



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 160 DEL
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
(PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD)

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA :

JUAN JOSÉ ROMERO JUÁREZ



ASESOR
MTRO. JOSÉ ANTONIO GRANADOS ATLACO

MÉXICO, D.F.

2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi Universidad:

Que me honro al haberme permitido formar parte de su matrícula de alumnos.

A mi Facultad de Derecho:

Por el techo de un segundo hogar que me albergo durante el tiempo que duraron mis estudios.

A mis Padres:

Lic. Juan y María del Carmen:

Porque me dieron el ser, me enseñaron el buen camino, con el único fin de perseguir un anhelo, *“El ser alguien en la vida”*.

A mis hermanas:

Adriana Gabriela y Cecilia, con el cariño y respeto, por el apoyo brindado en momentos difíciles, para la culminación anhelada de mi carrera, esperando que sirva como ejemplo de dedicación y esfuerzo durante la formación de su vida profesional.

A mis primas:

Alejandra Verónica y Gabriela, que de manera directa o indirecta formaron parte de este logro gracias.

A mi Maestro:

A su valiosa y desinteresada cooperación en la elaboración de esta tesis.

Con todo respeto y Admiración a los miembros del Honorable jurado.

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 160 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD).

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO PRIMERO	
MARCO HISTÓRICO	
1.1. Época Precolonial	1
1.2 .Época Colonial	11
1.3. México Independiente	18
1.4. México Revolucionario	20
CAPÍTULO SEGUNDO	
MARCO CONCEPTUAL	
2.1. Privación de la libertad	58
2.1.1. En general	58
2.1.2. Con fines sexuales	81
2.1.3. Secuestro	92
2.2. Particular	98
2.3. Lucro	99
2.4. Daño	102
2.5. Perjuicio	107
2.6. Delito	109
CAPÍTULO TERCERO	
ELEMENTOS DEL DELITO	
3.1. Conducta	119
3.1.1. Ausencia de Conducta	124
3.2. Tipicidad	128
3.2.1 Atipicidad	130
3.3. Antijuridicidad	132
3.3.1. Causas de Justificación	133

3.4. Culpabilidad	138
3.4.1. Causas de Inculpabilidad	141
3.5. Imputabilidad	145
3.5.1. Inimputabilidad	147
3.6. Condiciones Objetivas de Punibilidad	150
3.6.1. Ausencia de Condiciones Objetivas de Punibilidad	152
3.7. Punibilidad	152
3.7.1. Ausencia de Punibilidad	155

CAPÍTULO CUARTO

ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO DEL ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 160 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD).

4.1. Elementos del delito	162
4.2. Medios de Comisión	193
4.3. Resultado	195
4.4. Atenuantes	201
4.5. Agravantes	202
4.6. Otro aspecto entorno al Delito de Privación de la Libertad	202

CONCLUSIONES	210
PROPUESTA	213
BIBLIOGRAFÍA	216

INTRODUCCION

El hombre, considerado según la terminología kelseniana como centro de imputación de derechos y obligaciones constituye la persona, es decir, son sujetos de derecho, aquellos que tienen el poder tutelado por el derecho objetivo de exigir de otra persona el cumplimiento de determinada conducta.

Desde nuestros antepasados y tomado como base al Derecho que reguló, la Ciudad de Roma desde su fundación en el año 753 antes de Cristo, hasta la muerte del Emperador Flavio Pedro Justiniano en el año 565 de nuestra era.

La vida siendo el principal bien jurídico protegido por la Legislación Penal, y para el hombre, teniendo en segundo término la libertad, siendo éste bien al que con mayor frecuencia, en los últimos años se han enfocado los grupos delictivos, en virtud de encontrar en él, una importante fuente de recursos tanto económicos como de otra especie; poniendo así de manifiesto que en ningún caso se omite la posibilidad de obtener un lucro, por lo que es evidente el daño que se causa a la persona privada de su libertad o a cualquier otra.

Por lo que es evidente que al desplegar la conducta tipificada en el artículo 160 del Código Penal para el Distrito Federal, en su primer párrafo, se causaría no a ciencia cierta un lucro, pero sí un daño y con ello perjuicios, al sujeto privado de su libertad, con el simple hecho de impedir que éste último no realizara sus actividades de su vida cotidiana, por lo que esto le limitaría a cumplir con sus jornadas de trabajo, cualquiera que fueran estas, causando esta situación una pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento a una obligación, como lo es el trabajo, sin dejar atrás la afectación que le causara a la persona privada de su libertad en cuanto a su bienestar, honor etc.

En virtud de lo anterior, no sólo se limitarían las actividades del sujeto privado de su libertad, sino también aquellas que día a día realizaran sus seres queridos, esto

último, debido a la incertidumbre ocasionada por el desconocimiento de la ubicación del sujeto privado de su libertad, causando a sí, un daño emocional no sólo al sujeto privado de su libertad, sino también a sus propios familiares o seres queridos.

En virtud de lo anterior se desprende que la persona que osa privar de su libertad a otra, no en todos los casos obtendrá un lucro, pero sin duda alguna sí presentará un daño y con ello, un perjuicio al sujeto privado de su libertad, así como a sus seres queridos.

El bien jurídico del que hablo, como lo es, en este caso la libertad, misma que a través del devenir histórico, ha sido una práctica frecuente, entre reyes, príncipes, gentiles, magos, hechiceros, señores feudales, etc., y no únicamente con fines de obtener beneficios y recompensas en dinero o en especie, sino también para establecer condiciones de guerra y de tributo.

Ya en el año 1500 a.C., los piratas se habían hecho del control del Mar Mediterráneo, especialmente en Grecia, Libia y Egipto, donde asentaron bases importantes; en estos momentos el secuestro se encontraba como una de las formas más idóneas de obtener grandes sumas de dinero fácilmente y sin exponerse a riesgos elevados.

Sin embargo, no dejaba de ser una forma usual de sometimiento, e inclusive de comercio, ya que los vencedores de una guerra ostentaban el derecho de tomar prisioneros a los derrotados y venderlos como esclavos.

De hecho los Fenicios plagiaban doncellas y mancebos griegos, pedían un rescate por ellos, si no lo recibían enviaban a los secuestrados a la isla de Delos, en el mar Egeo, que era el centro internacional para tratar este sucio negocio.

Lo importante de este delito son sus elementos, la constitución del tipo, y cuerpo del mismo, porque de una simple lectura del artículo 160, primer párrafo del Código Penal para el Distrito Federal, se observa que este resulta atípico, implica fines que ya están estipulados en el Delito de Privación de la Libertad con fines Sexuales, así como en el Delito de Secuestro, desprendiéndose de esta forma, que siempre se causará un daño a la persona privada de su libertad, sin importar que de esta privación se obtenga o no, un lucro.

Poniendo a consideración el estudio dogmático para el perfeccionamiento letrístico del artículo multicitado, ya que desde nuestros antepasados, como en el imperio de Flavio Pedro Justiniano, con los piratas del Mar Mediterráneo, así como hoy en día, toda privación de la libertad, conlleva daños patrimoniales, irreparables, morales, sin olvidar la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de una obligación.

Concluyendo de esta forma, que en toda privación de la libertad, el sujeto activo siempre tendrá la convicción, objetivo, finalidad, ya sea de forma directa o indirecta, de causar a su víctima o a un ser querido de este último, un daño, y consigo, un perjuicio.

En virtud de lo anterior, me encamino a mejorar la letrística que el legislador da al artículo 160 del Código Penal para el Distrito Federal, en virtud de que como ha sido manifestado, toda privación de la libertad, causa un daño, mismo que trae aparejado un perjuicio, tanto a la víctima, como al ofendido, sin importar que dicha privación tenga o no un fin lucrativo.

CAPÍTULO I. MARCO HISTÓRICO

1.1. ÉPOCA PRECOLONIAL

La mayoría de los historiadores coinciden en sostener que en la época pre Colonial de nuestro país existía entre los aztecas y demás pueblos que habitaban el territorio nacional un derecho consuetudinario integrado por prácticas que regulaban las relaciones civiles entre sus miembros y fijaban cierta penalidad a los hechos considerados delictuosos en esos tiempos, también de manera válida, que en esa época se diera un reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales del hombre por parte de los emperadores o jefes máximos de tales culturas, y menos aún un medio legal para hacer efectivos esos derechos del hombre, pues por las facultades omnímodas de que estaban investidos dichos jefes, frecuentemente aplicaban a su arbitrio esas reglas prácticas, además de que las posibles contravenciones en que los jefes máximos podían incurrir en la aplicación de las mismas, carecían de lo absoluto de sanción.

Pocos antecedentes se tienen en relación a un sistema de castigos o derecho punitivo que hiciera posible la vida en común de los pueblos prehispánicos, ya que al no existir una verdadera unidad política entre las distintas culturas, resultando conveniente analizar las tres culturas más importantes de aquella época;

- a) Mayas.
- b) Tarascos.
- c) Aztecas.

a) LA CULTURA MAYA.

Astrónomos que dieron vida a una serie de exactos y complicados calendarios, constructores de espléndidas ciudades que aún hoy nos deslumbran, inventores de un preciso sistema numérico que supo del cero antes que los indios, creadores de un sistema de escritura que combinaba versatilidad con precisión y gracia o

consumados artistas de la piedra, la arcilla y el estuco, con frecuencia la imagen que nos hemos forjado de los antiguos mayas ha ocupado ante nuestros ojos buena parte de su humanidad.

Lo cierto es que la cultura maya es considerada como una de las más notables y sobresalientes de América, precisamente por sus logros en el arte, arquitectura y ciencia, así como por su desarrollo urbano en inconcebibles ambientes de la península de Yucatán y regiones contiguas; sin embargo, todo ello se basa en una severa concepción religiosa del mundo y de la vida.

Las leyes penales se destacaban por su severidad y los encargados de sus aplicaciones, en este caso los caciques, juzgaban a los adúlteros, homicidas, raptos, incendiarios y burladores de doncellas con la pena de muerte, desde aquellos remotos tiempos se empezaba a sancionar con la pena capital la perturbación de la libertad de cualquier individuo; en cambio a los ladrones se les castigaba con la esclavitud, como una medida ejemplar para la sociedad, considerando que fuera primo delincuente para ser perdonado, pero en caso de que fuese reincidente perdía lo que en la Ciudad de Roma durante el imperio de Flavio Pedro Justiniano denominaban *Capitis Diminutio Media*, siendo esta la pérdida de la libertad; y así se volvía esclavo a favor del sujeto pasivo del delito. Si el robo lo cometía un sujeto de nobleza, a demás se le labraba de por vida la cara con una navaja de obsidiana, desde la frente hasta el mentón.

El pueblo maya fue seriamente criticado en cuanto a la aplicación de sus sanciones a los infractores de sus reglas; debemos reconocer su gran adelanto para mantener una seguridad jurídica a favor de la comunidad.

Es muy probable que todos los pueblos de aquella época contaron con un sistema de disposiciones u ordenamiento para reprimir los delitos, siendo las clases religiosas y militares las que abusaron de la intimidación para consolidar su poderío.

El maestro Raúl Carrancá y Rivas establece lo siguiente: "Las más serias investigaciones acreditan que el pueblo maya contaba con una administración de justicia, la que estaba encabezada por el *Batab*. En forma directa y oral, sencilla y pronta, el *batab* recibía e investigaba las quejas y resolvía acerca de ellas de inmediato, verbalmente también y sin apelación, después de hacer investigar expeditamente los delitos a incumplimientos denunciados y procediendo a pronunciar la sentencia. Las penas eran ejecutadas sin tardanza por los Tupiles y servidores destinados a esa fusión".¹

En cuanto a los violadores, esturadores y raptos o plagarios, les aplicaba una severa lapidación en al cual tomaba parte todo el pueblo apedreando a los infractores hasta causarles la muerte, ya que sentían lastimados los principios morales que sustentaban la sociedad maya. Esto es, para el pueblo maya realizar conductas contraías a lo aprobado por la comunidad era signo de muerte, ya que afectaba la seguridad social.

Al respecto, el ilustre maestro señala: "Para los homicidas la pena era la del Talión, el *batab* la hacia cumplir, y si el reo lograba ponerse prófugo los familiares del muerto tenían el derecho de ejecutar la pena sin límite de tiempo. Venganza privada y de sangre; solución común a las comunidades sociales primitivas. Pero se había transitado ya de la pena de muerte a la pérdida de la libertad, dándose a sí un paso significativo hacia una superior evolución. En efecto, si el homicida era un menor, pasaba a ser esclavo perpetuo de la familia del occiso, para compensar con su fuerza de trabajo el daño reparable pecuniariamente".²

Se puede apreciar, independientemente del grado de evolución del pueblo maya, en la severidad en la aplicación de sus sanciones que deja un sello característico de cómo deseaban mantener la ética de su pueblo. No existía la prisión como pena se retenía al posible delincuente atándole las manos colocándole un aro en el cuello.

¹ CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México*. S/edición, Editorial Porrúa. México. 1974, p 35.

² IBÍDEM. p. 36.

La civilización Maya presenta perfiles diferentes a la Azteca, Más sensibilidad, sentido de la vida más refinado, concepción metafísica del mundo más profunda, En suma, una delicadeza connatural que ha hecho de los Mayas uno de los pueblos más interesantes de nuestra historia.

A los funcionarios corruptos se les esculpía en ambos carrillos (mejillas) figuras alusivas a los delitos que cometían; el castigo se ejecutaba en la plaza pública. Los mayas solamente usaban unas jaulas de madera que servían como cárcel para los prisioneros de guerra, los condenados a muerte, los esclavos prófugos, los ladrones y los adúlteros. En una de estas jaulas los nativos encerraron a Jerónimo de Aguilar y a sus compañeros.

Uno de los castigos degradantes era cortar el cabello del culpable cuyo delito no ameritaba pena de muerte o esclavitud, o cuyo crimen, aunque fuera muy importante, no estaba comprobado.

b) LA CULTURA TARASCO.

En realidad se tienen relatos muy escasos sobre la aplicación de sus sanciones; se comenta que existía una crueldad muy severa en cuanto a los castigos, las penas dedicadas a la hechicería eran lapidadas y quemadas al fuego, al violador le rompían la boca hasta las orejas, para después empalarlo y hacerlo morir. El adulterio cometido con mujer del soberano se castigaba con la muerte del adúltero; sin embargo, lo más grave es que dicha sanción se hacía trascender a todos los miembros de su familia. En relación al delito en estudio los plagiaros eran también lapidados como lo hacían los mayas.

Al respecto, el maestro Carrancá y Rivas escribe lo siguiente:

“Cuando el sacerdote mayor se encontraba frente a un delincuente primario, y el delito era leve, solamente se amonestaba en público al delincuente. En caso de reincidencia por cuarta vez, parece que la pena era de cárcel. Para el homicidio, el adulterio, el robo y la desobediencia a los mandatos del rey, la pena era la muerte

ejecutada en público. El procedimientos para aplicarla era a palos; después se quemaban los cadáveres.”³

No obstante, durante el “*ehuataconcuaro*”, en el vigésimo día de las fiestas, el sacerdote mayor (*petamuti*) interrogaba a los acusados que estaban en las cárceles esperando ese día y acto continuo dictaba la sentencia, Cuando el sacerdote mayor se encontraba enfrente de un delincuente primario y el delito era leve, se le amonestaba en público, en caso de reincidencia por cuarta vez , la pena era de cárcel, En la famosa fiesta de los tarascos, el *ehuataconcuaro*, el número principal lo constituía el relato que el *Petamuti* hacía al pueblo de los gloriosos antecedentes de su raza; después el sacerdote interrogaba a los acusados y dictaba su sentencia, para demostrar que ni los peores crímenes podían empañar la gloria de su raza, por eso se castigaba con la muerte y se quemaban los cadáveres.

Por lo tanto, los principales delitos y las penas que se castigaban entre los tarascos, eran los siguientes:

- * Homicidio, muerte ejecutada en público
- * Adulterio, muerte ejecutada en público
- * Robo, muerte ejecutada en público
- * Desobediencia a los mandatos del rey, muerte ejecutada en público,

Las cárceles entre los tarascos, servían exclusivamente para esperar el día de la sentencia, como entre los mayas. Como se puede apreciar, noticias muy exiguas se tienen sobre el pueblo en comento; pese a ello se que la aplicación de sus sanciones revela la severidad.

c) LA CULTURA AZTECA.

La cultura más destacada de México prehispánico es la mexicana, también conocida con el nombre de azteca o *tenochca*, eso se debe a que al llegada de los

³ IBÍDEM. p. 46.

conquistadores era la cultura que tenía la hegemonía y, por lo mismo, fue el más conocido y estudiado por los cronistas europeos. De ahí que cuando se estudia al Derecho prehispánico hace referencia al caso de los aztecas, sin tomar en cuenta a otros pueblos no menos ricos en aspectos jurídicos.

La ciudad de *Tenochtitlan*, Capital del imperio azteca, fue fundada en el año 1325 de nuestra era. Su dominio sobre la cuenca de México se consolidaría, aproximadamente unos cien años después, con la formación de la triple alianza (*Tenochtitlan- Texcoco- Tlacopan*) que permitiera a los aztecas extender su imperio hasta las costas del golfo y del océano pacífico.

No puede concebirse al derecho prehispánico únicamente en su aspecto normativo, debe considerarse un fenómeno social; el derecho se manifestó principalmente a través de costumbres, de reglas sociales íntimamente ligadas a la religión, conocidas y respetadas por todo el pueblo, aunque no fuesen puestas por escrito, puede afirmarse que los aztecas respetaron las costumbres y los sistemas jurídicos de los pueblos a los que conquistaron, interesándose únicamente por la recolección de los tributos.

Su orden jurídico interno, indudablemente, lo más difundido es el severo carácter del pueblo azteca, por lo que hace a su derecho penal; sus penas crueles, han sido publicitadas e incluso mitificadas como sangrientas; como consecuencia de los relatos de los primeros españoles, tal y como sucedió, con los sacrificios humanos típicamente religiosos, el pueblo azteca les inculcaba un sentido de disciplina mismo que podía interpretarse como cruel o sangriento, pero lo hacían para congraciarse con la deidad y obtener su clemencia.

La venganza privada estaba prohibida, y distinguieron entre delitos dolosos que eran castigados con la privación de la muerte y culposos, castigados con indemnización, castigando de igual manera a su cómplice y encubridores. También separaron los delitos, con respecto al bien jurídico protegido. Por lo que hace a la organización

judicial, los aztecas contaban con una casa de justicia para cada *calpulli* o barrio; además de un Tribunal Superior, uno por cada reino de la triple alianza, respecto a su procedimiento penal los delitos se perseguían en la mayoría de los casos de manera oficiosa; mientras más grave era el delito, mayor carácter sumario adquiría, la carga de la prueba era para el acusador dentro de las pruebas que admitía tal procedimiento penal se encontraban la testimonial, confesional, careos, el juramento liberatorio, la inspección ocular y la reconstrucción de los hechos entre otras.

Para la ejecución de las penas, “se utilizaban lugares conocidos como *Cuahcalco*, lugar que en su interior contenía jaulas en donde eran privados de su libertad al inculcado hasta el momento de su ejecución. Fray Diego Duran relata que existía una cárcel a la cual llamaban de dos formas: *cuauhcalli*, que quiere decir jaula o casa de palo y *petlacali*, que significa casa de esteras, las cuales abrían por arriba mediante una compuerta y metían por allí al preso y tornaban a tapar mediante una losa grande.”⁴

Para confinar a los prisioneros, antes de juzgarlos o sacrificarlos, desde luego, tales jaulas y cercados cumplían la función de lo que hoy llamamos cárcel preventiva.

Estaba esta casa donde ahora está la casa de los convalecientes, en San Hipólito. Era esta cárcel una galera grande, ancha y larga, donde de una parte y de otra, había una jaula de maderos gruesos, con unas planchas gruesas por cobertor, y abrían por arriba una compuerta y metían por allí al preso y tornaban a tapar, y poniéndole encima una losa grande; y allí empezaba a padecer mala fortuna, así en la comida como en la bebida, por haber sido esta gente la más cruel de corazón, aun para consigo mismos unos con otros que ha habido en el mundo.

Si el delito cual fuera, era realizado por un noble, el castigo era más severo que si el delincuente era un plebeyo. La prostitución femenina no era castigada, pero a la

⁴ CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel. *El Secuestro en México*. S/edición, Editores Porrúa. México, 2006, p. 13.

mujer pública se le pintaba el rostro para infamarla y marginarla socialmente, mientras a lo que se refiere a dicha actividad pero realizada por el hombre ésta era penada con la muerte ejerciéndose la misma pena a quien usara vestidos de otro sexo u otra clase social. Tal privación de la vida se aplicaba por ahogamiento, lapidación, agotamiento, apaleamiento, degollamiento o desgarramiento del cuerpo. El hecho que los aztecas no se embriagara, toda vez que la embriaguez era constitutivo de delito, y no usaran armas solamente en situaciones de guerra hizo que el orden público no se viera alterado con frecuencia y que los casos de lesiones en riña fueran menores.

El procedimiento penal era oral levantándose un testimonio de todo lo actuado a manera de lo que hoy en día se conoce como Causa Penal, Partida o Expediente, con su clásica escritura jeroglífica. Este expediente quedaba en poder del juzgado, como si se tratara de archivos judiciales, y de ahí se desprendía la labor del *tlacuilo* o escribano era muy importante tal procedimiento, tenía una duración máxima de 80 días, por lo que los casos más graves eran resueltos con la mayor celeridad posible dejando en un estado de indefensión al procesado, ya que se aportaban menos recursos de defensa. La edad que los aztecas consideraron para que una persona pudiera ser castigada respecto a su procedimiento penal era la de diez años, por lo consecuente con personas que cometían un delito sancionado por el Derecho Penal Azteca y fuesen menores a la edad antes mencionada se les consideraba inimputables.

La codificación no establecía castigo específico para cada delito, solamente contenía un catálogo de penas, dejando a criterio del juez cuál aplicar según el caso, entre las que destacaba la pena de muerte la sumisión a la esclavitud y con ello la pérdida de un libre desplazamiento, así como la confiscación de los bienes del sentenciado, el destierro, la suspensión o destrucción del empleo y la prisión, en una cárcel o en el propio domicilio.

El Código establecía una distinción entre delitos culposos y dolosos, como ejemplo, el homicidio doloso se castigaba con la muerte, y el culposo, con la pérdida de la libertad, convirtiéndose en esclavo a favor de la familia de la víctima.

“El Código de *Nezahualcoyotl* incluía algunas causas excluyentes de responsabilidad en el delito de robo, cuando era realizado por un menor de diez años (sujeto a un régimen penal distinto o como algunos autores los señalan como inimputables), o cuando alguien robaba alimento por hambre (estado de necesidad).”⁵

La restitución al ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales, el destierro o la muerte eran la suerte que esperaba al malhechor que ponía en peligro a la comunidad.

Una cárcel como las que funcionan en la actualidad no era necesaria, ya que los castigos eran tan severos y crueles que el infractor necesitaba una tumba, no una cárcel. Se mencionarán algunos de los castigos más usuales: El robo, se castigaba con la esclavitud, hasta que se hiciera la restitución de lo robado, o una multa del doble de la cantidad robada (una parte para la víctima y otra para el tesoro del clan).

El robo en camino real, pena de muerte; las raterías en el mercado, pena de muerte instantánea por lapidación; robo del maíz, cuando estaba creciendo en el campo, pena de muerte o esclavitud; hurto de oro, plata o jade, pena de muerte; el asesinato, incluso de un esclavo, pena de muerte; la intemperancia (vicio de que no sabe moderar sus apetitos), reprobación social, descrédito y hasta la muerte por lapidación y a golpes; la calumnia, corte de los labios y algunas veces, también de las orejas; el incesto, muerte en la horca; la sodomía, muerte en la horca; homosexualidad, empalamiento para el sujeto activo; extracción de las entrañas, por el orificio anal, para el sujeto pasivo, lesbianismo, muerte por garrote.

⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. ***El Derecho en México***. 3ª edición, Editorial Porrúa, México. 2007. p. 4.

La ley azteca era brutal, en su máxima expresión, desde la infancia el individuo debía observar una conducta social correcta, si violaba la ley sufría las consecuencias. Por el miedo a la severidad de las leyes nunca fue necesario recurrir al encarcelamiento, como medio para ejecutar el castigo de un crimen, las jaulas y cercados se empleaban con el objeto de confinar a los prisioneros antes de juzgarlos o sacrificarlos.

Actualmente se trata de rehabilitar a los presos, los Aztecas, por el contrario, mantenían a los delincuentes potenciales y a toda la comunidad, bajo el peso de un convenio tácito de terror. Se podría decir que los Aztecas “rehabilitaban *a priori*”, es decir, prevenían el crimen a través del terror.

Las audiencias podían ser públicas o privadas, tal decisión correspondía al amplio criterio del juzgador, teniendo la noción de lo que ahora se conoce como días y horas hábiles siendo estas últimas las del sol, a los jueces y magistrados les daban de comer en el juzgado para que no se interrumpieran las audiencias y con ello aprovechas la luz del día, siendo estas las horas hábiles; la sentencia que recaía a cada expediente se le conocía como *tlatzolequiliztli*.

En la cultura que nos atiende, siempre existió el sistema de apelación considerando que era dudoso si había uno o dos instancias hasta llegar a la sentencia del *tlahtocan* o Supremo Tribunal del *tlatoani*, cuyos fallos eran definitivos e inatacables, las leyes penales entre los aztecas, se caracterizaban por una estricta severidad, dicho en otras palabras por una terrible barbarie.

La cultura azteca mantuvo su cohesión social gracias a la severidad de sus penas, puesto que prevalecía una espantosa intimidación en todos sus pobladores, o dicho en otras palabras, imperaba una cultura del temor en la aplicación de las penas, circunstancias que le permitieron disminuir en gran medida las conductas contrarias a la ley.

Se debe meditar con toda serenidad, si desde nuestros antepasados se logró una coexistencia pacífica con base en la severidad de la aplicación de sus penas, siendo esto un doble motivo de reflexión: ¿Qué es lo que necesita nuestra sociedad moderna o globalizada para vivir con un mínimo de armonía social y seguridad jurídica?

Ninguna de las tres culturas citadas anteriormente consideró las cárceles dentro de su sistema penal, como un lugar de castigo para con el tiempo reintegrar a los delincuentes a la sociedad, primordialmente por el grave temor que sentían en la aplicación de las penas, las cuales fueron consideradas como un sistema draconiano.

Durante la época prehispánica, en México, la privación de la libertad no revistió el mismo fin que conocemos en la actualidad, esto es, no llegó a ser considerada como pena, como medida de custodia preventiva en tanto se ejecutaba el castigo impuesto, como la pena de muerte entre otros, la cárcel ocupaba un sitio secundario para acciones delictivas poco importantes, y es mínima su trascendencia, como pena, frente a las demás penas cruelísimas que aplican con enorme rigor.

1.2. ÉPOCA COLONIAL

Es en las Leyes de Indias, en donde por primera vez en México se menciona la privación de la libertad como pena, se componen de IX Libros divididos en títulos integrados por un buen golpe de leyes cada uno. El Título VIII, con 28 leyes se denomina “De los delitos y penas de aplicación.”

Así, el régimen penitenciario encuentra su primera base importante al declararse en la normatividad establecida para esa época que: el lugar en donde los presos deberán ser conducidos será la cárcel pública, no autorizándose a particulares a tener puestos de prisión, detención o arresto que pudieran construir sus cárceles

privadas, estas leyes contenían algunos principios básicos que subsisten hasta hoy en nuestra legislación: separación de internos por sexos, necesaria existencia de un libro de registros, prohibición de juegos de azar en el interior de las cárceles y el que las cárceles no deberían de ser privadas, conjuntamente con un sinnúmero de disposiciones jurídicas que regularon la vida durante los tres siglos que perduró la época Colonial en nuestro país, como fueron: Las Partidas de Alfonso el Sabio, Las Ordenanzas Reales de Castilla y Cédulas Reales, entre otras, así como el Derecho Indiano, quebrantando al Derecho Castellano como supletorio en la práctica.

Durante la Conquista española, fue destruida la mayor parte de la cultura escrita de los pueblos prehispánicos, como códices, y pergaminos y otros documentos, Fray Bartolome de las Casas, religioso que pasara a la historia como protector de las culturas indígenas, relata que “en la zona de influencia de la civilización maya, la península de Yucatán, las lenguas de fuego de las hogueras donde se quemaban códices y papiros podían verse a muchas leguas de distancia.”⁶

Existen antecedentes históricos sobre la Privación de la libertad, que no es un fenómeno propio ni mucho menos exclusivo de una religión, nación o periodo de tiempo determinados, sino por lo contrario, en las antiguas tribus vikingas, en las *cetis* y en las germanas entre otras, realizaban una actividad similar a la privación de la libertad o raptos de personas, generalmente de mujeres o bienes para obtener sus propósitos, en donde su finalidad no era precisamente económica, sino la obtención de recompensas en especie o para fijar condiciones de guerra y en algunos casos con motivos míticos o religiosos.

Un reflejo de que la privación de la libertad no es exclusiva de la época contemporánea, basta con citar, la obra de Homero, específicamente por cuanto

⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Historia del Derecho Mexicano*. S/edición, Editorial Iure, México, 2004, p. 1

hace a la Iliada, en donde el tema central es secuestro o plagio y el rescate de la bella Elena, quien fuera rescatada por Aquiles en la ciudad de Troya.

Se cuenta con registros de casos de plagios a personas en España, generalmente niños y mujeres, dejando los plagiarios misteriosos mensajes que planteaban la alternativa de la muerte de la víctima o el pago de su rescate que se traducían en cantidades abrumadoras que se hacía preciso conseguir a breve plazo, situación que no difiere de la actualidad.

A mediados de la segunda mitad del siglo antepasado, las provincias más afectadas fueron Málaga, Alameda y Alora entre otras, pero en la Ciudad de Andalucía sorprendió la inteligencia de los criminales y la evolución del plagio o privación de la libertad personal, ya que los atentados se dirigían desde la casa de los plagiarios.

En los años veintes del siglo pasado, aumentaron los plagios en las ciudades de Chicago y Nueva York, debido al crecimiento de las mafias, dada su influencia innegablemente italiana.

Desde la época Colonial se han padecido ciclos de gran inseguridad y violencia criminal, como resultado de la impunidad generalizada de la época, se cuenta con pocas evidencias de plagios dándose en notas impresas de conductas desplegadas constitutivas del delito de rapto, resaltando un sinnúmero de privaciones de su libertad personal, siendo estas desaparecidas personas dedicadas a actividades con tintes políticos así como religiosos.

Principalmente como medida intimidatoria, para liberación de correligionarios, convirtiéndose en una de las actividades ampliamente utilizadas por las bandas internacionales de los tiempos modernos, mediante la privación de libertad personal de políticos y su empleo como chantaje para lograr satisfacer demandas incondicionales y con ello ganar la atención pública para sus fines.

Volviendo impunes a los plagiarios ya que no se daba la atención necesaria para la persecución de las personas desaparecidas, a causa del sometimiento de los detentadores o supuestos gobernantes y con esto haciendo día a día más fuerte a las asociaciones delictivas dedicadas a conductas ilícitas como el delito de plagio, protegidos por los mismos funcionarios que se encontraban coludidos con los plagiarios.

La organización jurídica de la Colonia, fue una copia de la de España. El Estado Español dotó a la Nueva España de instituciones jurídicas semejantes a las de España. Al llevarse a cabo la Conquista, los ordenamientos legales del Derecho Español y las disposiciones dictadas por las nuevas autoridades desplazaron al sistema jurídico azteca, maya, etc. En materia procesal, la legislación española tuvo vigencia en el México Colonial; en los primeros tiempos fue la fuente directa y, posteriormente tuvo un carácter supletorio para llenar las lagunas del derecho dictado para los territorios americanos sometidos a la Corona Española.

El Derecho Colonial estaba formado por: Leyes españolas que estuvieron vigentes en la Nueva España, por las dictadas especialmente para las Colonias de America (y que tuvieron vigor en la Nueva España) y por las expedidas directamente para esta.

La penetración del acervo jurídico penal español al suelo mexicano, la originó la Conquista trayendo consigo una gama de costumbres e ideologías que, por su aparente civilización se arraigaron en nuestra tierra mexicana; pese a ello continuaron aplicando algunas prácticas anteriores.

Se caracterizó esa época ya que estuvo plagada de una serie de Reyes, ordenanzas, cédulas reales y demás recopilaciones que dieron lugar a un compendio jurídico confuso, así como a una pésima administración de justicia.

La legislación Colonial buscaba siempre mantener la diferencia de clases, tan es así, que las leyes penales estaban revestidas de un espantoso sistema intimidatorio;

siendo las leyes más benévolas las que imponían al sujeto trabajos forzados ya que las penas de azotes, mutilaciones, hoguera y muerte estaban a la orden de día.

El distinguido Maestro Ignacio Villalobos, dice al respecto: “La Colonia en suma, representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano. He allí, la ley 2 del título I, del libro II, de las leyes de Indias, que dispuso que en todo lo que no estuviese decidido ni declarado... por las leyes de esta recopilación o por cédula, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas por las Indias, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a las de Toro, así en cuanto a la substancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la firma y orden substanciar.”⁷

En esta época se puso en vigencia la legislación de Castilla que se conocía con el nombre de Leyes de Toro, las cuales eran aplicadas por las disposiciones de las Leyes de Indias; esto significa que prevalecía una confusión, ya que por un lado se aplicaba el Fuero Real como también las Partidas, las Ordenanzas de Bilbao, las de Castilla, la Nueva y la Novísima Recopilación, los Autos Acordados, así como muchos más.

Tomando como referencia el auto de fe, de fecha 11 de abril de 1649, en donde fue condenado a la hoguera don Tomas Tremiño, siendo un judío que manifestó al momento de la incineración: Echen más leña, que mi dinero me cuesta.

En el diario de sucesos notables de esa época, Gregorio Martin de guija, se puede observar con toda precisión, cómo se aplicaron en el periodo virreinal los castigos:

- Un lunes 4 de junio de 1657 se ajustició a un hombre español; le dieron tormento hasta quebrarle los brazos.

⁷ VILLALOBOS, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1975, p.114.

- Un 6 de noviembre de 1658 catorce hombres murieron quemados por haber cometido el pecado de sodomía.
- Un 19 de noviembre de 1659 se dieron doscientos azotes en las calles públicas a unos presos que prendieron fuego a la cárcel real.
- Un 12 de marzo de 1660 un soldado hirió con espada al virrey duque de Alburquerque. Al soldado se le dieron tormentos y se le sentenció a la horca. Fue arrastrado por las calles públicas, le cortaron la cabeza y la pusieron en la horca; le cortaron la mano derecha y la pusieron en un murillo muy alto. Luego le colgaron de los pies en la horca, durante ocho días.

Espantaban a la población este tipo de castigos, por lo que en ningún momento se dudó en decir que en la época Colonial se mataba en el nombre de Dios con un crucifijo en la mano.

La Iglesia y el Estado eran una fusión compartiendo el trono de la crueldad y al tiranía, ya que por ningún motivo querían perder su absoluta hegemonía; incluso se llegaba a decir con proporción guardada que el clero y la nobleza vivieron sus mejores años de servidumbre y despilfarro.

Desplegando un poder sin precedentes, de tal magnitud que podían disponer de la vida como de su libertad personal de cualquier persona sin un procedimiento judicial, con solo que la dictadura se formulara por los religiosos o del virrey.

La cultura española aunada a la mansedumbre de los indios, terminó por imponerse en la Nueva España en la medida que apareció una esclavitud disfrazada, ya que los amos por el simple hecho de tener a su servicio un grupo de sirvientes y darles una alimentación miserable y un cobijo, obtenían un derecho inaudito para hacerlos trabajar jornadas inhumanas y, en ocasiones, disponer de su

propia existencia, como si se tratara de un simple objeto que pudiera ser motivo de apropiación personal.

Los europeos institucionalizaron el secuestro para conquistar el Continente, pronto esclavizaron a los nativos e importaron esclavos negros del África para establecer ciudades con un sistema de explotación de riquezas, estableciendo una mezcla de religiones, culturas, razas y gente, quienes enfrentarse al trauma de asimilar ideologías e idiosincrasias de diferentes países y continentes con amplias disparidades sociales, culturales y raciales.

Pero a medida que la vida Colonial fue desarrollándose, se presentaron diversos problemas que las leyes españolas no alcanzaban a regular, se pretendía que las Leyes de Indias suplieran tales deficiencias; sin embargo, los problemas se acumulaban, fue entonces que el rey Felipe II en el año de 1578 recomendó a obispos y corregidores se limitaran estrictamente a cumplir con su cargo y a respetar las normas jurídicas de los indígenas, su forma de gobierno, costumbres, siempre y cuando no contravinieran al Derecho Español.

Durante la Colonia, fue indispensable adoptar diversas medidas para frenar las conductas que afectarían la estabilidad de la comunidad y los intereses de la Corona española. Es por esta razón que, distintos tribunales, apoyados en factores religiosos, económicos, sociales y políticos pretendieron regular la conducta de indígenas y españoles. Para la persecución del delito, en sus distintas formas de manifestación, y para la aplicación de las sanciones pertinentes se implantaron: El Tribunal del Santo Oficio, la Audiencia, el Tribunal de la Acordada, Tribunales Especiales para juzgar a los vagos y muchos más, cada uno con sus propias características y organización.

En esta época existieron graves excesos en el trato que se dio a los indígenas y, con mayor razón, en la ampliación de las leyes, de tal manera que no se sabía quién era

más cruel, si el Estado o la Iglesia, circunstancias todas ellas que desencadenaron la lucha por la reivindicación más de los derechos humanos.

1.3. MÉXICO INDEPENDIENTE

Al iniciarse el movimiento de Independencia por el padre Don Miguel Hidalgo en el año de 1810, inmediatamente en noviembre de ese mismo año Morelos decretó la abolición de la privación de la libertad, al considerar degradante para cualquier ser humano, sin importar la posición que guardara tanto con el Estado como con la Iglesia.

Por lo que daba una cierta importancia a los Derechos Humanos, siendo la primera disposición legislativa, la urgencia por establecer un orden que pusiera fin al caos imperante, pero sobre todo para ir logrando una uniformidad legal; dándose disposiciones sobre portación de arma, uso de bebidas alcohólicas, así como salteadores de caminos y ladrones, el asalto de caminos en cuadrillas; así como, en lugares despoblados estaba a la orden del día.

Teniendo que reformar el procedimiento para juzgarlos militarmente en consejo de guerra y de tal manera los ladrones fueran condenados a trabajos en obras públicas; reglamentándose el indulto como una atribución exclusiva del Poder Ejecutivo, facultándose al mismo para conmutar penas y decretar destierros.

Tal movimiento libertario trajo consigo una escasa o precaria legislación que pudiera resolver, de inmediato, los graves problemas de aquel momento, principalmente de carácter penal, toda vez que continuaban en vigencia las arcaicas disposiciones Coloniales.

“La constitución de 1824, de tipo federal, requería que cada entidad contar con su legislación propia, pero la fuerza de la costumbre y la necesidad de resolver de

inmediato la carencia de leyes locales, hicieron que en el año de 1836 se tuvieran ‘por vigentes en todo el territorio las leyes de Colonia.’”⁸

En suma, encontramos profusas disposiciones Coloniales, obligando a la creación de un verdadero ordenamiento punitivo, siendo este un Código sistematizado que buscaba la prevención de los delitos así como la readaptación del delincuente; o bien un cartabón penal que hiciera posible controlar la violencia, sujetando la voluntad de los hombres, sin afectar sus derechos al conciliar el interés mayoritario de la sociedad; cabe mencionar que se buscó una modificación procedimental para juzgar militarmente a los salteadores de caminos con el propósito de brindarle a la sociedad una tranquilidad momentánea.

Después de la consumación de la Independencia en el año 1826 se establece el trabajo como obligatorio y que ningún recluso podría estar en la cárcel si no cumplía los requisitos que para ello estableciera la Constitución: para la separación de los presos, se destinó en 1834 la Cárcel de la Ciudad para sujetos en procesos y la de Santiago Tlatelolco para los sujetos a presidio o destinados a trabajar en obras públicas.

La proclamación de la Independencia no surtió el efecto inmediato de acabar con la vigencia de las leyes españolas en México. Siguieron rigiendo después de la Independencia la Recopilación de Castilla, el Ordenamiento Real, el Furon Real, el Furon Juzgo, el Código de las Partidas, y aplicándose las leyes nacionales. La influencia de la legislación española siguió haciéndose notar en las legislaciones de México, y las diversas leyes dadas en la República seguían la orientación de España. En resumen, al proclamarse la Independencia nacional, continuaron vigentes las leyes españolas, con sus respectivos sistemas procedimentales, hasta la publicación del Decreto Español de 1812.

⁸ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p. 34.

