



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

301809
27
26)

ANALISIS DEL DELITO DE PRIVACION ILEGAL DE
LA LIBERTAD PREVISTO POR LA FRACCIÓN I
DEL ARTICULO 364 DEL CODIGO PENAL
VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

GRACIELA CASTILLO GONZALEZ

PRIMERA REVISION

LIC. HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

SEGUNDA REVISION

LIC. ALICIA ROJAS RAMOS

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN
MEXICO, D.F.

1994



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 está 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 MADRE, AMALIA GONZALEZ DE CASTILLO, QUIEN
CON SU CARIÑO Y COMPRENSIÓN INFLUYO EN MI ÁNIMO
PARA LA CULMINACIÓN DE MIS ESTUDIOS.

A MI PADRE, LICENCIADO JAIME CASTILLO REYNA,
POR EL APOYO QUE ME BRINDÓ EN LOS MOMENTOS MÁS
DIFÍCILES EN LOS QUE LO NECESITÉ Y POR LA FE
QUE SIEMPRE TUVO EN MI.

A MIS HERMANOS, AMALIA CLAUDIA CASTILLO GONZALEZ
Y JOEL CASTILLO GONZALEZ, CON TODO MI CARIÑO.

A MI ABUELITO, JOEL VALOIS ALZUA, CON RESPETO Y
AFECTO POR SUS CONSEJOS.

AL SR. LIC. FERNANDO MIRANDA ARTECHE, POR SU
DIRECCIÓN EN LA ELABORACIÓN DE ESTA TESIS.

AL SR. LIC. HERIBERTO MENDEZ ESTRADA, POR SUS
ATINADOS CONSEJOS EN LA CULMINACIÓN DE ESTE
TRABAJO.

AL SR. LIC. ENRIQUE RAFAEL LEON ALVAREZ,
CON TODO AGRADECIMIENTO Y RESPETO.

A MI QUERIDA UNIVERSIDAD DEL
VALLE DE MEXICO

A MIS COMPANEROS Y AMIGOS,
CON LA ESTIMACIÓN DE SIEMPRE.

I N D I C E

Página

INTRODUCCION

C A P I T U L O P R I M E R O

PANORAMA HISTORICO DEL DELITO DE PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD.	2
1.- EPOCA BARBARA O DE LA VENGANZA PRIVADA.	4
2.- DE LA VENGANZA DIVINA	6
3.- DE LA VENGANZA PUBLICA.	7
4.- LA ETAPA HUMANITARIA.	9
5.- EN ALGUNOS PUEBLOS ASENTADOS EN EL TERRITORIO DE MEXICO ANTES DE LA COLONIA EN LA NUEVA ESPAÑA Y EN EL MEXICO INDEPENDIENTE	20

C A P I T U L O S E G U N D O

ELEMENTOS DEL DELITO EN GENERAL	31
1.- PRESUPUESTOS DEL DELITO	31
2.- BREVE REFERENCIA SOBRE LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN GENERAL Y SUS ASPECTOS NEGATIVOS.	40
A.- LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA	46
B.- LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD.	58
C.- LA ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE LICITUD.	68
D.- LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INculpABILIDAD.	77
3.- LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD, A QUE SE REFIERE LA FRACCION I DEL ARTICULO 364 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL.	

C A P I T U L O T E R C E R O

ANALISIS DEL DELITO DE PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD PREVISTO POR LA FRACCION I DEL ARTICULO 364 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	90
1.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO	90
2.- CONCEPTO DE LIBERTAD FISICA	96
3.- CONCEPTO DE LIBERTAD JURIDICA	98
4.- EL SUJETO ACTIVO DE ESTA FIGURA DELICTIVA	99
5.- SUJETO PASIVO DEL DELITO.	105
6.- CLASIFICACION DEL DELITO.	109
A).- EN FUNCION DE SU GRAVEDAD.	109
B).- SEGUN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE	110
C).- POR EL RESULTADO	112
D).- POR EL DAÑO QUE CAUSA.	113
E).- POR SU DURACION.	114
F).- POR EL ELEMENTO INTERNO DE CULPABILIDAD.	116
G).- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU ESTRUCTURA	118
H).- POR EL NUMERO DE ACTOS INTEGRANTES DE LA ACCION TIPICA.	119
I).- POR EL NUMERO DE SUJETOS QUE INTERVIENEN EN SU EJECUCION.	119
J).- POR LA FORMA DE SU PERSECUCION	120
7.- PUNIBILIDAD	122

C A P I T U L O C U A R T O

DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD MATERIA DE ESTE ESTUDIO Y OTRAS FIGURAS DELICTIVAS SIMILARES.	125
--	-----

1.- DIFERENCIAS ENTRE EL TIPO A ESTUDIO Y DEL DELITO DE PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD, PREVISTO POR EL ARTICULO 365 BIS DE LA -- LEY SUSTANTIVA PENAL.	126
2.- DIFERENCIAS ENTRE EL TIPO EN ESTUDIO Y EL DELITO DE PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 366 DEL CODI GO PUNITIVO	130
3.- DIFERENCIAS ENTRE LA FIGURA DELICTIVA MA- TERIA DE ESTE ESTUDIO Y LOS DELITOS PRE- VISTOS EN LAS FRACCIONES XI, XIV, XVI Y - XX DEL ARTICULO 225 DEL CODIGO SUSTANTIVO DE LA MATERIA	134
4.- DIFERENCIAS ENTRE EL TIPO A ESTUDIO Y EL DELITO ABUSO DE AUTORIDAD, PREVISTO POR - EL ARTICULO 215 FRACCION VI DEL CODIGO PE - NAL	142
CONCLUSIONES.	146
BIBLIOGRAFIA.	149
DICCIONARIOS JURIDICOS.	152
LEGISLACION	152
JURISPRUDENCIA.	152
ADVERTENCIAS.	154

I N T R O D U C C I O N

Aún se encuentra presente en mi memoria aquella mañana de 1985, cuando por primera vez pisé las aulas de mi querida Universidad del Valle de México, con el objeto de iniciar el estudio de la carrera de Licenciado en Derecho; llena de entusiasmo y curiosidad por asomarme a un nuevo mundo; adquirir nuevos conocimientos, máxime de los de la ciencia del derecho, puesto que tal vez la carrera de Licenciado en Derecho sea una de las más fáciles de cursar, pero que difícil es su ejercicio, según he podido percatarme a través de la poca experiencia que he adquirido, ya que el derecho, como afirma el eminente jurista uruguayo Don Eduardo J. Couture, se transforma diariamente y si no seguimos sus pasos cada día seremos menos abogado.

Durante los años en que cursé las materias básicas de esta honrosa carrera, escuché con atención e interés las cátedras dictadas por todos y cada uno de los maestros, quienes con gran elocuencia nos iban entregando sus conocimientos adquiridos a través del estudio y la experiencia profesional, para ellos sólo guardo reconocimiento y gratitud infinitos por las sabias enseñanzas que me prodigaron.

Ahora, al haber concluido el estudio de las diversas materias que integran el programa de esta interesante -- profesión, he comprendido que el corto tiempo de que disponemos para estudiar esta carrera no es suficiente para dominar el conocimiento de la ciencia jurídica, y que en el programa escolar sólo se nos proporciona una breve enseñanza que nos permite aprender a pensar jurídicamente, porque nuestra profesión es tan amplia en cuanto a su -- contenido que no es presunción afirmar que el abogado debe ser el profesional más culto de todos los profesionistas y esto desde luego exige el estudio constante del derecho y de otras disciplinas relacionadas con el mismo, - y de acuerdo con la especialización que se escoja conforme al interés de cada abogado, por lo que estimo conve-niente que todo jurista debe inspirarse en el ejercicio de su profesión en el decálogo del abogado propuesto por el Dr. Couture en sus antiguos pero siempre actualizados mandamientos.

A efecto de dar cumplimiento al programa oficial de esta Universidad para obtener el título de Licenciado en Derecho, me propuse elaborar la tesis que me permita culminar este anhelo, y para ello realicé un análisis de -- las asignaturas que me fueron impartidas y decidí elaborar este modesto trabajo sobre Derecho Penal, consideran

do la Ciencia Penal como una de las materias más amplias y complejas, lo que según he escuchado, obligó a un ilustre jurista mexicano, Don Celestino Porte Petit, a afirmar que para dominar el Derecho Penal era necesario vivir cinco vidas de cien años cada una y, no obstante esta advertencia, sin falsa modestia, me propuse utilizar todas las enseñanzas que recibí de mis maestros y a efecto de dejar un pequeño aporte, escribiré sobre el tema - "Análisis del Delito Privación Ilegal de la Libertad previsto por la fracción I del artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal", inicio el trabajo en el primer capítulo refiriéndome a algunos aspectos históricos relacionados con el tema de estudio, posteriormente en el Capítulo Segundo me refiero a los presupuestos del delito, y luego hago un análisis de los elementos del delito y a sus aspectos negativos, atendiendo para esto a la luz que nos arroja la teoría del delito, estudiando cada uno de sus elementos en relación con el ilícito materia de este estudio, en el Tercer Capítulo inicio el análisis de nuestro delito, la clasificación del mismo y finalmente en el Capítulo Cuarto, trato de establecer las diferencias de esta figura delictiva con otras similares.

Estoy consciente de que este modesto trabajo no

constituye un tratado ni un estudio completo, adolece de errores y sobre todo de amplitud, pero es el fruto del - esfuerzo y de mi escasa experiencia y representa el producto de la investigación realizada con el ferviente deseo de hacer un pequeño aporte por modesto que este sea.

C A P I T U L O P R I M E R O

PANORAMA HISTORICO DEL DELITO DE PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD

1. Epoca bárbara o de la venganza privada.
2. De la venganza divina.
3. De la venganza pública.
4. Etapa humanitaria.
5. En algunos pueblos asentados en el territorio de México antes de la colonia en la nueva España y en el México independiente.

CAPITULO PRIMERO

PANORAMA HISTORICO DEL DELITO PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD

Como señala el maestro Ignacio Villalobos, seguidor de la tesis del psicologismo en nuestro país, estudiar - la historia del Derecho Penal no debe hacerse únicamente con el ánimo de exhibir erudicción, sino por el beneficio que tal estudio aporta para el mejor entendimiento - de las actuales instituciones, ya que es posible llegar a una mejor comprensión si se analiza el Derecho Penal - desde sus orígenes, puesto que como lo sostenía Aristóteles, según el maestro Villalobos: "para poder ver bien - el interior de las cosas, éstas deben verse desde sus comienzos" (1).

Y esto es cierto, si nos ponemos a considerar que el Derecho Penal ha pasado por diversas etapas hasta llegar al momento presente, es decir, desde las épocas más remotas del nacimiento de la humanidad, cuando el hombre empieza a asociarse con otros hombres y empiezan a formar la horda, la tribu y la familia, es cuando van surgiendo las ideas penales, ya que al organizarse los individuos,

(1) VILLALOBOS, IGNACIO. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General, Cuarta Edición. Edit. Porrúa, S.A. Mexico. 1983. Pág. 24

empiezan a observar la necesidad de establecer sistemas que permitan la vida pacífica y tranquila de la comunidad, pues es necesario evitar en estas organizaciones -- las conductas antisociales.

En los inicios de la humanidad no puede hablarse de la existencia del delito privación ilegal de la libertad, mismo que en México es de reciente creación, pues -- como lo asevera el autor español Eugenio Cuello Calón, -- en los albores de la humanidad ni siquiera puede hablarse de un derecho penal, sino sólo de ideas penales, ideas como las que fueron expuestas en la antigüedad por Platón, Aristóteles, Séneca y en la Edad Media por Santo Tomás de Aquino, estas ideas no constituían una doctrina -- del Derecho Penal, constituían opiniones o elucubraciones sobre el delito y la pena, considerados sólo en su -- aspecto filosófico (2)

Lo anterior permite al maestro Ignacio Burgoa Orihuela manifestar que en diversas épocas ha faltado al hombre la libertad y que desde el tiempo más remoto de la -- humanidad ha existido una marcada diferencia entre los -- grupos, el de los hombres libres y el de los esclavos y estima que la libertad, en un principio, estaba reservada

(2) CUELLO CALÓN, EUGENIO. "DERECHO PENAL". PARTE GENERAL. T. 1. NOVENA EDICIÓN. EDIT. NACIONAL. MEXICO, 1953. PAGINA 40.

da para las clases privilegiadas puesto que a los esclavos no se les consideraba como personas sino como cosas, como acontecía principalmente en Roma ya que ésta era la marca característica de las etapas políticas de la antigüedad y de la Edad Media e incluso en gran parte de lo que podemos llamar tiempos modernos; la libertad no existía como un atributo real de todo hombre ya que estaba reservada para grupos sociales determinados. (3)

1.- EPOCA BARBARA O DE LA VENGANZA PRIVADA

De conformidad con el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, las ideas penales en su progreso presentan diversos matices de acuerdo con los estudios que se hagan en cada pueblo, ya que el proceso ha sido diferente en las distintas sociedades y que el tránsito en cada organización cronológicamente también ha sido respecto a estas ideas. (4)

En el nacimiento de la humanidad, en los tiempos más remotos, la pena surgió como venganza del grupo, con el objeto de preservar y conservar al mismo, es así como surge esta primera etapa de las ideas penales ya que en

(3) BURGGA ORIHUELA, IGNACIO. "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES". Cuarta Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1965. Página 284.

(4) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. Trigésima Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1991. -- Página 51.

ese tiempo se estimaba que la expulsión del individuo de linciente del grupo, era la más grave sanción que podía imponerse al hombre, puesto que así se dejaba al infractor en una situación de completo abandono, convirtiéndolo en víctima propicia de los ataques de individuos del mismo grupo, de extraños al mismo o de las fieras.

Durante esta etapa, cada particular, cada familia, - cada grupo, se protege y hace justicia con su propia mano y, como asevera Don Fernando Castellanos, en esta etapa la venganza estaba en manos de particulares, por lo que esta venganza privada llamada también de la sangre, estaba reservada para quienes cometían homicidios o lesiones y posteriormente se extendió para sancionar diversos hechos violentos, durante esta etapa los vengadores se excedían en cuanto a la venganza y en gran cantidad de ocasiones provocaban daños más graves que los recibidos, lo que llevó a una reacción en posteriores etapas.

(5)

Antes de pasar al análisis, de las otras etapas, que se observan en la evolución histórica del Derecho Penal, debemos estimar, que como lo sostiene el maestro Don --

(5) CASTELLANOS, FERNANDO. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". Parte general. Trigésima Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, Página 32.

Eugenio Cuello Calón, no es posible precisar las épocas en que aparecen cada una de estas etapas, puesto que como acertadamente lo señala el autor citado, en cada una de las mismas aparece predominante el principio generador que le da el nombre sin que pueda decirse, que agotado el principio animador de un periodo suceda a aquel un nuevo principio único inspirador de la justicia penal en el ciclo siguiente. Puesto que estos periodos no se sustituyen por entero, ya que no puede decirse que al presentarse un periodo desaparezca el otro completamente, y por el contrario es de observarse, que si bien en cada periodo predomina una idea penal conviven con ellas otras diversas y hasta contrarias. (6)

2.- DE LA VENGANZA DIVINA

En esta etapa segunda de las ideas penales, encontramos que la represión tenía por objeto el enojo de la divinidad ofendida, la justicia criminal se ejercitaba en el nombre de Dios, los jueces juzgaban en su nombre, se estableció que la pena tenía por objeto que el delincuente expie su delito a fin de que la divinidad ofendida de pusiera su cólera y el delincuente pudiera seguir siendo sujeto de su protección. (7)

(6) CUELLO CALÓN, EUGENIO. Opus Cit. Página 54.

(7) CUELLO CALÓN, EUGENIO. Opus Cit. Página 56.

Durante esta etapa observamos que la represión es -- llevada a cabo por los sacerdotes y aparece en diversos pueblos, principalmente, como lo señala el maestro Castellanos, en el pueblo hebreo debido a que éste era eminentemente religioso.

3.- DE LA VENGANZA PÚBLICA

En esta tercera etapa, es posible afirmar que la represión penal estaba encaminada a conservar a toda costa la tranquilidad pública y esto sólo se conseguía a través de la intimidación y el terror, siendo notorio que cuando los estados llegan a poseer una mayor solidez, empieza a hacerse notar la distinción entre delitos privados y delitos públicos; según sea que el hecho ataque intereses particulares o el orden público; así, aparece esta etapa en la que los jueces juzgan en nombre de la colectividad, imponen penas severas y crueles, ya que en este tiempo no sólo se castigaba con dureza los crímenes más graves, sino que en múltiples ocasiones se imponían graves penas a quienes habían cometido hechos y actos -- que hoy en día parecen indiferentes, tales como la magia y hechicería; en esta época las sanciones se imponían por tribunales especiales, los que actuaban con el rigor más inhumano y justificaban esta actuación diciendo que era para prevenir la criminalidad.

En esta etapa, el poder social no vacilaba en imponer con demasiada frecuencia las penas más graves, incluso la pena de muerte, y aun en ésta se empleaban formas de agravación espeluznantes. Se establecieron penas corporales que consistían en la aplicación de horrendas mutilaciones, así como imponían penas infamantes y también se establecieron sanciones pecunarias, las cuales tenían el carácter de confiscación; es durante esta etapa cuando las penas se tornan más injustas, ya que no sólo se imponían a quienes cometían un acto antisocial, sino que las penas trascendían a la familia del infractor y hasta cierto número de generaciones: así también puede decirse que las penas sólo eran impuestas a quienes formaban las castas inferiores, pues éstas se encontraban desprovistas de derechos; la humanidad no podía aspirar ni siquiera a la tranquilidad del sepulcro, porque en innumerables ocasiones los cadáveres eran sacados de sus tumbas para ser procesados; durante esta época, los jueces y tribunales tenían por costumbre la arbitrariedad y tenían la facultad de imponer penas no previstas por la ley, estas facultades que se utilizaban con exceso no estaban al servicio de la justicia, sino de los tiranos y déspotas, puede decirse que esta situación prevaleció hasta la víspera del siglo XIV.

4.- LA ETAPA HUMANITARIA

El maestro Fernando Castellanos afirma que como en las leyes físicas, a toda acción corresponde una reacción, dentro de las ideas penales sobrevino una reacción a la excesiva crueldad con la que se venía actuando, de esta manera se inicia un movimiento, humanizador de la pena y de los sistemas penales; esta tendencia empieza a tomar vigor a mediados del siglo XVIII cuando César Bonesana Marqués de Beccaria, Montesquieu, D'Alambert, -- Rosseau y otras personalidades empiezan a exponer sus -- ideas para llevar a cabo este movimiento humanizador, -- siendo el primero de los nombrados quien en su libro titulado "Dei Delitii E delle Pene", establece entre los -- puntos más importantes:

- A) Que el derecho a castigar se base en el contrato social y que, por lo tanto, la justicia humana y la divina son independientes.
- B) Que las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes, que éstas han de ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas.
- C) Que las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionales al delito, lo mnimas posible y nunca deben ser atroces.

- D) Que los jueces no pueden ser legisladores, ya que carecen de la libertad de interpretar la ley; para Beccaria nada hay tan peligroso como el axioma común que establece la necesidad de consultar el espíritu de la ley.
- E) El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad para los demás hombres.
- F) La pena de muerte debe ser proscrita por injusta, el contrato social no la autoriza, ya que el hombre no puede conceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual él mismo no puede disponer -- por no pertenecerle". (8)

Ahora bien, cierto es que dentro de lo que hemos llamado el periodo humanitario se dan las consideraciones anteriores, dentro de esta etapa surge el periodo científico, en donde ya se puede decir que existe una doctrina del derecho penal y que a partir del Marqués de Beccaria, a quien se considera como un clásico, es cuando surgen nuevas teorías que consideran la pena como una retribución ya sea de origen divino, moral o jurídico, entre estas ideas destacan las de Emanuel Kant, quien sostiene que -

(8) Citado por CASTELLANOS, FERNANDO. Opus Cit. Página 35.

la pena es el deber de castigar el delito y que es un imperativo categórico, ya que éste constituye el fundamento del "jus puniendi" y por ese motivo la pena carece de un fin concreto, puesto que se impone por el simple hecho del delito. (9)

Federico Hegel sostiene que con la pena el Estado persigue restablecer el orden alterado, que la infracción a la ley penal es la negación del derecho y que la pena tiende a restaurar la supuesta alteración causada por el delito. (10)

Otros autores aseveran que la pena tiene un carácter intimidatorio y que su fin debe ser la prevención del delito, que esta prevención puede ser especial si la pena tiene como finalidad que el delincuente no cometa nuevos hechos delictuosos; o general, cuando con la amenaza de la pena se persigue la ejemplaridad y la intimidación para que los individuos se abstengan de cometer delitos.

