de la consumación y por lo mismo, no se sabrá cuando deberá considerarse tentativa, arrepentimiento, o desistimiento, ya que estos, se verifican en función del riesgo, puesta en peligro o afectación del bien jurídico tutelado, y en consecuencia, no se podrá estar en aptitud

de saber como deberá penalizarse la realización de esta conducta, ya que para que se considere como delito consumado no solo requiere la realización de todos los elementos del tipo, sino que exista afectación o puesta en peligro al bien jurídicamente protegido.

QUINTA.- En la redacción del tipo penal existen imprecisiones que no permiten su correcta aplicación por parte del Ministerio Público y de la defensa, lo cual tiene como consecuencia que la defensa de personas que cometan esta conducta, aprovechen las deficiencias del tipo y resulten absueltos, o que por lo mismo, se les castigue con una pena de delito consumado, sin que haya existido afectación a algún bien jurídico penal.

SEXTA.- Con la realización de esta conducta, se afecta distintos bienes jurídicos, como lo son, la verdad, la libertad de obrar o de actuar, y dependiendo del fin último, se puede violar un bien jurídico más, que podría ser el patrimonio, en el caso de rescate, o cualquier otra cosa que se obligue hacer, sin embargo, entre todos los bienes el que resulta ser de mayor importancia es la libertad de obrar o de actuar, ya que precisamente la simulación será encaminada a obligar a otro a que de, haga o deje de hacer.

SÉPTIMA.- Este tipo penal guarda mucha semejanza en sus elementos con los delitos de fraude y extorsión, mas aun con la extorsión, pero no puede considerarse una extorsión equiparada, ya que esta es considerada meramente patrimonial, y en conducta en estudio no solo puede afectarse el patrimonio sino cualquier otra cosa que se pida hacer o no hacer.

PROPUESTA.

UNICA.- Se propone que el tipo sea contemplado como una modalidad más de los delitos que protegen la libertad en general, pero no dentro del título de libertad personal, y mucho menos dentro del capítulo de secuestro. Así mismo se propone que la redacción del tipo sea la siguiente, en la cual, el bien jurídicamente tutelado será la libertad de actuar o de obrar, ya que esa es precisamente la que se ve vulnerado el pasivo por verse obligado a acceder a las pretenciones del activo, requiriéndose en el tipo:

- A) A quien simule un secuestro: Ya no se habla únicamente de la privación de la libertad con amenaza de vida o daño a su persona, ya que el incluir “simule secuestro ya lo lleva implícito”. Así mismo, no únicamente al que simule su propio secuestro, lo cual también resulta favorable para otro tipo de conductas en las que se simulan secuestros Express sin que el supuesto secuestrado se entere de ello.
- B) Que esta simulación sea para obligar a otro entregar rescate, dar hacer o dejar de hacer un acto cualquiera: En este se ve claramente que lo que se protege es que se obligue a otro a hacer algo, sin ser casuísticos en lo referente a que se trate de una autoridad o de un particular, al mencionar a otro caben los dos supuestos. Así mismo abarca cualquier acto que se obligue ha realizar.
- C) Obteniendo cualquier beneficio: Esto para precisar el momento de la consumación, ya que si el activo consigue el obligar a otro mediante la intimidación del supuesto secuestro se deberá considerar consumada, y en caso de que por razones ajenas a su voluntad no lo obtuviera quedaría en grado de tentativa.
- D) Así mismo el beneficio podrá ser para si o para otro.
- E) Causando un daño o perjuicio a cualquier persona; Esta se da como agravante, ya que en el caso de que lo que se busque no sea un rescate, puede ser cualquier otro acto que se obligue hacer, este pudiera conllevar daños o perjuicios a que se vio obligado ha hacer algo, lo cual tampoco puede quedar impune.

- F) Así mismo cuando sea cometido por ascendientes, descendientes, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina concubinario, pareja permanente, adoptado, adoptante, y parientes por afinidad hasta el segundo grado, también será materia de agravante, ya que resulta mas reprochable la realización de esta conducta contra quienes guardan lazos de amor hacia en activo, a diferencia del tipo actual no se cree conveniente que sea de querrela ya que precisamente por esos lazos se otorgara el perdón, pudiendo fomentar dicha conducta por pensar que serán perdonados y lo que se busca con la normas sancionadoras es evitar la realización de la conducta mediante la intimidación de la pena.
- G) Así mismo se propone que contemplado en un título y capítulo aparte, en el cual solo se mencione como un delito contra la libertad de actuar.