1.4. México Revolucionario

El 20 de noviembre de 1910, con un levantamiento armado en el norte del país, inició el periodo histórico conocido como Revolución Mexicana, una revuelta armada heterogénea que se prolongó hasta el año de 1920, buscando transformar el régimen instituido. “La Revolución Mexicana nunca mostró un objetivo y carácter común, sino que, existieron múltiples jefes políticos y militares, cada uno defendiendo sus propios intereses contra los de los demás.”⁹

Durante el Porfiriato aumentó la vigilancia en los barrios pobres, imponiéndose castigos muy severos a los criminales, sin duda en los primeros años de las dictaduras de Porfirio Díaz los delincuentes eran asesinados a manos de los policías, siendo esto una práctica común, sin embargo más tarde, el castigo severo se legalizó adecuando el contenido de la ley con las prácticas de la época.

México fue catalogado como bárbaro, por John Kenneth Turner, en su libro, México Bárbaro, en el que expuso su visión acerca de la segunda etapa del porfiriato, en donde los hombres y mujeres eran plagiados vilmente por las autoridades para esclavizarlos mandándolos a lugares como Valle Nacional (donde principalmente se sembraba henequén), de lo que se puede desprender la privación de la libertad personal por parte de las autoridades en contubernio con los hacendados que hacían las veces de políticos locales y que desde luego no se cansaban de alabar al régimen.

El secuestro ya no es solamente el arma de extremistas revolucionarios contra un determinado gobierno, se ha convertido en una industria en crecimiento en Latinoamérica, Europa y Asia. La privación de la libertad refleja el carácter de los delincuentes que lo cometen sin dejar atrás que en cierto grado refleja el carácter de la sociedad.

⁹ JIMÉNEZ ORNELAS, René. ***El Secuestro Problemas Sociales y Jurídicos***. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, p.20.

CODIGO PENAL DE 1871.

La primera codificación penal de la República Mexicana la encontramos en el Estado de Veracruz por decreto de fecha 8 de abril de 1835; sin embargo, el proyecto se elaboró tres años antes, en 1832, por lo tanto dicha entidad fue la primera que conto con un Ordenamiento Penal de carácter legal, pues no obstante que el Estado de México redactó un bosquejo en 1831, jamás llevo concretarse en la realidad.

En el año de 1868 se integró una comisión presidida por el Secretario de Instrucción Pública y de Justicia, Licenciado Antonio Martínez Castro, en su calidad de Presidente y como vocales los señores Licenciados José María Lafragua, Manuel Ortiz y Manuel M. de Zamacona. Esta comitiva trajo teniendo a la vista el Código Español de 1870, el cual se adoptó como guía: de tal suerte que el 7 de diciembre de 1871 fue aprobado por el Poder Legislativo, nuestro primer Código Penal, el cual entró en vigencia el primero de abril de 1872.

La primera preocupación de los responsables de este Código Penal fue precisamente eliminar el caprichoso arbitrio de los encargados de administrar justicia, el cual hasta, entonces, se traducía en macabras o veleidosas formas de ejecución, que en nada ayudaron el buen funcionamiento del orden jurídico que la sociedad requería.

A este respecto advirtió muy claramente Martínez de Castro: “Solamente por una casualidad muy rara podrá suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro, según dice Montesquieu; pero puede asegurarse que es absolutamente imposible, que ese fenómeno se verifique con una legislación formulada de una época remota, porque el solo transcurso del tiempo será entonces bastante para que por buenas que esas leyes hayan sido, dejen de ser adecuadas a la situación del pueblo mismo para quien se dictaron.”¹⁰

¹⁰ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho Penal Mexicano.** S/edición, Editorial Porrúa, México, 1970, p. 85.

Nada menos que el principal autor del Código Penal de 1871, advierte con especial énfasis, que el ordenamiento punitivo venía siendo una exigencia extrema para aquella época dados los abusos y arbitrariedades que se cometían; sin embargo, dicha categorización tenía una función transitoria que el tiempo mismo le señalaba, de tal suerte que dejaba la encomienda de revisarlo y actualizarlo para hacerlo operativo a las necesidades de la sociedad, puesto que, por muy bien elaboradas que puedan estar unas disposiciones legislativas, al pasar los días pierden su eficacia para las que fueron otorgadas, pese a que dicho sistematización haya estado vigente por espacio de cincuenta y ocho años.

Un ordenamiento legal se elabora de acuerdo con las necesidades de un lugar y en una cierta época; de tal manera que al correr de los años esas disposiciones por fuerza lógica, dejan de surtir sus efectos deseados. Este Código Penal presentó una técnica jurídica bastante avanzada de acuerdo con la noción del delito, señalando que este es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella manda.

Otra característica digna de ser destacada es que limita con toda precisión el arbitrio judicial, estableciendo que, toda pena temporal tiene tres términos, a saber: mínimo, medio y máximo, a no ser que la ley fije el primero y el último. En este caso podrá el juez aplicar la pena que estime justa, dentro de estos dos casos.

De igual manera se habla de medidas preventivas, reclusión en establecimiento de educación correccional, reclusión en la escuela de sordomudos, reclusión en hospitales, etc.

En cuanto al aspecto modular que nos ocupa, por primera ocasión se tipifica el delito de plagio en los artículos 626 al 632 del referido cartabón penal.

La definición que se le da en aquella época es digna de consideración: “El delito de plagio se comente apoderándose de otro, por medio de la violencia, de amagos de

amenazas, de la seducción o del engaño.” Es decir que encontramos el apoderamiento de un sujeto por medio de la fuerza, la intimidación o el engaño, con los siguientes propósitos:¹¹

Artículo. 626.

I. Para venderlo: ponerlo contra su voluntad al servicio público o de un particular en un país extranjero: engancharlo en el ejercito de otra nación: 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 alguno de los actos mencionados.

En cuanto a su punibilidad, se observa que desde aquella época, se empezaba a sancionar con cierta severidad el delito de secuestro, incluso hasta con la pena de muerte.¹²

Artículo. 628.

El plagio ejecutado en camino público, se castigara con las siguientes penas:

- I. Con cuatro años de prisión, cuando antes de ser perseguido el plagiario y de todo procedimiento judicial en averiguación del delito, pinga espontáneamente en absoluta libertad al plagiado, sin haberle obligado a ejecutar ninguno de los actos que expresa el artículo 626, ni haberle dado tormento o maltratado gravemente de obra ni causándole daño alguno en su persona:
- II. Con ocho años de prisión, cuando la soltura se verifique con los requisitos indicados en la fracción anterior, pero después de haber comenzado la persecución del delincuente o la averiguación judicial del delito.
- III. Con doce años de prisión, si la soltura se 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.

En realidad esa sistematización llamado también Código Martínez de Castro, marcó un adelanto punitivo en nuestra historia legislativa, toda vez que iba graduando la penalidad en relación del daño causado al bien jurídico protegido, de tal manera que, cuando se cometía un plagio con otras circunstancias no especificadas, podía aplicarse la pena de muerte, ya que el artículo 92, en su fracción X, la reglamentaba con toda precisión. Esto significa que la privación de la libertad con el propósito de pedir un dinero a cambio del rescate se contempló como una actitud lesiva y

¹¹ CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel. *El Secuestro en México*. Op. Cit. p. 21.

¹² ÍDEM.

degradante para los intereses de cualquier sociedad civilizada, sin imaginar que al correr de los años dicha figura delictiva se convertiría en un flagelo que hoy padece la sociedad contemporánea.

Cuando se ejecutaba en camino público, se castigaba con las siguientes penas:¹³

- Artículo. 629.
- 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 cuando se pronuncie contra la sentencia definitiva, ponga en libertad al plagiado, si no le hubiere dado tormento o maltrato de otro modo; pero cuando falte alguno de estos requisitos o la persona plagiada sea mujer o menor de diez años, o fallezca antes de recobrar su libertad, se tendrán estas circunstancias como agravantes de cuarta clase.

La penalidad en el delito de plagio podía agravarse cuando se había dado tormento o cualquier maltrato a la víctima; o bien que se cometiera en contra de una mujer, o persona menor de diez años, así como también el haber fallecido el plagiado antes de ser rescatado; en todos estos casos así como liberar al plagiado antes de pronunciar sentencia definitiva en contra del reo, eran circunstancias que agravaban seriamente la punibilidad, sin poder gozar del beneficio de la libertad preparatoria.

En todos los casos de los artículos anteriores, si no tenían señalada la pena de muerte, se tendrían como circunstancias agravantes de primera, segunda, tercera o cuarta clase a juicio del juzgador.¹⁴

- Artículo. 631.
- I. Que el plagiario dejare de pasar más de tres días sin poner en libertad al plagiado.
 - II. El haberle maltratado de obra , y
 - III. Haberle causado daños o perjuicios.

Todo plagiario que no hubiese sido condenado a muerte, independientemente de la pena corporal, debería pagar una multa de 500 a 3000 pesos, quedando inhabilitado perpetuamente para toda clase de cargos, empleos u honoresy sujeto a vigilancia y agravaciones, según lo estimara el juez.

¹³ ÍDEM.

¹⁴ ÍDEM.

El delito de plagio fue castigado desde el Código de 1871, al observar que trastocaba la tranquilidad pública y consecuentemente podía menoscabar la fuerza de las autoridades.

CÓDIGO PENAL DE 1929.

La vigencia ininterrumpida de cincuenta y ocho años provocada por el Código Martínez de Castro, se vio afectada por el Código Penal de 1929, llamado también Codificación de José Almaraz, por haber sido éste su principal autor.

Su más ferviente defensor fue Almaraz, quien reconoció, en cuanto a la elaboración del citado cuerpo legal: “es un código de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes, ya que entre sus meritos se encuentra el haber roto con los antiguos moldes de la escuela clásica”.

Esto significa que el principal redactor del mencionado dispositivo, estaba consciente de las deficiencias y errores que presentaba, aunque también consideraba que era el primer cuerpo legal que iniciaba en el mundo una lucha contra el delito, concepción que dejó mucho que desear en atención a su vigencia efímera.

Este Código Penal menciona por primera ocasión la terminología del secuestro, sustituyendo la denominación de plagio, ya que en su artículo 1105 preceptuaba lo siguiente: “El delito de secuestro se comete: apoderándose de otro, por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño”. Todo lo anterior con los siguientes propósitos.¹⁵

- I. Para venderlo, ponerlo contra su voluntad al servicio público o de un particular, o disponer de el a su arbitrio de cualquier otro modo;

¹⁵ CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel. *El Secuestro en México*. S/edición, Editores Porrúa, México, 2006, p. 24.

- 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.

El Código de 1929 introducía la terminología secuestro que viene del latín “*secuestrare*”, es decir, aprehender o capturar ilegalmente a una persona, para exigir algún dinero por su liberación; o bien para cuales quiera de los fines señalados en las fracciones anteriores.

Otro aspecto de consideración radica en que el Código de 1871 aplicaba la penalidad hasta 12 años de prisión, en cambio el de 1929, la agravo hasta 20 años si la ejecución se realizaba de la siguiente manera.

- Artículo. 1107.
- I. Con 5 años de prisión, si antes de iniciar cualquier procedimiento en averiguación previa se ponía espontáneamente en libertad al secuestrado, sin haberlo obligado a ejecutar ninguno de los casos descritos en el artículo 1105, así como tampoco haberlo maltratado ni causarle daño alguno.
 - II. Con 10 años de prisión, cuando la libertad se lleve a cabo, después de haber comenzado la persecución del delincuente o la averiguación.
 - III. Con 15 años de prisión, si la libertad se verifica con los requisitos de la fracción primera, pero después de la aprehensión del delincuente.
 - IV. Con 20 años de prisión, en los casos no comprendidos en las fracciones anteriores.

En todos los casos mencionados, el secuestro debía realizarse en camino público, en cambio cuando el secuestro no se ejercitaba en camino publico la sanción era la siguiente:¹⁶

- Artículo. 1108
- I. Con 5 años de prisión en el caso de la fracción I del artículo anterior.
 - II. Con 8 años de prisión en la fracción II.
 - III. Con 10 años de prisión en la fracción III, y
 - IV. Con 15 años de prisión, cuando después de detenido el secuestrador y antes de que se dicte sentencia definitiva, ponga en libertad al secuestrado

¹⁶ IBÍDEM. p. 25.

y no lo hubiese maltratado. Cuando la persona secuestrada fuese mujer o persona menor de diez años o bien fallezca antes de ser liberada, se tenían como circunstancias agravantes de cuarta clase.

En los casos de que establece la fracción última del artículo 1108, el reo jamás podía gozar del beneficio de la libertad preparatoria, hasta en tanto hubiese demostrado una enmienda absoluta.

Se tenían como circunstancias agravantes de primera, segunda, tercera o cuarta clase a juicio del juzgador: I. Que el secuestrador dejare de pasar más de tres días sin poner en libertad al secuestrado; II. El haberlo maltratado de obra y III. Haberle causado algún daño o perjuicio.

El secuestrador, además de las sanciones correspondientes, quedaba inhabilitado por veinte años para toda clase de cargos o empleos.

Este Código Penal fue considerado muy inferior en su técnica jurídica en relación al de 1871; aún más, se dijo que dicho Ordenamiento adolecía de constantes reenvíos e incluso contradicciones marcadas. Incorporando también sus dificultades en la reparación del daño y la individualización de la pena pecuniaria, todas esas circunstancias provocaron su exigua vigencia.

CODIGO PENAL FEDERAL DE 1931.

No teniendo ni dos años de vida el ordenamiento de 1929, el 17 de septiembre de 1931 entra en vigor nuestro abrogado Código Penal, considerado muy superior, ya que evitaba las confusiones de redacción así como el abuso de reenvíos innecesarios.

La Presidencia de la Comisión Redactora estuvo a cargo del Licenciado Alfonso Teja Zabre. Los miembros de la comisión buscaron adaptar un Código necesario a los reclamos de aquella época. Entonces se consideró que el delito es un hecho contingente, que sus causas son múltiples y diversas, que se trata de una conducta lesiva a la sociedad, teniendo su embrión en ese mundo en el que se debaten los

apetitos humanos. En este sentido, la pena se justifica por la intimidación, la ejemplaridad y la irrestricta necesidad de conservar la coexistencia social, evitando con ello venganzas privadas.

En efecto, hemos observado cómo las penalidades se han ido incrementando en la medida que las conductas antisociales proliferaron, así como también debido al terror que provocan en la comunidad, puesto que trastocan sus valores y estabilidad. El Código Penal de 1931 agrupó, dentro del Título Vigésimo Primero, la privación ilegal de la libertad en un capítulo único, en el cual incluyó el delito de secuestro en el artículo 366, estableciendo lo siguiente:

Se impondrán de cinco a veinte años de prisión y multa de cien a mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro, en alguna de las formas siguientes:¹⁷

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

Si el plagiario pone en libertad a la persona secuestrada, espontáneamente, antes de tres días y sin causar ningún perjuicio grave, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la detención ilegal de acuerdo con los dos artículos anteriores. (La penalidad era de uno a seis meses y de tres días a un año de prisión).

¹⁷ IBÍDEM, p. 26.

Esta recopilación no incremento la penalidad en el delito de secuestro, es decir; mantuvo la misma que el Código de 1929 que venía siendo de 20 años de prisión como máximo: de igual manera le dio la misma connotación al plagio como al secuestro, esto es, las mencionaba indistintamente; pese a ello era un moderno instrumento jurídico-penal adecuado a las exigencias de esos momentos.

La primera reforma al artículo 366, se publicó el 9 de marzo de 1949, para darle mayor autonomía al robo de infante, para aumentar la edad de éste a diez años y agravando la punibilidad de prisión de diez a treinta años, ya que la sanción al plagio o secuestro permaneció igual.

ÚLTIMAS REFORMAS.

❖ Reforma de 1951.

Fue necesario que pasaran veinte años para que se modificara el artículo 366 del Código Penal, ya que mediante publicación en el Diario Oficial de fecha 15 de enero de 1951 y bajo la presidencia de Miguel Alemán el dispositivo en comento agravó la penalidad de la siguiente manera:

Se impondrán de 5 a 30 años de prisión y multa de cien a diez mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

- I. ...
- II. ...
- III. ...
- IV. ...
- V. Cuando se cometa robo de infante menor de doce años por quien sea extraño a su familia y no ejerza la patria potestad sobre él. Si el plagiario pone...

En este contexto se advierte que el delito de secuestro empezó a incrementarse de manera preocupante de 1931 a 1951, de tal suerte que el legislador agravó su penalidad diez años más, modificando la edad en el robo de infante menor de doce años en lugar de siete.

Esta reforma marcaría en la historia legislativa de México un azaroso camino que tendría que transitarse para brindarle al individuo un marco de seguridad jurídica en contra de tan deleznable comisión delictiva.

❖ REFORMA DE 1955.

Exactamente cuatro años después de la reforma de 1951, el Diario Oficial de fecha 5 de enero de 1955 anunció otra importante modificación con relación al artículo 366 del Código Penal únicamente para incrementar la penalidad de 5 a 40 años de prisión, toda vez que en lo relativo a la multa, a la descripción del tipo, incluyendo sus cinco fracciones, quedaron intocadas.

Se advierte la preocupación del legislador, ya que en menos de cinco años, la penalidad se había duplicado de 20 a 40 años de prisión. Esto revela, sin lugar a dudas, cómo fueron presentándose las diversas manifestaciones de la conducta antisocial para que la codificación legal hubiese registrado una súbita elevación en poco tiempo, sin precedente, a pesar de que en esa época la población mexicana era aproximadamente una cuarta parte de lo que es hoy, y con un índice delictivo intrascendente en comparación con los parámetros actuales.

Todo esto debe llevarnos a un punto de reflexión para darnos cuenta, si estamos actuando adecuadamente en la prevención y combate del referente delito.

❖ REFORMA DE 1970.

Con fecha 29 de julio de 1970, quince años después, el diario Oficial de la Federación anunció otra modificación al artículo 366 del Código Penal; sin embargo, aquí se continúa manteniendo la penalidad de 5 a 40 años, para variar la multa que sería de mil a veinte mil pesos, así como la redacción de sus fracciones para incrementar una sexta con dos párrafos, pero manteniendo el espíritu de las anteriores, esto es, ya no se habla de detención arbitraria sino de "(...) cuando la

privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

- I. ...
- II. ...
- III. Si se detiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o con causarle un daño, sea a aquélla o a terceros, si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza.
- IV. ...
- V. ...
- VI. Si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia y no ejerza la tutela sobre el menor.
Cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la pena será de seis meses a cinco años de prisión.
Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, sólo se aplicara la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 364. Este beneficio no opera en el caso de la fracción III del presente artículo.

La reforma de 1970 conservó la misma penalidad, empero, de acuerdo con la forma de operatividad de los delincuentes, el legislador se vio precisado a incorporar una serie de modalidades para contrarrestar la ejecución.

❖ REFORMA DE 1984.

A través del Diario Oficial de fecha 13 de enero de 1984, 14 años después, el artículo 366 presenta otra modificación en el mínimo de la penalidad y en la multa, así como en el último párrafo, pero manteniendo los 40 años de prisión y sus seis fracciones intactas.

Artículo. 366.- se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días multa, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes: I a VI. ...

Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 364.

En esta reforma se adiciona el artículo 366 bis, relativo al tráfico de menores que sanciona por igual al que realiza la entrega definitiva del menor, al ascendiente que otorga el consentimiento y al tercero que lo recibe, con penas de dos a nueve años

de prisión y de doscientos a quinientos días de multa, cuando la entrega se realice con la finalidad de obtener un beneficio económico, la cual se duplicará si no existe dicho consentimiento, o se disminuirá de uno a tres años de prisión cuando la entrega del menor se haga sin la finalidad de obtener un beneficio económico; esta última se puede reducir hasta la cuarta parte cuando quien recibe al menor lo hace para incorporarlo al núcleo familiar. Finalmente se agregó a las sanciones la pérdida de al patria potestad, tutela o custodia, según sea el caso.

❖ REFORMA DE 1989.

Con fecha 3 de enero de 1989 encontramos en el Diario Oficial de la Federación que se agrega un párrafo que incrementa la pena de prisión a cincuenta años en caso de que el secuestrador prive de la vida a la persona secuestrada. Con fecha 21 de enero de 1991 se adicionó el artículo 365 bis que prevé el tipo penal de rapto, que se sancionaba de uno a cinco años de prisión, la cual podía disminuirse de un mes a dos años de prisión si el autor restituye a la ofendida dentro de los tres días siguientes y sin haber practicado el acto sexual.

De igual manera el 1 de febrero de 1994 se reformó el artículo 85 del código Penal con el propósito de negar la libertad preparatoria a los sentenciados por el delito de secuestro, previsto en el artículo 366, con excepción de los sentenciados por robo de infante cuando es cometido por un familiar del menor que no ejerza la patria potestad ni la tutela; y el caso de la sanción atenuada por arrepentimiento espontáneo.

❖ REFORMA DE 1996.

Con fecha 13 de mayo de 1996, esto es siete años después, el artículo 366 del Código Penal vuelve a resentir otra transformación desde el tipo hasta la incorporación de una serie de incisos y párrafos para reglamentar diversas modalidades de operación en los grupos siniestros dedicados al secuestro; empero,

con positivo juicio crítico, la enmienda fue de forma y no de fondo, ya que para esta fecha el ilícito había rebasado la capacidad de respuesta de las autoridades, colocándonos en el concierto internacional como segundo país con la mayor cantidad de secuestros.

De igual manera, se modifica el artículo 366 bis y ter de dicha sistematización, demostrando, por enésima ocasión la preocupación del legislador por contener los embates de las organizaciones criminales. Pese a ello, continúa con la penalidad máxima de 40 años de prisión, incrementándose la pena mínima, que era de 6 a 10 años de prisión. Con base en la importancia de la reforma, se transcribe la misma.

Artículo. 366.- al que prive de la libertad a otro se le aplicará;

- I. De diez a cuarenta años de prisión y de cien a quinientos días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:
 - A. Obtener rescate
 - B. Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle un daño para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, o
 - C. Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra.

- II. De quince a cuarenta años de prisión y de doscientos a setecientos cincuenta días multa, si en la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurre alguna o algunas de las circunstancias siguientes:
 - A. Que se realice en lugar público o en lugar desprotegido o solitario.
 - B. Que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública o se ostente como tal sin serlo.
 - C. Que quienes lo lleven acabo obren en grupo de dos o mas personas.
 - D. Que se realiza con violencia o
 - E. Que la víctima se a menor de dieciséis o mayor de setenta años de edad o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecute la privación de la libertad.

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

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

Artículo. 366 bis.- se impondrá de uno a ocho años de prisión y de doscientos a mil días multa, al que en relación con las conductas

sancionadas por el artículo anterior y fuera de las causas de exclusión del delito previstas por la ley.

- I. Actué como intermediario en las negociaciones del rescate, sin el acuerdo de quienes representen o gestionen a favor de la víctima.
- II. Colabore en la difusión pública de las pretensiones o mensajes de los secuestradores, fuera del estricto derecho a la información.
- III. Actúe como asesor con fines lucrativos de quienes representen o gestionen a favor de la víctima, evite informar o colaborar con la autoridad competente en el conocimiento de la comisión del secuestro.
- IV. Aconseje a no presentar la denuncia del secuestrado cometido, o bien al no colaborar o el obstruir la actuación de las autoridades.
- V. Efectúe el cambio de moneda nacional por divisas, o de éstas por moneda nacional sabiendo que es con el propósito directo de pagar el rescate a que se refiere al fracción I del artículo anterior; y
- VI. Intimide a la víctima, a sus familiares o a sus representantes o gestores, durante o después del secuestro, para que no colaboren con las autoridades competentes

Artículo. 366 ter.- 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 éste no haya sido declarada legítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días multa.

La misma pena a que se refiere el párrafo anterior se aplicará a los que otorguen el consentimiento a que alude este numeral y al tercero que reciba al menor.

❖ REFORMA DE 1997.

Con fecha 30 de diciembre de 1997, el Diario Oficial de la Federación incorpora al Código Penal el artículo 366 cuater, estableciendo a la letra lo siguiente:

Quando el ascendiente sin limitaciones de grado o pariente consanguíneo colateral o por afinidad hasta el cuarto grado de un menor, lo sustraiga o cambie del 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 o 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 la parte ofendida.

❖ REFORMA DE 1999.

Con fecha 17 de mayo de 1999, encontramos nuevamente una modificación al multicitado artículo 366 del Código Penal, evidenciándose la honda preocupación del legislador por agravar la penalidad así como la multa impuesta, quedando de la siguiente manera, en los aspectos sustitutos:

- I. De 15 a 40 años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa... A) a C)...
- II. De 20 a 40 años de prisión y de dos mil a cuatro mil días multa, si la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurren... A) a E)...

En caso de que el secuestrado sea privado de su vida, por su o sus secuestradores, la pena será de cuarenta a sesenta años de prisión.

Por el recorrido histórico que se ha expuesto, se puede apreciar que el delito de secuestro ha experimentado una serie de reformas que han incrementado paulatinamente su punibilidad, no únicamente por la privación ilegal de la libertad en sí, sino porque tal privación es apreciada por los delincuentes como el vehículo idóneo para quebrantar otra serie de bienes jurídicos y, consecuentemente, conculcar todo un estado de derecho.

Las reformas introducidas al ordenamiento punitivo en más de medio siglo, es decir, de 1951 a la fecha, demuestran el sinnúmero camino legislativo para sancionar este gran mal; la intención del legislador junto con el comportamiento de las autoridades, se ha visto minimizada ante el embate irrefrenable de las organizaciones criminales,

puesto que lejos de intimidarlas, su actuación ha proliferado a lo largo y a lo ancho de nuestro país.

Las modificaciones relatadas, proyectan la impresión de un parche mal pegado, o de un paliativo, cuando la enfermedad es una epidemia mortal que lastima y vulnera a todo un pueblo indefenso. En este sentido, incrementar otros 10 años la penalidad en muy poco ayudaría para reducir el oleaje delictivo, por lo que estamos obligados a buscar todas las estrategias y alternativas de amplio espectro para contrarrestar en nexos políticos criminales.

Tanto el plagio como el secuestro se han usado indistintamente en nuestra legislación, ya que consisten en una privación ilegal de la libertad con los propósitos referidos en la misma, sin lugar a confusión por dichos conceptos.

Para el querido Maestro Raúl Carrancá y Trujillo si existe dicha diferenciación cuando establece: El plagio consiste en el apoderamiento arbitrario de una persona para obtener rescate a cambio de su libertad. El concepto de secuestro es afín al de plagio; pero específicamente se refiere a los ladrones que se apoderan de una persona acomodada y exigen dinero por su rescate.¹⁸

En ambos casos existe el apoderamiento ilegal para exigir un rescate, motivo por el cual la distinción podría resultar irrelevante para el Derecho Penal. Sin embargo el maestro jamás imaginó cómo se incrementaría este delito y mucho menos que cualquiera podría ser sujeto de dicha comisión sin importar su posición económica, política o social; como por ejemplo el secuestro exprés.

Lo cierto es que esta forma de comisión delictiva se viene presentando con mayor frecuencia en nuestra sociedad, convirtiendo a la víctima en un simple rehén sujeto a

¹⁸ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Código Penal Anotado**. 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 1972, p. 655.

los caprichos de sus captores; o dicho en otras palabras, a los más bajos instintos de su proceder ilícito.

Es conveniente recordar que en nuestra Constitución de 1917 quedó establecida la PENA DE MUERTE, cuando en el artículo 22, se leía lo siguiente: “Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves dl orden militar.”

Es importante hacer notar que a partir de la reforma del 17 de mayo de1999, meses después, sobrevino la separación de los códigos, para quedar como Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

NUEVO CÓDIGO PENAL 2002 PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Con fecha 16 de julio del 2002 es publicada en al Gaceta del Distrito Federal el Nuevo Código Penal, que entraría en vigor el 13 de noviembre del mismo año, esto es, 120 días después de su publicación.

Este Código Penal buscó precisar los presupuestos de la pena, las medidas de seguridad y los criterios político-criminal para la individualización judicial de las penas; contemplando como mínimo 3 meses de prisión y como máximo 50 años. De igual manera pretende frenar la delincuencia con disposiciones legales que garanticen la tranquilidad de la sociedad, que permitan separar las conductas antisociales de la vida pública y que logren separar los daños causados para quien o quienes demandan justicia mediante la protección del Estado.

Con relación al delito que nos ocupa, se contemplan dos causales para que el ilícito pueda darse en el mundo fáctico: el propósito de obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona secuestrada.

El artículo 163 no olvida que anteriormente se trataba del dispositivo 366, del ordenamiento invocado dispone al respecto lo siguiente:

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

Contempla exactamente la misma penalidad que el Código anterior, con la salvedad del incremento de la multa, es decir, el legislador no quiso agravar la sanción, a pesar de la proliferación de bandas delictivas dedicadas a este ilícito.

La conducta se agrava cuando el hecho es cometido en determinados lugares o mediante ciertas características, según lo dispone el artículo 164 cuando preceptúa.

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 se a 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 mayor de edad o mayor de setenta 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 veinte y cuatro horas siguientes a 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.

Se continúa agravando la conducta, en los supuestos que el secuestrado llegase a fallecer durante la privación, o si es privado de la vida, en cuyo caso se estará a las reglas del concurso, tal y como lo prevé el artículo 165, cuando dispone lo siguiente:

En caso del que el secuestrado fallezca durante el tiempo en que se encuentra privado de su libertad se impondrá de veinte a cincuenta años de prisión.

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

Otra característica que presenta el Nuevo Código Penal, consiste en privar de la libertad para trasladar a un menor o a un incapaz fuera del territorio del Distrito Federal, con el propósito de obtener un lucro por la venta o entrega, conforme lo dispuesto por el dispositivo 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.

Finalmente, otra modalidad incorporada al referido ordenamiento penal del año 2002, consiste en sancionar a quien simule encontrarse privado de la libertad, con el propósito de obtener rescate, o bien que al autoridad o un particular realicen o dejen de realizar algo, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 167:

A quien simule encontrarse privado de su libertad con amenaza de su vida o daño en 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 la querrela de la parte ofendida, cuando se ha cometido por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segunda grado, concubina, concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, y parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Del Código Penal de 1971 a la última codificación que acabamos de mencionar, han transcurrido 131 largos años de trabajo legislativo, en donde hemos sido testigos de enmiendas, parches, adiciones y reformas; sin embargo, el problema de la inseguridad no sólo subsiste, sino que se sigue agravando, ya que la banda de secuestradores da la impresión de ser un monstruo al que se le corta una cabeza, pero desafortunadamente le surge otras y en ocasiones más y así sucesivamente.

❖ REFORMA DE 2004.

Con fecha 15 de septiembre de 2004, encontramos nuevamente una modificación al multicitado artículo, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, para quedar de la siguiente manera:

Artículo 163 bis. Comete el delito de privación de la libertad en su modalidad de secuestro express, el que prive de a libertad a otro por tiempo estrictamente indispensable para cometer los delitos de robo o extorsión, previstos en los artículos 220 y 236 de este Código o para obtener un beneficio económico.

Se le impondrán de siete a veinte años de prisión y de cien a mil días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos de robo o extorsión y de las reglas de aplicación del concurso para la imposición de sanciones.

❖ REFORMA DE 2006.

El día 24 de febrero del 2005 se publicó en la Gaceta Oficial para el Distrito Federal, la última modificación que hasta el día de hoy se ha mantenido firme en la que se aumenta la penalidad y así mismo la multa para quedar de la siguiente manera.

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 cuarenta a sesenta años de prisión y de mil a tres mil días multa.

Artículo 163 Bis. Comete el delito de privación de la libertad en su modalidad de secuestro express, el que prive de la libertad a otro por el tiempo estrictamente indispensable para cometer los delitos de robo o extorsión, previstos en los artículos 220 y 236 de este Código o para obtener algún beneficio económico.

Se le impondrá de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, sin perjuicio de las penas que corresponden por los delitos de robo o extorsión y de las reglas de aplicación del concurso para la imposición de sanciones.

En la mayoría de los casos, por no decir en todos, observamos que los jefes de estas organizaciones criminales son o fueron integrantes de corporaciones de seguridad pública. También fuimos testigos de cómo nuestros antepasados mantuvieron el orden social mediante sus penas rudimentarias. Estamos en los años iniciales de un nuevo siglo, los adelantos técnicos y científicos son diversos y de todo género; pero también es cierto que nuestro orden social está resquebrajado.

DELINCUENCIA ORGANIZADA.

El término delincuencia organizada es un concepto reciente; es decir, es un vocablo novedoso que aparece en la historia de México en el año de 1993, y que representa una combinación jurídico-penal que los legisladores introdujeron en nuestra Carta Magna y en el Código de Procedimientos Penales, con el propósito de duplicar el plazo de retención de 48 a 96 horas ante el Ministerio Público, en los casos que se prevé delincuencia organizada. (Artículo 16 Constitucional).

La reforma se publica en el Diario Oficial de la Federación el 3 de diciembre de 1993, marcando el inicio de lo que sería más tarde la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la cual nace a la vida jurídica de México tres años después, el 7 de noviembre de 1996.

Esta medida obedeció al incremento sofisticado de comisiones delictivas (lavado de dinero, trata de personas, tráfico de armas o de órganos, narcotráfico, secuestro, etc) que envuelve toda una maraña de individuos y servicios, lo que hacía imposible que el representante social, en término de dos días, pudiera acreditar en cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, motivando ampliar el plazo en el periodo de la indagatoria; ya que estos criminales con su red de influencia evaden con toda facilidad el peso de la ley.

La delincuencia organizada es una sociedad dentro de otra sociedad, que busca operar al margen del gobierno; involucra cientos de delincuentes que laboran en estructura piramidal de riguroso control y observancia; no cualquiera puede formar parte de ellas, para eso se requiere un delicado proceso de selección; de ahí su carácter velado o de secrecía; es una macro empresa con metas a mediano y largo plazo, esto significa que aquí nada se improvisa, todo se mide fríamente en relación con los fines deseados.

Decido con anterioridad, que su génesis la encontramos primero en la pandilla y posteriormente en la asociación delictuosa a que hace alusión el artículo 252 del Código Penal para el Distrito Federal cuando dispone:

Cuando se cometa algún delito por pandilla, se impondrá una mitad más de las penas que correspondan por el o los delitos cometidos, a los que intervengan en su comisión. Se entiende que hay pandilla, cuando el delito se comete en común por tres o más personas, que se reúnen ocasional o habitualmente, sin estar organizados con fines delictuosos.

Por su parte, el artículo 253 del referido ordenamiento preceptúa:

Se impondrán prisión de cuatro a ocho años y de cien a mil días multa al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con el propósito de delinquir.

El Código sustantivo pretende marcar una frontera entre lo que debe considerarse pandilla y asociación delictuosa, pero lo hace infortunadamente, ya que en aquella hay una reunión habitual, que significa continuación, reiteración, esto es, un hábito, lo que contrasta con la ocasional que, como su nombre lo dice, sobreviene de una ocasión o accidente, es decir, son conceptos antagónicos.

Lo que sí queda claro es que la asociación delictuosa o banda, aunque vienen siendo las mismas personas que la pandilla (tres o más), aquí sí existe el propósito delictivo, deviniendo otra falla porque, lo que se realiza con hábito o reiteración revela un *animus delicti*.

La pandilla, como la asociación delictiva, es un delito *per se*, esto es, independiente del o los ilícitos que hayan cometidos los reunidos o asociados; con mucho mayor razón la será cuando se involucre la delincuencia organizada.

La delincuencia organizada ha vulnerado seriamente el estado de derecho, así como la vida de miles de mexicanos en atención a que las investigaciones demuestran que estas mafias han crecido en forma exagerada; pero lo más grave se aprecia en la ramificación de sus vasos comunicantes, hacia posiciones estratégicas de alto poder.

Se concibe a la delincuencia organizada como una sólida organización dotada de una estructura de orden y grado, con sujetos preparados y finalidades preponderantemente delictivas.

La globalización del mundo moderno trajo consigo la entrada indiscriminada de capitales, así como un incremento desbordante en las relaciones comerciales, pero también es cierto que apareció la delincuencia organizada.

El crimen organizado es toda asociación de personas que se dedican permanentemente a comisiones delictivas, cuyo propósito es obtener un beneficio ilegal, sin tomar en cuenta las fronteras nacionales.

La delincuencia organizada es un fenómeno social que se viene manifestando en todo el mundo, la tecnología y los avances científicos han jugado un papel primordial en su proliferación, motivo por el cual ha encontrado diversas cauces para manifestarse.

Las corporaciones de inteligencia especial dedicadas al estudio de esta clase de criminalidad, coinciden en que dichas organizaciones, descansan en diez principios básicos.¹⁹

1. Sus metas son dinero y el poder.
2. Tienen una estructura vertical rígida (jerarquía).
3. Cuando con tres o cuatro rasgos permanentes de autoridad.
4. Exclusividad en la admisión, con riguroso proceso de selección, según aptitudes.

¹⁹ CARRIÓN TIZCAREÑO, Raúl. Op. Cit. p. 100.

5. Permanencia en el tiempo.
6. La violencia y la corrupción, son medios indispensables para la consecución de los fines.
7. Posee una división celular del trabajo; ya que se relacionan entre sí a través de los mandos intermedios, quienes comunican directamente a los mandos superiores y éstos a los grandes jefes de la familia.
8. Buscan siempre ejercer hegemonía sobre los mercados de bienes o servicios, ya sean legítimos o ilegítimos.
9. Sus miembros están obligados a cumplir las instrucciones al pie de la letra, lo mismo que a permanecer en la corporación, de lo contrario se presenta el ajuste de cuentas.
10. Una vez desarrollados los pasos mencionados, someter a la autoridad nacional para proyectar sus tentáculos al extranjero, a través de la reciprocidad delictiva.

Los estudios de la ciencia criminológica, coinciden en que, el primer modelo de delincuencia organizada, nace en Estados Unidos, por medio de un grupo de inmigrantes sicilianos, cohesionados como una hermandad jerarquizada, bajo dos principios fundamentales: la lealtad y el silencio. Con el tiempo surgirían las llamadas redes, grupos criminales que interactuaban con actores del gobierno en sus sistemas de protección, en donde los poderosos representaban a todos aquellos que solicitaban su amparo, o bien la realización de algún favor, o también la obtención de algo; todo ello, a cambio de bienes y servicios, recuerde se la famosa película del Padrino.

En esta protección pagada, los capos o jefes de familia, con el tiempo llegarían a controlar no sólo esos mercados de bienes o servicios; sino que incluso, ya habían incursionado en otras áreas insospechadas.

La delincuencia organizada puede concebirse en cualquier sector, por ser una parte actuante de la sociedad, pues, si algo es común ahora en ella, es precisamente su transnacionalidad; a nadie escapa de su mente los sucesos del 11 de septiembre en

la unión Americana, ya que gran parte de la conspiración de dicho ataque, se llevó a cabo en Alemania, en atención a que en dicho país existen serias restricciones de carácter legal, para pretender invadir la vida íntima de las personas; como consecuencia de las violaciones y atropellos cometidos en la época de Adolfo Hitler y su Gestapo.

La falta de una legislación coordinada ha sido explorada no sólo por los criminales, sino también por los terroristas. Los piratas aéreos de los aviones del 11 de septiembre estaban conscientes de que sus teléfonos y celulares podían ser intervenidos. Antes de los cambios legislativos ocurridos después del 11 de septiembre se necesitaban órdenes judiciales para intervenir cada teléfono en las tres jurisdicciones del área de Washington, Virginia, Maryland y el Distrito de Columbia. Los terroristas exploraron este conocimiento de los límites de la ley y utilizaron distintos teléfonos en estas jurisdicciones para evitar la supervisión de sus conversaciones. Así como los futuros terroristas aprovecharon las diferencias jurisdiccionales en el área metropolitana de Washington para reducir el riesgo, también lo hicieron en forma internacional.²⁰

En el área de la tecnología, el uso de la computadora y de las telecomunicaciones se convierten en el refugio más apropiado para el crimen transnacional y el terrorismo, toda vez que, al no tratarse de un arma convencional, sino de una simple tecla, un auricular, o un monitor, las informaciones, transacciones y de más actividades ilícitas pueden transmitirse sin dejar un rastro, lo cual permite en cubrir aún más estas organizaciones siniestras, al interactuar desde los lugares más apartados del mundo; es por ello que los traficantes de armas pueden supervisar sus embarques, ya que a través de un simple café internet, están monitoreando y dirigiendo toda una maraña de actividades.

²⁰ MACEDO DE LA CONCHA, Rafael. **Delincuencia Organizada**. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004, p.p. 107 y 108.

Esto nos conlleva a que nada está improvisado, los objetivos fueron perfectamente trazados para obtener la sumisión de la sociedad y, consecuentemente, la captación del Estado; hoy somos testigos del inmenso poder que aflora en los centros penitenciarios, de cómo están infiltrados en todas las áreas de seguridad, procuración y administración de justicia; lo mismo en otras tareas estratégicas o prioritarias; por supuesto, debemos replantear medidas de actuaciones, designación de servidores públicos, coordinación federal, estatal y municipal; riguroso control en las telecomunicaciones; supervisión escrupulosa en todo el sistema bancario mexicano; implementar los adelantos técnicos y científicos en contrarrestar los efectos de la delincuencia organizada.