Durante las etapas de las ideas penales denominadas de la venganza privada o época bárbara, de la venganza -

(9) Citado por PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Opus Cit. Página 60.

(10) Citado por PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Opus Cit. Página 61.

divina y de la venganza pública, no puede hablarse de -- ningún antecedente de privación ilegal de la libertad, - puesto que mal puede hablarse de privación ilegal de la libertad cuando se practica la esclavitud, lo que orilla al maestro Burgoa a afirmar que en estas etapas las clases predominantes ejercían un poder casi absoluto sobre los desprotegidos, situación que ha'podido observarse a través de la historia. (11)

De esta manera es dable observar que durante el periodo humanitario, que en mi concepto se extiende hasta el presente, es cuando empiezan a cundir las semillas de la libertad y podemos afirmar que ya con esto se da un - antecedente mediato de la figura de la privación ilegal de la libertad, ya que resulta lógico que para poder hablar, valga la redundancia, de privación ilegal de la li bertad, debe hablarse primero que la humanidad goce de - una verdadera libertad.

En este periodo que, como ya he dicho, abarca la -- etapa científica, se pone de manifiesto que a través de las luchas seculares de los pueblos empieza a conseguirse la ansiada libertad, empezando con la Revolución Franu

(11) BURGOA ORIHUELA IGNACIO. Opus Cit. Página 284.

cesa y otros movimientos revolucionarios en Europa, movimientos en los que se pugna por la implantación de la libertad y la igualdad para todos los hombres; también se empieza la lucha por la igualdad de las diversas clases sociales.

El 27 de agosto de 1789, según Óscar Secco y Ellau-re y Pedro Daniel Baridon, nace la "Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano", en los cuales no se fijaron solamente derechos y libertades para los franceses de esa época sino para todos los hombres de todos -- los tiempos y de todos los lugares del mundo; se establece que los hombres nacen y permanecen libres e iguales - en derecho, que las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común, que la libertad consiste en poder hacer lo que no dañe a otros, por lo que el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tienen más límites que los que corresponden a los miembros de - la sociedad, quienes también tienen asegurados sus derechos; que la ley no tiene derecho de prohibir más que -- las acciones nocivas para la sociedad y que todo lo que no está prohibido por la ley no puede impedirse, nadie - puede estar obligado a hacer lo que la ley no ordena; -- asimismo, se establece una serie de derechos contenidos

en diecisiete artículos (12).

A continuación, me permito transcribir los artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que pueden ser un antecedente mediato del tema a estudio y que a saber son los siguientes:

DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE
Y DEL CIUDADANO

Artículo I.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común.

Artículo IV.- La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro. De aquí que el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tenga más límites que los que aseguren a los miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no pueden determinarse más que por la ley.

Artículo VII.- Nadie puede ser acusado, detenido o encarcelado más que en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas en ella. Los que soliciten,

(12) SECO ELIAURI OSCAR Y BARRIDON PEDRO DANIEL "HISTORIA UNIVERSAL". Primera Edición. Octava Impresión. Edit. Buenos Aires. Página 38.

expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias - deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la ley, debe obedecer al instante, haciéndose culpable por su resistencia.

Artículo VIII.- La ley no debe establecer sino penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y -- promulgada anteriormente al delito, y, legalmente aplicada. (13)

Durante este periodo científico, inmerso en la etapa humanitaria del derecho penal, surgen diversas escuelas de esta ciencia, entre las cuales de las más importantes, destacan la escuela clásica, la escuela positiva y la terza scuola, que por no ser materia de este trabajo, sólo daré algunas características de las mismas.

La escuela clásica, en la que sobresalen diversos pensadores entre los que destaca: Francisco Carrara, puede decirse que entre ellos no existe una idea común, -- puesto que en la misma tendencia surgen opiniones diversas; en la misma se estudia el derecho penal utilizando el método inductivo. Villalobos, citado por Castellanos,

(13) SECO ELLAURI OSCAR y BARRILON PEDRO DANIEL. Opus Cit.
Páginas 36 y 37

afirma que como el derecho pertenece al campo de la conducta de los individuos, su relación con la vida social tiene propósitos ordenadores, por lo que esta conducta debe ser eminentemente finalista. (14)

En esta tendencia surgen diversas concepciones, siendo las más comunes:

1a.- La igualdad, el hombre ha nacido libre e igual, esta igualdad en derecho es equivalente a la esencia, pues implica la igualdad entre los sujetos, la igualdad entre desiguales es la negación de la propia igualdad.

2a.- Libre albedrío, si todos los hombres son iguales, en todos ellos se ha depositado el bien y el mal, pero también se les ha dotado de la capacidad para elegir entre ambos caminos y si se ejecuta el mal, es porque así se quiso y no porque la fatalidad de la vida haya arrojado a su práctica.

3a.- Entidad del delito, el derecho penal debe voltear sus ojos a las manifestaciones externas del ac

to del objeto, el delito es un ente jurídico, una injusticia, sólo al derecho le es dable señalar las conductas que devienen delictuosas.

4a.- Imputabilidad moral (como consecuencia del libre albedrío, base de la ciencia penal entre los clásicos), si el hombre está facultado para discernir entre el bien y el mal y ejecuta éste, debe responder de su conducta, habida cuenta de su naturaleza moral.

5a.- La pena debe ser proporcional al delito y el método debe ser inductivo o teológico.

Dentro de esta doctrina clásica, podemos observar un principio básico, puesto que ya advierte la igualdad entre los individuos, la libertad de los mismos, el libre albedrío, que denota la igualdad entre los hombres, ya que hasta la presente época se ha reconocido casi universalmente, el principio de la libertad humana y en todas las legislaciones se fijan de manera restrictiva, los casos en que el hombre puede ser privado de su libertad.

La segunda escuela surge durante el siglo XVI, en -

la primera mitad, cuando sobreviene un auge de las ciencias naturales y esta concepción, repercute en materia penal; entre los principales seguidores de esta doctrina positiva, podemos citar a César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo, siendo el último quien estableció la noción del delito natural.

Al igual que entre los clásicos, dentro de la doctrina positiva, surgen diversas concepciones, entre las que encontramos como más significativas las siguientes:

1a.- El punto de mira de la justicia penal es el delincuente; el delito no es más que un síntoma revelador de su estado peligroso.

2a.- La sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y --- ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción.

3a.- El método de estudio debe ser el inductivo experimental.

4a.- Todo infractor de la ley penal es responsable moralmente o no tiene responsabilidad legal.

5a.- La pena tiene una eficacia muy restringida, importa más la prevención que la represión de los delitos y, por lo tanto, las medidas de seguridad importan más - que las penas mismas.

6a.- El juez tiene facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida, para que pueda adecuarse a las necesidades del caso.

7a.- La pena, como medida de defensa, tiene por ob-jeto la reforma de los infractores, readaptables a la vida social y a la segregación de los incorregibles (15).

Asimismo, puede decirse que derivada de la lucha sos-tenida entre las escuelas clásicas y positiva, surgen -- otras corrientes, las cuales puede decirse son eclécti-cas, por tomar parte de ambas escuelas, entre ellas la - más importante es la terza scuola o escuela del positi-vismo crítico, representada fundamentalmente por Alimena y Carnivale, esta corriente tiene como principales características:

A).- La imputabilidad basada en la dirigibilidad de

los actos del hombre.

B).- La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica, y

C).- La pena tiene como fin la defensa social.

5.- EN ALGUNOS PUEBLOS ASENTADOS EN EL
TERRITORIO DE MEXICO ANTES DE LA
COLONIA EN LA NUEVA ESPAÑA Y EN -
EL MEXICO INDEPENDIENTE.

Es de advertirse que el tipo penal base de esta tesis, previsto por la fracción I del artículo 364 de la Ley sustantiva penal, es de reciente creación, pues se estableció como delito por el Congreso de la Unión, como consecuencia de una iniciativa de ley enviada al poder legislativo por el entonces Presidente de la República, Licenciado Gustavo Díaz Ordaz, decreto que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de julio de 1970, en la misma fecha entró en vigor.

Durante la época prehispánica, no existe antecedente alguno del delito de privación ilegal de la libertad, pues como afirma el maestro Burgoa, en esta época predominaron tres pueblos primitivos, tres grandes civiliza-

ciones que tuvieron preponderancia en el territorio nacional: la otomí, la náhuatl y la maya, culturas que abarcaron diversos pueblos o tribus. (16)

Los otomíes, a los que se consideraba la civilización más antigua, más bien eran organizaciones familiares de las que sólo se conocieron sus ritos funerarios, vivían en cuevas y no tenían ni ciudades ni ganado que cuidar, en virtud de que no conocían la agricultura; tenían un concepto indefinido de la propiedad, por lo tanto desconocían la guerra y sólo tenían riñas por enemistades de familia o en defensa de su hogar, por lo que ningún antecedente aporta esta cultura al tema en estudio.

Los náhuatl, quienes según el maestro Burgoa, en un principio ocuparon el territorio de uno a otro océano y después escogieron el lado del pacífico, tampoco presentan signos que puedan constituir un antecedente del tema en estudio.

Los mayas fueron una civilización sobre la que actualmente ya existen mayores datos para su identifica---

(16) BURGOA ORIHUELA IGNACIO. "DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO". Segunda Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1975. Página 41.

ción; estaban organizados en forma teocrática, en la que el Sumo Sacerdote compartía el poder con el Canek, nombre que le daban al rey; se observa que dentro de esta civilización surgieron diversos pueblos instalados principalmente en Yucatán, Tabasco, Campeche y Chiapas; en el sistema de gobierno que practicaban puede decirse -- que existían desigualdades sociales, ya que el pueblo en general vivía bajo el dominio de los señores principales que eran el rey, el Sumo Sacerdote, etc., sin que haya vestigios de que nos hagan pensar en el antecedente de nuestro tema.

Dentro de las tribus náhuatl, que destacaron por su grado de civilización, fueron los toltecas quienes al -- principio tenían un gobierno teocrático sacerdotal y -- que después lo sustituyeron por una monarquía, en esta civilización tampoco se encuentran vestigios del tema en estudio.

Los aztecas, cuya civilización se fue formando con diversos elementos de otras culturas, al establecerse en el Valle de México y fundar Tenochtitlán, se convierte en un pueblo imperialista y conquistador, puesto que empiezan a sojuzgar a los pueblos de los alrededores e incluso a los lejanos, para obligar a éstos a pagar un tri

buto. Por este motivo, no es posible asegurar que entre ellos hubiese un vestigio del tema que se desarrolla, ya que incluso, entre los aztecas se practicaba la esclavitud, puesto que sometían a sus designios a individuos - de otras tribus, quienes realizaban para los aztecas las labores más desagradables y pesadas.

El maestro Raúl Carranca y Trujillo corrobora lo anterior y nos dice que ya en el Código de Netzahualcóyotl se encuentran rasgos muy adelantados de sistemas penales, en dicho código se establecen como penas, la confis- cación, el destierro, la prisión en cárcel o domicilio; el adulterio se castigaba con lapidación o estrangula- ción, en este Código se distingue entre delitos intencio- nales y delitos culposos; el delito de homicidio inten- cional se castigaba con la muerte, el homicidio culposo se castigaba con la esclavitud. (17) Por lo que se puede asegurar que en esta etapa, no existieron antecedentes - del tema, materia del presente estudio.

Durante la época colonial puede decirse que prácti- camente desaparecieron los diversos estados autóctonos o indígenas, ya que todos ellos quedaron sometidos a un re

(17) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. "DERECHO PENAL MEXICANO". Segunda Edición. Edit. Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijo. México. Página 78.

gimen político y jurídico establecido por los españoles.

Igualmente se puede afirmar que durante esta etapa no puede hablarse de ningún antecedente de privación ilegal de la libertad. Los conquistadores al sojuzgar a los diversos pueblos autóctonos sometieron a los individuos a un estado en que los indígenas casi tenían la calidad de esclavos, en el que las labores más pesadas y más peligrosas eran para los indios, no obstante que en la "Recopilación de las Leyes de Indias", del 6 de agosto de 1555, Carlos V ordenó que las leyes y buenas costumbres de los indios se siguieran conservando, esto nunca se puso en práctica, ya que entraron en vigor las "Leyes de Castilla" y otras leyes, que desde luego y debido a los malos manejos de los españoles, sojuzgaban a los indios, sometiéndolos a los caprichos de los conquistadores y en esta etapa tampoco hay antecedentes del tema en estudio.

Posteriormente, durante la guerra de independencia, cuando en mi concepto empiezan a instalarse en México -- los primeros signos que constituyeron un antecedente mediato de nuestro tema, es decir, cuando el Padre de la Patria, Don Miguel Hidalgo y Costilla al proclamar la Independencia de México, el 16 de septiembre de 1810, empezó a gestarse una etapa de libertad e igualdad entre los hombres, la cual podemos decir, se realizó más de cien

años después y, como afirma Daniel Moreno el caudillo -- Don Miguel Hidalgo, con fecha 6 de diciembre de 1810, ex pide el Bando de Guadalajara en el que se proclama la -- abolición de la esclavitud, iniciándose así el proceso -- para dar a los mexicanos una vida mejor; estas ideas li- bertarias, a la muerte de Hidalgo, son continuadas por -- otro sacerdote mexicano, Don José María Morelos y Pavón, quien al morir nuestro iniciador de la Independencia, se convierte en el jefe máximo de la fuerza independiente y que en Apatzingán da vida a la Constitución así llama- da, instrumento en el que en el capítulo V se establece el derecho a la igualdad, a la seguridad y a la propie-- dad y a la libertad de los ciudadanos. (18)

Al establecerse en tal documento constitucional el derecho a la libertad, se tiene ya un antecedente de --- nuestro tema, ya que al empezar el germen de la liber--- tad, con posterioridad podrá hablarse de la privación -- ilegal de esa libertad y esto hace que vaya avanzándose jurídicamente en la protección de dicha libertad, puesto que en 1824 se hace un intento por establecer un sistema de garantías individuales, en la llamada Constitución de 1824, de fecha 3 de octubre del mismo año.

(18) MORENO DANIEL "DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO". Sexta Edición. Edit. Pax. México, 1973. Pág. 61.

Al término de la dominación española, al consumarse la independencia, en la etapa del México Independiente - múltiples son los intentos por establecer la libertad y la igualdad para todos los mexicanos, pero esto no puede obstar, no obstante las luchas libradas por muchísimos ilustres mexicanos, deseosos de entregar a todos -- sus hermanos una patria en la que todos fueran libres e iguales, debido en gran parte a diversos acontecimientos que impidieron un gran avance del pueblo mexicano, entre ellos las diversas invasiones sufridas en nuestro territorio e incluso el efímero Imperio que pretendió establecer en nuestra patria el iluso Maximiliano de Habsburgo.

Es de hacer notar que desde la Constitución de 1857, imbuídos los constituyentes de ese entonces, de las ---- ideas de libertad e igualdad de todos los hombres, propuestas por los ideólogos de la Revolución Francesa, intentaron establecer de manera categórica, la libertad e igualdad de todos los mexicanos, lo que no fue posible - obtener debido a las luchas fratricidas surgidas entre - los mexicanos y las intervenciones extranjeras, que terminaron con el triunfo de Don Benito Juárez; lo que da - origen a que los constituyentes del 57 asociados con --- otros legisladores, el 4 de diciembre de 1860 y el 14 de diciembre de 1884, sentaron las bases de nuestro actual

derecho penal, según lo asevera Don Raúl Carrancá y Trujillo (19).

No obstante el triunfo de Don Benito Juárez y las ideas de la pléyade de pensadores de la época, no es posible la libertad e igualdad entre los mexicanos, ya que al ascender a la Presidencia de la República el General Porfirio Díaz, se estableció un régimen de preferencias para los grandes hacendados y caciques que sometieron a la mayoría de nuestros campesinos a un régimen de oprobiosa desigualdad, que llevó a que dichos hacendados y caciques, se convirtieran en dueños de vidas y haciendas, siendo esta época en la que el campesino es atado a las haciendas a través de las tiendas de raya, deudas -- que pasan de generación en generación sin que puedan saldarse, por lo que el pueblo humilde se convierte en propiedad de hacendados y patrones.

Desde luego que esta etapa de injusticia y de falta de libertad para los ciudadanos hace que empiece a germinar la llama de la inconformidad contra la opresión de -- que que son víctimas los campesinos y trabajadores. En 1910 se inicia la Revolución Mexicana, encabezada por -- Don Francisco I. Madero, seguido por Don Venustiano Ca--

(19) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. "DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL" TOMO I. DECIMA SEGUNDA EDICION. Edit. Porrúa. México, -- 1979. Página 84.

ranza, y otra serie de luchadores sociales entre los -- que surgen las grandes figuras de Francisco Villa y Emiliano Zapata.

Al triunfo de la revolución, surge realmente la --- igualdad de todos los mexicanos, empiezan a considerarse los derechos de los mexicanos, surgiendo así la Constitución del 5 de Febrero de 1917, en la que se establecen - las garantías individuales de todos los habitantes de esta tierra y es en donde encontramos el antecedente del - tema en estudio, puesto que ahí se fijan las garantías y el derecho a la libertad e igualdad para todos los ciudadanos mexicanos.

Con el avance humanístico, cultural y social de --- nuestro país, deviene una gran transformación del mismo y de sus instituciones, es así como en los años cincuentas y sesentas de nuestro siglo, empiezan a surgir lo -- que hoy llamamos tiendas de autoservicio, en las cuales empiezan a establecerse las injustas prácticas de dete-- ner en los locales de estos centros comerciales, a reales o ficticios ladrones y someterlos a vergonzosas revisiones y a tomarles fotografías que son distribuidas en otras tiendas comerciales y, por último, se les deja en libertad, pero si no se accedía a estas prácticas, eran

remitidos a las autoridades correspondientes, después de ser vejados arbitrariamente.

En los hospitales privados, también se implantaron prácticas inhumanas y deshonestas, ya que en ocasiones se detenían por días o semanas, a pacientes que carecían del dinero necesario para pagar los honorarios de los médicos o los gastos que cobraba el hospital, siendo esto, en mi concepto, lo que constituye el antecedente inmediato del tipo penal objeto de nuestro estudio, pues con fecha 27 de julio de 1970 se tipifica como delito de privación ilegal de la libertad en la forma que establece --- nuestro ordenamiento penal en vigor para el Distrito Federal, en los siguientes términos:

Artículo 364.- Se aplicará la pena de un mes a tres años de prisión y multa hasta de mil pesos:

I.- Al particular que, fuera de los casos previstos por la ley, detenga a otro en una cárcel privada o en -- otro lugar, por menos de ocho días. Si la privación ilegal de la libertad excede de ocho días, la pena será de - un mes más por cada día; y

CAPITULO SEGUNDO

ELEMENTOS DEL DELITO EN GENERAL

- 1.- Presupuestos del delito
- 2.- Breve referencia sobre los elementos del delito en general y sus aspectos negativos
 - a).- La conducta y su ausencia
 - b).- La tipicidad y la atipicidad
 - c).- La antijuricidad y las causas de licitud
 - d).- La culpabilidad y la inculpabilidad
- 3.- Los elementos constitutivos del delito, privación ilegal de la libertad, a que se refiere la fracción I del artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal.