Por lo cual se propone la siguiente descripción típica.

“Al que simule un secuestro para obligar a otro a dar un rescate, hacer o dejar de hacer un acto cualquiera, obteniendo cualquier beneficio, se aplicará de dos años a ocho años de prisión y de cien a quinientos días multa.”

La pena se aumentara de una mitad de mínimo a una mitad del máximo cuando:

- a) Se cause un daño o perjuicio a cualquier persona como consecuencia de la simulación.*
- b) Sea cometido por ascendientes, descendientes, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina concubinario, pareja permanente, adoptado, adoptante, y parientes por afinidad hasta el segundo grado”.*

BIBLIOGRAFÍA.

- 1 AMUGATEGUI REQUEÑA, GRISELDA, DERECHO PENAL, SEGUNDA EDICION, OXFORD, MEXICO
- 2 BESARES ESCOBAR MARCO ANTONIO, GOMEZ FLORES ISRAEL DE JESÚS, COAUTORES, EL SECUESTRO: ANÁLISIS DOGMATICO Y CRIMINOLOGICO. MÉXICO, PORRUA, 2003
- 3 CASTELLANOS TENA FERNANDO: LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL EDIT, PORRUA 39ª EDICIÓN MEXICO 1998.
- 4 CUELLO CALON, EUGENIO: DERECHO PENAL TOMO I PARTE GENERAL, EDIT BOSH. BARCELONA 1980.
- 5 GARCIA RAMIREZ SERGIO: LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICACO, U.N.A.M. E INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.
- 6 GRANADOS ATLACO, JOSE ANTONIO Y MIGUEL, “TEORIA DEL DELITO” ANTOLOGIA, 2 DA EDICION, DIVISION DE LA UNIVERSIDAD ABIERTA, FACULTAD DE DERECHO, UNAM 1999.
- 7 JIMENEZ DE ASUA, LUIS, LA LEY Y EL DELITO, EDIT SUDAMERICANA, BUENOS AIRES 1981.
- 8 JIMENEZ DE ASUA LUIS, TEORIA DEL DELITO, EDIT IURE EDRS, 2003
- 9 LOPEZ BETANCOURT EDUARDO: TEORIA DEL DELITO, EDIT PORRUA, 2004
- 10 LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, LUIS O. PORTE PETIT MORENO: EL DELITO DE FRAUDE (REFLEXIONES), EDIT PORRUA, MÉXICO, 1998
- 11 MEDINA PEÑALOZA, SERGIO J.: TEORIA DEL DELITO, EDIT. ANGEL EDITOR, 2001.
- 12 MEZGUER, EDMUNDO: TRATADO DE DERECHO PENAL II, EDIT REVISTA DE DECHO PRIVADO MADRID.

- 13 ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO: TEORIA DEL DELITO SISTEMA CAUSALISTA, FINALISTA Y FUNCIONALISTA, EDIT. PORRUA, 2004
- 14 PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, "DICCIONARIO PARA JURISTAS" MAYO EDICIONES, PRIMERA EDICION 1981
- 15 PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO: BREVE ENSAYO SOBRE LA TENTATIVA, EDIT PORRUA MEXICO 1985.
- 16 PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO: MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL, MEXICO 1984.
- 17 PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO: DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO, EDIT PORRUA MEXICO 1985.
- 18 PLASCENCIA VILLANUEVA, RAUL: TEORIA DEL DELITO, UNIVERSIDAD NAICONAL DE MEXICO, 2004.
- 19 PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO: APUNTAMIENTO DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, EDIT PORRUA MEXICO 1977.
- 20 VELA TREVIÑO, SERGIO: ANTI JURIDICIDAD Y JUSTIFICACIÓN, EDIT PORRUA MEXICO 1977.

LEGISLACIONES.

1. Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California Sobre Delitos del fuero común y para toda la Republica sobre delitos contra la Federación, 1871
2. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, 1929
3. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero común y para toda la Republica en Materia de fuero Federal, 1931.
4. Código Penal para el Distrito Federal, 2002
5. Códigos Penales de los estados de :