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

La reforma que se aplicó a nuestra Carta Magna el 13 de diciembre de 1993, con el propósito de duplicar el plazo de retención de 48 a 96 horas, en los casos en que se llegara a prever delincuencia organizada, la cual se incorporó después a los ordenamientos secundarios, sin lugar a dudas marcó la advertencia para el nacimiento de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, ya que, como antes se refiere, ésta nació a la vida jurídica el 7 de noviembre de 1996.

Esta ley comprende básicamente cuatro Títulos, el primero incluye dispositivos generales y un capítulo único para describir, naturaleza, objeto y aplicaciones de la ley; siendo aquí en donde se contienen las verdaderas normas sustantivas.

El Título Segundo reglamenta la investigación de la delincuencia organizada, incluyendo Siete Capítulos que abarcan del artículo 8 al 39 para tipificar respectivamente: de las reglas generales para la investigación de la delincuencia organizada, de la detención y retención de indiciados; de la reserva de las actuaciones en la averiguación previa; de las órdenes de cateo y de intervención de comunicaciones privadas; del aseguramiento de los bienes susceptibles de

decomiso; de la protección de las personas y de la colaboración en la persecución de la delincuencia organizada.

El Título Tercer comprende un capítulo único con sólo 2 artículos, el 40 y 41: de las reglas para la valoración de la prueba y del proceso.

Finalmente, el Título Cuarto, comprende también un capítulo único mediante tres artículos, del 42 al 44, para reglamentar: de la prisión preventiva y ejecución de las penas y medidas de seguridad.

La razón de llevar a cabo una breve explicación sobre la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, no significa transcribir y explicar cada uno de los dispositivos legales, que de suyo es importante, sino hacer notar la trascendencia de un cuerpo normativo en épocas aciagas, donde la criminalidad ha sentado su poder involucrando millares de jóvenes, incluso muchos de ellos todavía en edad infantil; donde sigue imperando una ola de terror en zonas imposibles de transitar, donde el tráfico ilícito se volvía transnacional, alcanzando latitudes insospechadas.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada no puede ser una legislación excluyente que subsista en forma independiente, toda vez que tiene una íntima y estrecha vinculación con los ordenamientos penales y procesales tanto del Fuero Común como del Fuero Federal, en atención a que sanciona con extrema severidad el hecho de pertenecer o formar parte de una organización criminal de tal magnitud, denominada delincuencia organizada; tan es así que el mismo dispositivo cuarto de la Ley en comento refiere:

Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes:

I. En los casos de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del artículo 2o. de esta Ley:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

II. En los demás delitos a que se refiere el artículo 2o. de esta Ley:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, de ocho a dieciséis años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa. En todos los casos a que este artículo se refiere, además, se decomisarán los objetos, instrumentos o productos del delito, así como los bienes propiedad del sentenciado.

Nadie integra una delincuencia organizada para que permanezca estática, nadie conforma una organización criminal para asumir una actitud pasiva; todo lo contrario, lo que los delincuentes buscan con su gestión es una actitud exponencial, una actuación avasallante, con el propósito de lograr una preeminencia en el ámbito delictivo; esto significa que emerge a la luz pública una delincuencia especial, sofisticada, adiestrada, vigorosa por sus recursos de carácter económico y técnico, así como también con redes de complicidad internacional sin precedentes, provocando la desestabilización de naciones enteras, trastocando valores fundamentales para mutilar la autoridad del Estado.²¹

²¹ CARRIÓN TIZCAREÑO, Raúl. Op.Cit. p. 110.

Determinados delitos en su comisión revisten características sofisticadas, con diversas implicaciones; circunstancias todas ellas que obligan a dotar al Representante Social de la Federación de un término razonable para acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado; de acuerdo al artículo 16 de nuestra Carta Magna, de 48 a 96 horas cuando se prevea delincuencia organizada, si dicho plazo resulta aún insuficiente, puede solicitar al juez la retención del indiciado, sin que dicho término pueda exceder de 90 días, tal y como lo previene el artículo 12 de la Ley referida.

En efecto, dichos numeral establece:

Artículo 12.- El Juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2o. de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.

La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días.

Artículo 2o.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: *Párrafo reformado DOF 23-01-2009*

I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 cuáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 Y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal; *Fracción reformada DOF 11-05-2004, 28-06-2007*

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud; *Fracción reformada DOF 27-11-2007*

V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales Estatales o del Distrito Federal, y *Fracción reformada DOF 27-03-2007, 27-11-2007, 23-01-2009*

VI. Trata de personas, previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

El legislador tampoco imaginó, que el delito de secuestro se convertiría en una rentable industria criminal, motivo por el cual hizo una diferenciación tajante entre la punibilidad de los ilícitos mencionados en las fracciones de la uno a la cuarta del artículo segundo; en relación con los delitos en la fracción quinta del citado artículo, en donde se menciona **el secuestro**, habida cuenta que el Ministerio Público Federal tendría que ejercer la facultad de atracción para su investigación, conforme a los artículos tercero y cuarto de la comentada Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, como si se tratara de delitos residuales o de segunda categoría, cuando que su comisión y proliferación ha dejado sojuzgadas en la inseguridad a muchas naciones, precisamente por lesionar valores fundamentales.²²

En este contexto, el delito de secuestro debe ser elevado a la categoría del fuero federal, para los efectos de que la autoridad judicial no pierda tiempo en la investigación y persecución de quienes lo cometan, pero, primordialmente, por tratarse de una institución mejor dotada desde el punto de vista logístico, funcional y recursos, así como también, por el hecho de poseer un campo de acción divergente.

²² IBÍDEM. p. 112.

En nuestro país hemos perdido la capacidad de asombro, nos hemos acostumbrado a vivir con las ejecuciones sumarias, con el ajuste de cuentas o, simplemente, con las masacres como una advertencia del poder establecido: Chiapas, Guerrero, Michoacán, Sinaloa y Tamaulipas son algunas de las entidades que sobresalen con esas características siniestras; debiendo incorporar también Ciudad Juárez, con su reciente y triste celebridad de las mujeres muertas.

El 12 de noviembre del 2001 fueron asesinados dos magistrados del tribunal Colegiado de Sinaloa; directores de la Policía, han durado un par de horas en su encargo, pues fueron ejecutados; la muerte, en contra de los encargados de mantener el imperio de la ley, se volvió una guerra infernal, una lucha sin cuartel, con resultados desfavorables para el gobierno.

La cifra indeterminada de cientos de mujeres asesinadas en Ciudad Juárez, coloca a nuestro país en el concierto internacional, en un lugar vergonzante en lo que se refiere a la investigación y procuración de justicia, Nada debe ser más lacerante para la sociedad e injustificable para las autoridades, que el esperar irresponsablemente, que aparezca el cadáver de una nueva e indefensa víctima. Los reporteros del diario *Independiente* publicaron, el día 12 de agosto de 2003, 'en la página 13, lo siguiente: "CASO EXCEPCIONAL EN EL MUNDO, EL DE JUÁREZ. Los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, Chihuahua, por sus características son un caso excepcional en el mundo', pero que podría ser comparable con los cientos de mutilaciones de órganos genitales que se han registrado en África o el escenario de represión de países en situación de guerra. Así lo señaló el representante de Amnistía Internacional, Rupert Knox, luego de presentar junto con la secretaria general del organismo internacional, Irene Khan, el informe: *Muertes Intolerables, México: 10 años de desapariciones y asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y Chihuahua*. En el pliego de Amnistía Internacional se destaca que la ineficiencia y negligencia de las autoridades mexicanas para investigar los más de 300 homicidios reflejan que en esa entidad la mujer no vale nada y que los asesinatos no han sido

tomados con la importancia que se merecen.²³

Los delincuentes obedecen mandatos; los jefes de éstos, lo mismo, y así sucesivamente hasta llegar al pináculo de la perversión; lo grave de todo es que nunca sabremos hasta donde llegan ésta y el permiso de actuación.

La sociedad mexicana, de por sí agraviada, aprendió a vivir con el miedo y la inseguridad, con el temor y la desesperanza, con todos esos elementos de carácter negativo que envuelven al mundo civilizado. 'todo esto obligaba en forma imperiosa, al advenimiento del referido cuerpo legal, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, para paliar de alguna manera la inseguridad y la violencia en el país; es decir, no cabía esperar a que las pasiones se desbordarán, que ya casi están en ese punto sin el más mínimo freno o control por parte del Estado.

Las organizaciones criminales dedicadas al delito de secuestro han proliferado a lo largo y a lo ancho de nuestro país con fuertes recursos económicos, como lo hemos venido observando, provenientes de otras filiales, circunstancias que hacen imperioso que este delito se eleve al rango federal.

Líneas arriba transcribí el artículo 12 de la precisada Ley, haciendo notar que si al Representante Social Federal, le resultaban insuficientes los plazos que establecía el artículo 16 de la Constitución (48 y 96 horas), podía solicitar al juez el arraigo del imputado, siempre y cuando tomara en cuenta las características del hecho que se atribuye y las circunstancias personales del indiciado, estableciendo en la misma solicitud el lugar, forma y medios de realización sobre la medida cautelar, advirtiéndose que no se condiciona el arraigo al previo ejercicio de la acción penal, precisamente porque se desea contar con el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación, pudiendo incluso ser menor de 90 días.

²³ IBÍDEM. p. 115.

Lo cierto es que estamos en presencia de individuos de alta peligrosidad, con una serie de tentáculos infiltrados en una gama de actividades, sectores y personas; el análisis de todo esto es complejo y dificulta la investigación para que ponga de manifiesto su naturaleza delictiva; por tales motivos se habla de un término razonable.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales faculta, y al mismo tiempo, obliga al Agente del Ministerio Público, para que, al ejercitar la acción penal cuya potestad es propia y exclusiva de él, lo haga pero acreditando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado. Dicho artículo establece, que por cuerpo del delito debe entenderse: “El conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”. Y establece sobre la presunta responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad. El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Por su parte, el artículo 180 del referido Código Procesal establece que, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.

La delincuencia organizada ha tenido una mutación, ya que antes se dedicaba al narcotráfico y por motivos de pugnas internas se ve impedida para continuarlo o bien porque bandas enteras han sido desmanteladas por la autoridades, encontrando tales organizaciones en el secuestro una actividad considerada por ellos mismos de poco riesgo que genera grandes ganancias, de igual manera pequeñas bandas

dedicadas al abigeato, han cambiado de actividad para dedicarse a la privación de la libertad personal dentro del medio rural.

Los secuestradores no afectan únicamente a los grandes empresarios, a personas con enorme capacidad económica o a miembros de sus familias, lo que se ha reflejado en que se fije en personas más humildes teniendo como resultado que el monto a obtener por la liberación de la persona privada de su libertad sea menor. Personas pertenecientes a la clase media o baja han sido víctimas de este tipo de delito, por quienes han solicitado cantidades irrisorias para su liberación; a la larga lista de empresarios o hijos de éstos, estudiantes, ganaderos, periodistas, legisladores, sacerdotes, narcotraficantes, funcionarios, se agreguen campesinos, burócratas y maestros, quienes también han sufrido las consecuencias de los secuestradores.

De tal manera que el ciudadano común que no tiene ninguna razón para creer que constituye un blanco para ser privado de su libertad, puede verse elegido entre otras posibles víctimas, para el logro de los fines, ya sean políticos o, lo que es más frecuente en nuestro país para la obtención de un rescate.

La privación de la libertad personal, al igual que cualquier otro delito, no son acontecimientos esporádicos, formando parte del comportamiento humano a través de la historia. Algunos filósofos consideran que el hombre es esencialmente bueno y que, dotado de oportunidades, se desarrolla como en una buena persona, de tal manera que la libertad es esencial como medio del desarrollo integral del hombre. Otros conciben que el hombre es esencialmente malo y creen que debe ser controlado para su propia protección y la existencia de una sociedad ordenada, la libertad traerá las debilidades básicas, el egoísmo y ambiciones inherentes en el hombre, quien por ende debe ser disciplinado y controlado de sus instintos.

A ciencia cierta sabemos que el secuestro, es cometido por individuos a quienes les importa muy poco la vida de otro, teniendo tan poco respeto al sistema legal y

normativo de la sociedad en la que se desenvuelven y su objetivo los lleva a vejaciones, que pueden terminar inclusive con la vida de la víctima.

Mientras que la sociedad tenga individuos así y las condiciones de impunidad-corrupción no cambie, los secuestradores continuarán, sin importar la efectividad del gobierno en combatir y controlar este tipo de conducta ilícita, en tanto que existan ciudadanos dispuestos a violar la ley, y la sociedad y sus autoridades no lleven a cabo los cambios estructurales y fundamentales, la competencia de antemano está ganada por la delincuencia.

En los últimos seis meses del año 2001, en la Ciudad de México fueron secuestrados más de cien ejecutivos de empresas, con demandas cada vez más cuantiosas que sobrepasan los dos millones de dólares, de lo que se entiende que la situación está relacionada con impunidad y corrupción considerando que la policía mexicana se ha visto involucrada en varios secuestros de sus propios ciudadanos y extranjeros, por lo que los ciudadanos empiezan a ver con ojos llenos de miedo a sus conciudadanos, al igual que a las autoridades.

El 7 de noviembre del año 2008 la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada cumplió apenas doce años de haber iniciado su vigencia; esto significa que estamos en presencia de un cuerpo normativo relativamente reciente, novedoso, susceptible de enmiendas o variaciones, con el propósito de brindar el alcance deseado; sin embargo, con positivo juicio crítico, son más los beneficios aportados que sus errores de concepción, son más las bondades ofrecidas que la propensión al yerro jurídico; pese a ello y, si en realidad quisiéramos una Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada perfecta, excelsa o puntual en todas las vertientes de su azaroso camino, el éxito en la prevención, persecución y erradicación del crimen organizado jamás dependería de la multicitada Ley sino de los encargados de su exacta aplicación, ya que, desafortunadamente, desde mucho tiempo atrás éstos hicieron de los recintos de la procuración y administración de justicia un verdadero mercado.

CAPÍTULO II. MARCO CONCEPTUAL

2.1. Privación de la libertad

2.1.1. En general

La palabra privación deriva en términos generales del latín, *privatio,- onis*, de la cual se le puede dar los siguientes significados;

- “Acción de despojar, impedir o privar,
- Carencia o falta de algo en alguien capaz de tenerlo,
- Pena con que se desposee a alguien del empleo, derecho o dignidad que tiene, por un delito que a cometido,
- Ausencia del bien que se apetece y desea y,
- Renuncia voluntaria a algo.”²⁴

De tal manera proveniente del latín el vocablo *libertas*;

Desde la definición más simple tenemos; Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar. Estado o condición del que no es esclavo. Estado del que no está preso. Facultad de hacer y decir cuánto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres.²⁵

Estado de aquel que, tanto si obra bien como si obra mal, se decide tras una reflexión, con conocimiento de causa. Es el hombre que sabe lo que quiere y por qué lo quiere, y que no obra más que en conformidad con las razones que aprueba.²⁶

Tomás de Aquino distingue entre libertad de toda violencia exterior y libertad frente a la necesidad interna; que es la que constituye en exclusiva la esencia de la libertad humana.

²⁴ Diccionario de la Real Academia Española, 22º edición, Editorial Espasa, T. 8, España, p.1245.

²⁵ CORETH, Emerich. ***Qué es el Hombre.*** Esquema de una Antropología Filosófica, S/edición, Editorial Herder, España, 1982, p. 68.

²⁶ FERMOSO, Paciano. ***Teoría de la Educación.*** 4ª edición, Editorial Ceac, España, 1982, p. 87.

"Spinoza entiende como "libre lo que existe únicamente por necesidad de su naturaleza y sólo por ella se determina a la acción, necesario, o por mejor decir, obligado; es algo que está determinado de una manera segura y precisa por otra cosa para ser y actuar".²⁷

Así, conocer si somos libres o no, o mejor dicho, conocer si podemos ser libres o no, creo que es lo menos que como individuos pensantes podemos hacer. Saber si lo que hemos realizado desde que usamos la razón o lo que tenemos planeado realizar como proyecto de vida, fue o será producto del ejercicio de nuestra libertad o tristemente resultado del movimiento de los hilos que Dios, el destino, la naturaleza o como suela llamársele haga de nuestra vida marioneta. He aquí la importancia de saber si existe la libertad.

Sobre la libertad se ha dicho y se seguirá diciendo mucho. Se argumenta, por ejemplo, en algunas concepciones, que siendo el hombre libre no lo es del todo pues tiene toda actividad regulada por pautas de conducta que le dicen lo que debe y lo que no debe hacer. A estas se suma la contradicción que sostiene que aun teniendo la conducta regulada por normas existe la disyuntiva de lo que el individuo decide o no decide hacer, otorgándole otra acepción a la palabra libertad, libre albedrío.

El Jurista Guillermo Cabanellas al respecto, dice:... facultad humana de dirigir el pensamiento o la conducta según los dictados de la propia razón y de la voluntad del individuo, sin determinismo superior ni sujeción a influencia del prójimo o del mundo exterior, a lo que podemos agregar que, siendo así, el ser humano es libre independientemente de la existencia de las normas que rigen su conducta y de las sanciones que, como resultado de la priorización optada, se deriven.

Pero este hecho tiene un antecedente nacido de una relación de dependencia, si nos remontamos a los tiempos primeros de la existencia del hombre, como dice :

²⁷ IBÍDEM. p. 95.

el Maestro Petit Eugene“la única posibilidad que tuvo el animal humano para subsistir dependió de la formación de grupos (clanes, tribus, gangs). Lo que explica un rasgo del hombre tan antiguo como su existencia: su sociabilidad.”²⁸

Si a esto le sumamos lo venido después, desde las viejas Concepciones Estatales, Platónicas como Aristotélicas, Rousseau y su Social Contract, el nacimiento del Constitucionalismo, Montesquieu y la Teoría de la Separación de Poderes y el reconocimiento de los Derecho Fundamentales de las Personas, concluiremos inobjetablemente que la libertad forma parte de la evolución del hombre y que ha sido tema de discusión y polémica durante toda nuestra existencia y que además se denota una gran dependencia, o necesidad, del hombre a vivir con otros en sociedad para facilitar la respuesta a sus necesidades. Siendo así y dando cuenta que al fin el hombre es libre y que en medio de tanta libertad depende de otros para poder aplacar su necesidad de bienes que le aseguren la subsistencia; la misma relación de dependencia, ¿no constriñe la libertad?.

A continuación enfocare el tema según algunos autores.

Volviendo al Jurista Guillermo Cabanellas define a la libertad en una forma genérica como, la Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo cual es responsable de sus actos, sin embargo este mismo autor asigna, en el campo jurídico, la siguiente sentencia: Entendida la libertad como autonomía individual, absoluta en el pensamiento, y mayor o menor según las relaciones surgidas de la convivencia social, ha movido a definiciones de juristas y legisladores. Envuelta en la anonimia, pero aureolada por notable perspicias jurídica, los romanos decían: *Libertas “est potestas faciendi id quod Jure licet* (La libertad es la facultad de hacer lo que el derecho permite).²⁹

²⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. ***Introducción al Proceso Civil***. S/edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, p. 83.

²⁹ PETIT, Eugene. ***Tratado Elemental de Derecho Romano***. S/edición, Editorial Porrúa, México, p. 25.

Justiniano transcribió en el Digesto el concepto y las palabras similares de Florentino: la libertad es la facultad de hacer cada uno lo que le plazca, salvo impedírsele la fuerza o el derecho.

Aun encadenada así en algo la libertad, su valor es tan grande que Gayo la consideraba como el mayor de los bienes: "*Libertas omnibus rebus favorabilior est*" (La libertad es la más preciada de las cosas). Y tan elevado es su precio que, ratificando a su colega Ulpiano, exclamaba: "*Libertas pecunia lui non potest*"³⁰ (la libertad no se puede pagar con dinero).

Los piratas sarracenos, con los cristianos medievales y los guerrilleros morunos con los prisioneros de guerra del siglo XX, demostrarían que aquel insigne jurista no siempre estaba en lo cierto.

Paulo, a su vez, expresaba: "*Libertas ad tempus dari non potest*" (La libertad no se puede conceder temporalmente).³¹

Porque esa amenaza de retornar a la esclavitud amarga, como simple condena a la libertad, la transitoria liberación. No obstante, en la realidad procesal y como atenuación penitenciaria, se conoce esa libertad revocable o en cuotas que representan instituciones como la libertad provisional de los procesados y la libertad condicional de los condenados de ejemplar comportamiento ulterior.

Las Partidas, inspiradas en el Digesto, caracterizaban la libertad cual poderío que a todo hombre naturalmente de hacer lo que quisiese, sólo que fuerza o derecho de ley o de fuero se lo embargue.

En Francia, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la libertad se consagra como Derecho Fundamental en el artículo 2º y se define en el

³⁰ IBÍDEM. p.p. 36 y 37.

³¹ IBÍDEM. p. 45.

4° en estos términos: "La facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro."³²

Como conducta personal, la libertad se entiende en el sentido más amplio y a la vez ingenuo. En el Anarquismo Puro, como aquella potestad de hacer lo que se quiere, imposible por carecer de omnipotencia y por el respeto que infunden los demás en su individualidad y en su conjunto. Con sentido más moral, la libertad se circunscribe a hacer cuanto no daña a otro, con la imprecisión consiguiente al daño y a la autoridad para apreciarlo. En aspecto más jurídico, la libertad consiste en el derecho de hacer cuanto las leyes permiten y todo lo que no prohíben.

Desaparecida la esclavitud, al menos en sus formas más groseras, la libertad personal está garantizada en el orden civil, y es irrenunciable e inalienable. No sucedía así en el Derecho Romano, donde dada la extensión de las facultades individuales, el mayor de 20 años podía vender su propia libertad y transformarse en esclavo, condición digna de la persona libre de tal suicidio moral.

El jurista Joaquín Escriche, partícipe del entusiasmo que la libertad suscitaba en todos sus aspectos y más en la España del siglo XIX, luego de su calvario constitucional y de la primera de las guerras civiles ganada bajo su signo, declara que la libertad, en su sentido natural y verdadero, es la facultad que tiene el hombre de obrar o de no obrar en todo, como crea convenirle. Por eso toda la ley le es contraria, por que toda la ley le ataca y disminuye. Pero no llega a una conclusión anarquista, como buen jurista.

Por eso agrega que la ley quita una parte de nuestra libertad asegura la porción que queda, concediéndonos los derechos de seguridad personal, de protección para el honor y de prosperidad; de modo que el sacrificio que hacemos para adquirir tan preciosos bienes es mucho más pequeño que la adquisición. La libertad, pues, de los ciudadanos, será mayor o menor según la mayor o menor

³²www.aidh.org Fecha de consulta 030809.

gravedad de los obstáculos que la ley oponga a sus acciones o actos; y tales pueden ser las leyes de un estado que absorban casi enteramente la libertad de los individuos que lo componen.

La libertad, por la que se luchaba empeñosamente en Europa en el curso del siglo XIX, se ha convertido en el siglo XX en divisa de carácter internacional. Con el lema de la "Libertad de los Pueblos" hicieron los luego vencedores de la primera Guerra Mundial; pero a ello siguió una ola de dictaduras en Europa, como nunca se había conocido desde el destruido Absolutismo Real. Por la aspiración de la "Libertad del Individuo", oprimido en los sistemas totalitarios, se anunció que se batallaría en la Segunda contienda universal; y también los triunfadores a tanta distancia ya de su victoria tienen mucho que cumplir.

El ansia de libertad, inextinguible en los individuos y en los pueblos por larga que la opresión se muestre e insaciable por mayor tolerancia que se logre o consienta, se manifiesta en la vida de los países Coloniales como sentimiento de emancipación e independencia.

Libertad en lo religioso, moral y ético.

Hay tantas respuestas de libertad como hombres en el mundo. Para unos libertad significa la ausencia de ataduras humanas; otros encuentran la libertad en la democracia; para muchos, la libertad es poder decir y hacer lo que mejor les parece; para otros es no estar esclavizado.

Según el Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española: "la libertad es la facultad que tiene el ser humano de obrar o no obrar según su inteligencia y antojo; es el estado o condición del que no está prisionero o sujeto a otro; es la falta de coacción y subordinación; es la facultad que se disfruta en las naciones

bien gobernadas, de hacer y decir cuánto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres".³³

En fin, de libertad encontraremos infinidad de acepciones y conceptos; pero para enfocarnos en los aspectos más resaltantes de éste significado tendríamos que penetrar en los puntos de vista histórico, religioso y ético.

Desde el punto de vista histórico.

Al igual que toda especie viviente procede por evolución de toda una cadena de especies sin que se produzcan nunca saltos espectaculares, así también toda conducta humana procede por evolución de toda una cadena continua de conductas anteriores, sin saltos espectaculares (y si los hay es preciso buscar los eslabones perdidos en vez de diseñar modernas mitologías). De lo cual es preciso inferir que lo que hoy denominamos **LIBERTAD** procede por evolución de la **ESCLAVITUD**, es decir que la realidad que hoy llamamos libertad es una forma evolucionada de una realidad antigua, ya extinguida, que denominamos esclavitud.

Para muchos la libertad es el contrario de esclavitud (y no a la inversa). De manera que si no hubiese existido la esclavitud, ni siquiera se hubiera percibido ni definido la libertad, de la misma manera que si no hubiese oscuridad, nunca habiéramos percibido y definido la luz, tan esquiva por lo demás a ser definida.

Esclava es la persona que no es dueña de sí misma, sino que es propiedad de otra persona, física o jurídicamente. Por consiguiente, libre sería la persona sobre la cual nadie ejerce derecho de dominio, es decir de amo.

³³ Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española. Editorial Roamn Sopena S.A. T. II, Barcelona, p. 2064.

Y la primera duda que nos asalta es si no existe la barrera natural, el límite (finis) de la libertad: ¿qué es la esclavitud? ¿Cómo podemos definir esa realidad? Al no tener límites se nos convierte en indefinible, es decir en infinita, con lo cual a cualquier cosa se le llama libertad.

Ahora bien, encontramos también que desde la perspectiva religiosa.

La libertad es simplemente la verdad de Jesús. Para los religiosos, él es el modelo y el ejemplo de lo que realmente significa ser libre. Sobre todo, Jesús estaba libre del pecado. Su vida entera era una expresión perfecta de la justicia de Dios en todos los sentidos. Este hecho es tan conocido que no es necesario entrar en más detalles. También estaba libre de Satanás y de los poderes de las tinieblas. La libertad que disfrutaba Jesús es la libertad que ofrece a todos aquellos quienes creen en él.

La libertad es Cristo, porque él vino a romper las cadenas con que nos tenía atados Satanás. Cristo vino a dar la libertad a los presos que estaban encadenados a sus delitos y pecados. La libertad en Cristo no compara con ninguna otra cosa a que pueda aspirar el ser humano. Todo lo que tenemos que hacer es escuchar su voz, aceptar su invitación, y obedecer su palabra. Conocer la verdad no es suficiente para alcanzar la libertad. Sin la obediencia al Evangelio, nadie tiene libertad completa.

La libertad necesita de la verdad. La libertad requiere del entendimiento (facultad que busca la verdad) y de la voluntad (facultad que busca el bien). Usando ambas el hombre puede determinar dónde está el bien verdadero y escogerlo. La libertad puede aumentar en el sentido de adquirir mayor facilidad de conocer y escoger el bien. Mejoraré a base de realizar buenas elecciones, pues se crea el hábito de optar por el bien.

La libertad disminuye con los pecados, pues los vicios dificultan elegir bien. El que peca es esclavo del pecado. Por ejemplo, la persona que se deja vencer por la pereza cada vez se vuelve más perezosa y le cuesta escoger bien en asuntos que supongan esfuerzo. Los que ayudan a ser libres son los que difunden la verdad, y ayudan a escoger el bien. Por ejemplo, quien invita a un amigo a drogarse le dificulta la libertad atándole a ese defecto; en cambio, quien anima a trabajar, rezar o comportarse bien facilita el buen ejercicio de la libertad.

Quien hace el mal adquiere un vicio y si ejerce un acto bueno adquiere una virtud. Según los grandes socráticos, es imposible que un hombre ejerza un acto libre sin que en su misma índole de hombre adquiriera una profunda reconfiguración intrínseca. La vida humana está entrelazada de multitud de actos, pero no es indiferente actuar bien o mal, porque cada acto tiene consecuencias externas, pero también y sobre todo consecuencias internas.

Los vicios nos encadenan, las virtudes contribuyen a hacernos más libres. La libertad es un valor que a menudo está oscurecido. A veces se escucha ¡déjame hacer mi vida! Aquí está la oportunidad para hacerlo. ¿Por qué? Primero, porque en el paso al acto el ser humano no puede ser sustituido. El hombre está en sus propias manos, dice la Antropología Clásica; nadie puede sustituir su iniciativa. Este hallazgo clásico lleva a formular la libertad como Causa Sibi, ser causa en orden a actos, ser causa para sí en orden a actos: desarrollarse, actualizar sus facultades corre a cargo de cada cual.

Los actos virtuosos los ejercitamos desde la libertad y sólo así podemos progresar en esa libertad. Por eso, la gran tradición clásica hasta Santo Tomás de Aquino, sostiene que el invaluable don de la libertad radica en controlar la propia conducta, es ser Causa Sibi. La libertad ante todo es el autodomínio. Es dueño de sí el que tiene virtudes y no es dueño de sí el que no las tiene porque tiene vicios.

Por eso, la alternativa ética es ontológica, afecta al ser mismo del hombre: uno se hace bueno o se hace malo. ¿Cómo se hace bueno o se hace malo? A través de sus actos, por esto es por lo que son importantes puesto que el origen de la moralidad está en los actos y éstos se determinan por sus objetos.

Libertad no es hacer lo que nos da la gana eso es el libertinaje, corrupción de la libertad sino hacer lo que hay que hacer, es decir, realizar las cosas según el querer de Dios no forzosa o necesariamente sino libremente, porque nos da la gana de hacerlo.

La mayor libertad se da en el cielo donde la inteligencia y voluntad alcanzan su mayor perfección, descubren con toda facilidad dónde está el bien verdadero y eligen siempre con acierto.

Libertad De Expresión.

Libertad de Expresión es la libertad de expresar pensamientos, ideas o creencias a través de la palabra (escrita u oral), la expresión artística, científica, etc. Por supuesto que esta libertad tiene sus límites lógicos. Uno de esos límites es el derecho al honor. Otro es el respeto a los sentimientos religiosos de la persona. Por otro lado, no habría que olvidar tampoco, que el Derecho a la Libertad de Expresión es también un derecho importante en una sociedad democrática.

Considerado lo anterior, surge ahora una reflexión interesante: si el Derecho es capaz de establecer unas pautas éticas tan elevadas cuando regula la libertad de expresión y el derecho al honor, ¿debería ser inferior la norma para los que se rigen además por principios cristianos? Si se acepta que el espíritu de las enseñanzas de Jesucristo es mucho más excelso que las simples leyes humanas, ¿habría alguna justificación para que alguien usara el "lenguaje del odio" o la "vejación gratuita"? No parece que debiera ser así, sobre todo si se tiene en cuenta el espíritu de las admoniciones apostólicas:

Es triste reconocer que en mucho de lo que se publica, incluido internet, aparecen expresiones no sólo de crítica o de cuestionamiento de doctrinas religiosas, sino también de "lenguaje del odio" o "vejación gratuita" cuando se denuncia a los Testigos de Jehová o a otras confesiones. Se olvida muy a menudo que la inmensa mayoría de las personas que los componen son personas de fe que desean hacer la voluntad de Dios y vivir vidas pacíficas.

Pero en otras ocasiones ocurre que son los mismos dirigentes religiosos de algunas confesiones religiosas los que inculcan en sus seguidores el desprecio a otros. Un ejemplo ilustrativo es el de los Testigos de Jehová. Sus dirigentes quizá podrían reflexionar en si es ético, desde el punto de vista del espíritu de las enseñanzas de Jesús, usar un "lenguaje del odio" o de "vejación gratuita" para con los que ya no están entre sus filas o a los que con todo desprecio llaman una y otra vez en sus publicaciones "apóstatas". Manipular incluso las Escrituras para inculcar odio y decir lo que en realidad éstas no dicen, puede verse en este ejemplo, según se publicó en La Atalaya 1 de octubre de 1993: que los apóstatas están entre los que odian a Jehová y se sublevan contra él. La apostasía entonces en realidad, una rebelión contra Jehová.

El tema es extremadamente sutil, pues el campo de la religión puede ser muy sinuoso y se escapa muchas veces al Derecho Positivo. La falta de ética por parte de los que permiten y enseñan esa política de "aborrecimiento" sólo recuerda al mismísimo Espíritu de la Inquisición que despreciaba absolutamente todos los derechos y libertades de la persona humana.

De modo que, ¿quién tiene derecho de usar su libertad de expresión para "odiar", "vejar" o "mancillar" a otros? Puede tratarse de los ataques desmesurados o llenos de odio de personas particulares contra alguna confesión religiosa, o al revés, que sea una confesión religiosa la que a través de la propaganda de sus líderes mancille o veje el honor y buen nombre de personas. Pero según lo considerado hasta ahora, habría que llegar a la conclusión de que ninguna ley, jurídica o moral,

podría justificar semejante conducta. Al fin y al cabo, ¿no es Dios el Padre de todos y el verdadero Juez de toda la tierra?.

¿Existen clases de libertad?

De acuerdo a Ortega y Gasset, el hombre se encuentra inmerso en el mundo y actúa en diferentes planos: en el plano material o mundo de la naturaleza, y en el espiritual o mundo de la cultura.

El mundo de la naturaleza es el mundo de la necesidad, pues está regido por la Ley de Causalidad, mediante la cual de un modo ineluctable a todo efecto corresponde una causa. En cambio, el mundo de la cultura es el mundo de la libertad, porque dicho mundo es creado por acciones humanas que son realizadas por el hombre no casualmente, sino obedeciendo a un principio teológico finalista.

Siendo así, la libertad tiene un concepto amplísimo ya que puede referirse a las cosas del mundo de la naturaleza o bien a la del mundo de la cultura. Según el Arqueólogo Soler si algún concepto hay cuyos atributos sean infinitos, inagotables, ese concepto es el de libertad.

La libertad absoluta no existe pues aún los cuerpos en el espacio se hayan sometido a las leyes de la gravedad universal de Newton o a las del campo unificado de Einstein. En el mundo de la cultura tampoco existe la libertad absoluta, por cuanto ella debe detenerse ante la esfera de la libertad de los otros hombres con quienes convivimos.

De allí que la libertad sea una entidad relativa y podríamos conceptuarla como la no sujeción a algo. Pero esta concepción, vaga y generalizada, debe delimitarse; así decimos: libertad física, o sea no sujeción a algo material; libertad biológica, o sea vida independiente de otros organismos; libertad política, o sea gobierno propio que es independencia con respecto a lo externo y posibilidad de elegir

gobernantes o de ser elegido en lo interno; libertades públicas; libertades civiles; libertades económicas; etc.

En el mundo de la cultura, la libertad puede ser individual o colectiva. La libertad colectiva consiste en la independencia con respecto a otros Estados. La libertad individual puede ser pública o privada, o sea libertad política y libertad civil, dentro de la vieja denominación de Aristóteles.

Así tendremos que una aproximación al concepto de libertad nos la hace mostrar como un derecho, como un derecho imprescindible e inalienable de la persona humana, ínsito a ella y por ende perteneciente indisolublemente a su naturaleza.

Esto nos conduce a la concepción de la libertad como un Derecho Natural, un Derecho Natural fundamental y primordial. De acuerdo a la Enciclopedia Jurídica Omeba, tendremos que Libertad en el sentido de la Filosofía del Espíritu, "es el estado existencial del hombre en el cual éste es dueño de sus actos y puede auto determinarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior. Oponerse así este concepto al de determinismo causal que, en la medida en que implica forzosidad, es y constituye una limitación a la posibilidad de obrar."³⁴

Lo que indica esta definición es que se debe entender por acto libre aquel que se ejecuta con dominio y propiedad en la decisión; esto es, con pleno conocimiento y facultad para realizar otro distinto o, cuando menos, para omitirlo. La existencia de la libertad es un hecho de experiencia inmediata y universal en la vida humana; un hecho que es, a la vez, el de la coexistencia social del hombre. Y si la coexistencia social implica la vigencia de uno o más sistemas normativos, resulta que el hombre es libre en tanto posee una inteligencia capaz de comprender el sentido normativo de sus actos y una voluntad capaz de decidir la realización de éstos.

³⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Driskill, T. 18, Sarandí Buenos Aires, p. 605.

La libertad humana opera así, tanto en la esfera de la razón como en la de la voluntad. De ahí que todo ejercicio de aquélla signifique una volición no ciega ni absoluta ni instintiva, sino racional. Y de ahí también que el grado de libertad interior depende proporcionalmente del conocimiento del sentido de una acción. Sobre todo lo anteriormente dicho, podríamos decir que la libertad es un derecho que otorga el Estado al individuo y no es una norma jurídica sino que es el poder del individuo de realizarse a sí mismo, de resistir a la opresión del Estado y las Leyes, a la esclavitud de las cosas, a fin de desarrollar su íntima personalidad y erigirse en el creador de su propio destino.

La Libertad y Persona.

Es difícil aceptar la libertad pues tenemos muchos y grandes condicionamientos, obstáculos, impedimentos. Además, como la libertad no es objetivable, no la podemos demostrar. El hombre no sólo es, sino que también se hace; es fruto de sí mismo, de su libertad, de sus opciones libres. Es hombre en búsqueda de verdad. Pero además, jerarquiza y realiza los valores según su proyecto personal de vida.

Es por ello que la sociedad y la comunidad deben dar al niño que nace, las condiciones para que encuentre lo necesario para realizarse como persona en vistas a una integral realización.

Para la Antropología, el hombre además de individuo es persona, es sujeto, es uno, es único. El hombre se manifiesta, se revela como persona en su relación con los otros. Es un Yo en relación con un Tú. Existe en el mundo con los demás para realizarse personal y comunitariamente.

Su perfeccionamiento como persona se realiza en relación con el otro. El hombre es un ser responsable de otro. Esto supone responder a la llamada del otro, de

otra persona que exige tu atención, respeto y poder vivir en plenitud. Todo esto implica responsabilidad.

La Libertad Y Sus Límites.

Como es lógico, el reconocimiento de una libertad ilimitada haría imposible la convivencia humana, por lo que son necesarias e inevitables las restricciones a la libertad individual. La libertad se define como el derecho de la persona a actuar sin restricciones siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otras personas.

La naturaleza y extensión de las restricciones a la libertad, así como los medios para procurarlas, han creado importantes problemas a los filósofos y juristas de todos los tiempos. Casi todas las soluciones han pasado por el reconocimiento tradicional de la necesidad de que exista un gobierno, en cuanto grupo de personas investidas de autoridad para imponer las restricciones que se consideren necesarias. Más reciente es la tendencia que ha subrayado la conveniencia de definir legalmente la naturaleza de las limitaciones y su extensión.

El anarquismo representa la excepción a todo esto, al considerar que los gobiernos son perversos por su propia naturaleza, y sostener que es preferible su sustitución por una sociedad ideal donde cada individuo observe los elementales principios éticos.

El equilibrio perfecto entre el derecho del individuo a actuar sin interferencias ajenas y la necesidad de la comunidad a restringir la libertad ha sido buscado en todas las épocas, sin que se haya logrado alcanzar una solución ideal al problema. Las restricciones son en no pocas ocasiones opresivas. La historia demuestra que las sociedades han conocido situaciones de anarquía junto a periodos de despotismo en los que la libertad era algo inexistente o reservado a grupos privilegiados.

Desde estas situaciones hasta su evolución hacia los estados de libertad individual cristalizados en los gobiernos democráticos, conocidos en algunos círculos como la menos mala de las soluciones respecto a ese deseo natural del hombre por ser libre.

El Derecho De Ser Libre.

Existe un marco legal donde se encuentra la libertad. Es decir, la libertad está encerrada dentro de la ley, aparentemente. Este marco comienza con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La ley toma a la libertad como un derecho que esta otorga. Lo correcto sería decir que la libertad permite que existan los derechos de la ley. La libertad es una facultad natural de la humanidad. Contamos con ella desde nuestro nacimiento.

El problema es que debido a nuestra dependencia, también natural, hacia nuestros padres nos es imposible practicar esta facultad. Con el tiempo se nos trata de enseñar lo que es libertad, cuando nosotros ya la poseemos. Está escrita en nuestro cuerpo. Es la educación que se nos da; la que nos dice qué es nuestra libertad o, más correctamente, cómo vivirla. Necesitamos entonces una educación liberal para poder conocerla a fondo.