CAPITULO SEGUNDO

ELEMENTOS DEL DELITO EN GENERAL

1.- PRESUPUESTOS DEL DELITO

A efecto de entrar al estudio de los elementos del delito a que se refiere el tema de esta tesis, sobre el Ilícito de Privación Ilegal de la Libertad, considero necesario hacer una breve referencia sobre los elementos del ilícito en general, a la luz de la teoría del delito y más aún estimo pertinente el analizar someramente los presupuestos del delito.

Debo decir que de conformidad con las obras que me han servido de base para elaborar este trabajo, se desprende que la doctrina se ha preocupado por elaborar una verdadera noción sobre los presupuestos del delito y como lo sostiene el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, - hasta la fecha no se han obtenido resultados positivos - (1).

Sin embargo puede decirse que se han elaborado diversas concepciones como la que sostiene Manzini citado

(1) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Opus Cit. Página 177

por Pavón Vasconcelos (2), este autor para elaborar su concepto de presupuestos del delito precisa que se trata de elementos positivos o negativos de carácter jurídico, anteriores al hecho y de los cuales depende la existencia del título delictivo de que se trate, continúa diciendo el autor citado que deben distinguirse los presupuestos del delito de los presupuestos del hecho, y señala que éstos pueden ser jurídico o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia se requiere para que el mismo, previsto por la norma, integre un delito y de esta manera puede decirse que su ausencia --quita el carácter de punible al hecho.

Maggiore citado por el maestro Porte Petit (3), señala que la noción del presupuesto aún no se encuentra bien definida en el terreno de la teoría general del derecho y que esto posiblemente se origina por el hecho de que se trata de una apresurada trasposición de un dogma del derecho privado al campo del derecho penal, y advierte al mismo tiempo este autor que la categoría de los --presupuestos no tiene razón de ser en asuntos penales, ya que el único sentido que podemos darle es el de la an

(2) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Opus Cit. Página 177.

(3) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. "APUNTAMIENTO DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL", Undécima Edición. Edit. Porrúa. 1987. Página 207.

tecedencia de un delito con relación a otro,

Puede decirse que hasta la fecha existen dos corrientes doctrinarias sobre el tema de los presupuestos y puede decirse que una los niega y la otra los acepta, y en esta segunda posición pueden contarse a los autores que admiten una clasificación, manifestando que hay presupuestos del delito y del hecho y otra postura que sostiene que sólo existen los presupuestos del hecho.

Grispigni citado por Porte Petit (4), sostiene que puede dárseles el nombre de presupuestos a las circunstancias constitutivas antecedentes, es decir, toda circunstancia antecedente indispensable para que el delito exista.

La doctrina ha venido sosteniendo que los presupuestos del delito se dividen en generales y especiales y que los primeros son aquellos que son comunes al delito en general y puede afirmarse que entre los presupuestos del delito en general se señala la norma penal que comprende el precepto y la sanción, también se considera que son presupuestos generales del delito el sujeto acti

(4) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Opus Cit. Página 208.

vo y el pasivo, la imputabilidad, el bien tutelado, y el instrumento del delito, aún cuando algunos autores suelen considerar que existen otros presupuestos generales del delito.

También existe una corriente negadora de la clasificación de los presupuestos en generales y especiales y - que uno de los principales seguidores de esta corriente es Steffano Riccio, ya que estima que es inadmisibile esta clasificación puesto que lo que se define como presupuesto especial no es más que una modificación del sujeto activo o del objeto del delito, o del sujeto pasivo o del bien lesionable (5).

El maestro Porte Petit, sostiene que es indudable - que puede haber ausencia de un presupuesto del delito - general o especial, pero afirma que la ausencia de la -- norma penal, de la imputabilidad o de cualquier otro presupuesto general originan según el caso la ausencia de - tipo o la inexistencia del delito, que cuando falta la - norma no existe el tipo o que si no existe la imputabilidad se originará una inimputabilidad (6).

(5) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Opus Cit. Página 268.

(6) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Opus Cit. Página 269.

Massari y Petrocelli, citados por Francisco Pavón - Vasconcelos (7), estiman como presupuestos generales del delito la norma penal, correspondiendo el precepto y la sanción, el sujeto activo y pasivo, la imputabilidad y el bien tutelado, y sostienen que los presupuestos especiales del delito son un elemento jurídico, y que éste debe ser preexistente o previo a la realización de la conducta o del hecho y además necesario para la existencia del título del delito.

Podemos decir que dentro de los presupuestos generales del delito se encuentran aquellos comunes al delito en general y que los presupuestos especiales del delito, son aquellos propios de cada delito en particular.

Igualmente podemos decir que dentro de los presupuestos generales del delito, la doctrina encabezada por Massari (8), a quien cita el maestro Porte Petit ha señalado:

- A).- La norma penal comprendido el precepto y la sanción.
- B).- El sujeto activo y pasivo.

(7) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Opus Cit. Página 180.

(8) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Opus Cit. Página 208.

- C).- La imputabilidad.
- D).- El bien tutelado, y
- E).- El instrumento del delito.

Puede decirse que otros autores sostienen que existe - un mayor número de presupuestos generales del delito.

El maestro Porte Petit sostiene que como el delito está formado por varios elementos, los llamados presu-
puestos generales del delito, serán en su caso de cada - uno de dichos elementos; y de esta manera el sujeto acti-
vo lo será del elementos objetivo conducta o hecho; el - tipo o norma penal de la tipicidad; el mismo tipo de la antijuricidad; la imputabilidad de la culpabilidad, y de la punibilidad considerada como consecuencia del delito, serán sus presupuestos los elementos del delito (9).

Igualmente podemos afirmar que una parte de la doc-
trina ha establecido que la existencia del presupuesto - supone que anteriormente existan tres requisitos entre - los que encontramos:

- A).- Un requisito jurídico.

(9) PORTE PETIT CANDAUDAD CELESTINO, Opus Cit. Página 208.

- B).- Que sea previo a la realización de la conducta del hecho, y
- C).- Necesario para la existencia del título o denominación del delito respectivamente.

En los presupuestos considerados como especiales -- del delito puede citarse a la relación de parentesco a que aluden los artículos 323 y 325 del Código Penal para el Distrito Federal, en los que se encuentra tipificados el parricidio e infanticidio respectivamente, así como - la calidad de servidor público en el delito de peculado a que se refiere el artículo 223 del ordenamiento legal invocado.

Pasando a referirnos a los presupuestos generales - del delito, puede decirse que la norma penal en su aspecto jurídico tiene una significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que regula la conducta humana en un tiempo y lugar definido, prescribiendo a los individuos deberes y facultades y estableciendo sanciones coactivas en el caso de que dichos deberes no sean cumplidos. Lo que significa que la ausencia de la norma jurídica penal hace que no haya tipo y es aplicable la fórmula "Nullum Crimen Si-

ne Lege" o "Nullum crimen sine tipo" (10).

El sujeto activo como presupuesto del delito supone que en la comisión de todo hecho delictuoso, siempre interviene un sujeto que mediante un hacer o un no hacer - legalmente tipificado, da lugar a una relación jurídica material y posteriormente a la relación procesal, al respecto afirma el maestro Guillermo Colín Sánchez (11), -- que es inexacto que lo anterior implique necesariamente, que a la persona que interviene por ese sólo hecho pueda ser considerado como sujeto activo del delito, ya que es tima el autor citado que esta calidad se adquiere cuando se dicta la resolución judicial condenatoria.

Afortunadamente casi en todo el mundo al establecer se sistemas adelantados en materia de derecho penal, ha terminado la costumbre que en varios países se tenía de sujetar a proceso a los animales, a los cadáveres, siendo múltiples los ejemplos que mencionan los autores de esta actitud; por lo que en la actualidad podemos afirmar que solo el hombre puede ser autor o posible autor de delitos; pero esto será materia de estudio en el Capí

(10) PALOMAR DE MIGUEL JUAN. "DICCIONARIO PARA JURISTAS". Primera Edición. Edit. Mayo, S. de R.L. México 1981, Página 915.

(11) COLIN SANCHEZ GUILLERMO. "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES". Décima Tercera Edición. Edit. Porrúa, S.A. México 1992, Página 183.

tulo Tercero.

Respecto al sujeto pasivo podemos decir que en todo delito es necesaria generalmente la concurrencia de dos sujetos; el primero, que es el que lleva a cabo la ejecución de la conducta o hecho, y otro pasivo que es sobre el que recae la acción aunque en algunos casos como la portación de arma prohibida, la apología del delito y -- otros, la conducta antijurídica no afecta propiamente a una persona física, sino más bien a un orden jurídicamente tutelado.

Igualmente como se verá en el Capítulo Tercero, las personas morales pueden ser sujetos pasivos del delito, pero en ningún caso pueden ser sujetos activos aun cuando existen algunos autores que opinan lo contrario.

Respecto al bien jurídico tutelado, será motivo de análisis en el Capítulo Tercero de este trabajo.

Respecto a los instrumentos del delito podemos decir junto con el maestro Francisco González de la Vega, que pueden entenderse por tales, los medios materiales de que se vale el delincuente para la perpetración de un ilícito y que por tales puede considerarse a las pisto--

las, puñales, ganzúas, llaves falsas, animales, documentos, y que la pena de pérdida o decomiso de tales instrumentos, supone dos hipótesis:

A.- Cuando los instrumentos sean de uso prohibido, tales como armas prohibidas y cosas que sólo sirven para delinquir, ya que su uso dada la ilicitud general supone su decomiso aún cuando pertenezcan a terceros.

B).- Cuando los instrumentos de uso lícito sí pertenecen al condenado, o si, perteneciendo a un tercero, se emplearon para fines delictuosos intencionalmente, -- con el conocimiento para su utilización del dueño, también puede decomisarse (12).

2.- BREVE REFERENCIA SOBRE LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN GENERAL Y SUS ASPECTOS NEGATIVOS.

A efecto de poder entrar al estudio de los elementos del delito materia de esta tesis, estimo necesario hacer una breve referencia sobre los elementos del delito en general y sobre sus aspectos negativos a la luz de la teoría del delito.

(12) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Opus Cit. Página 133.

Maggiore, citado por el maestro Porte Petit, afirma que así como existe una teoría general del derecho, también existe una teoría general del delito, que recibe de ella luz y a la vez la ilumina, la teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, aspectos negativos y la forma de manifestarse el delito (13).

Hans Heinrich Jescheck, citado también por el maestro Porte Petit, sostiene que la teoría del delito no estudia los elementos de los diversos tipos del delito, sino a aquellos componentes que son comunes a todo hecho punible (14).

La palabra elemento proviene del latín "elementum", que significa fundamento, es todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo, y que al mismo tiempo que sirve de base al mismo también concurre a formar lo.

La doctrina nos enseña que existen dos corrientes principales para realizar el estudio del delito; la corriente unitaria o totalizadora del delito y la corrien-

(13) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Opus Cit. Página 195.

(14) Ibidem.

te atomizadora o analítica del mismo, y de esta manera - puede observarse que la primera, sostiene que el delito no puede dividirse para su estudio, ya que integra un to do orgánico y un concepto indisoluble; y uno de los auto res que sustentan esta corriente es Antolisei, y al res- pecto el maestro Fernando Castellanos manifiesta que pa- ra los seguidores de la corriente unitaria, el delito - puede presentar aspectos diversos; pero que no es en mo- do alguno fraccionable (15).

En cambio podemos afirmar que para quienes siguen - la corriente atomizadora o analítica, entre los que en- contramos a Francisco Carrara, acertadamente en mi con- cepto, sostienen que el delito debe estudiarse por sus - elementos constitutivos, ya que para entender y estudiar el todo, es necesario tener un conocimiento cabal de sus partes, no obstante admiten que no por esto dejan de re- conocer que el delito integra una unidad.

Esta última corriente, no ha logrado poner de acuer- do a los autores, ya que mientras algunos señalan un nú- mero de elementos integrantes del delito, otros configu- ran al ilícito con más elementos, dando así nacimiento a

(15) CASTELLANOS FERNANDO. Opus Cit. Página 129.

las teorías bitómicas, tritómicas, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica y de acuerdo con la postura que se adopte se establecerán diversas definiciones del delito, entre las que encontramos la de Edmund Mezger, quien define al delito como "la acción típicamente antijurídica y culpable" (16); para Cuello Calón, el delito "es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible" (17); Jiménez de Azúa establece que el delito "es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y acarrea una sanción penal" (18); y a esta tesis se suma Ernesto Beling, sin referirse a la imputabilidad.

En lo personal me adhiero a la tesis sostenida por Edmund Mezger, estimando que son cuatro los elementos del delito, pero estimo que en lugar de hablar del acto humano como lo sostiene Mezger, debe hablarse de la conducta humana, y tomando también como elementos del delito a latipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, y desde luego considero que la imputabilidad no es un ele-

(16) CASTELLANOS FERNANDO, Opus Cit. Página 129.

(17) CASTELLANOS FERNANDO, Opus Cit. Página 130.

(18) Ibidem.

mento del delito, sino que como lo señala el maestro Castellanos, es un presupuesto de la culpabilidad o, si se quiere, un presupuesto del delito, pero no es un elemento del mismo; igualmente estimo que la punibilidad tampoco es elemento esencial del delito, ya que estimo que la pena se merece en virtud de la naturaleza del delito, es decir la pena puede decirse que es un ingrediente de la norma, en razón de la calidad de la conducta, la cual -- por su naturaleza típica, antijurídica y culpable, amerita la imposición de la pena y puede decirse que una actividad u omisión humana es sancionada cuando está calificada como delito, pero no es aceptable decir que es delictuosa porque se le sancione penalmente.

El ilustre jurista veracruzano Don Celestino Porte Petit, citado por el maestro Fernando Castellanos, estaba en desacuerdo con esta forma de pensar y estimaba que la punibilidad sí era un elemento del delito, esto al -- analizar el artículo 7o. del Código Penal para el Distrito Federal, que define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, exigiendo explícitamente la pena legal; sin embargo a la fecha el maestro -- Porte Petit ha cambiado de opinión y ahora niega a la punibilidad el carácter de elemento del delito, y llega a esta conclusión cuando observa que existen delitos en --

los cuales se encuentran integrados los demás elementos y que está perfectamente acreditada la existencia del delito, es decir, el delito está integrado y sin embargo - no puede imponerse pena alguna, como es el caso de las - excusas absolutorias, conductas en las cuales, la calificación delictuosa permanece y la pena no se aplica, por lo que ahora considera el maestro Porte Petit que la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no es esencial al mismo (19).

Igualmente puede decirse que las condiciones objetivas de punibilidad, que señala, entre otros autores, como elemento esencial del delito el brillante jurista Jiménez de Azúa, tampoco tienen ese carácter, ya que por - excepción son exigidas por el legislador, como condiciones para imponer la pena y con esta tesis acertadamente el maestro Ignacio Villalobos está en desacuerdo al manifestar que esencia es necesidad, es no poder faltar un - sólo elemento de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella, por lo que considera que al tener como esenciales estas condiciones de ocasión, que con más frecuencia faltan que concurren en delitos, sólo se explica como efecto de un prejuicio arraigado (20).

(19) CASTELLANOS FERNANDO. Opus Cit. Página 131.

(20) VILLALOBOS IGNACIO. Opus Cit. Página 233.

En consecuencia, nos adherimos a la tesis sostenida por Edmund Mezger, Castellanos y Villalobos y considero que únicamente cuatro son los elementos esenciales del delito, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, y que éste último requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario, igualmente considero que todos estos elementos concurren al mismo tiempo en la integración del delito, y que no existe alguna prioridad, en cuanto a su presentación en el ámbito temporal, ya que al darse el delito se presentan todos sus elementos constitutivos, pero sin embargo estimo acertada la opinión del maestro Castellanos Tena, de que en un plano completamente lógico, para verificar la existencia del delito debe estudiarse si aparece la conducta enseguida si la misma es típica, posteriormente si la misma es antijurídica y por último si es culpable.

Hecho el análisis anterior respecto a los elementos del delito pasaré a referirme en especial a cada uno de los mismos que estimo que son esenciales del ilícito, -- analizando también sus aspectos negativos.

A).- LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

Afirma el maestro Porte Petit que no es la conducta

Únicamente, sino también el hecho, un elemento esencial del delito, según la descripción del tipo y este punto - de vista, da lugar a la clasificación de los delitos, en de mera conducta o de resultado material y que nadie puede negar que al delito lo integran una conducta o un hecho humano primordialmente, todo delito es acción, pues únicamente la acción humana tiene por consecuencia una pena; no se puede llegar a determinar el concepto de delito, sin referirnos a la característica acción (21).

Estima Porte Petit que sin importar cuáles y cuántos sean los elementos del delito, cuando la descripción típica pasa de una mera conducta o un hecho, estos vienen a ser el primer elemento del delito dentro de la prelación lógica, es decir, un hacer o un no hacer y vale decir que aquel complejo de elementos materiales referentes a la conducta de la gente pueden quedar sujetos al esquema del delito y que así entre los elementos fundamentales del delito, emerge el comportamiento, o sea la acción positiva o negativa.

Y lo anterior lleva a Porte Petit a afirmar que la conducta o el hecho constituyen el elemento material del delito.

Debe hacerse notar que los diversos autores de derecho penal para referirse a este elemento material del delito, utilizan diversos vocablos como el de acción, acto, acaecimiento o acontecimiento, mutación en el mundo externo, hecho o bien conducta.

Debemos estimar que como elemento del delito, no es adecuado utilizar el término "acción", por no abarcar a la omisión, aún cuando es de verse que el Código Penal utiliza este término en los artículos 52, 348 y 400 bis.

Igualmente, considero que el término "acto", debe ser rechazado ya que con el mismo no puede abarcarse el hacer y no hacer, como sostiene Porte Petit, quien estima que el concepto "acto" es igual que "acción", que ambos implican un hacer pero que los mismos no abarcan a la omisión y que así mismo, el vocablo acto en ocasiones constituye la acción en sí y otras veces forma parte de la acción, cuando ésta se encuentra constituida por varios actos, y que esto da lugar a la clasificación del delito en unisubsistentes y plurisubsistentes; además, "acto" no abarca el hecho, que es una hipótesis del elemento material; por lo que debe estimarse que no debe utilizarse el término "acto" como elemento del delito, no obstante que el Código Penal para el Distrito Federal

utiliza dicho término en los artículos 7, 18, 19, 58, --
60, 146 fracción III, 152, 184, 196, 214 fracción IV, --
225 fracción VII, 281 fracción II y 386 fracción XI.

Igualmente estimamos que como acertadamente mencio-
na Porte Petit el término "acaecimiento" o "acontecimien-
to" es utilizado por Mayre inadecuadamente y con razón -
Ferrer Sama citado por Porte Petit hace ver que la ante-
rior terminología responde a una errónea concepción del
delito, sin manifestación de voluntad (22).

El vocablo "mutación" tampoco es aconsejable para -
ser usado como elemento del delito, ya que se refiere -
exclusivamente a la consecuencia de la conducta, al re--
sultado material que constituye uno de los elementos del
hecho.

Por todo lo anterior, estima Porte Petit que es pre-
ferible utilizar los vocablos "conducta" o "hecho" como
elementos del delito puesto que en este se encuentran in-
mersas la acción y la omisión y considera que el término
conducta, abarca la acción y la omisión, y que en este -
vocablo no puede quedar incluido el hecho, ya que en este

(22) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Opus Cit. Página 232.

vocablo no puede quedar incluido el hecho, ya que se forma con la concurrencia de la conducta, acción u omisión y resultado material, cuando el tipo exige como núcleo - una mera conducta.

El Código Penal en el artículo 7o. dispone:

"ARTICULO 7.- Que delito es el acto u omisión que -- sancionan las leyes penales, 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 de delictivo y pluralidad de conductas, se viola el mismo precepto legal" (23).

Otros autores manifiestan que la palabra "hecho" resulta inadecuada por excesiva, ya que comprende tanto la actividad humana, como los acaecimientos provenientes de fenómenos naturales; Jiménez de Azúa, citado por Porte -

(23) Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Séptima Edición. Edit. Ediciones Andrade, S.A. de C.V. México 1990. Página 202.

Petit, afirma que el término "hecho" es demasiado genérico y que como lo señala Binding, con esta palabra se designa todo acontecimiento que nace de la mano o mente del hombre o sucede por caso fortuito; a lo que contesta Porte Petit, aduciendo que un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta más resultado) y de esta manera se puede concluir que el elemento objetivo del delito, está constituido por una conducta y que nos encontramos ante un delito material, --- cuando estamos ante un hecho (24).

Continúa Porte Petit diciendo que, al definir la conducta debe decirse que se debe abarcar la acción y la comisión y que así puede establecerse la conclusión de que la conducta consiste: "en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario, dirigidos a la producción de un resultado material típico o extra típico, de tal manera que la conducta debe entenderse como el ejercicio de un comportamiento que tiende a un fin, por lo tanto, la voluntad del objetivo es la base de la teoría de la acción" (25).

Por nuestra parte nos adherimos al maestro Fer-

(24) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO Opus Cit. Página 233.

(25) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Opus Cit. Página 234.

nando Castellanos quien emplea el término "conducta" como elemento del delito y, como este autor, considero que en este término están incluidos tanto el hacer positivo como el negativo, es decir, implica tanto la acción como la omisión.

Igualmente estimo junto con el autor citado que no hay inconveniente en aceptar los vocablos "conducta" o "hecho", como elemento del delito con la aclaración de que al aceptar el término "hecho", debe hacerse convencionalmente, para designar la conducta, el resultado y su necesario nexos causal.

Debe advertirse que la conducta "es el comportamiento humano positivo o negativo encaminado a un propósito" (26) y sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal; estimamos junto con el maestro Fernando Castellanos, que el acto y la omisión deben corresponder al hombre, ya que éste es el único sujeto activo de las infracciones penales.

El artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal a la letra establece:

(26) CASTELLANOS FERNANDO. Opus Cit. Página 149.

"Art. 364.- Se aplicará la pena de un mes a tres años de prisión y multa hasta de mil pesos:

I.- Al particular que, fuera de los casos previstos por la ley, detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días. Si la privación ilegal de la libertad excede de ocho días, la pena será de un mes más por cada día" (27).

En tal virtud, consideramos que en el delito que nos ocupa, la conducta ilícita consiste en: a) un actuar humano positivo o negativo; b) Encaminado a privar a otro individuo de su libertad; y c) deteniéndolo en una cárcel privada o en otro lugar impidiendo de esta manera su libertad deambulatoria, sin referirse a tiempo determinado, este delito puede efectuarse por acción, como es el caso en que el sujeto activo o sujetos activos del delito, siendo particulares, detienen al sujeto o sujetos pasivos en una cárcel privada o en cualquier otro lugar, con lo que quedaría demostrada la conducta delictiva del activo o activos, ya que así impiden la libertad deambulatoria del pasivo o pasivos; igualmente puede ser en comisión por omisión, como es el caso de aquél encargado -

de la vigilancia de una fábrica o taller que tiene la obligación de abrir las puertas para que salgan los obreros, y al incumplir con esta obligación de esta manera impide la salida de los obreros, privándolos de su libertad deambulatoria.

Hecho el análisis de la conducta como elemento del delito, pasaremos a analizar el aspecto negativo de dicho elemento, podemos decir que se trata de algunos casos en que no hay conducta, y se puede afirmar junto con el ilustre jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (28), que ninguna duda cabe de que no constituyen conducta los hechos de la naturaleza en que no participa un hombre; y que por tal motivo el análisis de esta ausencia de conducta partiendo de la distinción de los hechos humanos voluntarios y de los involuntarios y enseguida deberán destacarse estos últimos por lo que debe investigarse aquellos sucesos en que participa un hombre sin voluntad.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos (29), explica que la moderna dogmática del delito ha precisado como indiscutibles casos de ausencia de conducta:

(28) ZAFFARONI EUGENIO RAUL "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL" Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1991. Página 379.

(29) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Opus Cit. Página 254.

I.- La vis absoluta también llamada violencia constreñimiento físico o fuerza irresistible, y

II.- La fuerza maior o vis maior.

Como un ejemplo de la primera de las hipótesis planteadas por Pavón Vasconcelos podemos plantear el caso de un sujeto que se encuentra parado frente a un puesto de gelatinas y de repente es empujado por la gente contra dicho puesto, causando el destrozo de las vitrinas y de las gelatinas que en ella se exponen.

Podemos decir junto con el ilustre jurista Eugenio Raúl Zaffaroni (30), que la fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de la acción de un ter ce ro y que hay esta fuerza física proveniente de la natu r ale za cuando un sujeto es arrastrado por el viento, por una corriente de agua o empujado por un árbol que cae, y que la conducta en este caso puede provenir de un terce ro, y en este caso la fuerza física irresistible se da en el que sufre la misma, pero no en el que ejerce y de esta manera opera con voluntad propia y en consecuencia, no es autor de una conducta cuya tipicidad, antijuricidad y culpabilidad tendrá que investigarse para saber si

(30) ZAFFARONI EUGENIO RAUL. Opus Cit. Página 381.

es un delito; la fuerza física irresistible y la consiguiente ausencia de conducta se dan en el que es empujado sobre la vitrina de gelatinas y no queda duda alguna que hay conducta por parte del que empuja.

Podemos decir que la vis absoluta o fuerza irresistible supone ausencia de voluntad en la actividad o inactividad de tal manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar por sí una acción o una omisión relevantes para el derecho; ya que se estima que quien actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a la que el constreñido no ha podido oponerse.

El artículo 15 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal, establece que son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: I.- Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntaria(31). La doctrina está de acuerdo en que la fuerza física irresistible que elimina la conducta, debe ser externa fuera del sujeto.

(31) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN y para toda la República en Materia del Fuero Federal. Opus Cit. Página 5.

El jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (32), estima que dentro de la fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza, caben acontecimientos que se originan en el propio cuerpo del sujeto y que dan lugar a movimientos que no pueden ser controlables por la voluntad, como es el caso de los movimientos reflejos respiratorios; ya que, el individuo así sometido a una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza de su propio cuerpo, no realiza una conducta al realizar un movimiento incontrolable de su propio organismo.

Por su parte el jurista Miguel Ángel Cortéz Ibarra (33), sostiene que entre las causas que excluyen la conducta, la más importante jurídicamente hablando es la fuerza física exterior irresistible o bis absoluta; sostiene además que la conducta se integra, con la intervención de dos inexcusables e inseparables elementos, el interno que es la voluntad y el externo o material, manifiesta así mismo que en la bis absoluta el movimiento corpóreo o la abstención, que condiciona materialmente la producción de resultados no obedece a un proceso volitivo

(32) ZAFFARONI EUGENIO RAUL, Opus Cit. Página 382.

(33) CORTEZ IBARRA MIGUEL ANGEL. "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". México, 1992. Cuarta Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor 1992. Página 175.

sino a una fuerza exterior que constriñía físicamente a un individuo anulando su simple determinación.

Pacheco citado por don Fernando Castellanos, dice que la aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, ya que quien obra así en ese momento no es un hombre, sino un instrumento quien es violentado materialmente.

Debemos decir que la mayor parte de los tratadistas de derecho penal consideran que aparte de la *bis absoluta* existen también como ausencia de conducta la *bis maior*, y que también se establecen como aspectos negativos de la conducta los movimientos reflejos, como son el sueño, el sonambulismo e hipnotismo.

B.- LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD

El término "tipicidad", considerado como segundo elemento del delito, para precisarlo debe hacerse un análisis del tipo, y afirma Pavón Vasconcelos, que el tipo, en sentido amplio, es el delito mismo "la suma de todos sus elementos constitutivos" (34); a este concepto se refieren Ernesto Beling y Franz Von Liszt, Mezger sostiene

(34) PAVÓN CASTELLANOS FRANCISCO. Opus Cit. Página 265.

que el tipo, en el sentido de la teoría general del derecho, "es el conjunto de todos los presupuestos, a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica" (35); en sentido restringido limitado al derecho penal, el tipo se considera como el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico, integrado por las notas especiales de una figura concreta del delito (36).

Mezger citado por Pavón Vasconcelos, dice que el tipo en sentido técnico especial, nada tiene que ver con el concepto identificador de tipo y delito en el conjunto de sus elementos, ni tampoco con los de general y tipo especial (37).

Debemos decir que varios autores de la materia, consideran que el antecedente del tipo se encuentra en el concepto de "Corpus Delicti", mismo que fue desarrollado por Beling.

También es oportuno hacer notar que dentro del derecho penal mexicano, el concepto de "Corpus Delicti" es -

(35) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Opus Cit. Página 265.

(36) Ibidem.

(37) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Opus Cit. Página 238

esencial y de tal manera podemos decir que diariamente es invocado en las sentencias que se dictan, por lo que puede afirmarse que el mismo constituye la base misma del enjuiciamiento penal; la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado con número 81 la jurisprudencia que a continuación se transcribe:

"CUERPO DEL DELITO"; CONCEPTO.-

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley Penal (38).

La doctrina en forma casi unánime está de acuerdo en otorgar a Beling la paternidad sobre la moderna teoría del tipo en atención a que éste en 1930, en su libro "Die Lehre Von Tatbestand", desarrolla una nueva doctrina introduciendo nuevos términos como "deliktstypus" (tipo del delito), "typizität" (tipicidad), "Dat vest ands mássige kert" (adecuación típica), y esta aportación de Beling tiende a establecer la relación entre el tipo de lo injusto y el tipo de inculpabilidad.

De conformidad con el Derecho Penal Mexicano, se po

(38) Semanario Judicial de la Federación, Segunda Parte. Primera Sala, Recopilación de 1917 a 1985, Página 183.

ne de manifiesto que para la existencia del delito es ne cesaria una conducta o un hecho humano y, sin embargo, - debe advertirse que no todas las conductas o hechos son delictivos, ya que se requiere además que sean típicas y antijurídicas y por tal motivo es de considerarse que la tipicidad es uno de los elementos esenciales de el y su ausencia impide la integración del mismo.

En México, el artículo 14 Constitucional establece:

"Artículo 14.- En los juicios del orden criminal, - queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decre tada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata" (39).

Este dogma significa que no existe delito sin tipo : "Nullum Crimen Sine Lege".

De esta manera puede afirmarse que aún cuando los - términos tipo y tipicidad se encuentran intimamente liga dos, no deben confundirse, puesto que el tipo es la crea ción legislativa o la descripción que hace el estado de una figura delictiva en los Código Penales, mientras que

(39) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 89a. Edición. Edit. Porrúa, México 1990. Página 13.

la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta - al tipo delictivo señalado por el Estado, en abstracto.

El maestro Mariano Jiménez Huerta, citado por Fernando Castellanos, define al tipo como "el injusto recogido y descrito por la ley penal" (40).

Por mi parte considero que la tipicidad es el encuadramiento de una conducta humana con la descripción hecha por la ley.

El maestro Porte Petit, resume la tipicidad en la fórmula "Nullun Crimen Sine Tipo" (41).

El jurista alemán Edmund Mezger, señala que la tipicidad es la razón de ser de la antijuricidad, con referencia al ordenamiento positivo, y de tal manera si se afirma que el tipo es la razón de ser de la antijuricidad le estamos atribuyendo un carácter delimitador, puesto que no puede haber delito sin tipo legal, "Nullun Crimen Sine Lege" equivalente a (Nullun Crimen Sine Tipo)".

Jiménez de Azúa estima que la tipicidad desempeña

(40) CASTELLANOS FERNANDO. Opus Cit. Página 168.

(41) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Opus Cit. Página 335.

una función predominantemente descriptiva, y que de esta manera singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad, por concretarle en el ámbito penal; mientras que el maestro Fernando Castellanos estima que la tipicidad no es una pieza técnica, sino que la escuela del principio legalista, es el principio de la libertad (42).

De tal manera puede decirse que a la luz de los comentarios anteriores, el tipo en estudio se encuentra redactado en nuestro ordenamiento punitivo en los siguientes términos:

"Artículo 364.- Se aplicará la pena de un mes a --- tres años de prisión y multa hasta de mil pesos;
I.- Al particular que, fuera por los casos previstos por la ley, detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días, si la privación ilegal de la libertad excede de ocho días, - la pena será de un mes más por cada día, y" (43).

De esta manera vemos que el tipo legal del delito - en estudio lo constituye la descripción legal transcrita,

(42) CASTELLANOS FERNANDO. Opus Cit. Página 170.

(43) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. "El Código Penal Comentado". Décima Edición. Edit. Porrúa, S.A. México 1990, Página 463.

esto de conformidad con el artículo 14 Constitucional, ya que en el caso de que no se encontrara descrita tal conducta como delito, jamás se configuraría un ilícito penal.

De esta manera puede advertirse que la tipicidad -- consiste en ejecutar una conducta voluntaria, y que esta conducta encuadre con el tipo previsto por la ley, ya -- que de esta manera nos adecuaríamos al tipo legal, realizando una conducta tendiente a impedir la libertad deambulatoria de una persona reteniéndola en una cárcel privada o en otro lugar.

La doctrina no se ha puesto de acuerdo en el caso -- de que la detención no sea en cárcel privada, sino en -- otro lugar, en cuanto a determinar si esa conducta debe llevarse a cabo en un lugar cerrado o en cualquier lugar abierto, por lo que considero que de conformidad con el artículo 14 constitucional, que al no hacer el tipo una referencia al lugar determinado, debe considerarse que -- el impedir la libertad deambulatoria puede realizarse en un lugar abierto o cerrado.

Hecho un breve análisis de la tipicidad considerada como elemento esencial del delito, pasaré ahora a refe--

rirme a la tipicidad, como aspecto negativo del delito; y empezaré diciendo que la atipicidad es la ausencia de una adecuación de la conducta a un tipo penal establecido por el legislador; es indudable que puede confundirse la ausencia de tipo con la atipicidad, pero no debemos olvidar que en la primera situación o sea la ausencia de tipo, no existe una conducta considerada como delito por el legislador; en cambio la atipicidad consiste en que - existiendo una figura jurídica contemplada en nuestra legislación como delito, la conducta realizada por el activo del delito no se amolda o adecua a una conducta prevista por la ley como delito.

El ilustre jurista sonoreense Miguel Angel Cortés - Ibarra, sostiene que la conducta es atípica, cuando esta no se subsume plenamente a la descrita en la ley, por no cumplimentarse cualquiera de los elementos que el tipo contiene (44).

Como un ejemplo de lo anterior podemos establecer que el Código Penal en su artículo 395 establece:

"Artículo 395.- Se aplicará la pena de tres meses a

(44) CORTES IBARRA MIGUEL ANGEL. Opus Cit. Página 193.

cinco años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos:

I.- Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenezca;

II.- Al que de propia autoridad y haciendo uso de los medios indicados en la fracción anterior ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos en que la ley no lo permite por hallarse en poder de otra persona o ejerza actos de dominio que lesione derechos legítimos del ocupante, y

III.- Al que en los términos de la fracciones anteriores cometan despojos de aguas" (45).

Es decir para la integración del delito de despojo previsto y sancionado en las fracciones I, II y III del artículo 395 del Código Penal, la ley señala determinadas circunstancias, o elementos normativos que deben darse en la conducta delictiva, para la debida integración del tipo penal de despojo; y observamos que en la fracción I se establece que la introducción u ocupación de -

(45) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Opus Cit. Página 510.

un inmueble ajeno debe ser hecha de propia autoridad, -- por lo que si una persona ocupa un inmueble ajeno creyendo que es propio por haberle sido entregado por un tercero al que el adquirente supone propietario, desde luego en este caso la persona adquirente que obra de buena fe, no está obrando de propia autoridad para ocupar ese inmueble; y desde luego su conducta al ocupar el terreno sería atípica.

Asimismo, la ley establece expresamente que la ocupación del inmueble ajeno debe hacerse a través de los medios comisivos que la misma establece como son la violencia, la furtividad o empleando amenazas o engaño, lo que origina que de no utilizarse cualquiera de los medios comisivos ya mencionados para la ocupación del inmueble, la ocupación consistiría en una conducta atípica.

Y estas referencias anteriores serían aplicables a los casos previstos en las fracciones II y III del precepto mencionado.

El autor Jiménez de Azúa, citado por Porte Petit señala que existe ausencia de tipicidad cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo -

descrito en el Código Penal o en leyes penales especiales, y cuando la ley penal no ha descrito la conducta - que en realidad se nos presenta con características anti-jurídicas (46).

En lo personal no estoy de acuerdo con la segunda - de las afirmaciones que manifiesta Jiménez de Azúa, sino que cuando una conducta no se encuentra descrita en la - ley como delito, simplemente el delito no existe.

Beling, también citado por el maestro Porte Petit - afirma con mayor coherencia cuando la conducta no presenta todas o algunas de las partes de las características requeridas y típicas o esenciales (47).

C.- LA ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE LICITUD

Según el tratadista Francisco Pavón Vasconcelos, citando a Jiménez de Azúa, hace hincapié en que algunos autores como Biagio, Petrocelli y Ricardo C. Núñez, esti-
man que las palabras antijuricidad, ilicitud, injusto y entuerto, pueden ser usadas indistintamente, pero Jimé-
nez de Azúa sostiene que no todos los vocablos se identi

(46) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Opus Cit. Página 367.

(47) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Opus Cit. Página 368.

fican por lo que se recomienda la utilización de los vocablos antijuricidad e injusto y señala que las otras -- acepciones no son sinónimas de las que él utiliza (48).

Al definirse el delito como una conducta o hecho tipico y culpable, se da al injusto la categoría de elemento integrante del ilícito y tanto en Alemania como en -- Italia, se considera que la antijuricidad tiene un carácter esencial en el delito, negando que sea un elemento -- ya que argumentan que no puede ser un elemento del delito aquello que es la naturaleza del mismo; sin embargo, la doctrina en España teniendo entre los autores a Luis Jiménez de Azúa, Mariano Jiménez Huerta y José Arturo Rodríguez Muñoz; en Argentina, Sebastián Soler y Ricardo -- C. Núñez y en México a nuestros ilustres penalistas Celestino Porte Petit, Raúl Carranca y Trujillo, Ignacio -- Villalobos, Luis Fernández Doblado, Fernando Castellanos y Ricardo Franco Guzmán, consideran a la antijuricidad -- como elemento del delito.

El maestro Pavón Vasconcelos estima que la antijuricidad constituye un concepto negativo, desaprobador del hecho humano, frente al derecho; y por su parte Porte Pe

(48) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Opus Cit. Página 291.

tit sostiene que debe tenerse como antijurídica una conducta adecuada al tipo cuando no se aprueba la existencia de una causa de justificación, recalca que por ahora, así funcionan los Código Penales, lo que hace necesaria una doble condición, para tener por antijurídica la conducta, y de esta manera estas condiciones serían la violación de una norma penal y una ausencia de causa de justificación. La mayoría de los autores están de acuerdo en que la antijuricidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y la norma del derecho; por nuestra parte estimamos adecuada la posición de Porte Petit.

Hans Welzel aduce que con frecuencia se precisa a la antijuricidad como un juicio de valor negativo del derecho sobre la conducta humana o el hecho y que la antijuricidad no es meramente un sólo juicio de valor, sino una característica del valor de la acción.

Debe considerarse que es antijurídica una conducta cuando contradice la norma del derecho.

El maestro Fernando Castellanos estima que la antijuricidad es un concepto negativo y un anti, y que lógicamente existe una gran dificultad para dar sobre ella -

una idea positiva; debemos decir comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al derecho; Javier Alba Muñoz refiriéndose a la antijuricidad, que interesa al Jus Penalista, es lisa y llanamente la contradicción objetiva de los valores totales; señala este autor, que existe la antijuricidad formal y la material y afirma que el término antijuricidad constituye un concepto unitario, - el resultado de un juicio substancial.