El reconocimiento Constitucionales del conjunto de derechos y libertades propios del ser humano, resultarían insuficientes si no existieran instrumentos adecuados para una rápida y eficaz tutela que permita el control, unificación y sanción de sus violaciones, sin los cuales serían superficiales los esfuerzos encaminados a lograr un clima de respeto y seguridad de estos Derechos Humanos.

El Constitucionalismo Moderno se ha caracterizado por tener un objetivo fundamental: el reconocimiento y la protección de la vida y la libertad de los ciudadanos. Las Constituciones que son verdaderamente tales, se caracterizan

por establecer un sistema jurídico y político que garantiza la libertad de los ciudadanos, y esto supone, por consiguiente, algo más que una mera racionalización de los centros de poder.

Siguiendo esta línea, las Constituciones han configurado un ordenamiento cuya pretensión máxima es la garantía de la libertad de los ciudadanos, y ello, hasta el punto que la libertad queda instituida, por obra de la propia Constitución, como un valor superior del ordenamiento jurídico. De ahí que los textos Constitucionales y sus leyes complementarias, deben regular con meticulosidad los derechos fundamentales, articulando técnicas jurídicas que posibiliten la eficaz salvaguarda de dichos derechos, tanto frente a los particulares, como frente a los poderes públicos.

Una de estas técnicas de protección de los Derechos del Hombre, específicamente del derecho a la libertad personal, es la institución del Habeas Corpus. Se trata de un instituto que cuenta con una antiquísima tradición y se ha evidenciado como un sistema particularmente idóneo para resguardar la libertad personal frente a la eventual arbitrariedad de arrestos y detenciones arbitrarias.

Se basa en la obligación de presentar ante el juez, a todo detenido en el plazo de 24 horas, el cual podría ordenar la libertad inmediata del detenido si no encontraba motivo suficiente de arresto. También puede decirse que la tutela los derechos fundamentales derivados de la vida y la libertad frente a cualquier acto u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona, que pueda vulnerar dichos derechos.

Nociones sobre el Derecho a la Libertad.

La Filosofía de la Libertad

Al término libertad podríamos caracterizarlo como uno de los más ambiguos en el social, político y jurídico, es un vocablo que lleva implícito varias definiciones o

significados que permiten que podamos usarlo indistintamente para los fines más variados. Es por eso que dar una definición lo más general y abarcadora posible de la libertad, ha resultado ser una de las tareas más difíciles para los estudiosos de las ciencias sociales.

No obstante la mayoría de las definiciones han coincidido en considerarla como una facultad o capacidad que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, o sencillamente no obrar, esta facultad nace del poder de que se halle revestido naturalmente el hombre para emplear sus facultades en la ejecución de aquello que le parezca más conveniente.³⁵

Por tanto la libertad debe entenderse como ausencia de coacciones o trabas externas que impidan el desarrollo integral de la persona. Acto libre sería entonces aquel que se ejecuta con dominio, esto es, con facultad para realizar otro distinto o contrario, o cuanto menos para omitirlo.

La libertad caracteriza los actos propiamente humanos, y hace al hombre responsable de sus actos en la medida en que ellos son voluntarios. Spinoza entiende como libre lo que existe únicamente por necesidad de su naturaleza y sólo por ella se determina a la acción, necesario, o por mejor decir, obligado; es algo que está determinado de una manera segura y precisa por otra cosa para ser y actuar.

Desde el materialismo filosófico la libertad no puede ser entendida al margen del determinismo casual. La concepción casual de la libertad la ve no como la posibilidad de realizar "actos sin causa", sino como la posibilidad de atribuir a la persona misma la causalidad del acto libre, constituido en un circuito procesual. Esta idea es la que se expresa, de un modo metafísico (por cuanto trata a la persona como si fuera sustancia ya constituida) en las fórmulas: la libertad es la facultad de hacer lo que se es, es libre quien puede cumplir el principio: sé quien

³⁵ SAGUES, Néstor. ***Habeas Corpus***. 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 59.

eres. Sólo podremos considerar libres aquellos actos de los cuales podemos considerarnos causa (o nos hacemos responsables), para lo cual será imprescindible que hayan sido proyectados (planeados o programados) como episodios de un proceso global, en una prolepsis cuyos componentes han de ser dados por anamnesis previamente. Desde este punto de vista no cabe hablar de libertad cuando desconozco las consecuencias de mi elección.

Todo esto implica que la libertad no sólo deba entenderse en un sentido individual, sino además como un asunto social y hasta político. Las concepciones filosóficas abstractas de la personalidad, dentro de la cual sitúan a la libertad como un elemento inherente a su naturaleza, han tenido repercusiones en la vida social. La realidad deontológica de la libertad tiende siempre a convertirse en realidad ontológica. El hombre, considerado abstractamente como persona, está dotado de la potestad libertaria, por lo que dentro de la convivencia humana, dentro del conglomerado social, en las múltiples relaciones que surgen entre los miembros de éste, la libertad como factor abstracto deontológico del hombre ha pugnado por transmutarse en algo real.

Por tanto la libertad, en su nivel más elevado emerge cuando la persona, sujeto de derechos inviolables, es reconocida como tal. Los derechos del otro se convierten así en deberes del sujeto y recíprocamente: los derechos del sujeto constituyen deberes para el otro. En esta situación la libertad, como simple libre albedrío, se convierte en responsabilidad. Esto implica que la libertad debe constituirse como el estado en que se está falto de sujeción y subordinación, pero dicha libertad podrá estar limitada por la normativa social de los hombres, en virtud de la mencionada responsabilidad. En consecuencia no podemos ser privados de nuestra libertad, excepto en los casos y según las formas determinadas por la ley.

La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan, y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder. Y señalaba que en una sociedad que tiene leyes, la

libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no debe quererse.

El Sentido Jurídico de la Libertad.

Como afirmaba en el epígrafe anterior, la libertad es susceptible de varias definiciones, así podemos hablar de libertad de pensamiento, de culto, del espíritu, de conciencia, etc. En estos momentos me interesa referirme a la libertad de tipo personal y específicamente en el sentido jurídico.

La libertad individual, como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió en un derecho cuando el Estado se obligó a respetarla. Ya dicho factor no tenía una mera existencia deontológica, sino que se tradujo en el contenido mismo de una relación jurídica entre la entidad política y sus autoridades por un lado, y los gobernados o ciudadanos por el otro.

Esta relación de derecho, que surgió cuando el Estado, por medio de sus órganos autoritarios, decidió respetar una esfera libertaria a favor del individuo como consecuencia de un imperativo filosófico, creó para los sujetos de la misma un derecho y una obligación correlativa. Un derecho para el gobernado como potestad o facultad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto, la observancia del poder libertario individual, concebido en los términos a los que aludíamos anteriormente. Una obligación para la entidad política y sus órganos autoritarios, consistente en acatar, pasivamente o activamente ese respeto. Es entonces cuando la libertad humana se concibe como el contenido de un derecho subjetivo cuyo titular es el gobernado, así como de una obligación estatal correlativa.

Jurídicamente la libertad es un derecho natural e imprescriptible del hombre que en consecuencia, debe ser considerada como una facultad que afecta a todos sin excepción. Para brindar una primera definición jurídica podríamos partir de lo

expuesto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, de 1789, en donde se dice que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Es decir, que el goce de este derecho debe estar limitado exclusivamente en razón de asegurar a los demás el mismo derecho, y como, en una sociedad democrática, tal limitación no puede hacerse sino mediante ley, habría que concluir afirmando que la libertad es el derecho de hacer todo lo que no está prohibido por las leyes.

En consecuencia los revolucionarios franceses, a efecto de ser consecuentes con lo señalado en el párrafo anterior, expusieron dicha declaración que la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad y, por tanto, todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena.

La libertad implica, por consiguiente, la facultad de autodeterminación personal, con ausencia de cualquier presión exterior o condicionamientos que la hagan imposible. De este modo, el derecho a la libertad puede encontrar su impedimento en dos tipos de obstáculos:

1. Por una parte, el primero lo representan los poderes públicos y los terceros, ante los que hay que exigir el derecho a su abstención a fin de que la libertad de cada uno se pueda realizar.
2. Por otra, es claro que puede existir una libertad formal, pero sabemos ya que la libertad no puede ser real más que si la persona dispone de los medios indispensables para ejercerlo. No es posible que ninguna disposición Constitucional permita completar la libertad con el derecho a obtener las prestaciones necesarias para su ejercicio. Tal exigencia en todo caso, no depende del Derecho Constitucional, sino de la política Constitucional que todo gobierno está obligado a realizar.

Se desprende de lo expuesto que la reivindicación del derecho a la libertad va indisolublemente unida a los orígenes del constitucionalismo, en tanto se concibe a éste como el intento de limitar y regular los poderes del Estado en aras de la libertad del individuo.

Junto a la idea del derecho a la libertad se maneja también el concepto de seguridad jurídica. La seguridad jurídica va a determinar los supuestos y los requisitos para privar de libertad a las personas. Esta comporta la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención y otras similares que adoptadas arbitraria e ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en algún momento o lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias convicciones.

En consecuencia este derecho, hay que entenderlo como la garantía jurídica del individuo frente al poder, dirigido a evitar no sólo la privación de su libertad, sino, también, cualquier forma arbitraria de represión. Cumple así dos objetivos: de un lado, le garantiza que no tiene nada que temer de ninguna autoridad mientras que el ejercicio de sus libertades, cualquiera que sea, se mantengan dentro de los límites de la legalidad; y de otro, que si es sospechoso de haberlos traspasado, exponiéndose así a una sanción, se le protege igualmente de toda represión arbitraria que exceda de los requisitos legales que regulen esa conducta. De ahí que el derecho a la seguridad de las personas sea la protección de vanguardia de todas las libertades y lo que permite su ejercicio regular.

La seguridad jurídica de las personas debe ser contemplada bajo las siguientes premisas:³⁶

1. Se concibe la privación de libertad como una excepcionalidad.
2. Si la detención se ha llevado a cabo de forma ilegal, se exige la devolución inmediata de la libertad.

³⁶ BURGOA, Ignacio. **Las Garantías Individuales.** S/edición, Editorial Porrúa, México, 1954, p. 124.

3. Si la detención se ha realizado legalmente, se deben garantizar los derechos del detenido.
4. Si se somete a juicio al inculcado se le deben garantizar varios derechos durante el proceso.
5. Si la persona procesada es condenada a una pena privativa de libertad, se le deben garantizar también determinados derechos.

A los efectos de cumplir los objetivos de esta investigación, sólo comentare los dos primeros supuestos:

Con respecto a la primera premisa, las personas no pueden ser privadas de su libertad, pero en el caso de que se produzca la excepcionalidad y tal privación se lleve a cabo, ésta debe hacerse de acuerdo con dos exigencias:

- Exigencia de legalidad: los casos de privación de libertad solamente se pueden establecer mediante la ley, lo cual significa tres consideraciones especiales:
 - a. Únicamente es el poder legislativo, a través de sus productos normativos, quien puede regular las penas de privación de libertad. Por consiguiente, la administración en ningún caso dispone de una capacidad sancionadora que signifique la privación de libertad respecto de los ciudadanos.
 - b. Nadie puede ser sancionado, detenido o condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa. (*Nulum crimen, nulla poena, sine lege*).
 - c. Los supuestos de privación de libertad sólo deben ser establecidos por el acto normativo de mayor jerarquía.
- Exigencia de precisión: Al ser la libertad un bien precioso del hombre, los supuestos de su privación establecidos en la ley, deben ser extraordinariamente precisos a efectos de que no haya dudas en su aplicación.

2.1.2. CON FINES SEXUALES

El raptó es la sustracci3n violenta o furtiva del sujeto pasivo puede ser una persona de uno u otro sexo, no solamente una mujer, de la casa o establecimiento que habite; siendo que hoy en d3a se ejecuta con mira de goces deshonestos, para casarse con ella, burlando los impedimentos que lo estorban.

El nombre del delito es el supino del verbo latino *rapio, is, ere, ui, aptum*, es decir, *raptum*, impulso, lo que indica ya la semejanza de la acci3n peculiar del raptó con la del robo. En ese sentido la acci3n peculiar del raptó, es la de arrebatarse, arrancar la persona deseada sexualmente, segregándola por la fuerza o el engaño de su ambiente familiar, o de su medio dom3stico, si careciese de familia. La codicia del provecho propio del robo, queda substituida por la codicia del sexo.

El Derecho Romano penó este delito, aun cuando no se hallaba expresamente comprendido en la *Lex Julia de vi*, conforme a esta. En tiempos de Constantino se consideró como un delito *sui generis*, y tanto si tenía lugar con fines lúbricos como con fines de matrimonio se penó con gran severidad, con pena de muerte si la víctima era una mujer virgen o si se trataba de mujeres consagradas a Dios.

El Fuero Juzgo en la primera mitad del siglo VII distingue los casos de raptó de mujer casada del de virgen y de viuda, fijándose pena distinta si el hecho ha consistido solamente en llevar a la mujer o si el autor ha cumplido con el fin deshonesto, variando las penas desde la de carácter patrimonial, la de azotes o el tormento y en los casos más graves el raptó era dado como siervo a la familia de la raptada.

Las Siete Partidas de Alfonso X "El Sabio" fijaban pena de muerte para quien robare alguna mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa, o a quien yaciere con alguna de ellas por fuerza.

El Jurista Antonio Quintano Ripollés dice que el delito de raptó es “más arcaico de todos los de contra la honestidad, ya que históricamente se enlaza con las instituciones de la *coemptio* o compra de la mujer, constituyendo entonces una variedad del robo, se confundió generalmente en el antiguo Derecho con la violación en la común denominación del *stuprum violentum*.”³⁷

En su libro *Delitos Sexuales* del Maestro Roberto Reynoso Dávila, cita al profesor uruguayo José Irureta Goyena, “ha sido la primera forma de la conquista de la mujer y en sus primeros tiempos se confunde con el matrimonio; ofrece un testimonio muy elocuente de ello, el caso tan conocido de raptó de las sabinas, llevado a cabo por los fundadores de Roma y lo define diciendo que es la sustracción o la retención de una persona, ejecutada por medio de violencia o de fraude, con propósitos deshonestos o matrimoniales.”³⁸

El primer Código Penal mexicano de 1871 establecía en su artículo 808 que cometía raptó el que contra la voluntad de una mujer se apodera de ella y se la lleva por medio de la violencia física o moral, del engaño o de la seducción, para satisfacer algún deseo torpe o para casarse.

Maestro Francisco Gonzales de la Vega comentó que dicho Código olvidó que los raptos consensuales no contrarían la voluntad de la víctima y además omitió el raptó por retención.

El Código Penal de 1929 establecía: cometía el delito de raptó el que se apodere de una mujer por medio de la violencia física, del engaño o de la seducción, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse, omitiendo como posible medio de comisión del delito la violencia moral.

³⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Penal*. S/edición, Editorial Revista de Derecho Privado, T. II, Madrid, 1958, p. 253.

³⁸ REYNOSO DÁVILA, Roberto. *Delitos Sexuales*. S/edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 162.

El Código Penal vigente de 1931, establecía que al que se apoderara de una mujer, por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse, cometía el delito de raptó.

Los elementos constitutivos que se desprendían de la descripción legal transcrita son los siguientes:

- I. La acción de apoderamiento de una mujer;
- II. Empleo de cualquiera de los siguientes medios para realizar el apoderamiento; a) violencia física, b) violencia moral; c) engaño, o d) seducción;
- III. Que el agente se proponga: a) satisfacer un deseo erótico-sexual o b) casarse.

El apoderamiento en el delito de raptó consiste en la acción del infractor; aprehendiendo a la víctima para retenerla bajo su dominio o control, bajo su potestad personal, privándola de su medio ambiente ordinario de vida, para incorporarla a otro distinto.

Un apoderamiento transitorio de la mujer, necesario para la consumación de un acto sexual, no implicaría la consumación del delito de raptó, ya que si se trata solamente de la aprehensión momentánea en todos los casos de violación concurriría el raptó, en tanto que el delito no se puede realizar sino mediante la posesión de la víctima.

Al respecto el Jurista Francisco González de la Vega contempla, “el hombre que arrastra a la mujer de un cuarto a otro de la casa con el propósito de de forzarla sexualmente no comete raptó, pues no la ha privado de su ambiente ni ha tenido animo de conservarla a su lado; responderá exclusivamente por tentativa de violación y por los delitos que originen sus procedimientos coactivos. Igualmente,

el que sin dicho ánimo lleva momentáneamente a la mujer a un local para satisfacer sus apetitos lúbricos, no rapta”.³⁹

El apoderamiento puede realizarse en dos formas diversas; por **sustracción**, aprehendiendo a la mujer y trasladándola al lugar destinado para retenerla fuera de su ambiente ordinario de vida, y; por **retención**, en la que se supone que la mujer se encuentra accidentalmente o por cualquier motivo en sitio a ella ajeno y cerca del infractor e impedirle salir de él.

El Maestro Roberto Reynoso, cita al Jurista Mariano Jiménez Huerta, afirma que el rapto por sustracción implica la realización de dos actos por parte del infractor: **aprehender**, así a la mujer, y **trasladarla** al lugar destinado para, reforzando a los caracteres facticos de un delito plurisubsistente.⁴⁰

Sin embargo el delito se consuma en el momento mismo en que el raptor ha logrado la segregación de la víctima, pues de otro modo, tendría que afirmarse que a la sustracción instantánea sería tentativa de rapto.

La sustracción puede o no puede ser seguida por la retención; la concurrencia de dichos actos es indiferente desde el punto de vista del tipo legal, pues con la pura acción de sustracción el delito está plenamente agotado y consumado, los actos posteriores a la consumación no aumentan ni multiplican el delito, aunque pudieran influir en la individualización de la penalidad como agravantes o atenuantes.

La sustracción se entiende desde los prácticos, singularmente desde *Julius Clarus*, una *amotio de loco ad locum*, es decir, situar a la mujer fuera del lugar de su domicilio.

³⁹ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. **Derecho Penal Mexicano**. S/edición, Editorial Porrúa, 1996, p. 423.

⁴⁰ REYNOSA DÁVILA, Roberto, Op. Cit. p. 164.

El Maestro Francisco González de la Vega, que se ha pretendido sostener que la retención no puede ser manera de cometer el delito en atención a que la palabra raptó tiene su origen etimológico en *rapire*, que significa llevarse una cosa con rapidez y violencia, pero como hace notar Irureta Goyena, la etimología es exacta, pero el lenguaje rara vez se mantiene fiel a sí mismo; los vocablos son símbolos cuyo significado varía a través del tiempo, los cambios que impone la inteligencia humana; de hecho, y por la ejecución del atentado, tanto de la retención como la sustracción, siempre, que concurren los demás elementos constitutivos del delito.

Silvio Renieri considera que “para que exista el delito de raptó es indispensable que esa sustracción y esa retención tenga una duración apreciable e impliquen una restricción efectiva de la libertad personal de la persona raptada. De no ser así, no podría decirse correctamente que existe raptó.”⁴¹

Por lo que el Maestro Porte Petit a lo señalado por Silvio Renieri, difiere; “exigir una durabilidad en la sustracción o la retención obligaría a sostener que el raptó se consumaría cuando hubiera una sustracción o una retención duraderas, pero si fueran breves no se daría el delito lo cual no es aceptable. Por lo que se determinaría que cuando no se haya durabilidad en la sustracción o la retención, habrá lugar al raptó en grado de tentativa, no obstante que opinan que la sustracción o la retención producen la consumación en el raptó.”⁴²

Se considera que los medios utilizados por el raptor, se puede considerar de dos formas:

- a) El raptó **violento**, cuando se realiza mediante violencia física o moral y cuya víctima puede ser de cualquier edad, y
- b) El raptó **consensual**, cuando se realiza mediante solución o engaño y que, aunque el Código Penal no lo especificaba, era

⁴¹ SILVIO, Ranieri. *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial., S/edición, Editorial Temis. T. V, Bogotá, 1975, p. 107.

⁴² PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*. 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 27.

de suponerse que al víctima fuese menor de edad, en forma similar a como se preveía en el delito de estupro.

El Maestro Reynoso Dávila, cita al profesor Alberto González Blanco quien denomina como “rpto impropio cuando el apoderamiento recae en una mujer menor de dieciséis años, caso en el cual se presume que el agente empleó la seducción; considerando el legislador que la víctima en la edad mencionada no está en condiciones psíquicas para darse cuenta de los problemas de tipo sexual; pero estimando dicho autor que dicha presunción era *iuris tantum*, que puede ser combatida y aniquilada con pruebas plenas en contrario.”⁴³

El Maestro Raúl Carrancá y Trujillo opinaba contrariamente que la presunción legal es *iuris et de iure* y no *iuris tantum*, no admite prueba en contrario y opera necesariamente. No destruye tal presunción, por ejemplo, la conducta anterior del pasivo demostrativa de que ejercía la prostitución, pues aun esta misma conducta procede de quien es psíquicamente incapaz y no de un sujeto de personalidad compleja, moral y jurídica.

El Maestro Francisco González de la Vega en su obra El Código Penal Comentado en su edición del año de 1939 consideraba que dicha presunción era *iuris tantum*; sin embargo, en posteriores ediciones de su obra Derecho Penal Mexicano, establecía “rectificamos expresamente la opinión contraria que habíamos vertido... En efecto, el artículo 268 del Código Penal, antes de la reforma, prescribía: Se impondrán también la pena del artículo anterior, aunque el rpto no emplee la violencia ni el engaño, sino solamente la seducción y consienta en el rpto la mujer, si ésta fuera menor de dieciséis años, este precepto era idéntico al artículo 810 del Código Penal de 1871 y Martínez de Castro, manifiesta expresamente: ‘no se castiga el rpto que se comete por simple seducción y sin violencia alguna, sino cuando a la mujer no ha cumplido dieciséis años; porque no estaba maduro todavía su juicio, se presume que su consentimiento ha sido

⁴³ REYNOSA DÁVILA, Roberto. Op. Cit. p. 166.

arrancado a la timidez y debilidad de su sexo, o que es efecto de ilusiones engañosas, de que es fácil rodear la inexperiencia y credulidad de una joven inexperta y apasionada.”⁴⁴

En la **violencia física** en el delito de raptor el agente ejerce fuerza material sobre el cuerpo de la ofendida, venciendo o anulando su resistencia al apoderamiento y obligándolo a ser trasladada o a ser retenida bajo la potestad del raptor. La violencia física no es necesario que recaiga sobre la víctima, puede ejercerse sobre otra persona: guardianes, custodios criados o servidores, o también sobre las cosas, clavando puertas o ventanas para impedir a la raptada a escapar.

La **violencia moral** en el delito de raptor consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños físicos o amenazas de males, de tal naturaleza que por el grave temor que causan a la mujer o para evitar males mayores a sí mismo o a personas con ella relacionadas, la obligan a irse con su raptor o a permanecer a su lado.

La violencia puede desplegarse en cualquier momento del proceso ejecutivo del delito; considerando el maestro Francisco González de la Vega que la violencia en el raptor es similar a la que puede emplearse en el delito de violación.

El maestro Mariano Jiménez Huerta, “no se desvirtúa el delito de raptor por el hecho de que la mujer fuera conducida o retenida en una amplísima residencia, hacienda, rancho o quinta y se le dejara en el interior de su recinto con libertad de movimientos, pero con imposibilidad de salir.”⁴⁵

El engaño como medio de comisión del delito de raptor, en el libro de Delitos Sexuales del Maestro Reynoso Dávila, cita a Vincenzo Manzini, que “considera que es cualquier artificio, maniobra o pretexto, que haya hecho posible o facilitado

⁴⁴ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. Cit, p. 426.

⁴⁵ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. **Derecho Penal Mexicano**. Parte Especial, T. III, la tutela penal del honor y de la libertad, Editorial Antigua Librería Robredo, México, 1968, p. 305.

la sustracción o la retención, induciendo en error al sujeto pasivo acerca del hecho constitutivo del delito, y no solamente acerca de los acontecimientos diversos o sucesivos. La víctima, en el momento en que es sustraída o retenida, debe ser engañada en forma proditoria, de tal modo que se preste a la sustracción o a la retención sin o contra la voluntad de ponerse en condiciones semejantes.”⁴⁶

El profesor uruguayo José Urureta Goyena, menciona el caso en el que el rapto hace, creer a la víctima que el padre, el hijo o un miembro de su familia le piden que concurra a un sitio determinado, por razones naturalmente apremiantes, en donde una vez llegada a él, no puede retirarse.

En esta hipótesis el engaño no es sino un medio preparatorio facilitador de la posible segregación; al efecto al acudir la engañada cerca del agente y descubrir sus propósitos lúbricos o matrimoniales puede acontecer que con toda libertad acepte sus pretensiones, desvaneciéndose así el rapto, o que se vea obligada por fuerza o medio de violencia física o moral, no por el anterior engaño.⁴⁷

Algunos autores identifican el engaño que nutre la esencia del delito de estupro con el que puede ponerse en juego para perpetrar el rapto, esta parificación no es correcta y no puede hacerse sin desvirtuar la naturaleza propia del delito de rapto, pues en el estupro el engaño incide sobre el consentimiento de la mujer para la cópula, en tanto que en el rapto en la aquiescencia de la mujer para ir a encontrarse, acompañar o permanecer con quien a la postre resulta su raptor.

El Maestro Marino Jiménez Huerta, considera “que no constituye medio engañoso idóneo para la integración del rapto, la promesa falsa consistente en tener a la mujer por amante rodeada de lujo o riqueza o el ocultamiento que el raptor hace a la mujer a quien solicita sexualmente, de su condición de casado o la promesa falsa de contraer matrimonio con ella posteriormente, pues estas u ofrecimientos

⁴⁶ REYNOSA DÁVILA, Roberto. Op.Cit, p. 167.

⁴⁷ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Op.Cit, p. 425.

no inciden sobre el apoderamiento que constituye la *ratio legis* del delito en examen. Sino simplemente sobre los motivos que determinan a la mujer a seguir voluntariamente a quien le hace inequívocos ofrecimientos o proposiciones sexuales; ofrecimientos o promesas que evidencian y descubren con claridad cristalina el propósito y la finalidad de quien los hace y eliminan todo posible error. En el delito de rapto no se tutela la buena fe en las contrataciones sexuales sino el hecho de someter a la mujer, con una finalidad sexual, al poder del raptor.”⁴⁸

La **seducción**, consiste en la conducta maliciosa del raptor, encaminada a sobreexcitar sexualmente a la mujer o empleando toda clase de halagos, que sean capaces de ofuscar el entendimiento, destinados a vencer su resistencia psíquica o moral, a cuya virtud accede a acompañar al raptor o a permanecer con él.

El fin erótico-sexual que debía proponerse el raptor, tendría que ser de actos que ataquen el pudor o la reserva sexual de la víctima por no mediar su consentimiento válido para realizarlos o presenciarlos.

En cuanto a las forma delictiva en la que el raptor se propone casarse con la víctima, el maestro Rafael de Pina dice que , en la generalidad de las cosas, la violencia o la seducción o el engaño son presunciones ingenuas del legislador, tras de las cuales está la voluntad de la interesada (que en estas circunstancias sería excesivo considerar como ofendida) siendo, de este modo, una formula convenida entre el raptor y la raptada para destruir oposiciones familiares a una unión que ambos desean, y que estiman no sería posible allanar de otra manera, pues casi sin excepción, el escándalo es, realmente, mayor que el daño, siendo este, cuando existe, no solo remediable, sino remediando con el matrimonio.

El Maestro Mariano Jiménez Huerta señala que “el delito de rapto aparecía en el derecho vigente como una entidad típica desgajada de los delitos de detención ilegal de la libertad y plagio, en razón de la finalidad amorosa que impulsa la

⁴⁸ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Op.Cit, p.p. 308-310.

conducta del sujeto activo, pues esta concreta y especial finalidad es la que le servía de marco típico y motivaba la excluyente aplicación de aquellos.”⁴⁹

Plantea el Maestro Demetrio Sodi refiriéndose al Código Penal de 1871: “¿Puede tener lugar el rapto de mujer a varón? Según nuestra ley no, únicamente puede realizarse en una mujer, siendo tan claro sobre el particular el artículo 808, que no se presta a interpretaciones; pero como la víctima del delito de rapto puede ser un varón, y como éste puede ser obligado por medio de la violencia, o seducido por artificios o engaños, a celebrar un matrimonio sin el consentimiento de los padres, o simplemente el rapto se consuma en su persona con un fin libidinoso, se impone la necesidad de amparar al menor de edad, bien sea hombre o mujer, cuando no ha llagado a determinada edad.”⁵⁰

Cuando el delito de rapto se cometiera en contra de un varón, el delito constituiría plagio, secuestro o privación ilegal de la libertad; pero como estos delitos están conminados con penas mucho más altas, el maestro Francisco González de la Vega considera que sería preferible incluir a los varones como posibles sujetos pasivos del rapto.

El Jurista José Peco, en su proyecto de Código Penal para Argentina, incluye el rapto de varón por mujer, cuando se trata de niños o enfermos; y el rapto de varón por varón y mujer por mujer.

Respecto al problema de si el rapto puede acumularse, para los efectos de la penalidad, con los posibles delitos de abuso sexual, estupro o violación, o éstos se absorben en aquel o viceversa, Celestino Porte Petit Candaudap señala los criterios siguientes:

⁴⁹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Op. Cit. p. 42.

⁵⁰ SODI, Demetrio. **Nuestra Ley Penal.** Imprenta y Fototipia de la Secretaría de Fomento, T.II, México, 1907, p.p. 566 y 567.

- a) “Que cualquiera de los delitos sexuales son independientes del delito de raptó;
- b) Que cualquiera de los delitos sexuales queda subsumido en el delito de raptó, y
- c) Que en cualquiera de los delitos sexuales queda subsumido en el delito de raptó.”⁵¹

Algunos autores estiman el raptó como un delito de peligro para la libertad sexual y la regla general indica que la efectiva producción de la lesión (abuso sexual, estupro o violación) consume o desplaza al delito de peligro que la precedió. O sea, el raptó, delito-medio, queda desplazado por el delito-fin.

Otros autores consideran que el delito de raptó es un delito de peligro contra la libertad sexual se consuma efectivamente, o sea, que se consuma en la víctima el abuso sexual o la cópula que el raptor busca, se deberán aplicar las reglas del concurso real o material del delito.

Este delito es el tipo básico de privación de la libertad con fines sexuales, tipificado en el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 162, al que corresponde una pena de uno a cinco años de prisión, cuando la conducta consista, al que prive a otra de su libertad, con el propósito de realizar un acto sexual.

Considerando que si durante 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.

2.1.3. SECUESTRO.

⁵¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Ensayo Dogmático sobre el Delito de Raptó Propio*. 8ª edición, Editorial Trillas, México, 1978, p. 81.

Es un tema de actualidad, que pareciera ser exclusivo de nuestros tiempos en los que presenciamos problemas de desempleo, pobreza, bajo crecimiento económico e incertidumbre política, dando como consecuencia los acontecimientos que sufre la sociedad día a día respecto a este tema, sin embargo existen antecedentes históricos sobre el secuestro, por lo que es válido afirmar que no es un fenómeno propio ni mucho menos exclusivo de una región, nación o periodo de tiempo determinados.

En las antiguas tribus vikingas, en las celtas y en las germanas entre otras, realizaban una actividad similar al secuestro o rapto de personas, generalmente de mujeres o bienes para obtener sus propósitos, en donde su finalidad no era precisamente económica, sino la obtención de recompensas en especie, para fijar condiciones de guerra o con motivos míticos y religiosos, ya que hoy en día, para obtener el libre ambulantaje o desplazamiento de la persona privada de su libertad los secuestradores solicitan a sus familiares de la persona privada de su libertad una recompensa de carácter preponderantemente económica.⁵²

En los países como Grecia, Libia, Sicilia y Egipto entre otras, el acrecentamiento de la piratería trajo consigo la proliferación del secuestro con fines exclusivamente financiera, aun cuando el botín resultaba ser la esclavitud de los vencidos, estos posteriormente eran vendidos.

En la civilización romana también se practicaba el secuestro bajo el nombre específico de *crimen plagium*, el cual consistía en el rapto de esclavos para apropiarse de ellos y venderlos o explotarlos, incluso durante el Imperio Romano eran comunes las derrotas de los enemigos mediante el secuestro de las principales personas de un reino, dicha práctica fue utilizada como control interno del citado reinado, pues para evitar rebeliones se secuestraban a toda la tribu o a

⁵² GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David. ***Evolución del Secuestro en México y las Decisiones del Poder Judicial de la Federación en al Materia***. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 1.

la mayoría y eran enviadas a las provincias para su venta o explotación como esclavos.

Como testigo fiel de los acontecimientos históricos de nuestros antepasados la literatura antigua, sin duda alguna un reflejo más de que el secuestro no es exclusivo de la época contemporánea, basta con citar, la obra de Homero, específicamente por cuanto hace a la *Iliada*, en donde el tema central es el secuestro o plagio y el rescate de la bella Elena, quien fuera rescatada por Aquiles en la ciudad de Troya.⁵³

Sin embargo y a pesar de los antecedentes históricos ya expuestos en el primer capítulo de esta tesis, “la primera banda de secuestradores documentada del siglo XX en México fue la denominada “Banda del Automóvil Gris”, con el secuestro perpetrado en febrero de 1913 y cuya víctima fue Alicia Thomas, hija de un acaudalado comerciante.”⁵⁴

El secuestro, como mecanismo para obtener dinero, se difundió rápidamente en Latinoamérica a partir de la década de los setentas, en países como Italia, Japón, España y otros países del Viejo Continente, se realizaban con gran éxito, generalmente con fines políticos principalmente como medida intimidatoria, para la liberación de correligionarios, convirtiéndose en una de las actividades ampliamente utilizadas por las bandas internacionales de los tiempos modernos, mediante el secuestro de rehenes políticos y su empleo como chantaje para lograr satisfacer demandas incondicionales y ganar la atención pública para sus fines.⁵⁵

Los secuestros políticos con el fin de frenar la inversión del capital para producir la falta de empleo o contribuir a la inestabilidad social o simplemente la obtención de recursos para la causa que ellos consideran justa, “es el caso del secuestro en

⁵³ IBÍDEM, p. 2.

⁵⁴ IBÍDEM, p. 3.

⁵⁵ WICKER, Tom. *Asalto Mortal*. P. 281, citado por Consultores Exprofesso, El Secuestro, Análisis Dogmático y Criminológico, Editorial Porrúa, 2ª edición, México, 1999, p. 7.

1974 de Jorge y Juan Born, realizado por “Los Montoneros” el autodenominado brazo armado del movimiento peronista en Argentina, aunque los sesenta y cuatro millones de dólares del rescate, se dispersaron con rapidez en múltiples bancos europeos, de los Estados Unidos y México, la guerrilla peronista llevó a cabo por lo menos dos operaciones más altamente remuneradas, una por cuatro millones de dólares y otra, que involucró a un empresario alemán de la Mercedes Benz, por una cantidad semejante.”⁵⁶

La palabra secuestro, al escucharla se nos viene a la mente que lo único que esperamos es que no sea víctima de este tipo de delito un familiar o persona cercana a nosotros, su significado aunque tratamos de evitarlo aparece y lo asociamos inmediatamente con conductas de las peores que podemos imaginar, cometidas entre semejantes, y por si fuera poco, en más de un caso los mismos familiares se encuentran involucrados.

Resulta increíble que prevalezca este tipo de ilícitos en los que no solamente implica el daño económico a la víctima y sus familiares, sino dada la naturaleza o peculiaridad de este delito, el fin que busca el sujeto activo de este delito es la obtención de sumas importantes de dinero o algún beneficio sin importar lo que se tenga que hacer para lograrlo, incluso mutilar, violar, golpear, etcétera, a la víctima, con el objeto de impactar a los familiares y orillarlos a que su única alternativa sea el pago del rescate.

Pues como ya quedó precisado, el delito de secuestro no es exclusivo de un lugar o tiempo determinado, por lo que es necesario al definirlo, establecer diferencias entre las concepciones históricas y así concluir con la realidad actual que se tiene sobre este tema.

⁵⁶ CASTAÑEDA, Jorge. La Utopía Desarmada. S/edición, Editorial Joaquín Martínez Planeta, México, 1993, p. p. 15-17.

El delito de plagio o secuestro, ha tenido ciertas vicisitudes y transformaciones consustanciales al cambio de las costumbres y a la evolución de los tiempos, que durante el paganismo imperó el desconocimiento de la personalidad del hombre y fue considerado éste como una cosa susceptible de la propiedad privada, de ahí la institución de la esclavitud universal entre los pueblos de la antigüedad y que tuvo su génesis en el desconocimiento de la naturaleza espiritual del hombre y de la igualdad de su estirpe y en la negación de la fraternidad humana.

Mientras la esclavitud perduró fue muy frecuente el robo del hombre para ser vendido como esclavo y alcanzar un lucro. La palabra plagio expresó en su origen, tanto la sustracción de un siervo en daño de su dueño como el secuestro de un hombre libre para venderlo como esclavo. La frecuencia con que se acontecieron estos hechos se atestigua por los historiadores y se corroboró por la uniformidad de las leyes y la severidad de las penas dictadas para sancionar el delito de plagio en la historia de la humanidad.

Con la abolición de la esclavitud el delito aparentemente desapareció en su primigenia forma, perdura en las modernas leyes, aunque con las transformaciones inherentes a las mutaciones sociales, las que han operado tanto en orden a la esencia del delito como el lugar de su correcta clasificación.”En cuanto a lo primero, porque ya no se exige como requisito esencial el ánimo del lucro sino que también se admite el ánimo de venganza, y en cuanto a lo segundo, dejó de ser un delito contra el patrimonio para pasar a serlo contra la libertad.”⁵⁷

Ahora bien, una vez que se ha establecido el origen y evolución de la palabra secuestro es necesario un estricto análisis de la definición actual que existe, y así tenemos que la palabra “secuestro”, desde un enfoque jurídico y en estricto sentido “significa la aprehensión a una persona por otra u otras privándola de su libertad, exigiendo dinero por su libertad.”⁵⁸

⁵⁷ CARRARA, Francesco, ORTEGA TORRES, José y GUERRERO, Jorge. ***Programa de Derecho Criminal***. 4ª edición, Editorial Temis, Vol. II, Bogotá Colombia, 1986, p.p. 484- 495.

⁵⁸ Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, Editorial Espasa, T. 9, España, p.1383.

La palabra secuestro ha tenido a lo largo del tiempo diferentes denominaciones, entre las que podríamos citar entre otras a la detención arbitraria, generalmente cometida por las autoridades al igual que la detención ilegal, y ambas implican que la detención se haga sin estar debidamente fundada y motivada, y otras cometidas por las autoridades es la desaparición forzada de personas, y que es el resultado de una deplorable actividad de dichas autoridades para evitar diferencias con sus no simpatizantes, el robo de personas, el rapto, la cárcel, la privación ilegal de la libertad, el secuestro extorsivo que hoy en día se conoce como secuestro exprés, el plagio, entre otras.

La palabra secuestro comúnmente tiene como significado, conducta ilícita o delito cometido por una o varias personas en perjuicio de otra y sus familiares, misma que implica no solamente la violación de la norma jurídica, sino que trasciende a la integridad física y moral de la víctima, familiares y amigos; hoy nadie escapa a los terribles ojos de este deplorable crimen que atenta contra la estabilidad social.

Eso es en pequeña parte el concepto que se tiene sobre el tema, sin precisar lo que en particular entrañan los pensamientos de los que han sido afectados directamente por dichas conducta barbárica que causa retroceso en el desarrollo de la humanidad, pues sería breve este espacio para dar a conocer el cúmulo de sensaciones y horrores que de tal palabra se desprenden.

El maestro Rafael de Pina en su diccionario de derecho lo define, que “dentro de la esfera derecho penal, el secuestro es la figura delictiva consistente en la privación arbitraria de la libertad personal de un sujeto, o de varios, llevada acabo por un particular, o por varios, con el objeto de obtener un rescate o causar un daños o perjuicios al secuestrado o secuestrados, o a otra persona con ellos”.⁵⁹

⁵⁹ DE PINA, Rafael. ***Diccionario de Derecho***. 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1985, p. 438.

El Secuestro, tiene como bien jurídico tutelado la libertad personal del individuo, la cual consiste en la facultad del hombre de libremente querer y manifestar su propia voluntad, pues privar denota quitar esa facultad o poner impedimentos a la actuación de la voluntad; es la libertad externa de la persona, libertad de obrar y de moverse, es precisamente la libertad ambulatoria de los particulares

Resulta imprescindible definir a la libertad como aquella que proviene del *latín libertas-atis*, que indica la condición del hombre no sujeto a esclavitud.

Siendo entonces aquella facultad del ser humano como la ausencia de trabas para el movimiento de un ser. Es decir que la condición del hombre o pueblo que no está sujeto a una potestad exterior. Se habla así de un trabajador libre en oposición al trabajador sujeto a la obediencia de un patrón, o de un pueblo o país libre, que se gobierna por sus propios nacionales a diferencia de aquel que está sometido por un gobierno extranjero.