El maestro Ignacio Villalobos al respecto aduce que la infracción de las leyes es una antijuricidad formal, y que el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuricidad material.

Para Carranca y Trujillo, el hablarse de antijuricidad y de oposición a las normas, no debe entenderse oposición a las normas legales, sino a las culturales (49).

La antijuricidad o lo injusto que pudiera resultar del tipo penal en análisis, debe consistir en la realización de una conducta típica llevada a cabo por el sujeto activo del delito, cuando esa conducta típica no se encuentra amparada por una causa de justificación o licitud.

(49) Carranca y Trujillo Raúl. Opus Cit. Página 251.

A mi entender una causa de licitud o de justificación en el tipo a estudio puede darse cuando el activo del delito realiza la conducta típica en cumplimiento de un deber, como es el caso del padre o tutor que teniendo la obligación de corregir a sus hijos o a las personas encomendadas a su cuidado, impide la salida de éstos de la casa como justo castigo al mal comportamiento de éstos menores, debido a su obligación de educar; o en el mismo caso del padre o tutor que sabiendo que éstos hijos o personas encomendadas a su cuidado van a salir a la calle para participar en una pelea o riña y esta persona a fin de evitar el peligro para la integridad de los menores a su cuidado les impide la salida con el único efecto de preservarlos del peligro que en el momento representa su salida; desde luego, sería ilógico pensar que esta actitud resultara antijurídica, por lo que en este caso no se configuraría el delito, en atención que la conducta típica está amparada por una causa de licitud o de justificación.

Otra causa de justificación la podemos encontrar en la conducta típica realizada por un sujeto que obre en ejercicio de un derecho, como es el caso del médico que impide la salida de un enfermo grave o contagioso de un hospital, sanatorio o establecimiento similar, al saber

que la salida del enfermo podría representar un peligro para su integridad o, en su caso, que por la naturaleza de la enfermedad pudiera ocasionar un peligro de contagio para la comunidad.

En este caso sería absurdo pensar que la conducta típica consistente en impedir la libertad deambulatoria de un enfermo en tales condiciones, resultará antijurídica, puesto que el médico sólo estaría cumpliendo con su obligación de preservar la salud, la vida del enfermo o la tranquilidad de la comunidad; sin embargo, la conducta del médico no estaría amparada por esta causa de licitud si al impedir la salida de un enfermo lo hace únicamente porque éste no ha pagado los servicios del hospital o sanatorio.

En relación con el tipo penal materia del presente trabajo, la antijuricidad o injusto consistiría en que algún individuo realizara la conducta típica descrita en la norma, sin contar con ello con una causa de licitud o de justificación, como en los casos en que se obre en ejercicio de un deber que hemos ejemplificado con anterioridad.

Lógicamente, al existir una causa de justificación

o de licitud como las que hemos mencionado, el delito no puede surgir puesto que la conducta desplegada por el su jeto activo sería típica pero no antijurídica, ya que la misma se encontraría amparada por las causas de licitud ya mencionadas.

Analizando este tercer elemento del delito, que es la antijuricidad, pasaré a referirme al aspecto negativo de dicho elemento, representado por las causas de licitud o de justificación.

Debe advertirse que cuando en un hecho considerado delictuoso falta el elemento antijuricidad, no hay delito puesto que si bien es cierto, que el actuar constituye una conducta consciente, y su conducta le es imputable al sujeto, al existir una causa de licitud la conduc ta no debe considerarse delictuosa, puesto que la misma es justa..

Edmund Mezger afirma que una acción típica no siempre es antijurídica, ya que no lo es si existe una causa de exclusión del injusto (50).

Para el ilustre jurista mexicano Porte Petit, las

(50) MEZGER EDMUND, Opus Cit. Página 159.

causas de licitud constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad, puesto que la conducta realizada no es -- contra el derecho, sino conforme al derecho, y esta conformidad puede provenir de la ley penal o de cualquier - otro ordenamiento jurídico público o privado (51).

Nuestro Código Penal, reconoce como excluyente de - responsabilidad a las siguientes causas de justificación o de licitud:

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de -- responsabilidad penal:

III.- Repeler el acusado una agresión real, actual o eminente y sin derecho en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a --- quien se defiende.

IV.- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o -- eminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia o por el agente y que éste no tuviere el deber jurídico o de afrontar, siempre que no exista otro medio

practicable y menos perjudicial a su alcance.

V.- Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir con el deber o ejercer el derecho.

VII.- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito - si éstas circunstancias no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía" (52).

Aun cuando la doctrina no está totalmente de acuerdo en las causas de justificación, podemos señalar a las siguientes como las más conocidas:

- A.- La legítima defensa.
- B.- El deber o derechos legales.
- C.- La obediencia jerárquica.
- D.- El estado de necesidad.
- E.- El impedimento legítimo.
- F.- Conflicto de deberes.
- G.- Caso fortuito.
- H.- Cumplimiento de deber.

(52) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Opus Cit. Página 76.

Puede decirse que existen causas comunes de justificación y que en concepto del maestro Porte Petit, puede hacer valer cualquier persona y que existen otras causas de licitud que sólo pueden utilizar determinadas personas.

Para el efecto de dejar debidamente aclarado este tema, debo decir que en la ausencia de conducta en la causa de justificación, existe una conducta o un hecho, pero no son antijurídicos por mandato legal, según afirma el maestro Porte Petit, quien continúa diciendo que en la ausencia de conducta no existe ésta por falta de voluntad; y que la causa de justificación en la atipicidad en una conducta típica, pero no antijurídica, la ausencia de tipicidad, se presenta cuando el hecho realizado por el sujeto no se conforma al tipo, o sea, a la descripción formulada por la ley como delito, originándose en consecuencia la atipicidad; en las causas de justificación existe una conducta típica, pero no antijurídica, así como las causas de inculpabilidad, contamos con una conducta típica, antijurídica pero no culpable (53).

D.- LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Siendo la culpabilidad el último de los elementos -

del delito, de acuerdo con la tesis establecida por el jurista alemán Edmund Mezger, quien está de acuerdo en que el delito se integra únicamente con los cuatro elementos que se han mencionado; idea con la que me afilío, y puede decirse que como lo manifiesta el maestro Villalobos, al delito se le pueden agregar diversos adjetivos ya que puede decirse que es reprochable, reprobable, etc., pero de ninguna manera podríamos considerar tales adjetivos como elementos del delito. Lo que nos permite establecer junto con los maestros Villalobos, Fernando Castellanos y otros autores, que la imputabilidad y punibilidad, no son elementos del delito, puesto que la imputabilidad, exclusivamente sería un presupuesto de la culpabilidad, ya que puede afirmarse que no puede ser culpable de un delito que no es imputable, asimismo, la punibilidad es una consecuencia de la comisión de un delito.

Edmund Merger sostiene que la inculpabilidad: "El conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor" (54), esto por el hecho punible que ha cometido y dichos presupuestos muestran al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor; continúa diciendo este autor: que --

(54) MEZGER EDMUND. Opus Cit. Página 169.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

el término reprochabilidad significa lo mismo que reproche, que la imputación considerada en sí puede definirse como la culpabilidad y el reproche, determinado en cuanto al contenido, puede considerarse como la culpabilidad material.

El juicio de culpabilidad, acerca de un hecho y de su autor, podemos decir que se basa en el conjunto de -- presupuestos, que están situados en la persona del autor y constituyen una determinada situación del hecho de la culpabilidad.

Mezger asevera que la culpabilidad de una persona no está situada en su propia cabeza, sino en las cabezas de otros que lo juzgan (55).

En México, los maestros Fernando Castellanos, Ignacio Villalobos y otros autores de prestigio, manifiestan que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal, y desde este punto de vista podremos afirmar que dentro de un análisis lógico, una conducta será delictuosa, no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable y al efecto Cuello

(55) MEZGER EDMUND. Opus Cit. Página 190.

Calón, estima que una conducta es culpable como causa de las relaciones psíquicas existentes entre ellas y su autor; y por su parte Jiménez de Azúa, quien es citado por el maestro Fernando Castellanos, establece que la culpabilidad "Es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad penal de la conducta antijurídica" (56).

El maestro Celestino Porte Petit define a la culpabilidad como "el nexu intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto" (57).

Respecto de la culpabilidad, podemos afirmar que la doctrina se encuentra dividida y que se han establecido dos principales tesis, que ocupan el campo de la polémica, en relación a la naturaleza jurídica de la culpabilidad; y estas dos tesis son el psicologismo y el normativismo.

Según la teoría psicologista, la culpabilidad consiste en un nexu psíquico entre el sujeto y el resultado y esto implica la existencia de dos elementos: el primero, la suma de dos querereres, la conducta y el resultado;

(56) CASTELLANOS FERNANDO. Opus Cit. Página 233.

(57) Ibidem.

y como segundo elemento, tenemos al intelectual, o sea, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta.

Sin embargo, para la teoría normativista, la culpabilidad en el juicio de reproche, es exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber; la exigibilidad sólo obliga a los imputables, que en el caso concreto puedan comportarse conforme a la ley; y de esta manera observamos que la culpabilidad debe ser considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto, de una conducta a la luz del deber.

De lo anterior se desprende que para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; y en cambio para el normativismo es el juicio de reproche a una motivación del sujeto; por lo que nos afiliamos a la teoría normativista.

Podemos decir que la culpabilidad adopta dos formas: el dolo y la culpa; según que el activo del delito dirige su voluntad consciente a la ejecución de un hecho tipificado en la ley como delito, o causa igual resultado, por medio de negligencia o imprudencia, sin quererlo conscientemente.

En el dolo, el activo no obstante que tiene el conocimiento de que la conducta es ilícita, procede a realizar la misma y en la culpa consciente o con previsión se ejecuta el acto esperando que no ocurrirá el resultado.

Debemos decir que tanto en el dolo como en la culpa, el comportamiento del sujeto se traduce en un desprecio al orden jurídico, porque al ejecutarlo se da preponderancia a motivos personales sobre los intereses de la sociedad.

Conforme al artículo 9 del Código Penal para el Distrito Federal puede decirse que reconociendo las dos formas de la culpabilidad, el dolo y la culpa, según la atinada afirmación del maestro Francisco González de la Vega (58), existe una forma especial del dolo que es la preterintencionalidad, forma en que el agente, proponiéndole causar un mal menor realiza uno mayor distinto a su deseo original, como es el caso de la comadrona que al atender a una embarazada, deseando provocar un aborto, por imprudencia causa lesiones y la muerte de su paciente.

Analizado este último elemento del delito como es -

la culpabilidad, procurará en forma breve referirme al aspecto negativo de éste elemento del delito, es decir a las causas de inculpabilidad.

Afirma el jurista alemán Edmund Mezger "que aún --- cuando exista la imputabilidad y la forma de la culpabilidad, no puede afirmarse todavía que el autor de un hecho haya obrado culpablemente, puesto que aun puede venir la exclusión de la culpabilidad" (59).

Para el efecto de estudiar la inculpabilidad de --- acuerdo con las dos corrientes doctrinales existentes, - sobre la culpabilidad, veremos que, Zaffaroni, integrante de la tesis normativista afirma que la culpabilidad - del activo se encuentra excluida, cuando no le es exigible la comprensión de la antijuricidad, supuesto que puede darse porque carece de suficiente capacidad psíquica para ello (imputabilidad) o porque se halla en estado de error acerca de la antijuricidad (error de prohibición - (60).

Igualmente la exigibilidad no se alcanza cuando el autor se halla en estado de necesidad inculpante, o bajo

(59) MEZGER EDMUND. Opus Cit. Página 262.

(60) ZAFFARONI EUGENIO RAUL. Opus Cit. Página 555.

amenazas de sufrir un mal grave e eminente.

Por su parte, Don Fernando Castellanos, integrante de la teoría psicologista aduce "la inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad"; y que lo cierto es que la inculpabilidad aparece al estar ausentes los elementos --- esenciales de la culpabilidad a saber el conocimiento y la voluntad; Jiménez de Azúa citado por el maestro Castellanos manifiesta que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio del reproche (61).

Podemos afirmar que la doctrina estima como causas de inculpabilidad a las siguientes: a) Una situación de coacción; b) El estado de necesidad; c) Exceso en la legítima defensa; d) Casos determinados de colisión de deberes que excluyen la culpabilidad; e) El error y la ignorancia; f) La obediencia jerárquica; g) eximentes putativas; i) estados necesarios putativos; j) deber y derechos reales putativos.

Aún cuando otros autores manejan otras causas de inculpabilidad.

(61) CASTELLANOS FERNANDO. Opus Cit. Página 352.

3.- LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD, A QUE SE REFIERE LA FRACCION I DEL ARTICULO 364 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Hecho el análisis de los elementos del delito en general, a continuación realizaremos un breve estudio sobre los elementos constitutivos del tipo en estudio.

El maestro Jiménez Huerta considera que el Código Penal describe con poca fortuna el ilícito que se analiza, ya que hace consistir la esencia del tipo en que un particular "arreste o detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar", en verdad la especificación de cárcel privada, no solamente es inútil, sino también arcaica, la inutilidad se comprueba desde el mismo instante en que la especificación de cárcel privada se complementa con la genérica frase "en otro lugar", lo arcaico resulta del hecho de que en la actualidad no existen las cárceles privadas, cita a Carrancá y Trujillo quien sostiene que por cárcel debe entenderse "un establecimiento público, destinado a la custodia y seguridad de los ahí recluidos" (62), por lo que en puridad no puede haber --

(62) JIMENEZ HUERTA MARIANO. "DERECHO PENAL MEXICANO", Tomo III. La Tutela Penal del Honor y de la Libertad. Quinta Edición Edit. Porrúa, México, 1984. Página 131.

cárceles privadas, ya que si fueran privadas no serían cárceles y este arcaísmo legal se explica si tiene en cuenta que la frase "cárcel privada" se utilizó en forma impropia, en el Código Toscano en su artículo 360, llamándole a este ilícito "delito de cárcel privada" (63).

En la actualidad es difícil encontrar la existencia de cárceles privadas, pero hasta los años cincuenta y sesentas eran comunes en los grandes almacenes, sobre todo de autoservicio, que justificaban sus dueños diciendo que las tenían para salvaguardar su patrimonio; en ellas eran detenidas arbitrariamente infinidad de personas, a las que supuestamente se les atribufa haber robado mercancías diversas en otros lugares también se obligaba a las personas detenidas que se dejaban retratar y se elaboraban ficheros que en forma ilegal circulaban por diversas tiendas. Consideramos que la introducción de esta figura delictiva en el Código Penal tuvo por objeto acabar con estos ilegales procedimientos, de los cuales eran víctimas personas inocentes, quienes en muchas ocasiones eran detenidas en el interior de los establecimientos cuando aún no pasaban por las cajas de cobro, o sea, prejuza--

(63) JIMENEZ HUERTA MARIANO. "DERECHO PENAL MEXICANO", Tomo III. La Tutela Penal del Honor y de la Libertad. Quinta Edición Edit. Porrúa. México, 1984. Página 131.

ban y colocaban la etiqueta de ladrones, cuando no sabían si iban a pagar o no las mercancías que tenían en su poder.

Afortunadamente, se han acabado estas prácticas ilegales, gracias al avance cultural y legal que ha tenido nuestro país, sobre todo ahora que cuenta con la Comisión de Derechos Humanos.

Este ilícito, al que Jiménez Huerta denomina de arresto o detención ilegal, presupone la existencia de un sujeto activo y otro pasivo, pero toda vez que estos conceptos son materia de estudio del tercer capítulo, ahí serán analizados, por lo pronto los menciono porque son ingredientes necesarios para la debida integración del tipo en estudio.

Asimismo, como elemento o ingrediente del ilícito que estudiamos, es necesaria una conducta típica que, según Jiménez Huerta, es la esencia de tal delito y que éste se materializa en el momento en que el sujeto activo o sujetos activos detengan a otro u otros en un lugar determinado, impidiéndoles la libertad de movimientos o, como dice Francisco González de la Vega, "impidiéndoles la libertad deambulatoria en contravención al artículo -

11 de la Constitución General de la República" (64). Es de hacerse notar, como acertadamente lo señala Jiménez Huerta, que al hacer la descripción típica del ilícito - el Código no se refiere a los medios comisivos de la detención, por lo que tendríamos como tales los que sean idóneos para la concretización de la conducta delictiva.

En la descripción del tipo encontramos que, como -- otro ingrediente para la debida integración del ilícito, se exige la existencia de un elemento normativo, cuando emplea el precepto la expresión "fuera de los casos previstos por la ley", ya que de otra forma, si la conducta ilícita no está prevista por la ley, no se daría el delito, puesto que habría una causa de licitud que destruiría la antijuricidad del hecho.

Y de esta forma terminamos el análisis de los presupuestos del delito en general y de los elementos del ilícito en general y en especial del tipo en estudio y en el siguiente capítulo haremos un análisis completo del delito de privación ilegal de la libertad, previsto por la fracción I del artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal.

(64) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Opus Cit. Página 464.

C A P I T U L O T E R C E R O

ANALISIS DEL DELITO DE PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD PREVISTO POR LA FRACCION I DEL ARTICULO 364 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

- 1.- El bien jurídico tutelado.
- 2.- Concepto de libertad física.
- 3.- Concepto de libertad jurídica.
- 4.- El sujeto activo de esta figura delictiva.
- 5.- El sujeto pasivo del delito.
- 6.- Clasificación del delito.
 - a).- En función de su gravedad.
 - b).- Según la forma de la conducta del agente.
 - c).- Por su resultado.
 - d).- Por el daño que causa.
 - e).- Por su duración.
 - f).- Por el elemento interno o la culpabilidad
 - g).- Desde el punto de vista de su estructura.
 - h).- Por el número de actos integrantes de la acción típica.
 - i).- Por el número de sujetos que intervienen en su ejecución.
 - j).- Por la forma de su persecución.
- 7.- Punibilidad.

C A P I T U L O T E R C E R O

ANALISIS DEL DELITO DE PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD, PREVISTO POR LA FRACCION I DEL ARTICULO 364 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

En el título vigésimo primero, libro segundo, capítulo único del Código Penal para el Distrito Federal se señalan diversas figuras jurídicas, las cuales según opinión de Jiménez Huerta, tutelan la libertad civil de las personas. A estas figuras se les ha agrupado bajo el rubro "Privación ilegal de la Libertad y otras garantías". Tales figuras tienen entre sí gran similitud, pero analizadas a fondo es posible establecer sus diferencias específicas, que serán materia de estudio en el Cuarto Capítulo de este trabajo. En el presente capítulo nos limitaremos a realizar un análisis del tipo básico de privación ilegal de la libertad.

1.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO

Me parece interesante transcribir lo que respecto al bien jurídico tutelado señala el Diccionario Jurídico Mexicano; Bien Jurídico I.- Objeto de protección de las normas de derecho. El concepto del bien jurídico fue utilizado por Ihering, tratando de diferenciarlo del de-

recho subjetivo, en cuya concepción individualista no ca-
bía la nueva idea del derecho penal, como protector de -
la sociedad y no sólo del individuo.

Algunos autores juristas como Nawiasky, indican que
en vez del bien jurídico, se puede hablar de fin jurídi-
co e interés jurídicamente protegido, pues en el concep-
to positivista del derecho subjetivo, cabe perfectamen-
te.

"El bien jurídico", en la teoría iusnaturalista, se
encuentra implícito dentro del derecho natural, pues de-
riva de la voluntad emanada de Dios o de la racional-
idad humana. Es una teoría positiva, en el sentido de no
tomar en cuenta al derecho natural; el bien jurídico es
arbitrariamente fijado por el legislador, de acuerdo a -
su propio criterio. En la teoría kelseniana, determinar
el bien jurídico, es labor del legislador, mas no del --
científico del derecho.