Pero la libertad de que se habla de un sujeto es aquella que tiene un ser humano de poder decidir, expresar su voluntad, sin que para ello existiera alguna traba, impedimento para poder realizar actos, encaminados a un fin, o en su caso para que este pueda dirigirse física y psicológicamente a una exteriorización de la voluntad.

Este delito es el tipo básico de privación de la libertad en su modalidad de secuestro, al que corresponde una pena de cuarenta a sesenta años de prisión y de mil a tres mil días multa, cuando la conducta consista en privar de la libertad a otra persona con el propósito de obtener un rescate, algún beneficio económico, causar daño o perjuicio a otra persona.

Debe prevalecer como definición una figura que no pueda confundir a los que desconocen la naturaleza y antecedentes de la palabra secuestro, por lo que desde el punto de vista jurídico, por secuestro debe entenderse el apoderamiento

y retención que se hace sobre una persona, considerada como sujeto pasivo del delito y que sin su consentimiento es sometido al encierro y detención mediante la privación de su libertad personal.

Lo que implica un sometimiento ilegal por otra u otras personas consideradas como sujetos activos de la conducta ilícita, con el fin de obtener a cambio de su libertad un rescate, consistente en la mayoría de los casos en dinero y que puede ser también un beneficio, en conclusión para referirnos al concepto de secuestro, en un primer momento, basta definirlo como el delito mediante el cual se priva de su libertad a una persona con la finalidad de obtener un rescate generalmente en dinero a cambio de su libertad.

2.2. PARTICULAR

Proviene del *latin particularis*, teniendo como significados usuales los siguientes;

- “Propio y privado de algo, o que le pertenece con singularidad.
- Especial, extraordinario, o pocas veces visto en su línea.
- Singular o individual, como contrapuesto a *universal* o *general*.
- Dicho de una persona: En las comunidades y republicas, que no tiene título o empleo que la distinga de los demás.
- Se dice de lo privado, de lo que no es de propiedad o uso públicos.
- Se dice del acto extraoficial o privado que ejecuta la persona que tiene oficio o carácter público.”⁶⁰

De lo que podemos desprender, de los significados señalados con lo que respecta la Privación de la Libertad Personal; que la palabra particular es engloba a cualquier persona que realice esta conducta ilícita.

⁶⁰ Diccionario de la Real Academia Española, Op. Cit, p. 1133.

2.3. LUCRO

“Del *Latin lucrum*, teniendo como significado ganancia o provecho que se obtiene de algo. Ganancia dejada de obtener como consecuencia del incumplimiento de una obligación, por la infracción de un deber, o por un sacrificio patrimonial legítimo. Normalmente debe ser indemnizada por el causante del daño.”⁶¹

El lucro cesante es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica por parte de la víctima o sus familiares como consecuencia del daño, y que ésta se habría producido si el evento dañoso no se hubiera verificado. Es, por tanto, lo que se ha dejado de ganar y que se habría ganado de no haber sucedido un daño.

Ocurre cuando hay una pérdida de una perspectiva cierta de beneficio. Por ejemplo, el comerciante cuya mercancía ha sido destruida puede reclamar el precio de la misma, así como el beneficio que hubiera obtenido. Si bien se admite generalmente la indemnización por lucro cesante, la jurisprudencia suele exigir una carga probatoria mucho mayor, y son mucho más cautelosos a la hora de concederla.

En Chile y Colombia, el lucro cesante constituye renta para efectos tributarios (está afectada a impuesto). Se denomina ánimo de lucro, en Derecho, a la intención de una persona de incrementar su patrimonio mediante un acto jurídico legal o ilegal. El ánimo de lucro tiene importancia en muchas esferas del derecho, resaltando la esfera del derecho de contratos y la del Derecho Penal.

El ánimo de lucro es un elemento necesario de muchos delitos, principalmente aquellos delitos contra la propiedad. La existencia de ese ánimo de lucro sirve para indicar la exigencia de una intencionalidad en hacer el acto ilícito con el fin egoísta de enriquecer su patrimonio a costa del de su víctima.

⁶¹ DE PINA, Rafael. Op. Cit. p. 438.

En un concepto técnico, lucro es la ganancia o utilidad obtenida en la celebración de ciertos actos jurídicos, que el ordenamiento legal califica de lícita o ilícita, según su exceso o proporción, para atribuirle determinadas consecuencias de derecho. Los términos “lucro”, “especulación comercial” e “interés”, suelen utilizarse con frecuencia como sinónimos, por lo que conviene hacer una distinción.

Por “especulación comercial” debe entenderse la realización ordinaria o habitual de actos que el Código de Comercio, reputa como comerciales, los relativos al comercio propiamente dicho y a la industria, a través de la organización y funcionamiento de la empresa comercial o bien, que los actos sean accesorios o conexos de esos otros actos de comercio principales. El “lucro”, es la ganancia obtenida, el resultado de una actividad, y la especulación es el propósito de ese resultado.⁶²

Por lo que hace al “interés”, jurídicamente tienen dos aspectos;

1. En sentido estricto, ganancia o utilidad que se obtiene o se persigue en la celebración de contratos de mutuo o préstamo oneroso, en sentido amplio toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito, se reputará interés. En este caso se está en presencia de un interés lucrativo o lucratoria, el exigido del prestatario a quienes se presta dinero u otra cosa fungible, por la simple razón de préstamo.
2. Interés moratorios, es el pago de una suma impuesta como pena al deudor, por la morosidad o tardanza en la satisfacción de la deuda, el pago de intereses responde únicamente a la idea de que el deudor de una suma de dinero, por el hecho de no entregarla a su acreedor en el momento previsto, se beneficia de los productos de un capital que no le corresponde a él, sino al acreedor y por ello debe compensar a éste abonándole en fruto del

⁶² BARRERA GRAF, Jorge. ***Las Sociedades en Derecho Mexicano***. 3ª edición, Editorial UNAM, México, 1983, p. 76.

dinero, es una compensación por falta de disponibilidad del capital, con independencia de la causa, por la cual se ha producido esa falta de disponibilidad; también se conoce como “lucro cesante.”⁶³

La cuantía del interés lucrativo o moratorio puede ser convencional, legal o judicial; es convencional cuando lo pactan las partes y no tiene más límites que el que no sea usurario; es legal, cuando las partes no lo convinieron previamente, y es judicial, cuando la fija el juez, a petición del deudor, en virtud de que el que pactó con su acreedor sea tan desproporcionado que haga creer que ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia de aquel.

El concepto de lucro es tan antiguo como el de mercaderías, comerciante y comercio, y es imposible determinar una fecha precisa de su aparición, hay autores, que nos dan noticias de los mismos desde la prehistoria.

Los términos de lucro, interés, especulación, en la antigüedad y sobretodo en la Edad Media, fueron considerados como sinónimos de usura y, por lo tanto, proscritos. “La iglesia logro, a partir del siglo IX, que quedara prohibida asimismo a los laicos, y reservó el castigo de este delito a la jurisdicción de sus tribunales. Además, el comercio en general no era menos responsable que el de dinero. También él es peligro para el alma, pues la aparta de sus fines postreros..., un curioso episodio de la vida de San Geraldo de Aurillac, revela manifiestamente la incompatibilidad de la moral eclesiástica con el afán de lucro, es decir, con el espíritu mercantil: al regresar de una peregrinación a Roma, el piadoso Abad encontró en Ciudad de Pavía a unos mercaderes venecianos que el propusieron en venta unos tejidos orientales y algunas especies, que tuvo la oportunidad de enseñar, revelándoles el precio que había pagado por él lo felicitaron por tan ventajosa compra, pues el palio, según ellos, hubiese costado mucho más en Constantinopla. Geraldo, temeroso de haber engañado al vendedor, se apresuró a

⁶³ VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos Mercantiles**. 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 1982, p.p. 61 y 62.

enviarle la diferencia, que no creía poder aprovechar sin incurrir en el pecado de avaricia”.⁶⁴

Paulatinamente se fue abandonando dicho criterio y, en la actualidad, si bien existe el delito de fraude, para aquel que, valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de éstas ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado, y la prohibición del pacto de anatocismo, el lucro, el interés y la especulación comercial, lejos de ser considerados como sinónimos de “abominable usura”, son estimados como elementos básicos y fundamentales del desarrollo comercial e industrial, aunque existen normas jurídicas concretas que determinan su tasa.

2.4. DAÑO

Resulta necesario a las principales instituciones de Derecho Romano donde se ubica lo correspondiente al daño. Durante mucho tiempo se pensó que el Derecho Romano exclusivamente regulaba la reparación de los daños que recaen sobre bienes de naturaleza patrimonial. La idea rectora en materia de reparación de daño, es que estos siempre recaían sobre bienes materiales y con dificultad se podían condenar a alguien por lesiones en los sentimientos.

El antecedente más remoto de lo que se conoce hoy en día como daño moral fue la injuria, la cual consistía “en una lesión física infringida a una persona libre o esclavo o cualquier otro hecho que significaren un ultraje u ofensa.”⁶⁵

⁶⁴ PIRENNE, Henri. *Historia Económica y Social de la Edad Media*, traducida de la 1ª edición de 1939 de Salvador Echeverría, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1975, p.p. 17 y 27.

⁶⁵ LUIGLI, Aru y Ricardo Oresono. *Sinópsis de Derecho Romano*. 2ª edición, Editorial Española, Madrid, 1964, p. 210.

En Roma existían dos acciones de tipo privado para alegar la injuria; la Ley Carnelio, la cual era una acción perpetua, y su titular era solo la persona que había sido víctima del hecho injurioso y la Acción Estimatoria del Edicto del Pretor, correspondía a la persona que se encontraba bajo su poder o protección; e incluso, se entablaba también acción ante los tribunales por el ultraje que se hiciera a la memoria de un difunto. Ambas dirigidas a obtener una pena privada, buscando una satisfacción equivalente al dolor moral o físico sufrido.

“El daño a la persona, a finales del siglo XX y principios del XXI comienza a imponerse la teoría que propugnaba que el Derecho aceptara la reparación de los daños extra patrimoniales o inmateriales además de los patrimoniales o materiales. Sin embargo, primaba aún una visión muy difusa de los mismos, considerando como daños extra patrimoniales los siguientes:”⁶⁶

- A) Ofensas al cuerpo que pueden producir dolor físico o enfermedades más o menos largas;
- B) Ofensas al decoro físico o moral de una persona (injurias, robo de mujer ajena, una violación o disminución de la libertad personal;
- C) Quitar o disminuir beneficios que una persona tenía derecho a esperar de otra, en virtud de una ofensa personal o de un daño patrimonial;
- D) Aflicciones morales o padecimientos del ánimo, causados por cualquier clase de ofensa a la víctima directa de éste, o a otras personas vinculadas a ella.

Aquí terminaba prácticamente el mundo de los daños extrapatrimoniales.

Puedo así apreciar, que además de los ya mencionado, en una afectación se presentan muchos más daños extrapatrimoniales. Debiendo considerarse todos

⁶⁶ HERNÁNDEZ RAMÍREZ, José Luis. *Análisis Sobre la Responsabilidad Civil, Daño Moral y Daño a la Persona en el Derecho Civil Mexicano*, art. División de Estudios Jurídicos, Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara, 1999, p.p. 75-78.

aquellos que afectan nuestra libertad, desarrollo, personalidad y la dignidad humana en todas sus esferas.

Actualmente, y luego de grandes esfuerzos por parte de la doctrina, las legislaciones internas de los Estados han reconocido y abordado cautelosamente el tema del daño moral o psicológico, como una figura en sí. Sin embargo, el peso tan grande por parte de la visión patrimonial y económica de las reparaciones, han limitado su desenvolvimiento, efectividad y vigencia en la mayoría de los Estados.

Por definición de daño puede considerarse que “es el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona ya sea en sus bienes vitales naturales, en su propiedad o en su patrimonio”.⁶⁷

En la doctrina como en la jurisprudencia, corresponde tanto al detrimento, pérdida o menoscabo que puedan afectar a una persona en sí mismo, como a los que puedan comprometer su patrimonio.

El daño es toda lesión a un interés jurídico, siendo que el interés es el núcleo sobre el que gira el derecho subjetivo. Por lo tanto, el interés es la facultad para lograr satisfacer cierta necesidad. Si queremos clasificar el daño resarcible, no hay que atender a la naturaleza de los derechos lesionados, si no al daño en sí mismo. Por lo tanto, el daño será así, toda lesión a un interés jurídico.⁶⁸

“Del *latín*, *dominum*, daño, deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa, o dolor que se provocan en la persona, cosa, o valores morales o sociales de alguien.”⁶⁹

⁶⁷ SANTOS BRIZ, Jaime. ***Derecho de Daños***. 1ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1994, p. 254.

⁶⁸ CALDERÓN GAMBOA y Jorge Francisco. ***Reparación del Daño al Proyecto de Vida por Violaciones a Derechos Humanos***. 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 10.

⁶⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. ***Diccionario Jurídico***. 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 967.

“Del *latín damnum*, efecto de dañar, maleficio, mal de ojo, delito consistente en causar daños de manera deliberada en al propiedad ajena.”⁷⁰

Todo hecho ilícito del hombre que cause a otro un daño impone la obligación de repararlo. Si el daño se ha producido con dolo, estará tipificado como delito e integrara el ordenamiento jurídico penal. Además de la sanción penal que recaiga sobre él, el agente se hará responsable civilmente de los perjuicios causados. Existen casos en que se ha actuado sin intención de dañar y el hecho no está calificado como delito por la legislación; pero se ha producido un daño en perjuicio de otro, que da lugar a indemnización, la doctrina atribuye el nombre de cuasidelitos a estos supuestos.

La legislación , doctrina y la jurisprudencia son unánimes en el sentido de que la indemnización debe comprender el daño emergente, que es la pérdida efectivamente sufrida, evaluable con toda certeza y lucro cesante, el cual es la ganancia que se dejó de obtener a causa del evento dañoso y que hubiese sido percibida dentro de un cálculo razonable de probabilidades.

La doctrina discrepa sobre la posibilidad de indemnizar el llamado daño moral, que es el que sufre alguien en sus sentimientos, honor, en sus condiciones sociales, de libre desplazamiento, laborales, a causa de un hecho dañoso. Ya el Derecho Romano admitía la indemnización del daño moral, fundándose en los principios de la equidad y de la buena fe.

La doctrina internacional como la jurisprudencia reconocen los siguientes tipos de daños:

Daño material: este daño se divide en emergente y lucro cesante, conocidos en nuestra doctrina y legislación como daños y perjuicios.

⁷⁰ Diccionario de la Real Academia Española. Op. Cit, p.491.

- *Daño emergente*: Efectivamente al patrimonio derivado inmediata y directamente de los hechos.
- *Lucro cesante*: Pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos.

Daños extra-patrimoniales: técnicamente se reconoce como tal, el daño moral o daño psicológico y recientemente, en el ambiente internacional, el daño al proyecto de vida.

- *Daño moral*. En lo que respecta a los Derechos Humanos, lo que reviste un carácter de suma importancia es el resultado de la humillación a que se somete la víctima, del desconocimiento de su dignidad humana, del sufrimiento y dolor que le cause como consecuencia de una violación de sus Derechos Humanos. Impacta tanto en la propia víctima como en la de su familia.
- *Daño al proyecto de vida*. Se asocia al concepto de realización persona, el poder conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Por lo tanto su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de su valor.

Los siguientes daños han figurado recientemente, siendo objeto de análisis por parte de la doctrina Internacional, y en algunos casos específicos por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos de Autor.

- *Daños Punitivos*: surge del derecho anglosajón y tiene un carácter punitivo, a fin demostrar que su carácter ejemplar ayuda a restablecer la paz social y restaurar la confianza del estado de Derecho.

- *Daño social*: es el que se deposita en la comunidad, derivado de una violación a los Derechos Humanos.

2.5. PERJUICIO

Indudablemente, el Derecho que a fin de cuentas más sirve al Estado, para proteger bienes jurídicos, por su eficacia de poder político y fuerza que posee, lo es el Derecho Penal; ninguna otra norma jurídica, comparada con la de este, se ofrece con mejor contundencia para mantener la integridad de dichos bienes, el orden público, el progreso del propio Estado, del gobernado y en general de la comunidad.

El perjuicio en cuanto al estudio dogmático queda origen a esta tesis, se determina que es el atentatorio de la libertad psíquica de la persona privada de su libertad, por cuanto a su expresión material va encaminada a violentar la libertad de determinación, coaccionada la voluntad de desplazamiento de la víctima.

Obligar sin derecho a otro a hacer, tolerar o dejar de hacer algo, obteniendo un lucro para sí o para un tercero. Se caracteriza por afectar la voluntad de la persona privada de su libertad en virtud del medio empleado, violencia o amenazas, para obligar hacer, tolerar u omitir algo contra su derecho, con objeto de obtener para sí o para otra un provecho.

Considerando la definición otorgada por el Diccionario Jurídico, por el Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas de nuestra, Máxima Casa de Estudios la Universidad Nacional Autónoma de México; establece como perjuicio a las amenazas, las cuales considero a continuación.

“Del *latín minaciense*, dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer un mal a otro.”⁷¹

En el Código Penal de 1871, se introdujo un nuevo tipo de amenaza (valerse de un escrito anónimo para obligar a alguien a ejecutar un delito o cualquier otro acto sin derecho a exigirlo) y se incluyó en el título relativo a las amenazas, amagos y violencias físicas. Se criticó su ubicación y se adujo que el significado de amenazas y amagos no eran sinónimos y, por otra parte, se dijo que las violencias físicas configuraban en sí mismo un delito autónomo; razón por la cual desapareció la rúbrica de dicho título y quedó como en la actualidad se le conoce.

En el Código Penal para el Distrito Federal vigente, establece respecto a las amenazas en su título referido a los delitos contra la paz, la seguridad de las personas y la inviolabilidad del domicilio en su artículo 209, comete el delito de amenazas, el que amenace a otro con causarle un mal en su persona, bienes, honor o derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado por algún vínculo.

Mientras que en el Código Penal Federal actual, en su título referido a los delitos contra la paz y seguridad de las personas en su artículo 282, establece dos formas específicas de amenazas:

- a) Cuando se amenace a otro, de cualquier modo, con causarle un mal en su persona, bienes, honor, o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes, o derechos de alguien con quien esté ligado con un vínculo.
- b) Cuando el que por amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho hacer.

⁷¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. ***Diccionario Jurídico***. Op. Cit, p. 149.

De lo anterior se desprende que no existe un modo específico de amenazar, las cuales pueden ser verbales, escritas y señas; de lo cual se deduce que las amenazas pueden ser:

- Amenazas simples, ya que se trata de una intimidación anunciativa de un mal, hecha directa o indirectamente a una determinada persona, y
- Amenaza conminatoria y condicionada, la que se realiza imponiendo una condición que ha de cumplirse, por el amenazado, para evitarla.

Para configurarse el delito de amenazas, es necesario que los actos realizados, hechos, palabras, perturben la tranquilidad de ánimo de la víctima o que produzca zozobra o perturbación psíquica en la misma, por el temor de que se le cause un mal futuro.

2.6. DELITO.

La palabra delito “proviene del *latin delicto* o *delictum*, supino del verbo *delinqui, delinquere*, que significa desviarse, resbalar, abandonar. El maestro Carrara habla de abandono de una ley, cometer una infracción o una falta.”⁷²

Son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o un concepto de delito, tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto y de carácter general, pues un concepto de raíz filosófica valedero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo, no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo.

⁷² CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. S/edición, Editorial Temis, Bogotá, 1978, p. 60.

En consecuencia la noción de delito ha de seguir, necesariamente, las vicisitudes de esas distintas parcelas señaladas en la vida de cada nación y ha de cambiar al compás de las mismas. Por consiguiente lo ayer penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa.

En la ley penal mexicana se encuentra el delito objetivamente y subjetivamente considerado; objetivamente, por cuanto se atiende a la gravedad del resultado, lo que viene a caracterizar al Derecho Penal mexicano como un derecho de resultado; subjetivamente, en cuanto destaca la voluntariedad criminal, vinculando la gravedad del delito a la culpabilidad.

En el sentido subjetivo, “cabría hablar de un derecho penal voluntarista, pero, desde luego, sin que ese subjetivismo suponga desconocer la primaria relevancia del objetivismo, todo ello en aras de la garantía individual de la persona humana y en evitación de toda posible arbitrariedad en la imposición de sanciones.”⁷³

Volviendo a los conceptos de delito, con el carácter de generalizador anteriormente señalado, “autores como Frank consideraba que el delito es la violación de un derecho fundado sobre la ley moral, para Pessina, es la negación del derecho, para Romagnosi, es el acto de una persona, libre e inteligente, perjudicial a los demás e injusto, y para Rossi, consiste en la infracción de un deber exigible en daño de la sociedad o de los individuos.”⁷⁴

Se deduce de los conceptos anteriores de delito, que ninguno contiene una precisión suficiente para los efectos de la disciplina penal; hay gran número de acciones injustas, muchas de ellas violadoras de concretos deberes morales que no son delictivos; también hay actos que son vulneradores, de derechos, pero no infractores de normas penales, hay acciones, evidentemente causantes de perjuicios sociales, que no constituyen delito.

⁷³ CARANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit , p. 210.

⁷⁴ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. **Derecho Penal**. 9ª edición, Editorial Trillas, México, 2002, p. 74

Para dar un concepto de carácter provisional de delito, el maestro Jiménez de Asúa, consideraba delito “a toda acción u omisión antijurídica típica o culpable sancionada con una pena.”⁷⁵

Noción jurídico-formal de delito.

Se encuentra apegada a ley, que impone su amenaza penal. El delito es verdaderamente configurado por su sanción penal. Si no hay ley sancionadora no existiría delito, aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social.

Se trata de una noción incompleta, pues no se preocupa de la naturaleza como acto en sí, atiende únicamente a los requisitos formales. En este aspecto formal, Cuello Calón lo define como la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena. Si aceptamos el formalismo, nos veremos en la disyuntiva de convenir con el maestro Dorado Montero que consideraba que todos los delitos son artificiales, creación de la ley que los encuadra dentro de sus tipos, por lo que si desapareciera la ley, el delito quedaría suprimido.

Noción sustancial del delito.

La noción formal es adecuada para satisfacer las necesidades de la práctica, pero si se quiere penetrar en la esencia del delito, saber cuáles son los elementos integrantes del mismo, habrá de examinarse. De esta manera, puede señalarse lo siguiente:

- a) El delito es un acto humano, es un actuar. Un mal o un daño, aun siendo muy grave, tanto en el orden individual como en el colectivo, no es delito si no tiene su origen en un comportamiento humano. Los hechos de los

⁷⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit, p. 25.

animales, los sucesos fortuitos, como extraños a la actividad humana, no constituyen delito.

- b) El acto humano ha de ser antijurídico, ha de estar en contradicción, en oposición, a una norma jurídica; debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido.
- c) Además de esa contraposición con la norma jurídica, es necesario que el hecho esté previsto en la ley como delito, que se corresponda con un tipo legal; es decir, ha de ser un acto típico. No toda acción antijurídica constituye delito, sino que ha de tratarse de una antijuridicidad tipificada.
- d) El acto ha de ser culpable, imputable a dolo o intención a culpa o negligencia; es decir, debe corresponder subjetivamente a una persona, debe estar a cargo de una persona.
- e) El acto humano por acción u omisión, debe estar sancionado con pena, pues de ahí deriva la consecuencia punible. Si no hay conminación de penalidad, no existiría delito.

Si concurren todos estos elementos, habrá delito. Al faltar alguno de ellos no habrá delito. El Maestro Cuello Calón que cuando se reúnen todos estos elementos puede darse la noción sustancial del delito, que para él es acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena, agrega que esta consideración de los elementos integrantes del delito no significa en absoluto la negación de su unidad. El delito es un todo no desintegrable en distintos elementos, pero con diversos aspectos o facetas, y el estudio de los mismos es una exigencia metodológica para conocer mejor la entidad delictiva y sus problemas.

Noción sociológica del delito.

Los positivistas elaboraron la noción del delito con base en la distinción entre delito natural y delito artificial. La delincuencia natural ataca a los sentimientos fundamentales de piedad y probidad, en tanto que la delincuencia artificial, abarca

los demás delitos no ofensivos de estos sentimientos señalados, tales como los contrarios al pudor, honestidad.

Lo que el delincuente infringe es la norma, anterior a la ley penal; esta última, crea el delito, en tanto que la norma cultural (concepto social, fundamento de la convivencia entre los hombres) crea la antijuridicidad de la acción, el delito es un fenómeno humano social.

Noción del delito como lesión de bienes jurídicos.

El Penalista Edmundo Mezger entendió la esencia del delito como una lesión de bienes o intereses jurídicos o como un peligro para ellos. Bien jurídico es todo aquello, material o incorporal, que satisface las necesidades humanas, individuales o colectivas. El bien jurídico constituye el objeto de la protección penal y la finalidad del ataque delictivo, para destruirlo, deteriorarlo o sencillamente ponerlo en peligro. Conocer el bien jurídico del tipo penal es el mejor medio de interpretar dicho tipo.⁷⁶

Dicha noción explica el contenido material del delito (lesión o peligro), determina la finalidad del ordenamiento penal (protección de bienes jurídicos) y fundamenta la sistematización de los delitos en la parte especial del Derecho Penal.

En cuanto a México, el Código Penal de 1871, acusando la influencia del español de 1870, en su artículo 1º consideraba al delito como la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda. El Código Penal de 1929, en su artículo 11, lo conceptualizaba como la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

⁷⁶ MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Rodríguez Muños, Editorial Revista de Derecho Penal, Madrid, 1955, T.I, incisos 25 y 26, p.p. 45-47.

“Esta es una noción notoriamente imperfecta en cuanto no determina el delito, con la necesaria claridad, dentro de la esfera de las actuaciones humanas, sino que únicamente contempla sus efectos y, desde luego, no comprende los delitos de peligro y olvida que hay delitos que no lesionan derechos, sino los bienes por ellos protegidos.”⁷⁷

Países latinoamericanos como, Chile, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Guatemala, Uruguay; definen al delito en el mismo sentido del vigente Código Penal Federal mexicano de 1931.

En el artículo 7 del Código Penal Federal de 2009, en sus primeros lineamientos establece, “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. El precepto reseñado establece el principio de legalidad, claramente recogido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los elementos de este concepto, eminentemente formalista y formulado con vista a la práctica, son los siguientes:

- a) Un acto y omisión, es decir, una acción, en definitiva una conducta humana o, lo que es lo mismo, la voluntad, externamente manifestada por un movimiento del agente o por la falta de realización de un hecho positivo exigido por la ley, traduciéndose todo ello en una mutación o peligro de cambio en el mundo exterior.
- b) Que es sancionado por la ley penal. Esto implica la obligación del establecimiento previo de los tipos legales por la normación punitiva, pasando éstos a ser únicas actuaciones punibles.

⁷⁷ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit, p. 215.

En la definición del citado artículo, hay una omisión referente a la voluntariedad, pero sin duda, este constituye el fundamento real de la imputabilidad, el acto u omisión es un elemento objetivamente que manifieste la voluntad.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Una definición más completa, jurídico sustancial, lo considera como la conducta típica, antijurídica y culpable, cuya consecuencia generalmente es la pena.

Las formas de comisión del delito, establece el Código Penal Para el Distrito Federal, sólo puede ser realizado por acción o por omisión.

“Artículo 15 (Principio de acto). El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.

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

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

Es garante del bien jurídico el que:

- a). Aceptó efectivamente su custodia;
- b). Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c). Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d). 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 de su pupilo.

Artículo 17 (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

- I. Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;
- II. Permanente o continuo: cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo; y
- IV. Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal.

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 previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Artículo 19 (Principio de *numerus clausus* para la punibilidad de los delitos culposos). Los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley.

Mientras que el Código Penal Federal, establece que la forma de comisión del delito puede ser;

Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente

El delito es:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Artículo 8o.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente

Artículo 9o.- Obra **dolosamente** el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra **culposamente** el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Artículo 10.- La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los caso especificados por la ley.

Artículo 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la

sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.”⁷⁸

⁷⁸ www.ordenjuridico.gob.mx Fecha de consulta 19102009.

CAPÍTULO III. ELEMENTOS DEL DELITO

Para poder estudiar los elementos del delito previsto en el artículo 160 del Código Penal para el Distrito Federal, de acuerdo a su descripción letrística, se tiene que definir a los elementos del delito tanto en sus aspectos negativos como en los positivos, mismo que será la fundamentación de este capítulo.

De acuerdo a la definición magnánima de Francisco Carrara el delito es “la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.”⁷⁹

Se desprende de tal definición en primer lugar que el delito es una INFRACCIÓN A LA LEY, contravención, quebrantamiento a lo establecido por el Estado como un hacer humano incorrecto. Entendiendo que dichas conductas son establecidas y aceptadas por la sociedad, quien representada por el Estado, realiza la coacción para aplicar sanciones a conductas adversas a lo socialmente aceptable, conductas que se encuentran descritas dentro de códigos, leyes, normas, mismas que en el caso de este trabajo, se encuentran plasmadas en el Código Penal para el Distrito Federal específicamente en su artículo 160.

Codificaciones que tienen como fin al ser promulgadas y exigidas, que se pueda proteger los bienes e intereses de los integrantes de la sociedad. Los cuales tienden a ser dañados a través de la acción u omisión del ser humano antisocial, así en la definición precitada encontramos como primer elemento del delito la conducta al señalar “**ACTO EXTERNO DEL HOMBRE POSITIVO O NEGATIVO**”, en donde nos demuestra que para que haya un quebrantamiento o contravención a la ley prevista por el Estado, es necesario que exista una conducta la cual se

⁷⁹ CARRARA, Francesco. *Programa del Curso De Derecho Criminal*, S/edición, Editorial Depalma. Buenos Aires, 1994. p. 41.

define como un acto "hecho o acción", realización, movimiento de la psique, u omisión, que se identifican con un hacer humano voluntario positivo o negativo.

MORALMENTE IMPUTABLE Y POLÍTICAMENTE DAÑOSO, de esta parte de la frase, podemos distinguir dos elementos: el primero es la reprochabilidad, y el segundo es el carácter de ser imputable, es decir ser sujeto atribuible de la realización del hecho, acción u omisión.

En esta tesitura en el presente capítulo tratará lo consiste en la conducta y los elementos constitutivos del delito.

3.1. CONDUCTA

Es difícil precisar a este elemento positivo del delito, en virtud de que existen en la doctrina *iuspenalista* diversas denominaciones para la conducta.

El maestro Porte Petit se adhiere a considerar a este elemento objetivo como conducta o hecho, dándole al mismo tiempo un primer lugar dentro de la prelación lógica del delito; los delitos se constituyen, según este autor, por una conducta o un hecho humano.

Por otra parte Jiménez de Asúa se inclina por la expresión acto, arguyendo que dicho vocablo designa todo acontecimiento ya sea que provenga del hombre o se presente por caso fortuito.

A su vez, el jurista español Cuello Calón prefiere la expresión acción, considerándola en un sentido amplio y "consiste en la conducta exterior encaminada a la producción de un resultado."⁸⁰

⁸⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. T.I, 9º, Edición, Editorial Nacional, México, p. 83.

Al respecto, el Maestro Pavón Vasconcelos considera que lo adecuado es hablar de hecho, aunque no por ello se debe soslayar a la conducta, sobre todo en aquellos delitos en los que no existe un resultado material que el tiempo exija su concreción, de aquí que el maestro citado asevere que estima acertada la opinión de Porte Petit, cuando pretende que los términos adecuados son conducta o hecho:

“...según la hipótesis que se presente, se hablará de conducta, cuando el tipo no requiere sino una mera actividad del sujeto y de hecho cuando el propio tipo exija no sólo una conducta sino además un resultado de carácter material que sea consecuencia de aquélla.”⁸¹

El Jurista Ignacio Villalobos, en una postura psicologista, considera como primer elemento del delito al acto humano, exigencia sin la que el delito no se puede dar; ello no implica que todo acto humano pueda tener el mismo carácter. Voluntad e intención, para este autor, son elementos imprescindibles del acto humano, que al actualizarse y agotar la figura tipificada, constituye un delito.

Me adhiero a la concepción terminológica del maestro Castellanos Tena, por considerar que con la acepción conducta abarcamos tanto a la actividad como a la inactividad; así se comprende tanto a la acción como a la omisión en un mismo término:

"La conducta es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito."⁸²

Por otro lado, el Maestro Pavón Vasconcelos la considera como "el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria". Finaliza este jurista aseverando que:

⁸¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. ***Manual de Derecho Penal Mexicano***. 5° Edición, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 187.

⁸² CASTELLANOS TENA, Fernando. ***Lineamientos Elementales de Derecho Penal***. 22° Edición, Editorial Porrúa, México, 1986, p.149.

Tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada."⁸³

Hechas las anteriores disertaciones respecto de este elemento ineluctable del delito, pasare a analizar las formas de la conducta.

FORMAS DE LA CONDUCTA

La Acción.

Esta forma de conducta consiste en "todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación."⁸⁴

La acción, en un sentido estricto, al decir del jurista hispano Cuello Calón, "consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a la obtención de un fin determinado."⁸⁵

Francisco Pavón Vasconcelos estima que la acción es "la actividad voluntaria realizada por el sujeto."⁸⁶

Considero de nueva cuenta que la definición más acertada es la que el maestro Castellanos Tena nos presenta, ya que se encuentra dotada de gran amplitud y va conforme al criterio sustentado, al considerar la conducta como el elemento positivo de los ilícitos penales.

Un ejemplo claro de esta forma de la conducta es la manera de cometerse delitos tales como la violación, el estupro o el robo. En todos ellos se requiere que el sujeto activo lleve a cabo una acción: obtener cópula mediante violencia física o moral,

⁸³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit, p. 180.

⁸⁴ CASTELLANOS TENA, Francisco. Op. Cit, p. 152.

⁸⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit, p. 293.

⁸⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit, p. 193.

obtener cópula mediante engaño, apoderarse de cosa ajena mueble. El denominador común en las conductas descritas, es que todas ellas exigen un HACER por parte del agente.

La Omisión.

Se considera a la omisión como una forma de conducta negativa, una abstención en el deber de hacer; una inactividad frente al deber de obrar que la ley señala, en ésta el sujeto no realiza el hacer impuesto por la norma penal, ello de manera voluntaria.

La omisión se subdivide a su vez en dos: omisión simple y omisión compleja (también llamada omisión impropia o comisión por omisión)

Omisión simple.

El Maestro Porte Petit dice de la omisión simple que:

Consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), "violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico dando lugar a "un tipo de mandamiento" o "imposición".⁸⁷

Los delitos que se incluyen en esta forma de conducta, colman sus tipos con base en la falta de la actividad ordenada jurídicamente, sin que se requiera de la presencia de un resultado material. El sujeto que abandona a su cónyuge sin dejarle con medios para subsistir, incumple a través de su inactividad con el deber implícito en la norma preceptiva que le obliga a dar alimentos al cónyuge.

Omisión compleja.

También conocida como omisión impropia, encuentra su esencia en la transgresión de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse en virtud de la inactividad voluntaria del sujeto, actitud que produce un resultado material y típico.

⁸⁷ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit, pp. 305-306.

La omisión compleja o comisión por omisión se diferencia también de la omisión simple en que no se sanciona por la omisión en sí, sino por el resultado producido por ella, este tipo de delito constituye una violación de la norma prohibitiva.

El abandono de cónyuge no producirá necesariamente un resultado material, salvo que dicho abandono se prolongue y repercuta en la salud del sujeto. En un principio, tenemos la omisión simple, cuyo alcance se restringe al artículo 336 del Código Penal Federal; de presentarse alguna lesión originada por el abandono, entonces estaremos en presencia de lesiones inferidas mediante una omisión compleja o impropia, alteraciones de la salud que se presumen agravadas conforme a lo dispuesto por el numeral 339 del Código en cita.

ELEMENTOS DE LA CONDUCTA

Manifestación de la voluntad.

El elemento volitivo reviste una gran importancia para la comisión de un delito, mientras la voluntad no se exteriorice y se concretice en un acto determinado, el sujeto no puede ser objeto de aplicación de la norma punitiva; la manifestación de voluntad constituye una fase de la conducta humana, dicha voluntad precisa contar con las siguientes características: ser consciente, libre y espontánea; además de encontrarse referida a cierta presentación y con un motivo determinado.

En los delitos de acción, la voluntad se ve manifestada en actos positivos; en tanto que en los delitos de omisión se entiende la presencia de la voluntad en la actitud pasiva del sujeto, en el no hacer que caracteriza a estos delitos.

Nexo causal.

Debe darse una relación o nexo causal entre la conducta efectuada y el resultado ocasionado. Este nexo consiste en la necesidad de que una conducta determinada produzca el efecto que trasciende al mundo de lo jurídico-penal; es de vital

importancia establecer este nexo para conocer quién es el responsable de algún delito.

En lo que se refiere a los delitos de comisión por omisión, debemos entender que la causa de la causa, es causa de lo causado; por lo tanto, si la transgresión de la norma prohibitiva tiene su origen en la inobservancia de una norma dispositiva, existe también un nexo causal, basado en la conducta negativa del agente con el resultado material producido. En conclusión:

La causalidad en la omisión impropia “debe construirse necesariamente con referencia a la propia omisión y no en la acción esperada que convierte el no hacer en relevante para el Derecho.”⁸⁸

Resultado.

Toda conducta supone un cambio en el mundo exterior que tiene precisamente su origen en esa manifestación de la voluntad previa, o bien se traduce dicha conducta en un cambio del mundo exterior ante la inactividad cuando se espera y no se ejecuta determinado acto. El resultado no supone un daño, puede colocarse también en situación de peligro al bien tutelado.

3.1.1. AUSENCIA DE CONDUCTA

Como ya hecho notar anteriormente, corresponde cada elemento positivo del delito su aspecto negativo; en este caso de darse alguna hipótesis de ausencia de conducta el delito no se configurará, máxime si se trata del primer elemento dentro de la prelación lógica. La ausencia de conducta ha sido definida por Maestro Pavón Vasconcelos de la siguiente forma:

Hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando “la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el

⁸⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit, p. 221.

movimiento corporal o la inactividad no puede atribuirse al sujeto, no son "suyos" por faltar en ellos la voluntad." ⁸⁹

Resulta imposible que se pueda integrar una acción u omisión de trascendencia para el derecho cuando sólo se da el concurso de la expresión puramente física de la conducta sin que intervenga el coeficiente psíquico conocido como voluntad. A continuación explicare las distintas causas de ausencia de conducta que la doctrina ha formulado.

Vis maior o fuerza mayor.

Consiste en una fuerza proveniente de la naturaleza o de los animales que obligan a realizar una actividad al agente. A diferencia de la *vis absoluta*, la *vis maior* tiene su origen en una energía o fuerza metahumana. De igual forma, la falta de voluntad en el sujeto activo le exime de la responsabilidad penal, ya que no se puede integrar en este caso la conducta.

Vis absoluta.

Considerando como uno de los casos indiscutibles de ausencia de conducta, la *vis absoluta* supone la inexistencia del elemento volitivo en la conducta, ya que ésta tiene su origen en una fuerza física, superior e irresistible, proveniente de otro hombre, que coloca al agente en una situación de exclusión de responsabilidad. Si bien es cierto que hay actuación física por parte del sujeto, ello no implica que él esté actuando conforme a su voluntad, sino impulsado por una fuerza exterior de superioridad manifiesta, cuya magnitud le impide resistirla.

Movimientos o actos reflejos.

El jurista Edmundo Mezger define claramente a los actos reflejos de la siguiente manera:

⁸⁹ IBÍDEM. p. 248.

“Son los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no está bajo un influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico-corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un sensorio a un centro motor y produce el movimiento.”⁹⁰

De igual forma la ausencia del movimiento volitivo es lo que nos lleva a considerar a los actos reflejos como una causa de ausencia de conducta.

Otras circunstancias.

Por último, en lo que concierne a la hipótesis de ausencia de conducta aclarare que las tres siguientes (sueño, hipnotismo y sonambulismo), son consideradas por algunos autores como causas de inimputabilidad, arguyendo que el sujeto que se encuentra en alguno de los estados descritos en este inciso no se halla dotado de capacidad para querer y entender, analogando la situación de estos sujetos con la de los alienados. Prefiero considerarlas como causas de ausencia de conducta partiendo de la base de la inexistencia en todas ellas del elemento volitivo, imprescindible e ineludible en la conducta del sujeto, siendo por ende la voluntad, un requisito *sine qua non* para la configuración de la conducta.

Sueño.

Consiste en un estado de descanso del cuerpo considerado normal fisiológicamente, consistente en la suspensión periódica de las relaciones sensorias y motrices, respecto del mundo exterior, adicionada por un relajamiento de los músculos y la disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas.

Pues bien, este estado puede originar movimientos en un sujeto completamente involuntarios, actos involuntarios que a su vez sean constitutivos de un resultado dañoso; en virtud de que no se da la conducta al faltar la voluntad, se considera que es inexistente el delito.

⁹⁰ MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. T. I, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 215-216.

Sonambulismo.

Esta causa de ausencia de conducta guarda cierta semejanza con el sueño, se distingue de éste en que el sujeto activo realiza movimientos corporales inconscientes e involuntarios pero los hace deambulando dormido, es un sueño anormal caracterizado por la ejecución de actos elaborados de manera automática.

De actuar un sujeto bajo dicha circunstancia, no lo hace en un ejercicio volitivo, por lo que no es responsable penalmente.

Hipnotismo.

Respecto de éste, el Catedrático Pavón Vasconcelos nos dice: el hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o, cuando menos de su disminución, a través de la sugestión, lo que establece una necesaria correspondencia psicológica entre el paciente (hipnotizado) y el hipnotizador. "La exclusión del delito se apoya en la ausencia de conducta (acción) y en la hipótesis de causación de daños por el hipnotizado, a virtud del mandato impuesto por el hipnotizador, la responsabilidad de éste surge como autor mediato, por no ser aquél sino un mero instrumento de éste."⁹¹

Código Penal vigente.

El Código Penal Federal alude en forma genérica y amplia en su artículo 15, fracción I, a las hipótesis de ausencia de conducta, al decir literalmente lo siguiente:

"ART. 15.- El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;..."⁹²

Lo anterior me lleva a confirmar, respecto del papel preponderante que corresponde al elemento volitivo en el caso de incurrir en actividad o inactividad constitutivas de delito.

⁹¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit, p. 256.

⁹² www.ordenjuridico.gob.mx. Fecha de consulta 22092009.

3.2. TIPICIDAD

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito. Consiste en "la adecuación de la conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto."⁹³

Este elemento se deriva para la mayoría de los doctrinarios iuspenalistas, del principio Constitucional contenido en el artículo 14 de nuestra Carta Magna que a la letra dice:

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

El Maestro Porte Petit cita al Jurista Español Jiménez de Asúa, la tipicidad "es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción."⁹⁴

De una manera más simple y acertada, el maestro Porte Petit considera que la tipicidad consiste "en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo."⁹⁵

Esta última definición supone la necesidad de conceptuar al tipo, así como analizar sus diversos elementos.

EI TIPO Y SUS ELEMENTOS.

El Doctor Porte Petit Candaudap nos da una definición del tipo, haciéndolo consistir en lo siguiente: "una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos."⁹⁶

⁹³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit, p. 167.

⁹⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op.Cit, p.471.

⁹⁵ ÍDEM.

⁹⁶ ÍDEM.

Elementos objetivos.

Todos aquellos elementos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento, teniendo como función describir la conducta o hecho materia de imputación y de responsabilidad penal.

Normativos.

Supone este tipo de elemento la necesidad de que el juzgador lleve a cabo una valoración del mismo, ya sea de carácter jurídico o cultural.

Subjetivos.

Se consideran como tales a los elementos del tipo que se refieren al motivo y al fin de la conducta descrita.

Clasificación de los delitos en orden al tipo.

Al no existir dentro de la doctrina unidad de criterios respecto de la clasificación de los delitos en orden al tipo, optado por seguir el esquema que acertadamente siguen los maestros Fernando Castellanos Tena y Eduardo López Betancourt:

a) "Por su **composición**: los tipos pueden ser normales y anormales; los primeros son aquellos que realizan una descripción objetiva, en tanto que los segundos son aquellos tipos en los que su texto hace alusión a valoraciones subjetivas.

b) Por su **ordenación metodológica**: serán fundamentales cuando sean susceptibles de servir de fundamento a otros tipos (homicidio); especiales, cuando se agreguen otros requisitos al tipo fundamental que subsumen (homicidio en razón del parentesco o relación); y, complementados, cuando al lado del tipo básico, sólo se diferencian de éste por una peculiaridad o circunstancia (310 homicidio cometido en estado de emoción violenta).

c) Por su **autonomía**: Los tipos pueden ser de dos maneras, autónomos o subordinados. Son autónomos cuando el tipo tiene vida por sí mismo (lesiones);

subordinados, cuando para existir requieren la existencia de otra figura típica (lesiones en riña).

d) Por su **formulación**: pueden ser casuísticos o amplios. Los primeros prevén una diversidad de hipótesis para su configuración, en tanto que los segundos describen una hipótesis única que puede ser ejecutada por cualquier medio comisivo (estupro).

e) Por el **daño que causan**: cuando el tipo tutela los bienes frente a su disminución o destrucción, se le considera como de daño (delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual); y será de peligro cuando se tutela a un bien contra la simple posibilidad de ser dañado (delitos de abandono de personas).⁹⁷

3.2.1. ATIPICIDAD

Cuando no se conjuntan todos los elementos que exige el tipo legal para considerar a una conducta como delictuosa, estamos en presencia del aspecto negativo de la tipicidad; siendo éste definido de la siguiente manera: "la atipicidad es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo."⁹⁸

Causas de atipicidad.

A continuación haré un breve análisis de las distintas causas de atipicidad.

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.

⁹⁷ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel Granados Atlaco. *Teoría del Delito*. Lesiones de Cátedra, UNAM, Facultad de Derecho, Sistema de Universidad Abierta, 1994, pp. 67 a 69.

⁹⁸ IBÍDEM. p. 69.

Falta de calidad o de número en el sujeto pasivo.

De igual forma, ya puntualizo 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. En el delito de violación impropia (hipótesis del 266, fr. I) se requiere que el sujeto pasivo sea menor de doce años, lo que constituye una calidad específica.

Falta del objeto material.

La falta del objeto que sufre un daño o peligro provocado por la conducta delictuosa, constituye una causa de atipicidad. De no cumplir con esta característica, se dará también la atipicidad.

Falta del objeto jurídico.

A la falta de bien o institución amparada por la ley, me encuentro ante una causa de atipicidad, toda vez que el espíritu de la norma jurídica debe albergar forzosamente una tutela imprescindible de un bien trascendental para el Derecho.

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 esos requisitos, no habrá tipicidad.

Falta de medios comisivos.

Existe en algunos tipos penales la exigencia de que la conducta se lleve a cabo a través de medios especiales que el mismo tipo considera.

Falta de elementos subjetivos.

Como ya he indicado con anterioridad, 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.

“El sujeto que priva de la vida a su propio hermano, desconociendo que existe dicho vínculo entre ambos, conduce a pensar en una atipicidad de su conducta respecto de la descripción típica del artículo 323 del Código Penal Federal, ello no implica que deje de presentarse un evento delictivo, sólo que en este caso no hay cabal adecuación al tipo especial agravado de referencia, siendo inaplicable el mismo.”⁹⁹

Ausencia de tipo.

Se presenta la ausencia de tipo cuando no existe en la ley la descripción precisa de la conducta considerada como delictiva, es decir, no hay una hipótesis semejante que describa el legislador y por tanto no cabe el llevar a cabo un juicio lógico de tipicidad ya que de antemano la ley no se aproxima hipotéticamente a la conducta fáctica.

3.3. ANTIJURIDICIDAD

En términos lisos y llanos, lo antijurídico es todo aquello contrario a Derecho. Al respecto, el jurista Francisco Pavón Vasconcelos nos dice:

“En general, los autores se muestran conformes en que la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho.”¹⁰⁰

El delito lleva intrínseca la protección de un bien jurídico, por tanto, la transgresión 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.

La antijuridicidad supone un choque con lo que el Derecho establece; aquí es donde la *ratio legis* cobra una trascendencia inusitada, ya que ella es la que va a definir la teleología de la norma jurídica.

⁹⁹ IBÍDEM. p. 71.

¹⁰⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit, p. 289.

Toda conducta delictiva supone una inobservancia al orden jurídico, por tanto, es un choque que origina la existencia de la antijuridicidad.

No obstante lo anterior, la misma ley prevé la existencia de causas que justifiquen la presencia de la conducta típica y antijurídica en primera instancia.

Clases de Antijuridicidad.

Algunos doctrinarios han realizado una distinción en cuanto a este elemento del delito, considerando la existencia de una antijuridicidad formal y una material.

Esta estructura dualista supone que la antijuridicidad lo será desde un punto de vista formal cuando la acción contraria a Derecho constituya una transgresión a la norma dictada por el Estado, contradiciendo por ello el mandato o la prohibición que hace el ordenamiento jurídico.

En cambio, será antijurídica la acción, desde el punto de vista material, cuando resulte ser contraria a la sociedad.

3.3.1. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de licitud o de justificación, constituyen el aspecto negativo del delito, o de lo que la antijuridicidad se refiere.

Estas, por fuerza, deben estar establecidas en la ley, basándose para ello el legislador, en la ausencia de un interés o ante la existencia de un interés preponderante, dar prioridad a éste.

Las causas de justificación consideradas como tales por los dogmáticos del Derecho Penal, encasillándolas en dos grande apartados; por una parte, considerando aquellos casos en que se encuentra la persona en el ejercicio de un derecho, lato sensu; el segundo grupo se caracteriza por aglutinar los casos en que se trata del cumplimiento de un deber, en el sentido citado.

Consentimiento del ofendido.

En algunas ocasiones la propia ley reconoce la facultad de disponer sobre ciertos bienes jurídicos, restringiendo dicha potestad a las personas que tengan la titularidad de dichos bienes y gocen de la capacidad de disponer libremente de ellos.

El artículo 15 del Código Penal Federal en su fracción III precisa cuáles son los requisitos que deben cumplirse para la actualización de esta excluyente del delito:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y,
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;...”¹⁰¹

Defensa legítima.

Esta causa de justificación se encuentra prevista por el Código Penal Federal en su artículo 15, fracción IV, que a la letra dice:

ART. 15.- El delito se excluye cuando:

....IV.-” Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.”¹⁰²

Estamos en presencia de un interés preponderante; la defensa legítima implica un choque de intereses protegidos jurídicamente, la legitimidad de la defensa se funda en la salvaguarda que se hace del interés preponderante, el defensor lo que hace con su actitud es proteger el interés propio atacando y sacrificando el interés de quien le agrede sin derecho.

El Maestro Porte Petit define a la defensa legítima de la siguiente manera: “es el contra-ataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o

¹⁰¹ www.ordenjuridico.gob.mx. Fecha de consulta 22092009.

¹⁰² IBÍDEM.

inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aun cuando haya sido provocada insuficientemente."¹⁰³

Con base en lo anterior, se desprende que los factores primordiales de esta causa de justificación son: la repulsa a una agresión real, inminente o actual y sin derecho; que la agresión sea sobre bienes jurídicos propios o ajenos; y, que no medie provocación del agredido.

El Código Penal Federal en su artículo 15, fracción IV segundo párrafo, recoge una presunción de defensa legítima al contener que habrá tal presunción;

..."salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;..."¹⁰⁴

Estado de necesidad.

Consiste en la salvaguarda de un bien jurídico, sacrificando a otro bien jurídico diverso y de menor jerarquía que el salvado, siempre y cuando no exista otra forma de evitar el daño. El jurista Pavón Vasconcelos asevera que en esta situación también existe colisión o choque de intereses que cuentan con titulares diferentes, la conceptúa como "una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio."¹⁰⁵

Con base en los conceptos apuntados, considero que es preciso que distingamos si los bienes en conflicto son de igual o de diferente valor. Si el bien sacrificado es de menor valía que el amenazado, la causa de justificación que ahora analizamos sí se

¹⁰³ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit, p. 501.

¹⁰⁴ www.ordenjuridico.gob.mx. Fecha de consulta 22092009.

¹⁰⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op.Cit, p. 321.

presenta como tal; pero si el bien lesionado es mayor que el salvado, el delito se configura indefectiblemente.

Ahora bien, si los bienes en juego son de igual jerarquía, nos encontramos en presencia de una causa de inculpabilidad, misma que más tarde precisare en el presente estudio.

El artículo 15 del Código Penal Federal, en su fracción V, establece como una causa excluyente del delito el obrar;

... "por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor ... valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo...."¹⁰⁶

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.

El multicitado artículo 15 del Código Penal Federal, en su fracción VI, se refiere a esta causa de justificación, estableciendo como causa de exclusión del delito el hecho de que "la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;..."¹⁰⁷

Cumplimiento de un deber.

Este se presenta cuando el agente se encuentra obligado a actuar aunque parezca que lo hace contrariamente al Derecho. De igual forma que el ejercicio de un derecho, esta causa de justificación se basa en la previa consignación del deber en cuestión en una ley.

¹⁰⁶ www.ordenjuridico.gob.mx. Fecha de consulta 22092009.

¹⁰⁷ ÍDEM.

Dicho deber legal puede ser producto de la función de carácter público que realiza el agente o en virtud de una obligación general; la fracción VI ya citada aglutina estas dos últimas causas de justificación.

Reglas generales para las causas de justificación.

Para complementar lo anteriormente estudiado, es importante contemplar que en caso de que exista un exceso en el empleo de algunas causas de justificación, éstas serán sancionadas como si se tratase de la comisión de un delito culposo, al tenor del artículo 16 del Código Penal Federal, que considera lo siguiente:

"Artículo 16.- Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, y VI del artículo 15 se le impondrá la pena de delito culposo."¹⁰⁸

Por otra parte, el numeral siguiente consigna la manera en que deberán hacerse valer las causas de exclusión del delito, dejando al arbitrio de la autoridad o de las partes su argumentación.

"Artículo 17.- Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento."¹⁰⁹

3.4. CULPABILIDAD.

Teorías que la explican.

Es menester que explique brevemente en qué consisten las dos teorías más importantes que respecto de la culpabilidad se han formulado por la doctrina acerca de su naturaleza jurídica.

“a) Psicologista: esta tesis supone que se dará la culpabilidad jurídico-penal cuando sea posible establecer una relación subjetiva entre acto y autor, a través de

¹⁰⁸ ÍDEM.

¹⁰⁹ ÍDEM.

la cual se determinará si fue cometido en forma dolosa o culposa el acontecimiento típico y antijurídico.

b) Normativista. Considera a la culpabilidad como un juicio de referencia y como un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente."¹¹⁰

Este elemento positivo del delito consiste, según el maestro Sergio Vela Treviño, 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. ¹¹¹

La anterior definición se basa en los postulados de la teoría normativista, tesis que no se opone al psicologismo, sino que lo complementa. Porte Petit nos dice que la culpabilidad consiste en aquel nexo que liga al sujeto con el resultado de su acto, intelectual y emocionalmente. El Catedrático Castellanos Tena se adhiere a la definición ya apuntada, en tanto que el Jurista Ignacio Villalobos considera que la culpabilidad consiste, de manera genérica, "en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo."

¹¹²

Formas de la culpabilidad.

Dolo.

Éste supone la existencia de una voluntad consciente encaminada a la ejecución del evento delictivo, que ha de producir por fuerza un resultado antijurídico. El Jurista Español Jiménez de Asúa define con gran precisión al dolo, cuando asevera que consiste en: "la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del

¹¹⁰ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel Granados Atlaco. Op.Cit, pp.93-94.

¹¹¹ VELA TREVIÑO, Sergio. **Culpabilidad e Inculpabilidad.** S/edición, Editorial Trillas, México, 1983, p.201.

¹¹² VILLALOBOS, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano.** 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983, pp.281-282.

curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere o ratifica.”¹¹³

Para el maestro Castellanos Tena, el dolo está dotado de dos elementos; uno ético y otro volitivo o emocional. El primero de ellos lo integra la conciencia de que se inobserva el deber; y el segundo consiste en la voluntad de llevar a cabo el acto, el hecho típico. Este mismo doctrinario considera la existencia de las siguientes especies de dolo:

a) Dolo directo: Cuando el resultado es coincidente con lo que se propuso el agente.

b) Dolo indirecto: Se presenta cuando el sujeto activo se propone un fin y además tiene la certeza de que surgirán otros resultados típicos con su actuar, mismos que acepta indirectamente.

c) Dolo indeterminado: Cuando el agente tiene una intención genérica de delinquir, sin que tenga en mente la producción de algún resultado delictivo en especial.

d) Dolo eventual: En este caso se desea un resultado delictivo en el que el sujeto activo prevé la posibilidad de que se susciten otros resultados no deseados en forma directa.

Un ejemplo claro del dolo lo encontramos en el delito de violación, en el cual el sujeto activo dirige su intención a la imposición de la cópula a otro, mediante el uso de la violencia física o moral. El agente actúa con un propósito perfectamente determinado, dirigiendo su voluntad a la consecución del resultado típico, siendo a su vez un caso de dolo directo.

En cuanto a las demás formas del dolo lo puedo ilustrar de la siguiente manera: el dolo indirecto se presenta en el caso del sujeto que pretende privar de la vida a otro

¹¹³ GRANADOS ATLACO, José Antonio, Miguel Ángel Granados Atlaco. Op. Cit, p. 95.

mediante el empleo de un explosivo, lo que provocaría otros daños indirectamente deseados o aceptados.

El dolo indeterminado se ilustra con el caso de los terroristas, cuya pretensión es causar un daño sin dirigir su conducta en específico a una persona determinada, sino su finalidad es causar pánico en la sociedad.

En cuanto al dolo eventual, puedo pensar en el sujeto que pretende robar en una institución bancaria y desconoce si existen varios guardias de seguridad, no busca privar de la vida a persona alguna, sin embargo, prevé la posibilidad de tener que hacerlo para lograr su objetivo.

Culpa.

Esta forma de culpabilidad se presenta cuando la voluntad no se halla encaminada a realizar una conducta que produzca un resultado típico; no obstante, éste último surge por negligencia o imprudencia del sujeto, a pesar de ser previsible y evitable. El doctrinario Pavón Vasconcelos define con gran precisión a la culpa como: aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.¹¹⁴

En cuanto a los elementos de la culpa, Maestro Castellanos Tena considera como factores integrantes de la misma, los siguientes: “por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento; es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero: los resultados del acto han de ser preVISIBLES y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.”¹¹⁵

¹¹⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit, p. 397.

¹¹⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit, p.157

Señalo dentro de esta forma de la culpabilidad todos aquellos casos de imprudencia, negligencia o descuido que llevan a un resultado típico, verbigracia, la madre que al estar cocinando lesiona al hijo infligiéndole alguna quemadura, por no tener la precaución de evitar la presencia del menor en el área de la casa destinada para las labores culinarias.

Las formas de la culpa reconocidas por la doctrina son las siguientes:

a) Culpa consciente (con representación o previsión): en esta hipótesis, el sujeto activo prevé la posibilidad de que surja un resultado plenamente tipificado, mas no lo quiere, abriga la esperanza de que no se produzca.

b) Culpa inconsciente (sin previsión o sin representación): esta clase de culpa se representa cuando el sujeto, ya sea por falta de cuidado o precaución, no prevé el resultado, teniendo la obligación de hacerlo por ser de naturaleza evitable y previsible la consecuencia.

3.4.1. CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Este elemento negativo del delito consiste en la ausencia de culpabilidad. El jurista español Eugenio Cuello Calón prefiere llamarle causas de exclusión de la culpabilidad definiéndolas como "especiales situaciones que concurren en la ejecución del hecho realizado por un sujeto imputable eliminando su culpabilidad."¹¹⁶

La inculpabilidad se presentará siempre que se encuentre ausente alguno de estos dos elementos: conocimiento y voluntad; suponiendo la preexistencia de todos los demás elementos del delito que constituyen una prelación lógica, que no supone una prioridad temporal.

Para el Derecho Penal vigente son causas de inculpabilidad las siguientes: el error invencible y la no exigibilidad de otra conducta.

¹¹⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. p. 462.

Formas de la inculpabilidad.

Error invencible.

Todo error consiste en una falsa concepción de la realidad o en una idea desvinculada del mundo fáctico, respecto a una situación, cosa u objeto.

Para efectos de nuestra disciplina, se considera que tanto ignorancia como idea falsa se identifican, ya que el hecho del desconocimiento de la realidad supone la existencia de un error, de un conocimiento falso.

Al decir del jurista Fernando Castellanos Tena: "la doctrina contemporánea divide el error en dos clases: de tipo y de prohibición, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal (el agente ignora obrar típicamente) o el sujeto, sabiendo que actúa típicamente, cree hacerlo protegido por una justificante."¹¹⁷

Ahora bien, en forma genérica, el error comprende las siguientes especies: error de hecho y error de derecho. La anterior distinción tiene su origen desde el antiguo Derecho Romano; mientras que la primera especie supone una causa de inculpabilidad, siempre que sea esencial e invencible; la segunda no funcionaba como excluyente de culpabilidad, ya que no encontraba fundamento en la ley para ello.

El error de derecho no debiera producir la inculpabilidad del agente en virtud que la ignorancia de la ley a nadie beneficia; a pesar de lo anterior, el artículo 15 del Código Penal., en su fracción VIII, inciso A), considera al error de derecho como una circunstancia excluyente del delito, siempre que dicha ignorancia o error invencible consista en el desconocimiento de alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o bien con base en lo señalado por el inciso B) del numeral en cita, al radicar el error en "la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la

¹¹⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit, p. 260.

existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta."¹¹⁸

El error se subdivide a su vez en esencial y accidental. En cuanto al error accidental, no es considerado como causa de inculpabilidad porque recae sobre elementos no esenciales, meros accidentes del delito, verbigracia, el error en el golpe o el error en la persona o en el objeto; este tipo de error no exime en lo más mínimo la plena culpabilidad del agente.

A su vez, el error puede ser vencible o invencible. Sólo el error invencible tiene el papel de causa excluyente del delito en el marco de la inculpabilidad.

En építome, el error invencible consiste en la presencia de un falso conocimiento de realidad que recae sobre una parte toral del delito y que impide al sujeto activo advertir la conexión del hecho realizado con la hipótesis legal.

Para culminar el tema, adicionare que la propia ley prevé el caso de que no se trate de un error invencible, indicando que para efectos de la sanción se estará a lo estipulado por el artículo 60 de la misma codificación punitivo, el cual recoge las sanciones aplicables a los delitos culposos.

No exigibilidad de otra conducta.

Esta causa de inculpabilidad supone el actuar de un sujeto imputable produciendo un resultado típico y antijurídico, pero no culpable en virtud de que no es posible la satisfacción de los elementos en que se basa la exigibilidad que son el deber y el poder.

El deber supone la obligación de actuar conforme al contenido de la norma, en tanto que el poder se refiere a la posibilidad de conformar la conducta al Derecho.

Pues bien, el sujeto que se encuentra ante la exigibilidad de otra conducta carece de ese deber y de ese poder en virtud de que, dadas las circunstancias de su situación,

¹¹⁸ www.ordenjuridico.gob.mx Fecha de consulta 22092009.

no es posible que se exija una conducta distinta a la observada. El comportamiento es excusable por obedecer a una situación especialísima y apremiante.

El artículo 15 del Código Penal Federal establece que se excluye al delito cuando:

...IX.- "Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.
..."¹¹⁹

Como causas específicas de no exigibilidad de otra conducta tenemos:

a) Estado de necesidad: cuando se encuentra en juego dos bienes jurídicos de igual jerarquía. En este caso, el hecho de sacrificar uno de ellos por salvaguardar el otro es una hipótesis clarísima de no exigibilidad de otra conducta.

Consideremos el caso de que dos vidas se encuentran en peligro y sólo una de ellas es salvaguardada; es atentatorio a la lógica pensar en la posibilidad de exigir más allá de lo factible al sujeto que ha preservado sólo uno de los bienes en juego de idéntica jerarquía.

b) Temor fundado: la doctrina es uniforme en considerar que el temor fundado o *vis compulsiva* se basa en la existencia de una coacción sobre la voluntad del sujeto. Al no perderse determinar libremente el sujeto, no se le puede considerar culpable del hecho delictivo que ejecute.

El maestro Sergio Vela Treviño dice respecto del temor: "al temor lo define como reacción anímica consciente y voluntaria que produce un resultado típico y antijurídico por la huida o rechazo en que se manifiesta la reacción ante la presencia de un factor externo amenazante. Claramente podemos observar en el concepto precedente tres elementos de diversa naturaleza, estos elementos son, en primer término, el que denominare subjetivo, que es la reacción anímica; en segundo el elemento objetivo que es la presencia cierta de un factor amenazante y, en tercero, el elemento normativo, que se integra por la existencia de una conducta típica y

¹¹⁹ ÍDEM.

antijurídica, más la conclusión de que se trata de un caso de inexistencia de delito por inculpabilidad del autor de la conducta calificada como típica y antijurídica.”¹²⁰

Consideran el temor fundado como una no exigibilidad de otra conducta, autores como Castellanos Tena y Pavón Vasconcelos. A mi entender, el temor fundado debe ser considerado como una hipótesis de la no exigibilidad de otra conducta, toda vez que ese deber y poder del que he hablado están ausentes en el sujeto que es sometido a ese tipo de coacción moral.

3.4.1. IMPUTABILIDAD

Carrara estimaba que la imputabilidad es un simple concepto, que lleva por necesidad a la conclusión de que si solamente el hombre es imputable, la imputabilidad es la expresión técnica idónea para resaltar personalidad, subjetividad y capacidad penal del individuo.

Por su parte, la Escuela Clásica distinguió entre imputables e inimputables, siendo esto posible debido a la consideración de que la imputabilidad y el libre albedrío fundamentan a la responsabilidad.

La idea del libre albedrío fue rotundamente negada por los positivistas, quienes proclamaron abiertamente el determinismo. Para ellos, el hombre tenía una responsabilidad social, por lo que era innecesario distinguir imputables e inimputables; todos debían responder, indiscriminadamente y por igual, del hecho contrario al Derecho que hubieren cometido.

Mayer define a la imputabilidad de la siguiente manera: “Es la posibilidad, condicionada por la salud y madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes, y de obrar conforme a ese conocimiento.”¹²¹

¹²⁰ VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit, p. 306.

¹²¹ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel Granados Atlaco. Op. Cit. p. 84.

El ilustre penalista mexicano Raúl Carrancá y Trujillo dice al respecto:

“...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.”¹²²

Por su parte, el Penalista Castellanos Tena da una definición bastante concreta, al decir que podemos definir a la imputabilidad "como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal."¹²³

Ubicación en la estructura del delito.

Respecto de la posición que ocupa la imputabilidad dentro del estudio analítico del delito, la doctrina iuspenalista se ha dividido sin lograr una consideración uniforme de la misma. Mientras algunos estudiosos consideran que es un elemento integrador del delito dentro de una prelación lógica que se coloca entre la antijuridicidad y la culpabilidad; para otros autores no es más que un presupuesto del delito. Una tercera postura sitúa a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad.

El Maestro Celestino Porte Petit, al mencionar los presupuestos del delito, enumera como tales los siguientes:

“a) La norma penal, comprendidos el precepto y la sanción.

b) El sujeto activo y pasivo.

¹²² CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, T. II., México, Antigua Librería Robredo, 1956. pp. 430-431.

¹²³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. 218.

c) La imputabilidad.

d) El bien tutelado.

e) El instrumento del delito."¹²⁴

Jiménez de Asúa le da a la imputabilidad un carácter de elemento integral del delito al definirlo como "un acto típicamente antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."¹²⁵

El Catedrático Castellanos Tena, Ignacio Villalobos y Pavón Vasconcelos, conciben a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, negándole el carácter de elemento autónomo del delito. Esta afirmación tiene su base en la consideración de la imputabilidad como la capacidad del sujeto, consistiendo dicha capacidad "ordinariamente en el conocimiento de la significación del hecho en el mundo normativo; capacidad de 'dirigir sus actos dentro del orden jurídico' y por ello condición que hace posible la culpabilidad penal,..."¹²⁶

3.5.1. INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad; por lo que podemos considerarla *contrario sensu*, como la incapacidad del sujeto activo de entender y de querer.

Existen diversas causas que su presencia anula esa capacidad que suponemos debe tener el transgresor de la norma, las conocemos como causas de inimputabilidad, que a continuación se exponen:

Desarrollo intelectual retardado.

¹²⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. pp. 258-259.

¹²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Ley y el Delito. México, Hermes/Sudamerica, S/edición, 1986, p. 207.

¹²⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 363.

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, es el caso de aquellos que no hayan alcanzado la madurez en el desarrollo de su intelecto. Esta condición hipotética se halla contenida en el artículo 15 del Código Penal Federal, fracción VII, considerando el legislador que dicho desarrollo retardado debe presentarse en tal magnitud, que impida al sujeto comprender el carácter antijurídico de su conducta.

Trastorno mental.

Esta hipótesis es recogida también por la fracción citada supra; la ley dispone que el sujeto activo, para ser amparado por la excluyente del delito, deberá carecer de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico, "en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado,..."¹²⁷

La ley no hace distinción entre los trastornos mentales permanentes y transitorios, no obstante, podemos considerar que la fracción que aludo ampara ambas circunstancias.

Los menores de edad.

Aun y cuando no existe uniformidad en cuanto al límite cronológico de minoría de edad en los distintos ordenamientos de nuestro país, vigentes en la materia, la minoría de edad supone una inmadurez del sujeto en virtud de su escaso desarrollo basado en su corta edad, por lo que, ante tal estado psíquico, la ley determina que no se les puede penalizar, sino que deben ser sometidos a una corrección educativa en centros especialmente creados para ello.

La inmadurez mental coloca al menor de edad en una situación de incapacidad para determinarse con plenitud frente a la ley, quedando por ello sujeto a medidas tutelares.

¹²⁷ www.ordenjuridico.gob.mx. Fecha de consulta 13102009.

Me adjunto a la postura adoptada por el doctor Eduardo López Betancourt, quien considera que los menores de edad no son inimputables, ya que su capacidad de querer y entender no se encuentra disminuida, sino que, sencillamente, son sujetos de un régimen distinto que hace inaplicable a éstos las normas jurídico-penales.

En nuestra concepción, los menores de edad son **sujetos no imputables**, ya que no se puede hablar de carencia de capacidad de comprender, cuando es probable que la misma exista al no estar condicionada a un término cronológico específico.

Las acciones libres en su causa.

Este tipo de acciones suponen que el sujeto activo de un delito se coloca *exprofeso* en alguna de las causas de inimputabilidad consideradas por el Derecho Penal, para así poder eludir la responsabilidad originada por su acto delictivo.

El criterio seguido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación es que, aun cuando se pruebe que al realizar la conducta, el sujeto se hallaba en un estado de inconsciencia, si éste fue procurado voluntariamente, no se elimina la responsabilidad.

La fracción VII del artículo 15 del Código Penal Federal, en su primer párrafo, *in fine*, exceptúa de la inimputabilidad a aquellos casos en que el sujeto activo hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, ante ello, "responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible."¹²⁸

La parte final de dicha fracción adiciona lo siguiente:

"Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código."¹²⁹

¹²⁸ ÍDEM.

¹²⁹ ÍDEM.

3.4.2. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

En la opinión del jurista español Cuello Calón, las condiciones objetivas de punibilidad son aquellos requisitos que la ley exige concurren junto con los elementos básicos de punibilidad.

Para que un hecho sea punible, se requiere la presencia "de determinadas circunstancias ajenas o exteriores al delito, e independientes de la voluntad del agente. Estas son denominadas condiciones objetivas de punibilidad."¹³⁰

El Ilustre Penalista Castellanos Tena asevera que las condiciones objetivas de punibilidad son definidas generalmente como "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación."¹³¹

El Maestro Guillermo Colín Sánchez, identifica, siguiendo a Eugenio Florián, a las condiciones objetivas de punibilidad con cuestiones prejudiciales, así como con los requisitos de procedibilidad; considerando a los segundos como "cuestiones de Derecho cuya resolución se presenta como antecedente lógico y jurídico de la del Derecho Penal objeto del proceso y que versan sobre una relación jurídica de naturaleza particular y controvertida."¹³²

Este doctrinario hace notar que la diferencia de términos radica en el enfoque que se le dé, así, quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el aspecto general de Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde el punto de vista procesal; en cambio los requisitos de procedibilidad son condiciones que legalmente deben satisfacerse para proceder en contra de quien ha infringido una norma determinada de Derecho Penal.

Ubicación en la teoría del delito.

¹³⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. p. 522.

¹³¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p 278.

¹³² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. ***Derecho Mexicano de Procedimientos Penales***. 8° edición, Editorial Porrúa, México, 1984. p. 242.

Al respecto, el maestro Eduardo López Betancourt, al considerar a las condiciones objetivas de punibilidad como requisitos, generalmente de orden procesal, indispensables para la comisión del ilícito, nos permite intuir que dichas condiciones cuentan con el carácter de elemento esencial del delito.

Por su parte, el maestro Castellanos Tena considera que las condiciones objetivas de punibilidad no son un elemento esencial del delito: “si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Basta la existencia de un sólo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia. Muy raros delitos tienen penalidad condicionada.”¹³³

Las condiciones objetivas de punibilidad sí conforman un elemento esencial del delito, toda vez que, si bien es cierto son excepcionales los casos que nuestra ley contempla de ilícitos dotados de las mismas, también es cierto que dichos casos no podrían perfeccionarse como delitos de no cumplirse la condicionalidad objetiva de penalidad.

La pretensión punitiva estatal no se puede definir con exactitud ante la falta de este elemento, hecho que le dota de ese matiz de esencialidad que he acotado.

Se ha considerado como un ejemplo clásico de este tipo de exigencia a la querrela, petición que la parte ofendida en la comisión de un ilícito formula a la autoridad competente en el sentido de que sea perseguido el delito cometido en su agravio (recordemos la distinción de los delitos por su forma de persecución).

Ejemplos de lo anterior son las siguientes figuras típicas: hostigamiento sexual, estupro, abandono de cónyuge, lesiones levisimas y leves, etcétera.

3.6.1. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

¹³³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 278.

El aspecto negativo del elemento que nos atañe es la ausencia de la condicionalidad objetiva de penalidad, consistente en la carencia de la exigencia hecha por la ley para el cabal perfeccionamiento del aspecto persecutorio.

Este aspecto negativo se manifiesta cuando se da la exigencia de la condición objetiva de punibilidad y ésta no ha sido ejecutada o no cumple con las formalidades legales. Pensemos en el caso de la querrela interpuesta conforme a la ley, pero que carece de la debida ratificación a través de la impregnación de la rúbrica o de la huella digital del querellante.

Otro caso sería la ausencia de la certificación bancaria de un cheque sin fondos, cuando se pretende perseguir la hipótesis de fraude específico contenida en la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal Federal.

3.4.3. PUNIBILIDAD

La doctrina se encuentra dividida en cuanto a la forma de considerar a la punibilidad; una parte se inclina por ubicarla dentro de la dogmática jurídico-penal como un elemento del delito, mientras que para otros autores, la punibilidad no es más que una consecuencia del delito.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos define la punibilidad como: la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.¹³⁴

Son del mismo parecer los siguientes autores: Bettiol, Jiménez de Asúa y Cuello Calón, entre otros. Este último le da especial relevancia a la punibilidad al decir que: “para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad debe reunir el de su punibilidad, siendo este de todos ellos, el de mayor relieve penal. Una acción puede ser antijurídica y culpable y, sin embargo,

¹³⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. p. 421.

no ser delictuosa, podrá, verbigracia, constituir una infracción de carácter civil o administrativo, mas para que constituya un hecho delictuoso, un delito, es preciso que su ejecución se halle conminada por la ley con una pena, que sea punible.”¹³⁵

Por su parte el jurista Sebastián Soler excluye tajantemente a la punibilidad de los elementos esenciales del delito, criticando la definición del delito como un acto antijurídico, culpable y punible, ya que ello implica incurrir en el error lógico de incluir en los elementos de la definición lo que precisamente es el objeto definido. Si algún sentido tiene definir el delito, éste consistirá en que la definición pueda guiarnos, para que, cuando los elementos concurren, la pena pueda o deba aplicarse. La construcción en la dogmática jurídica tiene un objeto más práctico que cognitivo. La punibilidad es una consecuencia de la reunión de esos elementos, de modo que toda la tarea sistemática consiste en examinar el contenido de éstos.

El maestro Ignacio Villalobos considera que la punibilidad “no es un elemento del delito, éste es punible por antijurídico y culpable; quien lo comete, merece el reproche y la sanción.”¹³⁶

La punibilidad como merecimiento, como responsabilidad o como derecho correspondiente al Estado, se engendra por la antijuridicidad y la culpabilidad; va implícita en éstas como su consecuencia; por ello se ha dicho que agregarla en la definición del delito es una autología y que, si por "punibilidad" se entiende la calidad del acto que amerita una pena, no es un elemento nuevo si no una especial apreciación de la naturaleza conjunta del delito.

El Jurista Castellanos Tena define a la punibilidad como "el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.”¹³⁷

Este autor también le niega el rango de elemento esencial del delito a la punibilidad, al considerar que la pena se merece en virtud de la naturaleza que tenga el

¹³⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. p. 522.

¹³⁶ VILLALOBOS, Ignacio. ***Derecho Penal Mexicano***, 4° edición, Editorial Porrúa, México, 1983, p. 154.

¹³⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 275

comportamiento; la anterior postura la refuerza con el argumento de que la existencia de una sanción, no determina la calidad delictiva de una conducta.

El Maestro Celestino Porte Petit ubica a la punibilidad como una consecuencia del delito, partiendo de la base de que al no cumplirse la condición objetiva de punibilidad, no habrá delito, lo que le hace pensar que la punibilidad es una mera consecuencia y no un elemento insoslayable del evento antisocial.

Para la maestra Olga Islas la punibilidad "es conminación de retribución penal, formulada por el legislador para la defensa de la sociedad y determinada por el valor de uno o más bienes jurídicos."¹³⁸

Distinción entre punibilidad, pena y punición.

Un concepto ligado íntimamente con el de punibilidad es el de pena. El Maestro Rafael de Pina define a la pena como: "el contenido de la sentencia de condena impuesta al responsable de una infracción penal por el órgano jurisdiccional competente que puede afectar a su libertad a su patrimonio o al ejercicio de sus derechos; en el primer caso, privándole de ella, en el segundo, infligiéndole una merma en sus bienes, y en el tercero, restringiéndolos o suspendiéndolos."¹³⁹

Sergio García Ramírez es mucho más gráfico al señalar que significa poco o nada que la ley establezca delitos sin que exista una correlativa fijación de penas, ya que considera que sería tanto como hablar de "campanas sin badajo".

En este orden de ideas considero que mientras la punibilidad consiste en la amenaza de aplicación de una pena en concreto sobre quien cometa un acto delictivo; la pena es una consecuencia del delito, ya que viene a ser la imposición de un mal proporcional al acto transgresor 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.

¹³⁸ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. ***Nueva Teoría General de Derecho Penal. Criminalia***, Editorial Porrúa, México, 1978, p.45.

¹³⁹ PINA, Rafael de. ***Diccionario de Derecho***. 9ª edición, Editorial Porrúa, 1980, p. 373.

Otra diferencia sustancial entre punibilidad y pena consiste en que la primera es resultado de una labor llevada a cabo por la función legislativa del Poder Público, en tanto que la pena proviene de la función judicial, toda vez que es tarea del juzgador precisar la concreta sanción a un delincuente a través de una sentencia, dentro de un marco de formalidades procesales respetuosas de los Derechos Humanos.

Respecto de la punición, la puedo considerar como el concreto y real acto de aplicación de la pena; es decir, una vez que el juzgador ha determinado el alcance del reproche social a través de la resolución definitiva, corresponde al poder Ejecutivo la reclusión del delincuente asignándolo a un lugar determinado para su readaptación social.

3.7.1. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD

De igual forma que los demás elementos del delito, la punibilidad también cuenta con su aspecto negativo que son las excusas absolutorias, que de presentarse imposibilitan la aplicación de la pena correspondiente.

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo estructura una definición de las excusas absolutorias: “son causas que dejan subsistir el carácter delictivo de la acción, causas personales que excluyen sólo la pena, pues por las circunstancias que concurren en la persona del autor el Estado no establece contra tales hechos acción penal alguna.”¹⁴⁰

Cuello Calón dice de las excusas absolutorias que se trata de causas de impunidad: “mediante cuya concurrencia hechos definidos por la ley como delitos que quedan impunes, se diferencian de las causas de justificación en que el acto ejecutado es antijurídico, ilícito, y de causas de inimputabilidad en que el agente es imputable, y

¹⁴⁰ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit. p. 144.

sin embargo, no obstante ser el hecho culpable y antijurídico no se castiga. La excusa absolutoria es, en realidad un perdón legal.”¹⁴¹

La Política Criminal.

En el ámbito penal existe una ingerencia importante de la apreciación estatal respecto de determinadas conductas antisociales. En algunos casos, la ley reconoce perfectamente la posibilidad de actuar aparentemente al margen del estado de Derecho; sin embargo, dicha conducta puede dejar de percibirse como antisocial si tomamos en consideración otras circunstancias concurrentes, cuya presencia puede transformar totalmente la situación.

Ello es la Política Criminal, una preocupación del Estado porque la tutela de bienes jurídicos no se convierta en una injusticia adicional a la aparente transgresión de la norma jurídico-penal.