El legislador observa la realidad social y depen-
diendo de su ideología, determina cuáles son los objetos
a proteger, puede determinar que sean: la vida, la liber-
dad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc., la for-
ma de proteger los bienes jurídicos, determinados por el

legislador, es mediante el uso de la sanción, que puede ser civil o penal. Así, el legislador establece que cuando una persona comete un acto ilícito, que consiste en violar los bienes jurídicos de otro (la vida, la libertad, la seguridad, etc.), le será aplicada una sanción que consiste en imponerle coactivamente un mal, es decir, privarle de un bien, de su vida, de su libertad, de su propiedad, etc.

El legislador puede jerarquizar los bienes jurídicos, determinando cuáles prevalecen en caso de confrontación.

Doctrinalmente, esta jerarquización es utilizada en algunas figuras jurídicas, especialmente en el derecho penal.

"II.- La Constitución Mexicana consigna bienes jurídicos, que el legislador consideró que deberían ser protegidos. Así, el artículo 14 indica que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad de sus propiedades, posesiones o derechos, sino como la propia Constitución lo prescribe. El artículo 16 también consigna bienes jurídicos que hay que proteger. En realidad, se puede decir -- que cada tipo delictivo, consignado en el Código Penal,

protege un bien jurídico" (1),

Hans Welzen, afamado penalista, estima que el bien jurídico lo constituye "El bien vital del grupo o del individuo" (2).

Otro escritor de Derecho Penal, Juan Bustos, establece como concepto de Bien Jurídico: "Que es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica" (3).

Zaffaroni, dice que bien jurídico penalmente tutelado, es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegido por el Estado, que revele su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan (4).

El maestro Jiménez Huerta considera que todos los ordenamientos penales de todos los pueblos se esfuerzan

-
- (1) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. "Diccionario Jurídico Mexicano". T. I. Segunda Edición, Edit. Porrúa, S.A. México, 1988. Página 280.
 - (2) HANS WELZEN. "Derecho Penal Parte General". Roque de Palma -- Editor, Segunda Edición, Buenos Aires. 1956, Página 5.
 - (3) BUSTOS JUAN P. "Manual de Derecho Penal Parte General". Tercera Edición. Barcelona. 1989. Página 55.
 - (4) ZAFFARONI EUGENIO RAUL. Opus Cit. Página 410.

por tutelar la libertad civil del hombre, esto es porque el mencionado bien jurídico es consubstancial a la propia esencia del hombre y es un presupuesto básico de la vida humana. Estima que es difícil sistematizar la tutela que el Código Penal otorga al bien jurídico de la libertad civil o, dicho de otra manera, exponer y estructurar orgánicamente el plexo de los delitos que ofenden dicha libertad y que esto se debe a la complejidad de las relaciones inter-personales, en que el hombre manifiesta o puede manifestar, la esencia de su señorío, por lo que el Título vigésimo primero, Libro Segundo de la ley sustantiva penal, bajo el rubro "Privación ilegal de la libertad y de otras garantías", se describen sendos ilícitos que ofenden el bien jurídico de la libertad y que en esta descripción el legislador se adentra en la actividad psíquica del individuo y contempla el desarrollo interno y externo de sus manifestaciones, para tutelar esta libertad con el rigor de la sanción penal (5).

De lo anterior puede desprenderse que la libertad inter-personal, que se tutela penalmente, al establecerse estos delitos, abarca tanto la libertad psíquica o de terminación, como la física o de movimiento. La libertad

(5) JIMENEZ HUERTA MARIANO. Opus Cit. Página 127.

psíquica puede exteriorizarse en expresiones o acciones conminatorias de un futuro malo para tutelar la tranquilidad psíquica, la potencial facultad de obrar libremente, en cuando a establecer estados psicológicos del hombre, inherentes a su actual y secular grandeza. La libertad física afecta el natural y esencial albedrío que el hombre tiene de moverse y obrar, considerando el autor - en cita, que esta libertad psíquica se encuentra tutelada por los artículos 364 fracción I, 366 y 286 del Código Penal.

El maestro Jiménez Huerta considera que la fracción I del artículo 364 de la ley sustantiva penal tutela la libertad física de los individuos y, como ya ha quedado asentado, esta libertad física afecta al natural y esencial albedrío que el hombre tiene de moverse y de obrar.

Consideramos acertada la opinión de Francisco González de la Vega en el sentido de que la detención ilegal por particulares, que prevé la fracción I del artículo 364, tutela la libertad de movimiento, es decir, la libertad de deambulaci3n, contraviniendo con este impedimento, lo dispuesto por el artículo 11 Constitucional, =

ya que impide el libre tránsito del individuo (6).

2.- CONCEPTO DE LIBERTAD FISICA

El concepto de libertad es muy difícil de explicar, cada individuo puede tener un concepto de este bien o -- atributo, que según el maestro Burgoa, "es una cualidad inseparable de la persona humana y que consiste en la potestad que tiene el individuo de concebir los fines y de escoger los medios que le acomoden para el logro de su - felicidad particular. Cada persona es libre para propo-- nerse los fines que más le convengan para el desarrollo de su propia personalidad, así como para seleccionar los medios que estime más apropiados para su consecución" -- (7).

Se dice que la libertad presenta dos aspectos funda_{men}tales, una libertad subjetiva o psicológica, ajena al derecho y una libertad social, que se entiende como "la potestad que tiene la persona humana de lograr sus fines vitales, mediante la práctica real de los medios idóneos, esta libertad es la que interesa al derecho" (8).

(6) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Opus Cit. Página 363.

(7) BURGOA ORIHUELA IGNACIO. "Las Garantías Individuales"
Edit. Porrúa. México. 1984. Página 280.

(8) Ibidem.

La libertad social tiene restricciones, ya que no sería posible la vida en sociedad si no se impusieran limitaciones a la libertad de cada individuo, Jiménez Huerta nos dice que la libertad física "afecta el natural y esencial albedrío que el hombre tiene de moverse y obrar" (9).

Por su parte, Juan Palomar de Miguel afirma que la libertad "es la facultad natural del ser humano de obrar, de una manera u otra, y de no obrar, por lo que se responsabiliza de sus actos" (10)

Es indudable que con la comisión del delito de privación ilegal de la libertad, previsto por la fracción I del artículo 364, se afecta la libertad física del individuo, ya que al ser detenido en una "cárcel privada o en otro lugar", se le impide el libre ejercicio de la libertad de movimiento, de la libertad de tránsito, de la libertad deambulatoria e indudablemente que esta libertad debe ser protegida por la ley.

(9) JIMENEZ HUERTA MARIANO. Opus Cit. Página 129.

(10) PALOMAR DE MIGUEL JUAN. Opus Cit. Página 792.

3.- CONCEPTO DE LIBERTAD JURIDICA

La "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 27 de agosto de 1789, postula que: "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos; que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; por lo que el ejercicio de los derechos naturales del hombre, no tiene más límite que los que asegura a los otros hombres de la sociedad el goce de los mismos" (11), que la ley sólo debe prohibir las acciones nocivas para la sociedad y que todo lo que no está prohibido por la ley, no puede impedirse y nadie puede estar obligado a hacer lo que la ley no ordena

Juan Palomar de Miguel señala que la libertad jurídica consiste en la posibilidad de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de nuestros derechos subjetivos, - que se derivan de nuestros propios deberes.

El maestro Jiménez Huerta sustenta la idea de que la libertad jurídica: "es un insoslayable deber que el hombre tiene de conservar sin restricción alguna, la su-

(11) SECO ELLAURI OSCAR Y BARRIDON PEDRO DANIEL. Opus Cit. Página 35.

ma de atributos que integran su libre personalidad moral; y que tiene derecho de ejercer con irrestricto imperio, los derechos y garantías que en su favor establece la -- ley fundamental" (12). Sin embargo, debe advertirse que el Código Penal del Distrito Federal también tutela la libertad jurídica en los artículos 364 fracción II y 365 fracción II, pero en tales preceptos, se trata más que nada, de la violación de otras garantías individuales, - ajenas a este estudio; el tipo básico de que se ocupa es te trabajo sólo tutela la libertad física del hombre, en cuanto a libertad de movimiento.

4.- EL SUJETO ACTIVO DE ESTA FIGURA DELICTIVA

Hemos visto en el capítulo segundo que sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito y esto se debe a que únicamente él se encuentra provisto de capacidad y - voluntad, por lo que con su acción u omisión, puede in--fringir los ordenamientos jurídicos penales según el --tratadista Francisco Pavón Vasconcelos, puede afirmarse que una persona es sujeto activo de un delito al reali--zar una conducta o un hecho típico, antijurídico y culpable, siendo autor material del delito o bien cuando par-

(12) JIMENEZ HUERTA MARIANO. Opus Cit. Página 129.

tipica en su comisión, contribuyendo a su ejecución, en forma intelectual, si propone, instiga o compele, o simplemente auxiliando al autor, con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (13).

Para Cuello Calón solamente el hombre puede ser sujeto del delito y sólo él puede ser denominado delincuente, ya que la capacidad para delinquir sólo reside en los seres racionales, no es posible hablar de delincuencia y de culpabilidad, sin el concurso de la conciencia, de la voluntad y éstas sólo son poseídas por el hombre (14).

En los Estados Unidos Mexicanos, sólo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal; para Castellanos el acto y la omisión deben corresponder al hombre, ya que únicamente éste es el posible sujeto activo de las infracciones penales, porque es el único ser que posee el atributo de voluntad. Este principio indiscutible, dice el autor en cita, carecía de valor en otros tiempos, en que se consideraba a los animales sujetos activos del delito, como es el caso del gallo, que por fal

(13) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Opus Cit. Página 170.

(14) CUELLO CALON EUGENIO. Opus Cit. Página 280.

ta de definición sexual fue quemado vivo en 1474, ya que se le atribufa haber puesto un huevo (15).

El Código Penal para el Distrito Federal señala que si algún miembro o representante de una persona jurídica comete un delito, con los medios que para tal objeto le sean proporcionados por la entidad, de manera que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la sociedad o en beneficio de ella, el juez podrá decretar la suspensión o la disolución de la agrupación, si esto fuera necesario para la seguridad pública. Del propio artículo 11 del Código Penal, se desprende que si quien comete un delito, es un miembro o representante de la sociedad, en todo caso, será responsable la persona física y no la moral. Por otra parte, en el caso de que sean varios los miembros de una asociación los que convienen en cometer un delito o intervienen en él de alguna manera, se está en presencia de un caso de participación o complicidad de personas reales.

Villalobos, citado por Castellanos, manifiesta que en el caso de que se admitiera la imposición de una pena a la sociedad, lo único que pudiera resultar sería un ab

(15) CASTELLANOS FERNANDO. Opus Cit. Página 149.

surdo y anticónstitucional precepto, violatorio de los -
artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución (16).

desde luego, en México también tenemos opiniones en
contrario muy respetables, como la del Lic. Carlos Fran-
co Sodi, quien estima que de conformidad con el artículo
13 del Código Penal, si es posible establecer una respon-
sabilidad penal para las personas morales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado -
luz para establecer que las personas morales no pueden -
ser sujetos activos del delito y existen algunas tesis -
en ese sentido, como la siguiente:

"1214.-PERSONAS MORALES, RESPONSABILIDAD PENAL
DE LAS.-No puede admitirse que carezcan de res
ponsabilidad, quienes actúan a nombre de las -
personas morales, puesto que de aceptarse tal
argumento, los delitos que llegaren a cometer
los sujetos que ocupan los puestos de los di-
versos órganos de las personas morales, queda-
rían impunes, ya que las sanciones deberfan --
ser para la persona moral, lo cual es un absur

do, lógica y jurídicamente hablando, puesto -- que las personas morales, carecen de voluntad propia y no es sino a través de las personas físicas como actúan. Es por esto que los directores, gerentes, administradores y demás representantes de la sociedad, son los que responden en lo personal, de los hechos delictuosos que cometan en nombre propio o bajo el amparo de la representación corporativa".

"AMPARO DIRECTO 1042/81. RAFAEL MARQUEZ TORRES 30 de septiembre de 1981. Unanimidad de 4 votos, Ponente: Manuel Rivera Silva. Primera Sala. Séptima época. Vol. Semestral 151/156. Segunda Parte. Pág. 74" (17).

En nuestro concepto, es acertada la tesis de que sólo el hombre puede ser sujeto del delito y si bien es -- cierto que en ocasiones puede cometer el hecho típico, - asociado de otros individuos, de conformidad con lo que establece el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, este precepto pone de manifiesto que sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito.

(17) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. "Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes", Octava Parte. Actualización VII Penal. Mayo Edics. México, 1987, Páginas 332 y 333.

"Artículo 13 del Código Penal.- Son responsables -- del delito:

- I.- Los que acuerden preparen su realización;
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otros;
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a co meterlo;
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxi-
lien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxi-
lien al delincuente, en cumplimiento de una -
promesa anterior al delito; y
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión
aunque no conste quién de ellos produjo el -
resultado" (18).

Servio Tulio Ruz señala que si el hecho punible lo ejecuta una sola persona física se tratará de un delito unisubjetivo, pero si intervienen varios sujetos acti---vos, estaremos en presencia de un delito plurisubjetivo (19).

(18) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edit. Porrúa. México, 1991, Página 10.

(19) RUIZ SERVIO TULIO. "La Concepción del Delito en el Código -- Penal" Primera Edición. Edit. Temis. Bogotá, 1969. Página 290.

Jiménez Huerta denomina al ilícito en análisis "delito de arresto o de detención ilegal" y señala que de conformidad con la descripción que de tal ilícito hace el Código, sólo puede considerarse como sujeto activo a un particular, ya que el tipo exige que el ilícito se cometa por una persona física que no esté investida de autoridad, en el supuesto de que una persona investida de autoridad detenga a otra persona, al margen de sus funciones, obrará como un particular, adquiriendo así la calidad de sujeto activo del delito.

5.- SUJETO PASIVO DEL DELITO

El teórico Eugenio Cuello Calón sostiene que el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado, al ser lesionado o expuesto al peligro por el delito (20).

Por su parte, Castellanos define al sujeto pasivo del delito como, "el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma" (21).

(20) CUELLO CALON EUGENIO. Opus Cit. Página 290.

(21) CASTELLANOS FERNANDO. Opus Cit. Página 151..

Partiendo de las definiciones antes mencionadas, el sujeto pasivo del delito resulta ser el hombre individualmente considerado, sin importar sus condiciones, edad, raza, sexo, religión, nacionalidad, condición mental y estado físico; aún la persona privada de su libertad por disposición legal, puede ser sujeto pasivo del delito. Ante de nacer y durante toda su vida, el hombre es protegido por la ley penal, ya que el legislador ha establecido diversas figuras penales que protegen su vida, su libertad, su patrimonio, su seguridad, su tranquilidad.

Las personas morales pueden ser igualmente sujetos pasivos del delito, ya que también son objeto de la tutela penal.

Afirma Pavón Vasconcelos que también el Estado es titular de la protección penal y por tal motivo, puede ser sujeto pasivo del delito, como se observa en los delitos contra la seguridad exterior de la Nación y en delitos patrimoniales, que afectan bienes propios del Estado (22). La colectividad social, también se convierte en sujeto pasivo del delito, como en el caso de los ilícitos

(22) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Opus Cit. Página 172.

tos cometidos contra la economía pública y en los delitos contra la moral pública, como la corrupción de menores y el lenocinio.

En el delito previsto por la fracción I del artículo 364, del Código Penal y que establece:

Artículo 364.- Se aplicará la pena de un mes a tres años de prisión y multa hasta de mil pesos:

I.- Al particular que fuera de los casos previstos por la ley, detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días, si la privación ilegal de la libertad excede de ocho días, la pena será de un mes más por cada día; y.

Y en este caso puede decirse, que el sujeto activo del delito sólo puede ser el individuo en forma particular y por ningún motivo puede aceptarse como tal a las personas morales, ni al estado ni a la colectividad social.

Jiménez Huerta sostiene "que cualquier persona sin limitación alguna puede ser sujeto pasivo del delito, el hecho de que una persona tenga alguna incapacidad física

no la excluye de la tutela penal, ya que si bien es cierto que la ratio del tipo a que se refiere el precepto antes citado, es la libertad de movimiento, también es --- cierto que el tipo no sólo tutela la libertad de movimiento también la libertad potencial" (23),

El delito en estudio puede cometerse también sobre personas que ya estuviesen privadas de su libertad, pues si una persona se encuentra en tal situación en una casa sin su consentimiento y el sujeto activo del delito cierra la puerta con el objeto de detener ilegalmente al pasivo, comete el delito mencionado.

Tampoco impide que se tenga por cometido el delito, el hecho de que el pasivo permanezca durmiendo durante todo el tiempo de su encierro y el hecho de que el activo abra la puerta del local o de que la víctima esté despierta, no desvirtúa la potencial detención arbitraria.

Florian, citado por el maestro Jiménez Huerta, está en desacuerdo con las anteriores opiniones al afirmar -- que en estos casos, el delito sólo puede existir si la detención se prolonga por los hechos del agente, después

(23) JIMENEZ HUERTA MARIANO. Opus Cit. Página 134.

que el individuo hubiese despertado (24),

6.- CLASIFICACION DEL DELITO

Puede decirse que existen infinidad de criterios según los cuales puede clasificarse el delito de privación ilegal de la libertad que es materia de este trabajo, -- sin embargo en el mismo trataremos de clasificar el delito siguiendo el criterio sustentado por el ilustre jurista mexicano Don Fernando Castellanos Tena, y así podemos decir que el ilícito puede clasificarse de la manera siguiente:

A).- En función de su gravedad.

Don Fernando Castellanos estima que desde este punto de vista las infracciones se pueden clasificar en delitos y faltas, lo que constituye una clasificación bipartita, pero existen otras clasificaciones entre las -- cuales está la tripartita que habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones.

De conformidad con el artículo 21 Constitucional, - en los Estados Unidos Mexicanos, la persecución de los -

(24) JIMENEZ HUERTA MARIANO. Opus Cit. Página 135.

delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél; y compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, y estas faltas administrativas de conformidad con el precepto constitucional invocado sólo pueden sancionarse con multa o con un arresto hasta por treinta y seis horas; y se da el caso de que si el infractor no puede pagar la multa se permutará la misma por el arresto correspondiente sin que pueda exceder de treinta y seis horas; disponiendo así mismo nuestra Carta Magna en el precepto citado que si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, la sanción no podrá ser mayor del salario de un día y que si se trata de trabajadores no asalariados la multa sólo podrá ser por el equivalente a un día de su ingreso.

De esta manera estimamos correcta la apreciación -- que hace Don Fernando Castellanos al manifestar que estas clasificaciones carecen de importancia en México, toda vez que en nuestro país los Códigos Penales sólo se ocupan de los delitos en general.

B).- SEGUN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE

De conformidad con este criterio, los delitos pueden ser de acción o de omisión; los primeros se cometen mediante un comportamiento positivo, violando una ley -- prohibitiva, como en el caso del individuo que dispara una arma de fuego sobre otro y de esta manera lo priva -- de la vida, cometiendo así el delito de homicidio; en -- los segundos el comportamiento del agente consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley, como en el caso de la enfermera contratada para atender a un enfermo grave, que teniendo la obligación de suministrar medicamentos al paciente a determinadas horas de la noche o -- del día omite proporcionárselos y así provoca la muerte del enfermo, dando lugar al delito de homicidio.

Los delitos de omisión se dividen en los de simple omisión y los de comisión por omisión u omisión impro-- pia. Los delitos de simple omisión consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; los delitos de comisión por omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa infracción se produce el resultado material, como es el caso del portero o velador de una empresa que teniendo la obligación de abrir las -- puertas a una hora determinada, omite este deber, con lo que impide la salida de los empleados y obreros, produ--

ciéndose así como resultado la privación ilegal de la libertad de estas personas.

De conformidad con este punto de vista, el delito - privación ilegal de la libertad, es susceptible de realizarse por comisión y por comisión por omisión.