El maestro Castellanos Tena, al definir a las excusas absolutorias alude a la Política Criminal, al señalarlas como: aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo en una conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

(Cabe recordar que el presente autor niega la punibilidad carácter de elemento del delito).

Considero que las excusas absolutorias operan en función de un interés público; es decir, la presencia de éstas se justifica por razones o motivos de índole político sin que por ello deje de subsistir el carácter delictivo del acto; su trascendencia se restringe al hecho de que impiden que la pena sea aplicada al transgresor de la norma punitiva.

¹⁴¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. p. 524.

Derecho vigente.

Cada tipo penal posee su respectiva amenaza de sanción que el legislador, en aras del principio Constitucional vertido en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, contempla apriorísticamente, estableciendo a su vez un *minimum* y un *maximum* entre los cuales el juzgador habrá de individualizar la sanción concreta.

No obstante, el Código Penal Federal en su título muestra dentro del libro Primero para la aplicación de las sanciones, previo enlista miento y explicación de las "penas" y medidas de seguridad de probable aplicación.

“Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

- I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;
- II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;
- III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;
- IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;
- VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y
- VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Artículo 60.- En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.

Cuando a consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se caucen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e

inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar.

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

- I.- La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;
- II.- El deber del cuidado del inculpaado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;
- III.- Si el inculpaado ha delinuido anteriormente en circunstancias semejantes;
- IV.- Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios, y
- V.- El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.
- VI.- (Se deroga).

Artículo 61.- En los casos a que se refiere la primera parte del primer párrafo del artículo anterior se exceptúa la reparación del daño. Siempre que al delito doloso corresponda sanción alternativa que incluya una pena no privativa de libertad aprovechará esa situación al responsable de delito culposo.

Artículo 62.- Cuando por culpa se ocasione un daño en propiedad ajena que no sea mayor del equivalente a cien veces el salario mínimo se sancionará con multa hasta por el valor del daño causado, más la reparación de ésta. La misma sanción se aplicará cuando el delito culposo se ocasione con motivo del tránsito de vehículos cualquiera que sea el valor del daño.

Cuando por culpa y por motivo del tránsito de vehículos se causen lesiones, cualquiera que sea su naturaleza, sólo se procederá a petición del ofendido o de su legítimo representante, siempre que el conductor no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquiera otra sustancia que produzca efectos similares y no se haya dejado abandonada a la víctima.

CAPITULO III

Aplicación de sanciones en caso de tentativa

Artículo 63.- Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

CAPITULO IV

Aplicación de sanciones en caso de concurso, delito continuado, complicidad, reincidencia y error vencible

Artículo 64.- En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.

En caso de concurso real, se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título Segundo

del Libro Primero. Si las penas se impusieran en el mismo proceso o en distintos, pero si los hechos resultan conexos, o similares, o derivado uno del otro, en todo caso las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de libertad por el primer delito.

En caso de delito continuado, se aumentará de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título segundo del Libro Primero.

Artículo 64 Bis.- En los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.

Artículo 66.- En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad 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 dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.

Artículo 69 Bis.- Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.”¹⁴²

¹⁴² www.ordenjuridico.gob.mx Fecha de consulta 13102009.

CAPÍTULO IV. ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO DEL ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 160 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (PRIVACION DE LA LIBERTAD).

Antes de iniciar el presente estudio en torno a los elementos del delito de Privación de la Libertad Personal, es menester proporcionar al lector una breve explicación de los alcances de la dogmática, a la luz de la doctrina jurídica:

Así, el Doctor Arturo García Jiménez, considera que "En el ámbito del Derecho Penal, la dogmática adquiere gran trascendencia por el principio de estricta aplicación del derecho que rige en esta materia, ampliamente conocido y que se resume en los apotegmas *"nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege"*, es decir, que no hay delito sin ley, ni tampoco existe pena sin ley previa."¹⁴³

De las dos anteriores máximas se desprende la necesidad de una construcción dogmática en el Derecho Penal, esto, en virtud de los principios, método empleado y la finalidad que el mismo persigue.

El maestro Celestino Porte Petit con relación a la dogmática jurídico penal sostiene: "consiste en el descubrimiento, construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento penal positivo."¹⁴⁴

Así, este autor, considera a la dogmática como una exposición sistematizada de los principios rectores y dadores de vida al Derecho Penal, principios que en forma dialéctica y heteropoyética le dan su razón de ser a las diferentes teorías que pretenden desde puntos de vista distintos, explicar al delito y a los elementos que lo constituyen.

¹⁴³GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. ***Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.*** S/edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 280.

¹⁴⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. ***Importancia de la Dogmática Jurídico Penal.*** Editorial Gráfica Panamericana, México, 1954, p.22.

Como es de advertirse, la estructura dogmática del delito, no puede quedar ceñida exclusivamente a la letra de la norma, sino que deberá apoyarse en la hermenéutica jurídica.

El presente estudio encontrará su base en la Teoría Causalista de la Acción, atomizando al delito en siete elementos positivos, con sus respectivos aspectos negativos, donde los primeros cinco elementos dan vida al delito y los últimos dos se deben entender como necesarios para efecto de punir la conducta ya calificada como delictiva; en otras palabras, así como la mujer fecundada da vida al infante una vez transcurridos los nueve meses de embarazo, analógicamente el delito nace ya cumplidos los cinco meses llamados elementos esenciales del delito; pero si a la mujer embarazada se le aplicara algún abortivo, es lógico suponer que el producto no nacería, algo similar sucede con el delito pues al aplicar alguna excluyente de delito, el mismo no nacería por causas obvias. Los abortivos del delito son los llamados aspectos negativos y estos se encuentran *a fortiori* en el artículo 29 de la ley punitiva local, me refiero a las excluyentes de delito, bastará con la presencia de cualquiera de estas para que el delito no se encarne. El delito se puede definir como una *conducta, típica, antijurídica, imputable* a un ser humano y desplegada con una intencionalidad permeada de culpabilidad, y es ahí donde los elementos esenciales del delito encuentran su razón de ser, siempre preservando una prelación lógica natural. Por su parte, y una vez nacido el delito, habrá de sancionarlo, así surgen los elementos básicos del delito, que en su caso, deberán cumplir con las condicionantes que ocasionalmente exija la parte procedimental del Derecho Penal y no deberá existir a favor del violentador de la norma penal, alguna cuestión de política criminológica que impidan aplicarle una pena.

A efecto de tener presente el delito en estudio, me permito transcribir el numeral 160, vigente, del Código Penal para el Distrito Federal, que establece:

TÍTULO CUARTO
Delitos Contra la Libertad Personal
CAPÍTULO I

“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.”¹⁴⁵

4.1. ELEMENTOS DEL DELITO

4.1.1. CONDUCTA

Para algunos doctrinarios como Don Celestino Porte Petit, “La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.”¹⁴⁶

En efecto, sólo atendiendo al ámbito externo o natural del comportamiento del ser humano, es como se puede llegar a distinguir el hacer y el no hacer, el primero implica una serie de movimientos corporales ejecutados por el sujeto, mientras que el segundo, entraña la inactividad del sujeto y que conlleva a un resultado meramente formal o a la suma del primero con un resultado material.

En la **conducta** el elemento *volitivo* siempre estará presente, así en este primer elemento positivo y esencial del delito, la conexión libre y concreta entre el factor neuronal y el muscular es signo inequívoco de que la voluntad está presente e incólume.

¹⁴⁵ www.ordenjuridico.gob.mx. Fecha de consulta 27112009.

¹⁴⁶ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. ***Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal***. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 1985. p.261.

Ahora bien, las formas en que puede manifestarse la conducta son la acción y la omisión; así, la acción según el maestro Fernando Castellanos Tena es “todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.”¹⁴⁷

Para la acción el hacer voluntario es la materialización del hecho por un hacer libre que conlleva, en el mundo fáctico a movimientos que lesionan un bien jurídico sin importar para este elemento el *animus* del agente, es decir, su intención al desplegar su conducta; ya que ésta, la intención, no es importante para la acción. Basta con la conexión cerebro y movimiento corporal colmados de voluntad libre para que se dé dicha conexión.

Por otra parte, “la omisión, consiste en una actitud pasiva (inactividad) o contraria (activa distinta) del sujeto obligado por la norma a llevar a cabo una conducta positiva; en contradicción con lo preceptuado por la norma el sujeto incumple con el deber que le es impuesto.”¹⁴⁸

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple y la comisión por omisión, también llamada omisión impropia u omisión compleja. La omisión simple se puede definir como un “no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva penal y produciendo un resultado típico.”¹⁴⁹

En la omisión simple podrá presentarse un resultado formal y que se entiende como la mera trasgresión a la norma jurídica sin causar efecto alguno en el mundo material; mientras que la “comisión por omisión encuentra su esencia en la trasgresión de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse en virtud de la inactividad voluntaria del sujeto, actitud que produce un resultado material y típico.”¹⁵⁰

¹⁴⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit, p.180.

¹⁴⁸ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. Op. Cit. p.25.

¹⁴⁹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit., p.305.

¹⁵⁰ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. Op. Cit., p.27.

Es decir, existe una mutación del mundo fáctico por violentar un deber de cuidado no observado por el agente, al igual que en la acción, el *animus* del activo no es importante para la omisión *in genere*, basta con que el elemento volitivo sea el vínculo entre el proceso neuronal y la inactividad corporal para estar frente a la omisión.

Por lo que al delito Privación de la Libertad Personal en estudio se refiere, se requiere que el “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 cualquier otra”, conducta que presupone un hacer voluntario, hecho que remite preferentemente a la acción, a una conducta positiva, sin embargo ocasionalmente pudiera presentarse la omisión simple

4.1.2. AUSENCIA DE CONDUCTA

Al respecto, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos establece que “hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no puede atribuirse al sujeto, no son ‘suyos’ por faltar en ellos la voluntad.”¹⁵¹

Así, resulta imposible que se pueda dar una acción u omisión cuando sólo existe una expresión puramente física de la conducta sin que intervenga la voluntad; es decir, el elemento volitivo como nexos entre la orden cerebral y el movimiento corporal se encuentra mermado o nulificado totalmente.

Se admiten como causas de ausencia de conducta las siguientes:

¹⁵¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. ***Breve Ensayo Sobre la Tentativa***. S/edición, Editorial Porrúa, México 1989. p. 221.

a) **Vis maior o Fuerza mayor.** Consiste en una fuerza irresistible, proveniente de fenómenos climatológicos o de los animales que obligan al agente a actuar positiva o negativa, de una forma que no deseaba, llevando a cabo un acto involuntario.

b) **Vis absoluta o Fuerza.** Es física, exterior, irresistible, proveniente de un ser humano ajeno al agente, es considerada como uno de los casos indiscutibles de ausencia de conducta. Ésta tiene su origen en una fuerza física superior e irresistible proveniente de otro hombre, que obliga al sujeto a actuar de una forma que no ha querido, llevando a cabo un acto involuntario por un constreñimiento de carácter material. Así, “a través de la *vis absoluta* el sujeto realiza 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.”¹⁵²

c) **Movimientos reflejos o Actos reflejos.** Por aquellos se deben entender todos los “movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo un influjo anímico, sino que son desatados inmediatamente por un estímulo fisiológico-corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un sensorio a un centro motor y produce el movimiento.”¹⁵³

Es decir, campea la función del sistema nervioso central por encima de la voluntad racional; por lo general es el instinto de conservación el que prevalece en esta hipótesis.

d) **Sueño.** “El sueño es el descanso regular y periódico de los órganos sensoriales y del movimiento, acompañado de relajación de los músculos y disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas así como la temperatura del

¹⁵² LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del Delito*. 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1994. p.97.

¹⁵³ MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, Revista de Derecho Privado. Madrid 1955. pp.215-216.

cuerpo. Su función es la de reparar las energías físicas y mentales gastadas en la vigilia.”¹⁵⁴

Es obligado precisar que el descanso del movimiento es relativo, pues el cuerpo adquiere en el sueño, varias posturas en este estadio, pero de manera involuntaria. Por otra parte, el sueño debe estar libre de un deber de cuidado que el agente guarde con relación a un bien protegido por la ley.

e) **Hipnotismo.** “El hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o, cuando menos de su disminución, a través de la sugestión, lo que establece una necesaria correspondencia psicológica entre el paciente (hipnotizado) y el hipnotizador.”¹⁵⁵

Es de reflexión obligada la situación que prevalece en esta hipótesis ya que solo será procedente cuando la hipnosis obedezca a una situación meramente terapéutica, realizada por persona versada en la materia.

f) **Sonambulismo.** El sujeto activo realiza movimientos corporales inconscientes e involuntarios pero los hace deambulando dormido, es una anomalía del sueño, caracterizada por la ejecución de actos elaborados de manera automática.¹⁵⁶

El fundamento legal de la Ausencia de conducta lo encontramos en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal que en su fracción I establece:

*“Artículo 29.- El delito se excluye cuando:
I.- (Ausencia de Conducta). El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;
...”*¹⁵⁷

¹⁵⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit, p.99.

¹⁵⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Ci, p.256.

¹⁵⁶ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. Op. Cit, p.29.

¹⁵⁷ www.ordenjuridico.gob.mx. Fecha de consulta 27/11/2009.

Lo anterior nos lleva a concluir que ante la falta del elemento volitivo estaremos frente a la ausencia de la acción o de la omisión, según sea el caso.

En cuanto al delito en estudio, se puede afirmar que es dable la *Vis maior*, *Vis Absoluta*, Actos Reflejos, Sonambulismo e hipnotismo, y esta última con todas las reservas del caso.

4.1.3. TIPICIDAD

El Maestro Castellanos Tena expresa que la tipicidad es: “la adecuación de la conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto, cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, lo cual significa que no existe el delito sin tipicidad.”¹⁵⁸

Por su parte el maestro Jiménez de Asúa define a la tipicidad, como “la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley para cada especie de infracción.”¹⁵⁹

De una manera más simple el maestro Porte Petit cree que la tipicidad consiste en “la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo.”¹⁶⁰

De la anterior definición se desprende la necesidad de conceptuar al tipo, así como el estudio de sus diversos elementos. Así, el tipo penal es la descripción

¹⁵⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit, p.165.

¹⁵⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. ***Tratado de Derecho Penal***. Tomo III, Editorial Losada, Buenos Aires 1964. p.746.

¹⁶⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit, p.471.

objetiva que hace el legislador de una conducta antisocial que por su naturaleza afecta bienes jurídicos de *prima* importancia.¹⁶¹

Por lo anterior, es necesario tener cuidado en no confundir la tipicidad con el tipo, puesto que la primera se refiere a la conducta desplegada por el sujeto activo, misma que es considerada como ilícita, mientras que el tipo se refiere a la descripción, o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito, es la fórmula legal a la que se debe adecuar en forma cabal y exacta la conducta para la existencia de un delito.

Considero en lo que atañe al delito en estudio, tipificado en el artículo 160, los elementos esenciales y básicos exigidos son a saber:

Elementos esenciales del tipo.

A) Sujeto activo.

El sujeto activo se identifica con la persona física que ejecuta evento antisocial considerado por la norma jurídico penal.¹⁶²

El sujeto activo entendido como un elemento del tipo se concibe como “toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal.”¹⁶³

Es necesario mencionar que en algunos casos el tipo penal exige que el sujeto activo reúna determinada calidad específica, o en su caso alguna pluralidad específica, requisitos sin los cuales no se puede dar la actualización del tipo penal.

¹⁶¹ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. Op. Cit, p.31.

¹⁶² IBÍDEM. p.8.

¹⁶³ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida.* 2ª edición, Editorial Trillas, México, 1985, p.29.

Así, la calidad específica es “el conjunto de características exigidas en el tipo y delimitadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber.”¹⁶⁴

La pluralidad específica, consiste en la autoría material múltiple exigida por el tipo penal para hacer factible la lesión al bien jurídico.¹⁶⁵

En el delito del artículo en cita, el sujeto activo es la persona física que tiene la calidad específica de particular.

B) Sujeto pasivo.

El Maestro Fernando Castellanos Tena ve atinadamente que “el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado, o jurídicamente protegido por la norma.”¹⁶⁶

En atención a la estructura gramatical y semántica del tipo penal, *in genere*, también en el caso del sujeto pasivo pudiera exigirse una calidad específica y/o en su caso, cantidad.

En el delito en estudio, es al particular que se encuentre privado de su libertad.

C) Objeto Jurídico

El objeto jurídico es el bien jurídicamente tutelado por la ley; al respecto, el maestro Monarque Ureña establece que es, “el bien jurídicamente protegido por la norma penal.”¹⁶⁷

Por su parte, el maestro Jiménez de Asúa define al objeto jurídico como “el bien jurídico que el acto delictivo lesiona o pone en peligro de ser lesionado. Es el bien

¹⁶⁴ IBÍDEM. p.38.

¹⁶⁵ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. Op. Cit, p.11.

¹⁶⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit, p.151.

¹⁶⁷ MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito. S/edición, Editorial Porrúa, México, 2000. p.42.

protegido por la norma penal; en definitiva, los intereses o bienes tutelados por el derecho.”¹⁶⁸

Los maestros José Antonio y Miguel Ángel Granados Atlaco por su parte mencionan que el bien jurídico es el elemento básico en la estructura del tipo legal y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídico penal.¹⁶⁹

Como ha quedado anteriormente, el bien jurídico que el Estado protege en relación al delito en estudio es la libertad sicomotora, ya que por la vía del Derecho Penal salvaguarda la libertad de poder desplazarse.

D) Objeto Material

El objeto material “está constituido por la persona o cosa sobre la que se realiza, recae o se produce el delito.”¹⁷⁰

El objeto material es la persona o cosa sobre la que recae directamente la conducta delictiva. En el caso del tipo penal que contempla el citado numeral 160 del Código Penal para el Distrito Federal y atendiendo a su forma de comisión, al despliegue exigido en torno a la conducta direccionada; es “el particular privado de su libertad” el objeto material pues sobre éste recae la conducta.

E) Referencias de modo, tiempo, lugar u ocasión.

- “Referencia de modo: En determinados casos la ley requiere ciertos medios o modalidades o formas de ejecución para la integración del tipo.

¹⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit, p.103.

¹⁶⁹ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. *Teoría del Delito, Antología*. 2ª edición, UNAM, México, 1996, p.37.

¹⁷⁰ MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª edición, segunda reimpresión, Editorial Trillas, México, 2001. p.155.

Para el delito en estudio, la referencia de modo es “la privación que realiza un particular a otro sin el propósito de obtener un lucro, causar un daño o perjuicio a la persona privada de su libertad o a cualquier otra.

- Referencia de tiempo: Se refiere al momento en que el agente desarrolló su acción delictuosa; en ocasiones la temporalidad es atendida en torno al sujeto activo, o al pasivo, o a otras circunstancias en torno a la estructura del tipo penal.

El tipo penal es de especial atención pues la temporalidad se basa en situaciones en torno a la manera en que el sujeto activo del delito despliega la conducta delictiva y restrinja al sujeto pasivo su facultad de libertad de ambulatoria.

- Referencia de lugar: Algunos tipos penales requieren para la configuración del delito, que la conducta ilícita desplegada por el agente se lleve a cabo en ciertos lugares.

El tipo en estudio no exige que la conducta se realice en lugares específicos, particulares, públicos, privados o en cualquier otro espacio atiende a la Privación de Libertad que ejerza un particular a otro. Sin embargo, no existe referencia de lugar en este tipo penal, ya que bastará que un particular prive de su libertad personal a otro particular.

- Referencia de ocasión: Consiste en una situación especial que requiere el tipo, la cual es generadora de un riesgo para el bien jurídico y es aprovechada por el sujeto activo para llevar a cabo la conducta y producir el resultado típico.”¹⁷¹

¹⁷¹ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. ***Antología***. Op. Cit, p.12.

Referencia que no es exigible para el tipo penal en estudio.

Elementos básicos del tipo penal

A. Elementos objetivos

Son todos aquellos elementos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento; son la materialización del hecho, teniendo como función describir la conducta o hecho materia de imputación y de responsabilidad penal. Es la parte estructural del tipo penal cuya actualización se aprecia con cualquiera de los sentidos humanos.

En el estudio de este delito, encontramos el siguiente elemento objetivo: al particular que prive a otro de su libertad no obteniendo un lucro, causar un daño o perjuicio a la persona privada de su libertad o a cualquier otra.

B. Elementos subjetivos

El maestro González Quintanilla, que por elementos subjetivos debemos entender “el conjunto de condiciones relativas a la finalidad y al ánimo y tendencia del sujeto activo que dotan de significación personal a la realización de los elementos objetivos del tipo por el autor.”¹⁷²

Es en pocas palabras, el adjetivo calificativo de la conducta.

En cuanto al tipo penal en comento, sin el propósito de obtener un lucro, causar un daño o perjuicio.

C. Elementos normativos

¹⁷² GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. **Derecho Penal Mexicano**. S/edición, Editorial Porrúa. México 1991. p.235.

Los elementos normativos son “cualquier elemento en el que sea necesario una valoración del mismo por parte del juzgador, ya sea de carácter jurídico o cultural.”¹⁷³

El elemento normativo se encuentra en la valoración jurídica o cultural que deba hacer el juzgador cuando alguna palabra detonante del tipo penal sea oscura o ambigua y que el legislador no haya precisado *ex profeso* para el tipo penal de que se trate.

Así en el tipo objeto de estudio encontramos al daño y perjuicio como los elementos normativos.

Ahora bien, con el fin de tener un panorama más completo de este tipo penal de orden de Delitos contra la Libertad Personal, señalaré la forma en la que se clasifican los tipos, y su relación con el presente estudio.

i. Por su composición

i a) Normales. Los tipos normales están conformados por elementos objetivos. Al referirnos al elemento objetivo del tipo penal, estamos hablando de la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo.¹⁷⁴

i b) Anormales. Los tipos anormales describen, además de lo objetivo, elementos normativos o subjetivos. Los elementos normativos se refieren a hechos que únicamente pueden pensarse bajo el presupuesto lógico de una norma. Los elementos subjetivos van a atender a la intención, al ánimo que debe tener el sujeto activo, en la realización del ilícito, es decir, a circunstancias que se dan en la psique del autor.

¹⁷³ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. Op. Cit, p.29.

¹⁷⁴ IBÍDEM. p. 165.

El tipo en óptica es anormal, pues contiene elementos objetivos, subjetivos y normativos.

ii. Por su ordenación metodológica.

ii a) Fundamentales o básicos. Son los tipos con plena independencia, suelen constituir la esencia o fundamento de otros tipos penales.

ii b) Especiales. Los tipos especiales contienen en su descripción al tipo fundamental, agregando algún elemento, pero sin existir subordinación.

ii c) Complementados. Son los tipos que dentro de su descripción requieren la realización previa de un tipo básico. No tienen autonomía. El Maestro Jiménez Huerta establece que: “Se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que en tanto el tipo especial excluye la aplicación del básico, el tipo complementado no sólo no la excluye, sino que presupone su presencia, a lo que se agrega como aditamento la norma que contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.”¹⁷⁵

En cuanto al tipo en óptica, es básico, pues tiene plena independencia.

iii. Por su autonomía o dependencia.

iii a) Autónomos. Son los tipos penales con vida propia.

iii b) Subordinados. Requieren de la existencia de algún otro tipo, adquieren vida en razón de este.

El delito en estudio, es autónomo, en virtud de que no requiere para su existencia de algún otro tipo penal.

iiii Por su formulación.

iiii a) Casuísticos. En estos tipos, el legislador plantea varias formas de realización del delito, subdividiéndolos en alternativos o acumulativos o mixtos.

¹⁷⁵ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. 2 edición, Editorial Porrúa. México 1995. p.97.

En los alternativos se establecen dos o más hipótesis, requiriéndose de la ejecución de una de ellas para la tipificación de la conducta ilícita, mientras que en los acumulativos se requiere la realización de todas las hipótesis para la adecuación de la conducta al tipo penal.

iiii b) Amplios. Los tipos de formulación amplia describen una sola hipótesis, la cual puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

La Formulación del tipo en estudio es casuístico alternativo, ya que el legislador establece que para que formen parte de esta clasificación debe establecer más de dos hipótesis y el delito en comento las contempla.

4.1.3. ATIPICIDAD

Para el maestro Orellana Wiarco “La atipicidad se presenta cuando el presunto hecho delictivo que se pretende atribuir a una persona no encuadra exactamente en el tipo.”¹⁷⁶

“La atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma.”¹⁷⁷

Así, habrá atipicidad cuando no se colmen en forma cabal y plena todos y cada uno de los elementos del tipo penal al momento de que se exteriorice la conducta del agente. Esto es obvio, pues al no ceñirse exactamente la conducta al tipo, la conducta deberá calificarse como atípica: por falta de calidad en el sujeto activo; falta de sujeto pasivo; falta de objeto jurídico; falta de objeto material; falta de referencias; o, falta de elementos básicos del tipo penal.

¹⁷⁶ ORELLANA WIARCO, Octavio. ***El Delito de Defraudación Fiscal.*** 3 edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p.148.

¹⁷⁷ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. Op. Cit, p.177.

En este punto en que la atipicidad difiere esencialmente de la ausencia del tipo en que, la atipicidad se da cuando una conducta considerada como delito por la ley, no reúne cabalmente todos los elementos que el tipo exige, mientras que la ausencia de tipo significa que la ley penal no contempla como delito el despliegue de una determinada conducta.

4.1.4. LA ANTIJURIDICIDAD

La Antijuridicidad es lo contrario a derecho, o como lo expresa el maestro Porte Petit: “Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación.”¹⁷⁸

Así, la antijuridicidad, es el elemento esencial de toda descripción típica. En consecuencia, obrar antijurídicamente significa violar la norma de prohibición implícita en el tipo penal.

El carácter de antijurídico se encuentra implícito en el delito en comento por el simple hecho de encontrarse tipificado, y de exteriorizar una conducta que se encuadre en el tipo, violentando así a la propia norma.

4.1.5. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN O DE LICITUD

Don Celestino Porte Petit las refiere como “aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de la conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales el delito, a saber la antijuridicidad.”¹⁷⁹

¹⁷⁸ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Programa de la Parte General de Derecho Penal.* UNAM. México 1958. p.285.

¹⁷⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. Cit.*, p.181.

a) **Legítima defensa.** Es la repulsa inmediata, necesaria y racional en los medios empleados, contra una agresión real, actual, o inminente, sin derecho que amenaza con causar un daño en los bienes jurídicos propios o ajenos.

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

- “Que sea un ataque o agresión a los intereses jurídicamente protegidos de quien se defiende o a los de otra persona, sin existir un completo acuerdo sobre cuáles intereses o bienes jurídicos podrán defenderse, pero si hay unanimidad en la defensa de la vida, de la integridad corporal, y de la libertad.
- El ataque o agresión deben ser ilegítimos. No es necesario que el atacante sea una persona imputable, ya que es posible la defensa contra inimputables.
- El ataque o agresión debe ser actual o inminente, pues antes de que el peligro aparezca no es necesaria la defensa, pero el amenazado no necesita esperar a que sean dañados efectivamente sus intereses.
- La defensa debe ser necesaria, esto es, se tienen que agotar todos los medios no violentos para recurrir a la legítima defensa.
- La agresión no debe ser provocada por la actitud o la conducta del elegido.”¹⁸⁰

En el delito multicitado si se presenta la legítima defensa pues la repulsa se deberá ejercer siempre contra persona física.

¹⁸⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit, p.151.

b) **Estado de necesidad.** Estoy frente al estado de necesidad, cuando para salvar un bien de mayor entidad jurídica, tutelado o protegido; se lesiona otro bien, menormente amparado por la ley.

El estado de necesidad es susceptible de ser invocada como una causa de justificación en el delito que se estudia.

c) **Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.** El artículo 29 fracción VI del Código Penal para el Distrito Federal establece como causa de justificación que la acción o la omisión se realicen en *cumplimiento de un deber jurídico* o en *ejercicio de un derecho*, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo ejercerlo.

Hipótesis que no es dable pues no existe un imperativo normativo para el particular; de igual manera, tampoco una potestad de carácter jurídico, que justifiquen su actuar.

4.1.6. IMPUTABILIDAD

Para el maestro Castellanos Tena “La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho.”¹⁸¹

Por su parte, el maestro Rodolfo Monarque Ureña considera que: “La imputabilidad se debe entender desde dos perspectivas: la objetiva y la subjetiva. En la imputabilidad objetiva, el sujeto debe contar con cierta edad para que el derecho lo reconozca como capaz de ser activo del delito. En la imputabilidad subjetiva, el sujeto debe tener una salud mental adecuada.”¹⁸²

¹⁸¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit, p. 218.

¹⁸² MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Op. Cit, p.72.

Así pues, la imputabilidad se basa en el libre albedrío, en el desarrollo voluntario por parte del sujeto de aquellas actividades, que sabe configuran un ilícito. Es la capacidad de entender la bondad y la maldad de que está permeado su comportamiento.

En este delito se considera imputable a toda persona física mayor de edad, y que tenga salud mental que le dé capacidad entender lo ilícito de su conducta.

En cuanto a las acciones libres en su causa, deben entenderse como la inimputabilidad transitoria que busca el agente del delito, por la ingesta de bebidas embriagantes, o por el uso de estupefacientes o psicotrópicos, de manera intencional o no, pero que animan su actuar primitivo a la búsqueda de lesionar un bien jurídico tutelado por el Estado. En pocas palabras, este estado de inimputabilidad transitorio no exime al agente de responsabilidad penal.

4.1.7. INIMPUTABILIDAD

Las causas de inimputabilidad son: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad. Se desligan las capacidades de querer y entender.

a) **“Trastorno mental.** Consiste en la perturbación de las facultades psíquicas.

b) **Desarrollo intelectual retardado.** Proceso tardío de la inteligencia que provoca que el sujeto no tenga capacidad de entender y querer.

c) **Miedo grave.** En función del miedo grave el sujeto queda momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión, razón por la cual no podrá optar por otro medio practicable y menos perjudicial.

d). **Minoría de edad.** Comúnmente se afirma que en nuestro medio los menores de 18 años son inimputables, y por lo mismo cuando realizan

comportamientos típicos del Derecho Penal no se configuran los delitos respectivos.”¹⁸³

Por lo que concierne al delito que se visualiza, todas las conductas anteriores, son susceptibles de alegarse como causas de inimputabilidad.

4.1.8. CULPABILIDAD

La culpabilidad es el nexo intelectual o emocional que une la conducta del sujeto con el resultado.

La doctrina penal distingue como formas de culpabilidad, el dolo y la culpa, los cuales se encuentran definidos en el artículo 18º del Código Penal para el Distrito Federal.

Dolo.

“Carrara definió al dolo como la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la ley.”¹⁸⁴

Por su parte el Jurista Jiménez de Asúa: dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción, y con representación del resultado que se quiere o se ratifica.¹⁸⁵

¹⁸³ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. Op. Cit, p.230.

¹⁸⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit, p. 208.

¹⁸⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit, p.417.

Clases de dolo:

a) **Dolo directo o de primer grado.** Existe coincidencia entre la conducta que lleva a cabo el sujeto activo y el resultado típico.

b) **Dolo indirecto o de consecuencias necesarias.** En esta clase de dolo el sujeto activo sabe que con toda seguridad su conducta tendrá aparejadas otras consecuencias además del fin específico buscado, no obstante no desiste de su intención delictiva.

c) **Dolo eventual.** En el dolo eventual el sujeto activo sabe que existe la probabilidad, remota o no, de que acontezcan otros resultados típicos, amén de su deseo por afectar alguno determinado; sin embargo de darse otros resultados típicos aleatorios, está dispuesto a aceptarlos.

d) **Dolo indeterminado.** Existe cuando el sujeto activo tiene la intención de delinquir pero no se propone causar un determinado daño, u obtener un resultado especial.

En el delito que se comenta encontramos que los dolos mencionados sedan todos y cada uno de estos.

Culpa

“Esta forma de culpabilidad implica falta de previsión o de cuidado, impericia y aun temeridad, siempre que esas manifestaciones de la voluntad produzcan un resultado típico no querido por el agente.”¹⁸⁶

El Maestro Pavón Vasconcelos define a la culpa como “Aquel resultado típico, antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico.”¹⁸⁷

¹⁸⁶ MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Op. Cit, p.83.

¹⁸⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit, p.445.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que “La esencia de la culpa radica en obrar sin poner en juego las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para evitar que se cause daño de cualquier especie.”¹⁸⁸

La culpa desde el punto de vista penal se clasifica de la siguiente forma:

a) **Culpa consciente o con representación.** Existe cuando el sujeto activo tiene plena conciencia de realiza una conducta que viola una norma que exige cuidado, y aunque prevé el resultado como posible, tiene la esperanza de que este no se produzca.

b) **Culpa inconsciente o sin representación.** Se da cuando el sujeto activo no tiene conciencia de que está actuando con descuido, así como de que su actuar puede producir u resultado típico, aún cuando tiene la obligación de prever el mismo por ser de naturaleza previsible y evitable.

El delito en estudio es eminentemente doloso, que no admite la culpa, pues su configuración requiere de la realización de conductas que llevan implícita la intención dolosa del sujeto activo, me refiero a la “privación de al libertad”, sin el propósito de obtener un lucro, causar un daño o perjuicio a la persona privada de su libertas o a cualquier otra.

4.1.9. INCULPABILIDAD

Este elemento negativo del delito consiste en la ausencia de culpabilidad. El jurista español Eugenio Cuello Calón prefiere llamarle causas de exclusión de la culpabilidad definiéndolas como "especiales situaciones que concurren en la ejecución del hecho realizado por un sujeto imputable eliminando su culpabilidad."¹⁸⁹

¹⁸⁸ SCJN Sexta Época, t. LVIII, segunda parte, Semanario Judicial de la Federación, pp.24-25.

¹⁸⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op.Cit, p.462.

La inculpabilidad se presentará siempre que se encuentre ausente alguno de estos dos elementos: conocimiento y voluntad; suponiendo la preexistencia de todos los demás elementos del delito que constituyen una prelación lógica, misma que no supone una prioridad temporal.

Para el Derecho Penal positivo son causas de inculpabilidad las siguientes: el error esencial de hecho invencible, el caso fortuito y la no exigibilidad de otra conducta.

a) **Error esencial de hecho insuperable o invencible.** Consiste en la ignorancia o creencia errónea por parte del sujeto activo de que está obrando lícitamente. Todo error consiste en una falsa concepción de la realidad o en una idea desvinculada del mundo fáctico, respecto a una situación, cosa u objeto.

Para efectos de nuestra disciplina, se considera que tanto ignorancia como idea falsa se identifican, ya que el hecho del desconocimiento de la realidad supone la existencia de un error, de un conocimiento falso. Si se puede presentar esta causa de inculpabilidad.

b) **Caso fortuito.** Me refiero esta hipótesis cuando el hecho generador no es previsible y el agente parte del despliegue de una conducta lícita pero se afecta un bien jurídico protegido por el Estado. Se le conoce como “verdadero accidente”. **Se presenta en este análisis.**

c) **No exigibilidad de otra conducta.** Esta causa de inculpabilidad supone el actuar de un sujeto imputable produciendo un resultado típico y antijurídico, imputable, pero no culpable en virtud de que no es posible la satisfacción de los elementos en que se basa la exigibilidad que son el deber y el poder.

El deber supone la obligación de actuar conforme al contenido de la norma, en tanto que el poder se refiere a la posibilidad de conformar la conducta al Derecho. Pues bien, el sujeto que se encuentra ante la exigibilidad de otra conducta carece de ese

deber y de ese poder en virtud de que, dadas las circunstancias de su situación, no es posible que se exija una conducta distinta a la observada. El comportamiento es excusable por obedecer a una situación especialísima y apremiante.

Estado de necesidad: Existe cuando se encuentra en juego dos bienes jurídicos de igual jerarquía. En este caso, el hecho de sacrificar uno de ellos por salvaguardar el otro es una hipótesis clarísima de no exigibilidad de otra conducta.

En el delito en estudio no es dable esta hipótesis, en atención al bien jurídico tutelado.

Temor fundado o vis compulsiva: la doctrina es uniforme en considerar que el temor fundado o vis compulsiva se basa en la existencia de una coacción moral, generalmente emanada de otro ser humano, sobre la voluntad del sujeto. Al no perderse determinar libremente el sujeto, no se le puede considerar culpable del hecho que ejecute.

El Maestro Sergio Vela Treviño dice respecto del temor: “Lo definimos como reacción anímica consciente y voluntaria que produce un resultado típico y antijurídico por la huida o rechazo en que se manifiesta la reacción ante la presencia de un factor externo amenazante. Claramente puedo observar en el concepto precedente tres elementos de diversa naturaleza, estos elementos son; en primer término, el que denominaré subjetivo, que es la reacción anímica; en segundo el elemento objetivo que es la presencia cierta de un factor amenazante y, en tercero, el elemento normativo, que se integra por la existencia de una conducta típica y antijurídica, mas la conclusión de que se trata de un caso de inexistencia de delito por inculpabilidad del autor de la conducta calificada como típica y antijurídica.”¹⁹⁰

¹⁹⁰ VELA TREVIÑO, Sergio. **Culpabilidad e inculpabilidad, teoría del delito.** 2 edición, Editorial Trillas, México, 1983. p.306.

Hipótesis que sí es dable en torno al tipo penal que visualizo; esto, atendiendo a la amenaza objetiva, de carácter moral, emanada de un tercero; pues bajo la amenaza de afectar un bien jurídico de mayor valor el particular violento lo preceptuado por el artículo 160 de la ley punitiva.

ELEMENTOS BÁSICOS DEL DELITO

4.1.10. CONDICIONES O CONDICIONANTES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Las condiciones objetivas de punibilidad consisten en “ocasionales requisitos de carácter adjetivo, ajenos a la integración típica, y que deben ser satisfechos para proceder penalmente contra el responsable del delito.”¹⁹¹

Por su parte el Catedrático López Betancourt cree que “las condiciones objetivas de punibilidad son aquellos requisitos señalados para algunos tipos penales, los cuales si no se presentan no es factible que se configure el delito, de ahí que el presentarse sólo en algunos tipos penales, es porque no constituyen elementos básicos del delito, sino secundarios.”¹⁹²

No confundir las -condicionantes objetivas de punibilidad- con los –requisitos de procedibilidad pues mientras los primeros se refieren a requisitos extraordinarios que de manera procedimental son exigidos para poder punir una conducta; los segundos se refieren a la consignación hecha por el Ministerio Público al momento de colmar los extremos del artículo 3 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya que a la letra establece;

¹⁹¹ ORELLANA WIARCO, Octavio. Op. Cit, p.199.

¹⁹² LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit, p.244.

“TITULO PRIMERO
Reglas generales
CAPITULO I
ACCION PENAL

Artículo 3o.- Corresponde al Ministerio Público:

- I. Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando el mismo aquellas diligencias;
- II. Pedir al juez a quien se consigne el asunto, la práctica de todas aquellas diligencias que, a su juicio, sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades;
- III. Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 de este Código la detención o retención según el caso, y solicitar cuando proceda la orden de aprehensión;
- IV. Interponer los recursos que señala la ley y seguir los incidentes que la misma admite;
- V. Pedir al juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado;
- VI. Pedir al juez la aplicación de la sanción que en el caso concreto estime aplicable, y
- VII. Pedir la libertad del detenido, cuando ésta proceda.

Artículo 3o Bis.- En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, se actuará de conformidad con lo siguiente:

I. Siempre que se trate de la integración de una averiguación previa con detenido, dentro del plazo a que se refiere el artículo 268 Bis de este Código, el Ministerio Público, previa autorización del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, determinará el no ejercicio de la acción penal y ordenará la libertad inmediata del detenido.

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

II. Siempre que se trate de la integración de una averiguación previa sin detenido, se seguirán

los plazos y formalidades a que se refiere este Código para la integración de las averiguaciones previas en general.

En cualquiera de los casos a que se refiere este artículo, la determinación del no ejercicio de la acción penal se notificará al querellante, denunciante u ofendido, mediante notificación personal, para el ejercicio, en su caso, del derecho a que alude el cuarto párrafo del artículo 21

Constitucional.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, IV LEGISLATURA

CENTRO DE DOCUMENTACION 3

Artículo 4o.- Cuando de la averiguación previa no aparezca detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará todas las diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 constitucional para obtener la orden de aprehensión.

Artículo 5o.- (Se deroga).

Artículo 6o.- El Ministerio Público pedirá al Juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea por que el delito no haya existido, sea por que, existiendo, no sea imputable al procesado o por que exista a favor de éste alguna de las

causas de exclusión del delito previstas en el Capítulo V, Título Segundo, Libro Primero del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal o alguna de las circunstancias de extinción de la pretensión punitiva a que se refiere el Título Quinto del Libro Primero de dicho ordenamiento.

Artículo 7o.- En el primer caso del artículo anterior, el Ministerio Público presentará sus conclusiones, en las que, después de hacer resumen de los hechos que aparezcan comprobados en el proceso, fijará con precisión las disposiciones penales que, a su juicio, sean aplicables.