C).- Por su resultado

Desde este punto de vista, los delitos se clasifican en formales y materiales. A los primeros también se les conoce como de simple actividad o acción, como ejemplo de este tipo de delitos puede citarse la portación de arma prohibida, en la que por el sólo hecho de que el activo del delito porte una arma prohibida por la ley, - agota la consumación del delito sin que sea necesario -- que se produzca un resultado externo. Los delitos materiales son aquellos que exigen para su integración que - se produzca un resultado material, como es el caso del - homicidio en que se priva de la vida al sujeto pasivo -- del delito, las lesiones en que se altera la salud del - pasivo y el robo en que el pasivo sufre un detrimento en su patrimonio.

De conformidad con este criterio de clasificación,

estimo que el delito de privación ilegal de la libertad, materia de este estudio, es un delito de resultado material, ya que al ser detenido arbitraria e injustificadamente el sujeto pasivo del delito se le está impidiendo su libertad de tránsito, de movimiento o libertad deambulatoria.

D).- Por el daño que causa.

De acuerdo con este criterio de clasificación, los delitos pueden ser de lesión y de peligro; los primeros, al ser consumados producen un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como es el caso del delito de daño en propiedad ajena, - en que al consumarse quedó un daño objetivamente demostrable en el patrimonio del pasivo del delito; los segundos no causan daños directos en tales intereses, pero -- los ponen en peligro, como es el caso de la prostituta - que al ejercer su comercio carnal acepta las relaciones sexuales con un cliente sabiendo que padece una enfermedad venérea y con conocimiento de que casi seguro que lo va a contagiar, pero si se produce este contagio el delito cambiaría al de lesiones.

Desde este punto de vista, considero que el delito de privación ilegal de la libertad, materia de este estudio

dio, constituye un delito de lesión, ya que desde el momento en que el pasivo del delito es detenido arbitraria e injustificadamente, se le está impidiendo su libertad deambulatoria, en contravención a lo ordenado por el artículo 11 constitucional.

E).- Por su duración.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 7o. del Código Penal, los delitos desde este punto de vista, pueden ser instantáneos, permanentes, continuos o continuados.

En el primer caso, el delito se perfecciona en un sólo momento, cuando la consumación se agota, en el momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos, como es el caso del carterista que sustrae una cartera del bolsillo del pasivo y en este caso el delito se consuma con el simple apoderamiento de la cartera, sin importar si lo detienen o logra huir.

Existe el delito instantáneo con efectos permanentes, cuando con la consumación del mismo, se destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, como es el caso del sujeto que lesiona a otro y a través de esta lesión pro-

duce la pérdida de un ojo, del oído o de cualquier otro sentido que disminuye las facultades del sujeto pasivo - del delito.

En el ilícito continuado, se dan varias acciones y una sola lesión jurídica, ya que como dice el maestro -- Castellanos, es continuado en la conciencia y descontin-- nuado en la ejecución; la fracción II del artículo 7o. - del Código punitivo preceptúa que el delito es permanente o continuado cuando la consumación se prolonga en el tiempo, como es el caso del delito de privación ilegal - de la libertad materia de este estudio, ya que el tipo - exige un tiempo más o menos largo para la comisión del - mismo.

El delito continuado, según la fracción III del artículo 7o. del Código Penal, se da cuando hay unidad de propósitos delictivos y pluralidad de conductas, de tal manera que se viole el mismo precepto legal, como es el caso del empleado que sabiendo que su patrón tiene guardada la cantidad de un millón de pesos, decide apoderarse de toda la cantidad, pero para el efecto de que no se den cuenta, decide ir sacando diariamente una pequeña -- cantidad y de esta manera, a través de diversas conduc-- tas, logra su propósito inicial que es el de apoderarse de toda la cantidad que tenía guardada su patrón.

F).- Por el elemento interno de culpabilidad.

Desde este punto de vista, podemos decir que los delitos se dividen en dolosos y culposos.

De conformidad con el artículo 8o. del Código punitivo, los delitos pueden ser:

I.- Intencionales;

II.- No intencionales o de imprudencia;*

III.- Preterintencionales (25)

Los delitos dolosos o intencionales son aquéllos en que la voluntad se dirige en forma consciente a la realización del hecho típico y antijurídico, como en el delito de robo en que la intención del sujeto activo del delito es apoderarse de una cosa ajena sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de tales cosas con arreglo a la ley.

En los delitos culposos, no intencionales o de imprudencia, no se quiere el resultado tipificado, el cual se da por obrar el agente sin la precaución debida, como

(25) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edit. Porrúa, México, 1991. Página 9.

es el caso del individuo que teniendo necesidad de trasladarse de una colonia a otra, lo hace a bordo de un vehículo sin frenos y confía que durante su camino nadie se le va a atravesar, pero contrariamente a su esperanza, se le atraviesa una persona a quien mata o lesiona con el vehículo.

El delito es preterintencional cuando el resultado sobrepasa a la intención, como es el caso de la comadrona que al practicar un legrado produce la muerte de la mujer a la que practicaba el aborto.

El delito que nos ocupa puede cometerse por dolo o por culpa. En el primer caso se presenta cuando voluntariamente el sujeto activo o activos producen una detención ilegal, impidiendo al pasivo o pasivos su libertad deambulatoria, deteniéndolos en una cárcel privada o en cualquier otro lugar; en el segundo caso, a una persona se le ordena cerrar una casa y aquélla, sin tener el cuidado de revisar si la casa está vacía, procede a poner un candado en la puerta, dejando dentro de la casa a una o varias personas, impidiéndoles así su libertad deambulatoria.

G).- Desde el punto de vista de su estructura,

Dice Castellanos, que desde el punto de vista de su estructura, los delitos pueden clasificarse en simples o complejos; los primeros son aquéllos en los que la le-sión jurídica es única, como es el caso del delito de robo simple. Los delitos complejos son aquéllos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos - infracciones, que al fusionarse producen una nueva figura delictiva, como sería el caso del delito de robo cometido con la participación de tres o más sujetos activos, en el que la sanción que pudiera corresponderles, de conformidad con las hipótesis previstas por el artículo 370 del Código Penal, deberá agravarse con la sanción que refere el numeral 164 bis del mismo ordenamiento, puesto que el tipo penal de robo se convierte en un tipo complementado, calificado o, como actualmente le llaman, agravado, como sería el robo por pandilla.

Desde este punto de vista, el delito de privación - ilegal de la libertad constituye un tipo simple, si intervienen una o dos personas y complejo si se comete en pandilla.

H).- Por el número de actos integrantes de la acción típica.

Desde este punto de vista, podemos decir que los delitos se clasifican en unisubsistentes y en plurisubsistentes; los primeros se forman por un solo acto, como sería el caso del homicidio en el que con la mera conducta de hacer un disparo de arma de fuego se priva de la vida a un individuo; en los delitos plurisubsistentes, la ley exige la concurrencia de dos actos para integrar una sola figura delictiva, como es el caso del delito de ataques a las vías de comunicación, previsto por la fracción I del artículo 171 del Código Penal, tipo que exige, para la integración del mismo, que el activo del delito conduzca un vehículo en estado de ebriedad y además cometa una infracción al reglamento de tránsito, para de esta manera tener integrado dicho tipo.

Desde este punto de vista, el tipo en análisis, privación ilegal de la libertad, es un delito unisubsistente.

I).- Por el número de sujetos que intervienen en su ejecución.

Según este criterio, el delito puede ser unisubjetivo o plurisubjetivo. En el primero, es suficiente para -

formar el tipo, la actuación de un solo sujeto, como es el caso del robo, violación, etc. El delito plurisubjetivo exige, para su integración, necesariamente, la concurrencia de dos conductas, como es el caso del adulterio y del cohecho.

Conforme a este criterio, nuestro delito es unisubjetivo, ya que este puede ser realizado con la intervención de un solo sujeto activo.

J).- Por la forma de su persecución.

De conformidad con este criterio, los delitos pueden ser de oficio o de querrela y la persecución en este caso, sólo es posible si se llena el requisito previo de la querrela, dentro de este tipo de delitos podemos citar el abuso de confianza y en general toda la gama de delitos que prevé el último párrafo del artículo 399 bis del Código Penal, para el Distrito Federal denominado -- "Delitos en contra de las personas en su patrimonio, en el artículo 399 bis, se previene: ... Se perseguirá por querrela los delitos previstos en los artículos 380 y -- 382 a 399, salvo el artículo 390 y los casos a que se refieren los dos últimos párrafos del artículo 395" (26)

(26) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO DERAL. Edics. Andrade. México, 1992. Página 96.

El maestro Rivera Silva opina que no deben existir los delitos perseguibles por querrela, puesto que el derecho penal sólo debe tomar en cuenta los intereses sociales (27). Según este mismo criterio de clasificación, también existen los delitos perseguibles de oficio, en los que la ley sólo exige que la autoridad tenga conocimiento del ilícito para que intervenga en la persecución del responsable, sin que esto dependa de la voluntad del ofendido, como es el caso del homicidio, lesiones, violación entre otras.

De acuerdo a esta clasificación, el delito que nos ocupa es perseguible de oficio.

Dentro de esta misma clasificación y en virtud de que casi unánimemente se pide que el delito de robo de infante, para su persecución se convierta en un delito federal, estimamos que para no romper con la unidad en cuanto se refiere a la privación ilegal de la libertad en sus distintas modalidades, todos los delitos previstos por el Título Vigésimo Primero, Libro Segundo del Código Penal, deberían ser elevados a la categoría de federales, en cuanto a su persecución, proceso y sanción.

(27) RIVERA SILVA MANUEL. "El Procedimiento Penal". Tercera Edición, Edit. Porrúa, S.A. México. 1963. Página 109.

7.- PUNIBILIDAD.

Según afirma Juan Palomar de Miguel en su obra cita da, calidad de punible, situación, en que se encuadra -- quien por haber incurrido en una infracción delictiva se hace acreedor a un castigo

La pena del delito en estudio se encuentra establecida en el párrafo inicial del numeral 364 del Código -- sustantivo penal, que determina:

"Artículo 364.- Se aplicará la pena de un mes a --- tres años de prisión y multa hasta de mil pesos" (28).

Si la privación ilegal que señala la fracción I del mismo precepto no excede de ocho días, si la detención - ilegal excede de ocho días la sanción será de un mes más de prisión por cada día que pase. Considera René González de la Vega que esta última disposición, coarta el ar bitrio judicial para individualizar las penas, en virtud de la rígida objetividad aritmética que estableció el le gislador (29), criterio que compartimos plenamente.

(28) Código Penal para el Distrito Federal. Edit. Porrúa, México 1991, Página 120.

(29) GONZALEZ DE LA VEGA RENE. "Comentarios al Código Penal". Cárdenas Edit. y Dist. México. 1981. Página 515.

Estimamos que esta disposición contraría lo dispuesto
to por los artículos 51 y 52 del Código Penal.

CAPITULO CUARTO

DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD MATERIA DE ESTE ESTUDIO Y OTRAS FIGURAS DELICTIVAS SIMILARES

- 1.- Diferencias entre el tipo a estudio y del delito privación ilegal de la libertad previsto por el artículo 365 bis de la Ley Sustantiva Penal.
- 2.- Diferencias entre el tipo en estudio y el delito privación ilegal de la libertad a que se refiere el artículo 366 del Código Punitivo.
- 3.- Diferencias entre la figura delictiva materia de estudio y los delitos previstos en las fracciones XI, XIV, XVI y XX del artículo 225 del Código sustantivo de la materia.
- 4.- Diferencias entre el tipo a estudio y el delito abuso de autoridad previsto por el artículo 215 fracción VI del Código Penal.

C A P I T U L O C U A R T O

DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD MATERIA DE ESTE ESTUDIO Y OTRAS FIGURAS DELICTIVAS SIMILARES

Hecho el análisis del delito privación ilegal de la libertad previsto por la fracción I del artículo 364 de la ley sustantiva penal, tal figura delictiva tiene diversas similitudes con otros tipos penales establecidos en distintas partes del código punitivo citado, pero el análisis a la luz de la teoría del delito, permite establecer las diferencias existentes entre los diversos tipos a que más adelante me referiré, esto me lleva a concluir que el legislador tuvo el cuidado de no repetir la misma conducta delictiva en distintas disposiciones, sino que cada tipo penal tiene sus características especiales que lo hacen distinto a los otros tipos.

Como acertadamente afirma el maestro Mariano Jiménez Huerta, los ordenamientos penales de todos los pueblos cultos del mundo se han venido preocupando por tutelar la libertad física del hombre, ya que esta libertad constituye un bien jurídico consustancial a la esencia del hombre y es presupuesto básico de la misma vida; esta libertad física significa una posibilidad de optar en las relaciones interpersonales que surgen de la vida pri

vada, esta posibilidad es un atributo de la persona y no presupone capacidad (1).

El Título Vigésimo Primero del Libro Segundo, Capítulo Unico del Código Penal, intitulado "Privación ilegal de la libertad y de otras garantías", pone de relieve que el bien jurídico tutelado por los diversos tipos delictivos, es la libertad física del hombre, pero que, en esencia, cada tipo delictivo tutela esta libertad física de distinta manera y podemos advertir que en cada tipo delictivo, la garantía tutelada es distinta y se encuentra establecida en diversas disposiciones constitucionales.

1.- DIFERENCIAS ENTRE EL TIPO A ESTUDIO Y DEL DELITO PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD, PREVISTO POR EL ARTICULO 365 BIS DE LA LEY SUSTANTIVA PENAL.

El numeral 365 bis de la ley sustantiva penal a la letra ordena:

"Artículo 365 bis.- Al que prive ilegalmente a otro de su libertad con el propósito de realizar un acto se-

(1) JIMENEZ HUERTA MARIANO. Opus Cit. Página 127.

xual, se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión".

"Si el autor del delito, restituye la libertad a la víctima sin haber practicado el acto sexual, dentro de los tres días siguientes, la sanción será de un mes a dos años de prisión".

"Este delito sólo se perseguirá por querrela de la persona ofendida" (2).

La redacción de esta figura delictiva, pone de manifiesto las diferencias entre este delito y el previsto por la fracción I del artículo 364 del mismo ordenamiento.

Afirma Jiménez Huerta, citado por Castellanos, "que la naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado forja una categoría común capaz de servir de título rúbrica a cada grupo de tipos y en este caso la privación ilegal de la libertad, por formar la rúbrica de los diversos tipos penales a que se refiere el mencionado Título Vigésimo Primero del Libro Segundo, capítulo único del ordena-

(2) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edit. Porrúa. México. 1991. Página 120.

miento punitivo, constituye un tipo básico, por ser la columna vertebral de las demás figuras a que alude este capítulo..." (3).

Por su parte, el delito previsto por el artículo -- 365 bis del Código Penal, en nuestro concepto constituye un tipo especial que, de conformidad con la doctrina, es aquel formado por delito fundamental o básicos y otros requisitos, que de acuerdo con el criterio de Jiménez de Azúa, excluyen la aplicación del básico y obligan a asumir los hechos bajo el tipo especial.

Es indudable que el tipo que prevé el numeral 365 - bis, se forma con los elementos del tipo básico, o sea, una detención ilegal, elementos con los que quedaría integrado el tipo delictivo materia de esta tesis, y además se le agrega un elemento subjetivo, que es un móvil malsano y egofista, pues el tipo exige que la detención ilegal tenga por objeto el propósito de realizar un acto sexual.

Podemos decir también, que en este caso, el tipo en cuestión es un tipo especial agravado, porque de la lec-

(3) CASTELLANOS FERNANDO. Opus Cit. Página 180.

tura del precepto se desprende que debido al móvil malsano y egoísta que representa el privar de la libertad a alguien para realizar un acto sexual, se aumenta la penalidad de este tipo en relación con el tipo básico, es decir, de conformidad con lo que afirma la doctrina, este delito es de mayor entidad y esto se desprende de la penalidad aplicable a cada caso, mientras en el tipo materia de esta tesis la penalidad es de un mes a tres años de prisión, si la privación ilegal de la libertad no excede de ocho días, si excede de este término se aumenta la sanción con un mes más por cada día que pase; en cambio el artículo 365 bis establece como sanción privativa de la libertad a los infractores de este precepto de uno a cinco años y si el activo del delito pone en libertad a la víctima sin realizar el acto sexual en un término de tres días, la sanción será de un mes a dos de prisión.

Desde el punto de vista del bien jurídico tutelado, ambas figuras delictivas tutelan la libertad física de las personas, pero mientras que en el primer precepto se afecta el bien jurídico con la simple detención o ---aprehensión, en el segundo tipo, además se afecta la voluntad del pasivo, ya que la privación ilegal de su libertad tiene por objeto obligar a dicho pasivo a tener una relación sexual.

Desde el punto de vista de la persecución, el delito de esta tesis siempre será perseguible de oficio, en tanto que el delito especial agravado referido, por disposición de la ley, sólo será perseguible a petición de parte ofendida, es decir, será necesaria la querrela.

2.- DIFERENCIAS ENTRE EL TIPO EN ESTUDIO Y EL DELITO PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 366 DEL CODIGO PUNITIVO.

El artículo 366 del Código Penal establece:

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

"I.- Para obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona privada de su libertad o a otra persona relacionada con aquélla;

"II.- Si se hace uso de amenazas graves, de maltrato o de tormento;

"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.- Si la detención se hace en camino público o en paraje solitario.

"V.- Si quienes cometen el delito obran en grupo, y

"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 cometa 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 aplicará la sanción correspondiente a la -- privación ilegal de la libertad de acuerdo con el -- artículo 364.

"En caso de que el secuestrado sea privado de la vida, por su o sus secuestradores la pena será hasta de cincuenta años de prisión" (4).

Puede afirmarse que el delito que prevé el numeral 366 constituye un tipo especial calificado, especial por que se forma con los mismos elementos detener a una persona y a esto se le agrega la modalidad del plagio o secuestro, realizado en las hipótesis diversas que prevé - el numeral transcrito.

La naturaleza especial y calificada del tipo se desprende de la misma ley, ya que la sanción, en los casos previstos por el citado artículo 366, se eleva sustan---cialmente en relación con la pena que debe imponerse por infringir la fracción I del artículo 364 del ordenamiento mencionado.

Mientras el tipo penal materia de la presente tesis representa un tipo de reciente creación, ya que el mismo se creó el 27 de julio de 1970, por su parte, el tipo -- previsto por el artículo 366, data en cuanto al p-lagio y secuestro de tiempos inmemoriales; a través del tiem-

(4) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Opus Cit. Páginas 120 y 121.

po ha sufrido transformaciones, en principio, la palabra plagio se refería tanto a la sustracción de un siervo en daño de su propietario, como al secuestro de un hombre para ser vendido como esclavo.

Igualmente, puede afirmarse que de conformidad con las transformaciones que se han venido operando el delito de plagio o secuestro, éstas han originado un cambio en cuanto a su esencia, puesto que ahora ya no exige como requisito esencial el ánimo de lucro, sino que también se admite el ánimo de venganza. Respecto a la clasificación de este delito, también ha habido cambios, en la antigüedad se le considera como un delito contra el patrimonio y ahora se le considera un delito contra la libertad.

Mientras que en el tipo básico de privación ilegal de la libertad materia de esta tesis, el delito se consume con la detención arbitraria del pasivo, en el delito de privación ilegal de la libertad que prevé el numeral 366 son necesarios algunos elementos especializados, como son que en la privación ilegal concorra alguna de las circunstancias previstas por las diversas fracciones de este precepto, asimismo, la penalidad se agrava con cualesquiera de estas circunstancias.

Mientras que en la privación ilegal de la libertad, prevista por la fracción I del numeral 364, la intención es únicamente la detención ilegal del pasivo, en el tipo contemplado por el artículo 366, ya existe un móvil o -- ánimo de codicia o de causar algún daño y subordinando - la devolución de la víctima a la entrega del dinero o a la concesión de alguna gracia por parte de la autoridad.