Artículo 8o.- En el segundo caso del artículo 6, el agente del Ministerio Público presentará al juez de los autos su promoción, en la que expresará los hechos y preceptos de derecho en que se funde para pedir la libertad del acusado.”¹⁹³

En el caso de las condiciones objetivas de punibilidad, son requisitos procedimentales, con carácter de ocasional y adjetivo, la querrela, la autorización, la excitativa, etc.

En el delito que nos atiende no existen las condiciones objetivas de punibilidad ya que no existe ningún requisito extraordinario de corte procedimental, basta con la denuncia lisa y llana para castigar la conducta.

4.1.11. FALTA DE CONDICIONES O CONDICIONANTES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

La ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad es el aspecto negativo de las mismas, El incumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad, difiere de la ausencia de éstas, en virtud de que en la primera hipótesis no se colman los requisitos exigidos por la ley adjetiva; mientras en la segunda, no hay exigencia legal para cumplir condición alguna.

Así como no puede haber desamor donde nunca hubo amor, no puede existir ausencia de condiciones objetivas de punibilidad donde no hay condiciones. Para el delito en estudio, no es dable la ausencia de condicionantes por razones obvias.

¹⁹³ www.ordenjuridico.gob.mx. Fecha de consulta 01122009.

4.1.12. PUNIBILIDAD

Cuello Calón considera que “la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena, constituye un elemento del tipo delictivo.”¹⁹⁴

Por su parte, el jurista Jiménez de Asúa afirma que “la punibilidad es el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.”¹⁹⁵

En la doctrina aún se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento del delito. Al respecto, el maestro Porte Petit establece: “Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7º del Código Penal Federal que define el delito como acto u omisión sancionados por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal *nulla poena sine lege*, pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del ordenamiento jurídico, el artículo 14 Constitucional alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, típica, antijurídica y culpable y, por tanto, constitutiva del delito y no es penada por consideraciones especiales.

Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absoluta, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no

¹⁹⁴ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal, Parte General*. S/edición, Editorial Nacional. México 1973. p.522.

¹⁹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Ci, p.426.

encaja en la definición de delito contenida en el artículo 7º del Código Penal Federal.”¹⁹⁶

Por lo que me ajustaré al criterio de que la punibilidad no es un elemento esencial del delito, pues nace el delito, al no presentarse una causa excluyente del mismo (artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal), así, la punibilidad es consecuencia del delito, y no un elemento esencial de éste.

Visto lo anterior, es menester hacer la diferencia entre punibilidad, pena, punición, *ius penale* y *ius puniendi*.

La punibilidad es una actividad exclusiva del Poder Legislativo, pues dicho poder tiene la facultad de crear los márgenes de sanción que deberá acompañar al tipo penal de que se trate; por ejemplo, el artículo 302 del Código Penal Federal recoge el tipo penal de homicidio doloso simple y el numeral 307 del código en cita establece un margen de sanción que va de doce a veinticuatro años de prisión. Las calificativas agravantes o atenuantes en torno a la punibilidad, también es parte de la labor legislativa.

Por su parte, **la pena** es una labor encomendada al Poder Judicial; con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente: La magnitud de la afectación al bien jurídico; la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; las circunstancias o referencias del hecho; la forma y grado de intervención del agente, su calidad y la de la víctima u ofendido; la edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del activo; los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir; el arrepentimiento que el inculcado presente *post delictum*; y las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito; etc.

¹⁹⁶ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit, p.59.

La punición es la facultad que tiene el Estado para hacer efectiva la pena, es decir, para que se cumpla la sanción impuesta.

El ***ius penale*** (potestad de crear la norma jurídica) corresponde al Poder Ejecutivo, pues en él reside constitucionalmente la facultad para crear la norma jurídico penal, así el artículo 73 en su fracción XXI establece:

**“TÍTULO TERCERO
CAPÍTULO II DEL PODER LEGISLATIVO
SECCIÓN III DE LAS FACULTADES DEL CONGRESO**

Artículo 73. El congreso tiene facultad:

I. ...

XXI. Para establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; expedir una Ley General en Materia de Secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los estados y los Municipios; así como legislar en materia de delincuencia organizada. (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 04 de mayo de 2009)

Las autoridades Federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando estos tengan conexidad con delitos federales; (Adicionado mediante decreto publicado en el diario Oficial de la Federación el 3 de julio de 1996)

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las Leyes Federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales; (Adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre de 2005)....”¹⁹⁷

El ***ius puniendi*** se identifica con la potestad que tiene el Estado para hacer efectivo el Derecho que él ha creado; se nutre de sí mismo para hacer uso de su omnipotencia pero con las limitaciones que el garantismo penal y la nueva política criminológica de Estado le impone en la misma Constitución Política en el rubro de garantías individuales que tienen que ver con la materia penal.

Como se puede observar la punibilidad no es otra cosa que los márgenes fijados por el legislador y que atañen a la hipótesis conductual que con anterioridad se

¹⁹⁷ www.ordenjurisico.gob.mx. Fecha de consulta 28/11/2009.

haya establecido por el mismo; así, en el presente estudio la punibilidad es de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa, lo cual quiere decir que el particular que actualice el tipo penal en comento, se le deberá imponer una pena que se señaló anteriormente; esto a arbitrio del juez.

Consideraciones en torno a la pena en este delito:

- i. Es una pena privativa de libertad
- ii. Es una pena pecuniaria.
- iii. Es un pago en dinero, hecho a favor del Estado.
- iv. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.
- v. Si la multa no puede ser pagada, el inculpado solamente deberá cubrir parte de ella y la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad.
- vi. En caso que el infractor no tenga percepción alguna, se computará el salario mínimo, tomando en cuenta la región económica en que haya cometido el delito.
- vii. Cada jornada de trabajo saldrá un día multa.
- viii. Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de días multa sustituidos.
- ix. La autoridad a quien corresponda el cobro de la multa podrá fijar plazos para el pago de ésta, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

4.1.13. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Las excusas absolutorias son el aspecto negativo de la punibilidad, son aquellas circunstancias específicas, contempladas en la ley, bajo las cuales una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable no sufre pena por razones de cuestiones de política criminológica.

Las excusas absolutorias se clasifican de la siguiente forma:

EXCUSA EN RAZÓN DE LOS MÓVILES AFECTIVOS REVELADOS. Se presenta en los delitos de encubrimiento, consignando el Código Penal excusas absolutorias destacándose los vínculos de parentesco y móviles afectivos. Estas excusas indudablemente se encuentran fundadas en un principio de no exigibilidad de otra conducta.

EXCUSA EN RAZÓN DE LA COPROPIEDAD FAMILIAR O CONSERVACIÓN DEL NÚCLEO FAMILIAR. Si la familia es la base de la sociedad, interesa 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. Serían 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.

EXCUSA EN RAZÓN DE LA MATERNIDAD CONSCIENTE. La anterior se aplica en los casos que la misma ley penal, permite que la mujer se practique un aborto o legrado. Lo anterior puede o no tener implicaciones sentimentales, teológicas, de valores, etc. Lo cierto es que sólo se respeta y se protege la maternidad consciente.

EXCUSA EN RAZÓN DEL INTERÉS SOCIAL PREPONDERANTE. Procede esta excusa en diversos casos relativos a los delitos de injurias, difamaciones y calumnias.

EXCUSA EN RAZÓN DE MÍNIMA TEMIBILIDAD. Esta excusa va encaminada a valorar el arrepentimiento espontáneo y pronto del agente del hecho delictivo, y la restitución del bien jurídico tutelado, que se traducen en una mínima temibilidad del agente.

El delito de Privación de la Libertad Personal cometido por particulares no hay cabida a excusa absoluta alguna por su especial naturaleza, tal vez y con las reservas del caso, pudiera darse el encubrimiento (en atención a los grados de participación), y el desistimiento.

En cuanto al delito que se estudia no es dable ninguna de las excusas absolutorias expuestas.

4.2. MEDIOS DE COMISION DEL DELITO

De lo vertido en el Capítulo Segundo donde uno de los puntos que se tocan para la elaboración de la presente tesis, se concluye que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Una definición más completa, jurídico sustancial, lo considera como la conducta típica, antijurídica y culpable, cuya consecuencia generalmente es la pena.

Las formas de comisión del delito, establece el Código Penal Para el Distrito Federal, sólo puede ser realizado por acción o por omisión.

“Artículo 15 (Principio de acto). El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.

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:

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

Es garante del bien jurídico el que:

- a). Aceptó efectivamente su custodia;
- b). Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c). Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d). 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 de su pupilo.

Artículo 17 (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

- I. Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;
 - II. Permanente o continuo: cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo; y
- I. Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal.

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 previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Artículo 19 (Principio de *numerus clausus* para la punibilidad de los delitos culposos). Los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley.

Mientras que el Código Penal Federal, establece que la forma de comisión del delito puede ser;

Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente

El delito es:

- I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;
- II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Artículo 8o.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente

Artículo 9o.- Obra **dolosamente** el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra **culposamente** el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Artículo 10.- La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los caso especificados por la ley.

Artículo 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.”¹⁹⁸

4.3. RESULTADO

En relación a la clasificación de los delitos en orden al resultado.

- A) Delito instantáneo.
- B) Delito instantáneo con efecto permanente o delito permanente impropio.
- C) Delito permanente.
- D) Delito necesariamente permanente.
- E) Delito eventualmente permanente.

A) CRITERIOS PARA DEFINIR EL DELITO INSTANTÁNEO.

¹⁹⁸ www.ordenjuridico.gob.mx. Fecha de consulta 19102009.

En realidad, los autores siguen dos caminos para definir el delito instantáneo;

a) Fundándose en la instantaneidad de la consumación:

Para determinar si un delito es instantáneo, debo enfocar la instantaneidad a la consumación.

El carácter instantáneo del delito no se determina por la instantaneidad o no del proceso ejecutivo, sino por la de la consumación, considerando que al instantaneidad es la imposibilidad de que se lesión del bien jurídico pueda perdurar en el tiempo.

Debemos considerar como delito instantáneo aquel en que tan pronto se produce la consumación, se agota.

b) Con base en la naturaleza del bien jurídico lesionado.

Algunos autores se refieren para determinar la instantaneidad o permanencia del delito, a la naturaleza del bien jurídico lesionado.

En general son delitos de carácter instantáneos aquellos que tienen como objeto jurídico bienes destructibles.

“La naturaleza del bien jurídico lesionado para distinguir un delito instantáneo de uno permanente no puede ser definitivo, este carácter no puede ser elevado, a la categoría de un criterio absoluto de distinción entre el delito permanente y el instantáneo, porque no faltan ejemplos de delitos permanentes que se refieran a los bienes destructibles (contrabando), sino que no se puede decirse que la libertad se destruye en el hurto, o la fe pública, en la falsedad, y que no se

destruye la libertad en el secuestro de persona, o la finalidad en el concubinato y al bigamia, etc.”¹⁹⁹

Por lo que defino que los delitos instantáneos son aquellos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, ya que consiste en actos que realizan sus ejecutados, cesan por sí mismos, sin poder prolongarse, como el homicidio, el incendio, las lesiones, etc.

De lo que se desprende que son requisitos de los delitos instantáneos los siguientes;

- a) Una conducta, y
- b) Una consumación y agotamiento de la misma, instantáneos.

B) Delito instantáneo con efecto permanente o delito permanente impropio.

Son aquellos que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos.

Es aquel en el que el bien jurídico tutelado destructible revela la consumación instantánea del delito, pero permaneciendo las consecuencias nocivas de este.

Sus elementos son;

- a) Una conducta,
- b) Una consumación y agotamiento instantáneo, y
- c) Perdurabilidad del efecto producido.

C) Delito permanente.

¹⁹⁹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 381.

La noción jurídica de delito permanente, que a primera vista podría parecer evidentísima. Existe un delito permanente cuando una vez integrados los elementos del delito, la consumación es más o menos prolongada.

- Es aquel, cuyo tipo se manifiesta prolongándose a través de un espacio de tiempo más o menos largo.
- Es el delito de consumación indefinida, el delito que dura, cuyo tipo legal continua realizándose hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar.
- Son aquellos en los que mediante la manifestación de voluntad punible del sujeto activo se crea un ulterior estado antijurídico duradero.

Sus elementos son;

- a) Una conducta o hecho,
- b) Una consumación más o menos duradera.

D) Delito necesariamente permanente.

Son aquellos delitos que requieren par su existencia un resultado antijurudico permanente.

En consecuencia son elementos de este delito;

- a) Necesaria consumación duradera, y
- b) Durabilidad de la consumación.

Son necesariamente permanentes, aquellos delitos en los cuales la persistencia de un estado antijurídico es indispensable para la existencia del delito.

Los delitos necesariamente permanentes son aquellos en los cuales la permanencia es indispensable a la existencia del delito.

Son aquellos, en que la continuidad de la consumación pertenece a su misma esencia.

Señalo como delito necesariamente permanente, el contenido del artículo 189 del Código Penal para el Distrito Federal, que respectivamente establece:

CAPÍTULO V LENOCINIO

“ARTÍCULO 189. Se sancionará con prisión de dos a diez años y de quinientos a cinco mil días multa, al que:

- I. Habitual u ocasionalmente explote el cuerpo de una persona u obtenga de ella un beneficio por medio del comercio sexual;
- II. Induzca a una persona para que comercie sexualmente su cuerpo con otra o le facilite los medios para que se prostituya; o
- III. Regentee, administre o sostenga prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos.

ARTÍCULO 189 BIS. Comete el delito de lenocinio de persona menor de dieciocho años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o de persona que no tiene capacidad de resistir la conducta, al que:

- I. Explote su cuerpo, por medio del comercio carnal u obtenga de él un lucro cualquiera;
- II. Induzca a que comercie sexualmente con su cuerpo o facilite los medios para que sea prostituida, y
- III. Regentee, administre o sostenga directa o indirectamente, prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia dedicados a explotar la prostitución de persona menor de dieciocho años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o de persona que no tiene capacidad de resistir la conducta, u obtenga cualquier beneficio con sus productos.

Al responsable de este delito se le impondrá prisión de ocho a quince años y de dos mil quinientos a cinco mil días de multa, así como clausura definitiva y permanente de los establecimientos descritos en la fracción III.

ARTÍCULO 190. Las penas previstas para los artículos 189 y 189 bis se agravarán hasta en una mitad, si se emplea violencia física o moral.”²⁰⁰

E) Delito eventualmente permanente.

La doctrina además del delito necesariamente permanente, se refiere al eventualmente permanente, el que siendo instantáneo puede en ocasiones prolongarse la consumación.

Es eventual, si el delito típicamente instantáneo se prolonga indefinidamente en algunas circunstancias.

²⁰⁰ www.ordenjuridico.gob.mx. Fecha de consulta. 01122009.

La doctrina considera como delitos eventualmente permanentes a la usurpación de funciones públicas, el incesto y el allanamiento de morada.

CIRCUNSTANCIAS DE DELITO.

Una vez estudiados los elementos del delito he llegado al momento de hacer referencia a las circunstancias del delito.

Las circunstancias se dividen en generales y específicas.

La circunstancia general pertenece a la Parte General del Código Penal y Funciona con respecto a todos los delitos que la admitan, ya sea para agravar o atenuar la pena y la circunstancia específica es aquella que contiene el tipo, o bien, se agrega al mismo, aumentando o disminuyendo la sanción, dando lugar a una clasificación en orden al tipo, denominándose tipos especiales cualificados o privilegiados cuando la circunstancia la contiene el tipo, para aumentar o disminuir la pena, respectivamente, o complementados, subordinados o circunstanciados, cualificados o privilegiados, cuando la circunstancia se agrega al tipo fundamental o básico, para aumentar o atenuar la pena.

CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS.

Son aquellas que se agrega al delito, influyendo en la medida de la pena, agravándola o atenuándola, unas circunstancias están contenidas en el tipo, originándose un tipo especial cualificado o privilegiado, mientras que otras se encuentran fuera del tipo, agregándose al mismo, dando lugar a los tipos complementados, circunstanciados, subordinados cualificados o privilegiados.

CIRCUNSTANCIAS Y ELEMENTOS DEL DELITO.

“Es de la mayor importancia distinguir una circunstancia de un elemento del delito,

las circunstancias del delito no deben confundirse con los elementos constitutivos del mismo, porque estos, esenciales o eventuales, tienen carácter principal y ordinario, y aquellas, en cambio, tienen carácter secundario y extraordinario, y por eso mismo, un elemento constitutivo del delito no puede nunca ser simultáneamente circunstancias de delito.”²⁰¹

De lo anteriormente expuesto podemos entrar de lleno a nuestro punto 4.4, y 4.5 de este último capítulo, en relación a las atenuantes y agravantes del delito en estudio.

4.4. ATENUANTE

La circunstancia de atenuante en relación al delito de Privación de la Libertad Personal, se clasifican en las circunstancias de orden general, ya que el mismo delito en estudio la admite, tanto para disminuir y aumentar la severidad de la pena.

Por lo que se desprende de lo anterior que se disminuirá la pena del delito en comento, cuando el agente espontáneamente, libere 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.

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.

4.5. AGRAVANTE

²⁰¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p 277.

La circunstancia de agravante en relación al delito de Privación de la Libertad Personal, se clasifican en las circunstancias de orden general, ya que el mismo delito en estudio la admite, tanto para aumentar o disminuir la severidad de la pena.

De tal manera que 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.

4.6. OTROS ASPECTOS EN TORNO AL DELITO

GRADOS DE PARTICIPACIÓN O CONCURSO DE PERSONAS

El concurso de sujetos es reconocido por la legislación penal vigente, con independencia de que algunas figuras delictivas exijan un sujeto activo plural.

Autoría material.

Se conoce con esta denominación al sujeto que ejecuta en forma directa la conducta descrita en el tipo penal, es decir, al individuo que por sí lleva a cabo la acción u omisión que agota el verbo núcleo de la hipótesis respectiva. Un ejemplo claro de autor material lo tenemos en el delito de fraude genérico, donde el sujeto que directamente aproveche el error en que se encuentre otro, obtenga con base en ello un lucro indebido. En el delito objeto de estudio, lo será el particular.

Autoría mediata.

La autoría mediata 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.

Debemos entender como menor de edad a la persona que no haya cumplido los dieciocho años (mayoría de edad) y que derivado de esto no pueda comprender la consecuencia de sus actos; y por enajenado mental a aquella persona que con motivo de una disfunción cerebral se encuentre ajeno al mundo fáctico y derivado de esto no comprenda la consecuencia de sus actos.

En el estudio que me ocupa, el utilizar a un inimputable en actos propios de un, como conducto persuasivo, y que se colmen las modalidades marcadas, atrae la responsabilidad penal por considerarse agotada la conducta.

Autoría intelectual.

Se le cataloga como autor intelectual al sujeto que concibe la idea criminal y la implementa desde una perspectiva externa a la comisión de la conducta. El autor intelectual no actualiza el supuesto, pero participa a través de la concepción criminal. Situación que es dable en el delito merecedor de este estudio.

Instigación.

El sujeto que abstrae o materializa el delito incita a otro a cometerlo por sí mismo o con ayuda del primero, existe una seducción o violencia delictiva.

Es importante hacer algunos apuntamientos acerca de la participación para poder entender la coautoría, la complicidad, el encubrimiento y cualquier congregación con *animus* de delinquir.

Teorías de la participación:

a) Teoría de la causalidad.- Considera como codeincuentes a aquellos que, a través de una aportación que hacen al autor del delito, se convierten en parte de la causación del hecho sancionado por la ley penal.

b) Doctrina de la accesoriedad.- Esta doctrina determina que será autor principal aquél que realiza los actos típicos, en cambio, ve como partícipes a los sujetos, que a través de una conducta accesoria, prestan auxilio al autor principal para concretar el hecho típico.

Estas teorías son consideradas como corrientes, monísticas o unitarias.

c) Teoría de la autonomía o corriente pluralista.- En esta, los individuos que participan en la ejecución del delito realizan comportamientos autónomos, lo cual implica que sus conductas se consideren como delitos independientes unos de otros. En este caso sólo son admisibles las causas excluyentes de responsabilidad o las calificativas y modificativas en forma individual, es decir se sanciona a cada agente de manera autónoma.²⁰²

Cabe hacer mención que el legislador, previendo la existencia de distintos grados de participación de los cuales emanan diversas responsabilidades y penas, debiendo tomar en consideración la situación física o material y psicológica de cada sujeto, ya que de esto depende el grado de responsabilidad y la pena que se le impondrá al delincuente.

Coautoría.

Consiste en el hecho de que el evento antisocial sea agotado con concurrencia de varios sujetos activos, con el mismo grado de participación. Lo anterior significa que la coautoría no se presenta en el nivel material, sino que perfectamente es dable en las categorías que explicare más adelante, ya que es calificado como coautor el que realiza la conducta en compañía de otros.

Complicidad.

A los que auxilian indirectamente en la comisión de un delito se les denomina cómplices ya que, aunque intervienen indirectamente, es decir, en forma

²⁰² GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel Granados Atlaco. Op. Cit. pp. 142-143.

secundaria, dicha intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso. En conclusión cualquier persona que sin intervenir directamente en un hecho delictuoso ayude o auxilie a quienes si participan directamente en él, será considerado como cómplice.

Encubrimiento.

“El encubrimiento *in genere* es el conocimiento de una persona, que sin intervenir en la comisión del delito sabe de la existencia de los elementos objetivos de un tipo penal.”²⁰³

Es decir, de 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 directa ni indirectamente en la ideación, medios preparatorios, consumación o tentativa del hecho socialmente reprochable.

Existen dos clases de encubridores:

“a) el que conoce de la realización futura del hecho y promete con antelación auxiliar al delincuente (conducta por excelencia dolosa)

b) el que una vez realizado dicho acto, interviene en el ocultamiento de los sujetos, herramientas o productos del delito (conducta que se puede presentar dolosa o culposamente), o no impida la realización del ilícito sea futura o presente.”²⁰⁴

²⁰³ IBÍDEM. p. 145.

²⁰⁴ ÍDEM.

Es de derecho explorado que todos los grados de participación del delito son dables en torno al artículo 160 en estudio.

Iter criminis

El delito no es un hecho que se presente de manera fortuita, especialmente cuando me refiero a una conducta antisocial emitida con plena intención del sujeto actuante, es decir, cuando la conducta sea dolosa. Reviste un interés especial el estudio de las diferentes fases que pueden identificarse en el *iter criminis* o camino del delito.

Así, tenemos que una primera fase de carácter interno supone que el agente conciba una idea criminosa y lleve a cabo en su mente una deliberación en torno a las implicaciones de su pretensión, así como una resolución en el sentido de delinquir. Una segunda fase distintiva es la externa, en la que el sujeto ejecuta en el mundo fáctico diversos actos encaminados a la manifestación, preparación y ejecución concreta de la conducta antisocial. El Derecho Penal exige la presencia de la fase externa para punir la conducta tendiente a afectar algún bien jurídico que el Estado protege.

“Fase interna: Esta se compone de tres elementos abstractos; la reflexión entre el ontos y el deontos es determinante.

Idea criminosa o ideación.- En el sujeto surge la tentación de delinquir, hay en él una pasión abyecta.

Deliberación.- El sujeto pondera las consecuencias de su idea criminosa, hay una lucha interna entre lo que debe y quiere hacer.

Resolución.- El sujeto ha decidido dar auge a su pasión delictiva.

Fase externa: Esta se compone de tres elementos tendientes a la materialización de su deseo criminoso.

Manifestación.- Es una idea o pensamiento que el sujeto exterioriza; perceptible por alguno de los sentidos.

Preparación.- El sujeto maquina y desarrolla los medios idóneos para cometer el injusto penal.

Ejecución.- El sujeto despliega la conducta tendiente a satisfacer su deseo criminal.”²⁰⁵

En el caso del delito que atiendo, se deberán presentar todos los elementos de la fase externa, de lo contrario no sería punible la conducta.

Tentativa

Para el Derecho Penal resultan relevantes únicamente aquellas conductas externas que implican una afectación al orden social y que se encuentran contempladas hipotéticamente en forma de tipos penales. No obstante, también es relevante la conducta que se exteriorice con el *animus* de delinquir, pero que no se logra por alguna circunstancia ajena a la voluntad del agente. Al respecto, la ley penal sustantiva prevé sanciones para el caso de que el delito no llegue a consumarse por cuestiones externas al agente, es decir, lo que se conoce como tentativas acabada e inacabada. No debemos confundir estas figuras jurídicas con el arrepentimiento y el desistimiento, ya que estas últimas se refieren a una cesación voluntaria en algún momento de la realización del delito, generalmente.

“Tentativa acabada.- El sujeto despliega en su totalidad todos los medios para la comisión del delito, sin embargo éste no se da por cuestiones ajenas a la voluntad del agente.

“Tentativa inacabada.- A diferencia de la acabada, el sujeto no termina de desplegar la conducta delictiva, pero al igual que la anterior, por causas ajenas a su voluntad no se da el resultado típico.

²⁰⁵ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel Granados Atlaco. **Antología**. Op. Cit. pp.127,128, 129.

“Tentativa imposible o delito frustrado.- el agente despliega la conducta en su totalidad, sin embargo no se da el resultado típico por no existir el bien jurídico que éste pretende afectar. *Verbigratia*, aplicar un abortivo a una mujer que no está embarazada. La tentativa imposible no será punible, pero si de la conducta desplegada resultare otro delito, este sí será sancionado.”²⁰⁶

Por la especial naturaleza que reviste al tipo penal en estudio, no puede darse la tentativa acabada, *contrario sensu*, si son dables la inacabada y la imposible pero la primera será punible.

El arrepentimiento y el desistimiento merecen un trato preferencial, pues en estos existe un grado de reflexión interna en el sujeto, en cuanto a las consecuencias de su obrar delictivo.

“Arrepentimiento.- Existen dos clase de arrepentimiento: *post factum* o *post delictum* y el arrepentimiento eficaz. En la primera, el agente una vez habiendo agotado la conducta y afectando un bien jurídico, exterioriza su remordimiento como consecuencia reflexiva del daño que ha causado; esta clase de arrepentimiento en nuestro Derecho Penal tiene que ver con la individualización de la pena. Estamos frente al arrepentimiento eficaz cuando el agente después de agotar toda su conducta, en un ejercicio de introspección, de manera voluntaria impide que se dé el resultado típico.

Desistimiento.- El agente fracciona su conducta en medios preparatorios, es en una de estas fracciones en que voluntariamente y derivado de la reflexión decide cejar en su empeño por afectar un bien jurídico.²⁰⁷

Las dos clases de arrepentimiento y el desistimiento se pueden presentar en el delito que atiende.

²⁰⁶ IBÍDEM. p. 132.

²⁰⁷ IBÍDEM. p. 137.

Extinción de la acción penal.

Como causas de la extinción para la persecución de los delitos: la muerte del ofendido; la amnistía; el perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo; el reconocimiento de inocencia; el indulto; la rehabilitación; la prescripción; el cumplimiento de la pena o medida de seguridad; la vigencia y aplicación de una ley más favorable; la existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos; y, la extinción de las medidas de tratamiento para inimputables.

En el caso del delito en estudio, si es dable: el perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo, ya que es un delito que se persigue de querrela y sí procede el perdón; y, la extinción de las medidas de tratamiento para inimputables, esto por razones obvias. Es de especial atención lo relacionado por la prescripción, ya que para el efecto se establece que el delito en estudio tiene una prescripción de un año.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito tipificado en el artículo 160 del Código Penal para el Distrito Federal, se consuma a través de una conducta de acción, sin que medie alguna causa de exclusión de conducta, ya que en todo momento se presenta en la psique del agente la materialización en el mundo fáctico.

SEGUNDA.- Es preciso que dicha exteriorización de su propósito constituye la conducta, se presenta la excluyente del delito en el caso “Ausencia de conducta,” cuando es dable la *Vis maior*, *Vis Absoluta*, Acto reflejo Sonambulismo e Hipnotismo, esta última con todas las reservas de ley.

TERCERA.- En relación a la temporalidad para la realización del delito en estudio, es desde el momento en que el particular (sujeto activo) del delito despliega la conducta delictiva y restrinja a otro particular (sujeto pasivo) su facultad de libre ambulatoria.

CUARTA.- En cuanto a la tipificación, encontramos que está el elemento objetivo del tipo para su configuración, como lo es la privación de la libertad, es el 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 cualquier otra.

QUINTA.- En relación a la clasificación de los tipos penales encuadremos que el delito en estudio es anormal, fundamental o básico, autónomo y casuístico alternativo.

SEXTA.- Una de las causas de exclusión del delito que se puede actualizar en el caso concreto es la referente a la atipicidad, por no constituirse alguno de los elementos del tipo, pues este exige una privación de la libertad, sin el propósito de obtener un lucro, causar un daño o perjuicio a la persona privada de su libertad o a cualquier otra.

SÉPTIMA.- Dicho delito no puede cometerse por una persona incapaz, cuando esté presente retraso mental, ya que se necesita cierto grado de madurez mental y física para cometer dicho ilícito, pues sí puede ser cometido por un menor de edad, que se encuentre inmaduro mentalmente, pero que no sufre trastorno alguno, asimismo una causa de justificación para cometer dicho delito resultaría nula.

OCTAVA.- Con respecto a una causa de justificación o *delictus* en delito en óptica contempla a la legítima defensa como una causa de licitud ya que la repulsa se deberá ejercer siempre contra persona física sea imputable o inimputable.

NOVENA.- El artículo 160 del Código Penal para el Distrito Federal, es una inadecuada descripción de sus elementos constitutivos del cuerpo del delito, ya que además de pedir que se acredite la privación de la libertad, este deja al libre arbitrio del Juzgador en cuanto a uno de sus elementos normativos al determinar en su valoración y aplicarlo de forma análoga, el tiempo de comisión.

Lo que da como resultado transgredir en primera instancia lo establecido por el artículo 19 Constitucional que no permite que se acrediten solo unos cuantos elementos del cuerpo del delito, sino exige que todos se encuentren plenamente comprobados, para poder arrojar la probable responsabilidad del indiciado.

DÉCIMA.- La inconstitucionalidad del tipo en cuanto a que deja a consideración, del Ministerio Público, así como de la autoridad judicial valorar analógicamente el tiempo de comisión, que constituyen elementos normativos del delito de Privación de la Libertad Personal, al determinar “Al que prive a otra de su libertad”, sin establecer con precisión en qué consiste, en contravención a lo dispuesto por el artículo 14 de la de nuestra Carta Magna.

DÉCIMA PRIMERA.- La Privación de la libertad, se considera un delito permanente o continuo al prolongarse en el tiempo sin interrupción del mismo, por

lo tanto la sanción aplicable es la contenida en el artículo 80 del Código Penal para el Distrito Federal misma que aumenta en una mitad las penas que la ley prevea para el delito cometido.

PROPUESTA

A continuación expongo propuesta dirigida a mejorar la letrística, basada en el estudio que se expone en el presente trabajo para la obtención del Título de Licenciado en Derecho y así lograr la protección que el Derecho Penal busca dar a los particulares que se les limita su libertad deambulatorio.

Que se omita de la descripción letrística del artículo 160 del Código Penal para el Distrito Federal, la palabra perjuicio toda vez que dentro del mismo contexto basada en la redacción que da el legislador; así, el perjuicio es accesorio de lo que se denomina daño.

Considerando que el perjuicio, en cuanto al estudio dogmático que da origen a esta tesis, se determina que es el atentatorio de la libertad psíquica de la persona privada de su libertad, por cuanto a su expresión material va encaminada a violentar la libertad de determinación, coaccionada la voluntad de desplazamiento de la víctima.

Obligar sin derecho a otro a hacer, tolerar o dejar de hacer algo, obteniendo un lucro para sí o para un tercero. Se caracteriza por afectar la voluntad de la persona privada de su libertad en virtud del medio empleado, violencia o amenazas, para obligar hacer, tolerar u omitir algo contra su derecho, con objeto de obtener para sí o para otra un provecho.

En consideración que desde que el sujeto activo (particular) despliega su conducta ilícita ya está causando y limitando al sujeto pasivo (particular) la libertad de poder obrar y moverse afectando su libertad de ambulatoria, y con ello causando un daño.

Teniendo como daños extra patrimoniales los siguientes:"

- A) Ofensas al cuerpo que pueden producir dolor físico o enfermedades más o menos largas;
- B) Ofensas al decoro físico o moral de una persona (injurias, robo de mujer ajena, una violación o disminución de la libertad personal;
- C) Quitar o disminuir beneficios que una persona tenía derecho a esperar de otra, en virtud de una ofensa personal o de un daño patrimonial;
- D) Aflicciones morales o padecimientos del ánimo, causados por cualquier clase de ofensa a la víctima directa de éste, o a otras personas vinculadas a ella.

Dice;

TÍTULO CUARTO
Delitos Contra la Libertad Personal
CAPÍTULO I

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.

Proponiendo como tipificación del artículo 160 del Código Penal Pare el Distrito Federal; de la siguiente manera:

TÍTULO CUARTO
Delitos Contra la Libertad Personal
CAPÍTULO I

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 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.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BARRERA GRAF, Jorge. **Las Sociedades en Derecho Mexicano.** 3ª edición, Editorial UNAM, México, 1983.
- 2.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. **Las Garantías Individuales.** S/edición, Editorial Porrúa, México, 1954.
- 3.- CALDERÓN GAMBOA y Jorge Francisco. **Reparación del Daño al Proyecto de Vida por Violaciones a Derechos Humanos.** 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005.
- 4.- CARRARA, Francesco, ORTEGA TORRES, José y GUERRERO, Jorge. **Programa de Derecho Criminal.** 4ª edición, Editorial Temis, Vol. II, Bogotá Colombia, 1986.
- 5.- CARRARA, Francesco. **Programa del Curso de Derecho Criminal.** S/edición, Editorial Temis, Bogotá, 1978.
- 6.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Código Penal Anotado.** S/edición, Editorial Porrúa, México, 1972.
- 7.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho Penal Mexicano.** Parte General, T. II., México, Antigua Librería Robredo, 1956.
- 8.- CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. **Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México.** S/edición, Editorial Porrúa. México. 1974.
- 9.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho Penal Mexicano.** S/edición, Editorial Porrúa, México, 1970.

- 10.- CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel. **El Secuestro en México.** S/edición, Editores Porrúa. México, 2006.
- 11.- CASTAÑEDA, Jorge. **La Utopía Desarmada.** S/edición, Editorial Joaquín Martínez Planeta, México, 1993.
- 12.- CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal.** 22° edición, Editorial Porrúa, México, 1986
- 13.- CORETH, Emerich. **Que es el Hombre.** Esquema de una Antropología Filosófica, S/edición, Editorial Herder, España, 1982.
- 14.- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.** 8° edición, Editorial Porrúa, México, 1984.
- 15.- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal.** T.I, 9° edición, Editorial Nacional, México.
- 16.- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal, Parte General.** S/edición, Editorial Nacional. México 1973.
- 17.- FERMOSO, Paciano. **Teoría de la Educación.** 4°edición, Editorial Ceac, España, 1982.
- 18.- GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana.** S/edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
- 19.- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David. **Evolución del Secuestro en México y las Decisiones del Poder Judicial de la Federación en al Materia.** 2°edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

- 20.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. **Derecho Penal Mexicano.** S/edición, Editorial Porrúa, 1996.
- 21.- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. **Derecho Penal Mexicano.** S/edición Editorial Porrúa. México 1991.
- 22.- GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. **Teoría del Delito, Antología.** 2ª edición, UNAM, México, 1996.
- 23.- GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. **Teoría del Delito.** Lesiones de Cátedra, UNAM, Facultad de Derecho, Sistema de Universidad Abierta, 1994.
- 24.- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, José Luis. **Análisis Sobre la Responsabilidad Civil, Daño Moral y Daño a la Persona en el Derecho Civil Mexicano,** art. División de Estudios Jurídicos, Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara, 1999.
- 25.- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. **Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida.** 2ª edición, Editorial Trillas, México, 1985.
- 26.- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. **Nueva Teoría General de Derecho Penal.** *Criminalia*, S/ edición, Editorial Porrúa, México, 1978.
- 27.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La Ley y el Delito.** México, Hermes/Sudamérica, S/edición, 1986.
- 28.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal.** Tomo III, Editorial Losada, Buenos Aires 1964.

29.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. **Derecho Penal Mexicano.** parte especial, T. III, la tutela penal del honor y de la libertad, Editorial Antigua Librería Robredo, México, 1968.

30.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. **La Tipicidad.** 2ª edición, Editorial Porrúa. México 1995.

31.- JIMÉNEZ ORNELAS, René. **El Secuestro Problemas Sociales y Jurídicos.** Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002.

32.- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **El Derecho en México.** 3ª edición, Editorial Porrúa, México. 2007.

33.- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Historia del Derecho Mexicano.** 5ª edición, Editorial Iure, México, 2004.

33.- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Teoría del Delito.** 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1994.

34.- LUIGLI, Aru y Ricardo Oresono. **Sinopsis de Derecho Romano.** 2ª edición, Editorial Española, Madrid, 1964.

35.- MACEDO DE LA CONCHA, Rafael. **Delincuencia Organizada.** Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.

36.- MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael. **Derecho Penal.** 9ª edición, Editorial Trillas, México, 2002.

37.- MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael. **Derecho Penal, Parte General.** 4ª edición, segunda reimpresión, Editorial Trillas, México, 2001.

- 38.- MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal.** Traducción Rodríguez Muñoz, T.I, Editorial Revista de Derecho Penal, Madrid, 1955.
- 39.- MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal.** T. I, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- 40.- MONARQUE UREÑA, Rodolfo. **Lineamientos Elementales de la Teoría General del Delito.** Editorial Porrúa, México, 2000.
- 41.- MONROY GÁLVEZ, Juan. **Introducción al Proceso Civil.** S/edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá.
- 42.- ORELLANA WIARCO, Octavio. **El Delito de Defraudación Fiscal.** 3 edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- 43.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Breve Ensayo Sobre la Tentativa.** s/ edición, Editorial Porrúa, México 1989.
- 44.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano.** 5°, Edición, Editorial Porrúa, México, 1982.
- 45.- PETIT, Eugene. **Tratado Elemental de Derecho Romano.** S/edición, Editorial Porrúa, México, 1984.
- 46.- PIRENNE, Henri. **Historia Económica y Social de la Edad Media.** traducida de la 1ª edición de 1939 de Salvador Echeverría, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- 47.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. **Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal.** 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

- 48.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.** 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 1985.
- 49.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. **Ensayo Dogmático sobre el Delito de Rapto Propio.** 8ª edición, Editorial Trillas, México, 1978.
- 50.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. **Importancia de la Dogmática Jurídico Penal.** Editorial Gráfica Panamericana, México, 1954.
- 51.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. **Programa de la Parte General de Derecho Penal.** UNAM. México 1958.
- 52.- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. **Compendio de Derecho Penal.** S/edición, Editorial Revista de Derecho Privado, T. II, Madrid, 1958.
- 53.- REYNOSO DÁVILA, Roberto. **Delitos Sexuales.** S/edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- 54.- SAGUES, Néstor. **Habeas Corpus.** 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- 55.- SANTOS BRIZ, Jaime. **Derecho de Daños.** 1ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1994.
- 56.- SILVIO, Ranieri. **Manual de Derecho Penal.** Parte Especial., S/edición, Editorial Temis. T. V, Bogotá, 1975.
- 57.- SODI, Demetrio. **Nuestra Ley Penal.** Imprenta y Fototipia de la Secretaría de Fomento, TII, México, 1907.
- 58.- VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos Mercantiles.** 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 1982.

59.- VELA TREVIÑO, Sergio. **Culpabilidad e Inculpabilidad.** S/edición, Editorial Trillas, México, 1983.

60.- VELA TREVIÑO, Sergio. **Culpabilidad e inculpabilidad, teoría del delito.** 2° edición, Editorial Trillas, México, 1983.

61.- VILLALOBOS, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano.** 4°edición, Editorial Porrúa, México, 1983.

62.- WICKER, Tom. **Asalto Mortal.** P. 281, citado por Consultores Exprofesso, El Secuestro, Análisis Dogmático y Criminológico, Editorial Porrúa, 2ª edición, México, 1999, p. 7.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Editorial Sista, 2010.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial ediciones fiscales Isef, 2010.

DICCIONARIOS

Diccionario de la Real Academia Española, 22°edición, Editorial Espasa, T. 9, España, p.1383.

DE PINA, Rafael. **Diccionario de Derecho.** 13°edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico*. 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 967.

Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española. Editorial Roamn Sopena S.A. T. II, Barcelona, p. 2064.

Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, Editorial Espasa, T. 8, España, p.1245.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Driskill, T. 18, Sarandí Buenos Aires, p. 605.

PAGINAS WEB

www.ordenjuridico.gob.mx Fecha de consulta 19102009.

www.aidh.org. Fecha de consulta 03082009.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA LA NACIÓN, Sexta Época, T. LVIII, segunda parte, Semanario Judicial de la Federación, pp.24-25.