3.- DIFERENCIAS ENTRE LA FIGURA DELICTIVA MATERIA DE ESTE ESTUDIO Y LOS DELITOS PREVISTOS EN LAS FRACCIONES XI, XIV, XVI Y XX DEL ARTICULO 225 DEL CODIGO SUSTANTIVO DE LA MATERIA.

El artículo 225 preceptúa:

"Artículo 225.- Son delitos contra la administra--- ción de justicia, cometidos por servidores públicos, los siguientes:

"XI.- No otorgar, cuando se solicite, la libertad - caucional, si procede legalmente;

"XIV.- Prolongar la prisión preventiva por más tiem po del que como máximo fije la ley al delito que mo tive el proceso;

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

"XX.- Realizar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez, dentro de las veinticuatro

horas siguientes a ésta, según lo dispuesto por el artículo 107 fracción XVIII, párrafo tercero de la Constitución, salvo lo dispuesto en el párrafo cuarto de la propia fracción ya aludida" (5).

NOTA.- Esta figura delictiva fue derogada mientras se -- elaboraba esta tesis, según reformas a la Constitución - General de la República, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de septiembre de 1993, y en la actualidad de conformidad con las reformas al Código Penal de fecha 21 de diciembre de 1993, y que entraron en vigor el día primero de febrero del año de 1994, se volvió a implantar esta figura delictiva a que se refiere la fracción XX del artículo 225 del Código Punitivo, estableciéndose como sigue:

ARTICULO 225 fracción XX.- Ordenar la aprehensión de un individuo por delito que no amerite pena privativa de libertad, o en caso en que no preceda denuncia, -- acusación o querrela, o realizar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez en el término señalado por el párrafo tercero del artículo 16 de la Constitución.

Las figuras delictivas transcritas, son diferentes a la de privación ilegal de la libertad, previstas por la fracción I del numeral 364 de nuestro Código Sustantivo Penal, puesto que como se observa en la privación ilegal de la libertad se trata de la detención de una persona en forma arbitraria, sin orden de autoridad competente, en la que el bien jurídico tutelado es la libertad física, de tránsito, de movimiento o deambulatoria, establecida como garantía individual en el artículo 11 de nuestra ley suprema, que dispone que todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo conducto u otros requisitos semejantes; el ejercicio de este derecho, está subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa por lo que toca a las limitaciones, que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país; en tanto que es de observarse en la figura delictiva prevista por la fracción XI del artículo 225 del ordenamiento legal citado, se refiere a personas que se encuentran privadas de su libertad en forma legal, pero que el delito que se les imputa amerita que se les conce

da el beneficio de la libertad provisional, mediante --- fianza o caución; en este tipo delictivo el bien jurídico tutelado constituye una garantía establecida a favor de los acusados, en la fracción I del artículo 20 Constitucional, que establece la obligación de los juzgadores de conceder a los acusados su libertad provisional inmediatamente que lo soliciten, y para conceder este beneficio el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias -- personales del acusado, la gravedad del delito, incluyen do sus modalidades, que la sanción que en todo caso co-- rrespondiera al delito que se imputa al acusado no exceda del término medio aritmético de cinco años, y sin más requisitos de que se ponga a disposición del juzgador la cantidad de dinero que se le fije como fianza u otorgar otra caución bastante para asegurarla, esto bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

Por lo que hace al delito previsto por la fracción XIV del artículo 225 del Código Penal, también debe decirse que es una garantía constitucional establecida a favor de un acusado y que el bien jurídico tutelado se encuentra establecido en la fracción VIII del artículo - 20 Constitucional, que establece la obligación del juzga dor para juzgar a los individuos que se encuentran procesados ante él en un plazo de cuatro meses cuando la pena

máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena máxima excediera de ese término; y en este tipo vemos que se trata de una persona sujeta a proceso conforme a la ley, siendo distinta a la privación ilegal de la libertad a que se refiere el tipo delictivo -- que es materia de esta tesis.

La garantía constitucional antes mencionada actualmente establece que la falta de su cumplimiento constituye un delito para el juzgador, ya que antaño, era frecuente observar como los procesos tardaban mucho tiempo, sin importar que el procesado estuviese privado de su libertad y después de tres o cuatro años se dictaba una -- sentencia por una pena mínima y el juez se limitaba a manifiestar que se pusiera en libertad al procesado puesto que éste ya había compurgado la pena.

En la actualidad este vicio prácticamente ha sido -- desterrado ya que los jueces para no hacerse merecedores a un juicio se ven precisados a tramitar los procesos -- que les son encomendados con la mayor celeridad posible, sobre todo cuando se trata de causas penales en que el -- procesado se encuentra privado de su libertad, aún cuando vemos que en la actualidad aún existen casos en que -- los procesos tardan más del tiempo que establece la frac

ción VIII del artículo 20 Constitucional, términos que antes han quedado mencionados.

Mientras en el tipo materia de este estudio el sujeto activo del delito siempre será un particular, en el tipo previsto por la fracción XIV del artículo 225 de la Ley Sustantiva Penal, el sujeto activo siempre será una autoridad, en este caso un juez penal o servidor público.

En el tipo penal materia de este estudio, el sujeto pasivo lo constituye una persona injusta y arbitrariamente privada de su libertad sin que haya causa legal para ello; en tanto que en el caso previsto por la fracción XIV del artículo 225 del Código Penal, el pasivo refiere a un sujeto sometido a un proceso y que tiene derecho a que se le juzgue dentro de los plazos que establece la garantía constitucional antes mencionada.

En el tipo penal previsto por la fracción I del artículo 364 del Código Penal, el sujeto activo como lo hemos visto siempre será un particular en tanto que en la figura delictiva que prevé la fracción XVI del artículo 225 de nuestro Código Sustantivo Penal, el sujeto activo siempre será una autoridad que generalmente resul

tará ser el director de los diversos centros en que se encuentran detenidas las personas sujetas a un proceso en los lugares en que compurgan las penas las personas que han sido sentenciadas por algún delito, o por empleados de tales instituciones quienes habiendo recibido las órdenes de las autoridades responsables para poner en libertad a determinado sujeto, omiten cumplir con esta obligación, con la inmediatez necesaria, aun en los casos en que la autoridad judicial dicte la sentencia correspondiente; son los directores de los establecimientos mencionados, quienes deben de estar al pendiente de los términos en que los sentenciados cumplan con sus sentencias para ponerlos en libertad de inmediato, ya que de otra manera se verían expuestos a hacer procesados por este ilícito.

También aquí el pasivo del delito es una persona -- que se encuentra privada de su libertad y sujeto a proceso, o sentenciada, mientras que la privación ilegal de la libertad, insistimos el pasivo del delito, lo es una persona que injusta y arbitrariamente ha sido privada de su libertad.

Es distinto a la privación ilegal de la libertad el tipo que establece la fracción XX del artículo 225 de la

ley sustantiva penal, puesto que en el ilícito materia de esta tesis, el sujeto activo siempre lo será un particular, quien en forma injusta y arbitraria y sin causa legal detiene a una persona; mientras que en la otra figura delictiva a que me he referido, el sujeto activo -- del delito siempre lo será una persona investida de autoridad, un juez que dicte una orden de aprehensión por un delito que no merezca sanción privativa de libertad, o cuando no se encuentren reunidos algunos requisitos de procedibilidad como son la falta de denuncias o querrelas; asimismo, puede ser responsable de este delito un agente de la policía judicial quien en cumplimiento a -- una orden de aprehensión girada por la autoridad judicial competente, detiene a una persona y no la pone a -- disposición de la autoridad ordenadora con la inmediatez que señala el párrafo tercero del artículo 16 Constitucional, que establece que una autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión deberá poner al inculcado a disposición del juez sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad y que la contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Mientras que en el delito de privación ilegal de la libertad, materia de esta tesis, el bien jurídico tutelado se encuentra protegido por el artículo 11 Constitucion

nal que establece la garantía de tránsito, en el caso de la infracción prevista por la fracción XX del artículo 225 del Código Penal, el bien jurídico tutelado se encuentra establecido actualmente en los párrafos segundo y tercero del artículo 16 Constitucional, redactados en forma similar a la fracción XX del numeral 225 indicado.

En los casos de la fracción XX del mencionado artículo 225 del Código Penal, el responsable siempre será una persona investida de autoridad, sin que pueda afirmarse que se trate de una privación ilegal de la libertad, ya que la primera hipótesis prevé el caso de que se dicte una orden de aprehensión sin que el delito que se imputa al acusado merezca pena privativa de libertad; y en la segunda hipótesis se trata de una persona que es aprehendida legalmente en cumplimiento a una orden de aprehensión, la cual fue librada por una autoridad competente, pero la persona que realiza la aprehensión, no pone al acusado a disposición del juez con la inmediatez que refiere el párrafo tercero del artículo 16 Constitucional.

4.- DIFERENCIAS ENTRE EL TIPO A ESTUDIO Y EL DELITO ABUSO DE AUTORIDAD, PREVISTO POR EL ARTICULO 215 FRACCION VI DEL CODIGO PENAL.

Establece al artículo 215 del Código Penal para el Distrito Federal:

"Artículo 215.- Cometén el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:

"VI.- Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos, sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente, niegue que está detenida, si lo estuviere, o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente" (7).

Es indudable que el delito previsto por la disposición antes transcrita es violatorio de lo dispuesto por el artículo 14 constitucional que establece: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio se

(7) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Opus Cit. Páginas 71 y 72.

guido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho", esto, por lo que hace a la primera hipótesis y en cuanto a esta figura delictiva, observamos que sólo puede ser cometida por agentes de la autoridad y no por particulares, puesto que el tipo exige que la detención indebida sea realizada en una cárcel pública, como las que refiere; asimismo, el tipo presupone la existencia de una privación ilegal de la libertad por sujetos particulares o autoridades y la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento; estimamos que el tipo penal describe varias actitudes del delito, como es la de retener a un detenido sin que exista un procedimiento legal.

Por otra parte, en la segunda hipótesis, o sea, no cumplir la orden de la autoridad de poner en libertad a un detenido, el director o el personal de los centros de reclusión que señale el tipo, conculcan la libertad violando la garantía contenida en el párrafo tercero, fracción XVIII del artículo 107 constitucional.

Aquí, el bien jurídico tutelado es distinto al que tutela la figura delictiva objeto de esta tesis, ya que

el delito privación ilegal de la libertad tutela la libertad deambulatoria o de movimiento, mientras que en el delito previsto por la fracción VI del artículo 215 lo que tutela es que el individuo no pueda ser detenido -- por las autoridades sin orden de aprehensión sin cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento, como estatuye el artículo 14 constitucional.

La segunda hipótesis se refiere a la garantía de -- que el reo no sea detenido por más tiempo después de que la autoridad, a cuya disposición se encontraba, haya ordenado su libertad.

Mientras en el delito privación ilegal de la libertad, materia de esta tesis, el sujeto activo debe ser un particular, en el otro ilícito, el activo del delito es la autoridad encargada del establecimiento público de referencia.

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

Primera.- En la antigüedad en que se daba la esclavitud obviamente no podría existir el delito privación ilegal de la libertad, por las razones que saltan a la vista.

Segunda.- Hasta fines del siglo XVIII no puede hablarse de la existencia de un derecho penal, sino sólo de ideas penales.

Tercera.- Puede afirmarse que el derecho penal surge durante el periodo humanitario o científico.

Cuarta.- Nos inclinamos por una teoría tetraatómica del delito, en tal virtud, considero que los elementos esenciales del delito, son cuatro: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

Quinta.- La imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, no son elementos esenciales del delito.

Sexta.- Estimamos que todos los delitos previstos en el libro segundo, título vigésimo primero, capítulo único del Código Penal para el Distrito Federal, deben ser ele

vados a la categoría de delitos federales, a efecto de - hacer más pronta y eficaz la persecución del delito robo de infante.

Séptima.- De conformidad con los diversos criterios de - clasificación de los delitos, el que es objeto de la pre sente tesis, puede realizarse por comisión y por comi--- sión por omisión; es un delito de resultado material, de lesión, es continuo, puede cometerse por dolo o por culpa, constituye un tipo simple, se trata de un ilícito -- unisubsistente, es unisubjetivo, y perseguido de oficio.

Octava.- El artículo 364 fracción I "in fine", al esta-- blecer que si la detención ilegal excede de ocho días, - la pena aplicable será de un mes más de prisión por cada día que pase, coarta el arbitrio judicial para individua lizar la pena, en virtud de la rigidez aritmérica esta-- blecida por el legislador, por lo tanto, debe reformarse esta disposición a efecto de dar flexibilidad al juzga-- dor en el momento de individualizar la pena, en aras de la equidad.

Novena.- El bien jurídico tutelado por el delito que nos ocupa es la libertad física, libertad de movimiento o li bertad deambulatoria, consagrada como garantía indivi--- dual en el artículo 11 constitucional.

Décima.- El delito privación ilegal de la libertad, previsto por la fracción I del artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal, materia del presente estudio, únicamente puede ser cometido por particulares.

Décima Primera.- Las figuras típicas previstas por las fracciones XI (no otorgar la libertad caucional), XIV -- (prolongar la prisión preventiva), XVI (demorar providencias para poner en libertad a un detenido); así como la fracción VI del artículo 215 del Código Penal para el -- Distrito Federal, siempre tendrán como sujeto activo del delito a un individuo investido de autoridad o servidor público, al mantener detenido a una persona sin dar parte a la autoridad correspondiente, o que sin los requisitos legales reciban a un ser humano para mantenerla privada de su libertad, incurriendo en el delito de abuso de autoridad.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. "DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO". Edit. Porrúa, S.A. México, 1975
- 2.- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES". Edit. Porrúa, S.A. México, 1965
- 3.- BUSTOS P., JUAN. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tercera Edición. Bardelona, 1989
- 4.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. "DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL". Edit. Antigua Librería Robredo. México, 1941.
- 5.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. "DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL", Tomo I. Edit. Porrúa, México, 1979, página 84
- 6.- CASTELLANOS, FERNANDO. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL" , Parte General. Edit. Porrúa, S.A. México, S.A. México, 1991.
- 7.- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", Edit. Porrúa, S.A. México, 1992.

- 8.- CORTEZ IBARRA, MIGUEL ANGEL, "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992
- 9.- CUELLO CALON, EUGENIO. "DERECHO PENAL", Parte General T. 1. Edit. Nacional, México, 1953
- 10.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, "EL CODIGO PENAL COMENTADO", Edit. Porrúa, S.A., México, 1992
- 11.- GONZALEZ DE LA VEGA, RENE, "COMENTARIOS DEL CODIGO PENAL", Cárdenas Edit. y Dist. México, 1981
- 12.- HANZ WELZEN. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL".Roque de Palma, Editor. Buenos Aires. 1956
- 13.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "DERECHO PENAL MEXICANO", T. III. LA TUTELA PENAL DEL HONOR Y DE LA LIBERTAD, Edit. Porrúa, S.A. México, 1984.
- 14.- MEZGER, EDMUND, "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL", Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990.
- 15.- MORENO; DANIEL. "DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO" Edit. Pax. México, 1973.

16.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "DERECHO PENAL MEXICANO", Parte general, Edit. Porrúa, S.A. México, 1991.

17.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL", Edit. Porrúa, México, 1987.

18.- RIVERA SILVA, MANUEL. "EL PROCEDIMIENTO PENAL", Edit. Porrúa, S.A. México, 1963.

19.- RUIZ, SERVIO TULIO, "LA CONCEPCION DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL", Edit. Temis, Bogotá, 1969.

20.- SECO ELLAURI, OSCAR Y BARRIDON, PEDRO DANIEL. "HISTORIA UNIVERSAL", Edit. Kapelusz, Buenos Aires, 1951.

21.- VILLALOBOS, IGNACIO. "DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL", Edit. Porrúa, S.A. México, 1983.

22.- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL". Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991.

D I C C I O N A R I O S J U R I D I C O S

23.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS "DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO" T.I. Edit. Porrúa, S.A. México, 1988.

24.- PALOMAR DE MIGUEL, JUAN. "DICCIONARIO PARA JURISTAS", Mayo Edics. México, 1981.

L E G I S L A C I O N

25.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODOS LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL. Edics. Andrade. México, 1992.

26.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Edit. Porrúa, S.A. México, 1991.

27.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Edit. Trillas, México, 1981.

J U R I S P R U D E N C I A

28.- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. Jurisprudencia y tesis sobresalientes, Octava Parte, Actualización VII. Penal. Mayo Edics. México, 1987.

29.- APENDICE DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.
Segunda Parte, Primera Sala, Recopilación de 1917 a
1985.

A D V E R T E N C I A S

Debo decir que mientras la presente tesis estaba --
siendo mecanografiada, nuestro Código Penal para el Dis-
trito Federal en materia del Fuero Común y para toda la
República en materia del Fuero Federal, sufrió diversas
modificaciones, ya que por decreto de fecha 23 de diciem-
bre de 1993, publicado en el Diario Oficial del día 10 de
enero del año en curso se reformaron, adicionaron, o de-
rogaron diversos preceptos del citado Código Punitivo, y
estas reformas entraron en vigor el día primero de febre-
ro del año en curso; esta situación me motiva para reali-
zar las consideraciones que enseguida me permito trans-
cribir con el objeto de no alterar el contenido de mi --
trabajo, pero desde luego estimo que las reformas a que
me he referido no alteran de manera sustancial el conte-
nido del estudio realizado.

Empezaré diciendo que en el segundo párrafo de la pá-
gina 50 de mi tesis, correspondiente al Capítulo Segundo
de la misma hago alusión al artículo 7o. del Código Penal,
en la forma en que se encontraba redactado antes de las
reformas que entraron en vigor el día primero de febrero
del año en curso; considero que la modificación sufrida
por tal precepto, no afecta en absoluto el contenido de

mi trabajo, puesto que dicho precepto sólo fue adicionado con un párrafo, el que considero no tiene trascendencia alguna para mi Tesis.

Igualmente en el tercer párrafo de la página 56 de esta tesis, correspondiente también al Capítulo Segundo, se hizo una cita de la fracción I del artículo 15 de --- nuestra Ley Sustantiva Penal, en la forma en que se encontraba redactado antes de las reformas aludidas; debiendo aclararse que de acuerdo con dicha disposición se consideraban como circunstancias excluyentes de responsabilidad penal; I.- incurrir el agente en actividad o --- inactividad involuntarias.

Actualmente considero que con un mejor criterio jurídico el artículo 15 de nuestro Código Punitivo establece que el delito se excluye cuando; I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente, y estimo que la redacción actual es más adecuada y más jurídica puesto que efectivamente no se excluye la responsabilidad penal cuando existe la falta de voluntad, sino que la existencia de esta constituye un elemento negativo --- del delito que impide que el mismo quede integrado puesto que al no existir la voluntad faltaría la conducta --- que es uno de los elementos esenciales del delito.

Todo lo anterior se debía a que con la redacción anterior del citado artículo 15 del Código Penal, se consideraban como circunstancias excluyentes de responsabilidad penal diversas causas que en mi concepto no eran tales excluyentes de responsabilidad, sino como acertadamente lo ha establecido el legislador son causas que impiden el nacimiento del delito.

Estimo que esta reforma al artículo 15 del Código Penal no altera en absoluto la esencia de mi trabajo, ya que incluso con esta reforma queda mejor explicada en mi concepto la ausencia de conducta como elemento negativo del delito.

Por otra parte debo decir que en las páginas 75 y 76 de esta tesis correspondiente también al Segundo Capítulo, al referirme a las causas de licitud, también invoco el anterior artículo 15 del Ordenamiento Legal en cuestión, manifestando que se invocaron en la forma en que se encontraba antes de entrar en vigor las reformas el día primero de febrero del año en curso, y considero que el legislador actual establece un criterio más claro de este término, estableciendo como causas de licitud, premisas que en mi concepto constituyen el elemento negativo de la antijuricidad y por ende impiden el nacimiento

to del delito; estableciéndose lo siguiente:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- 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.

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.

Se presumirá como defensa legítima 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 dependientes, o a las 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 posibilidad de una agresión.

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un --- bien jurídico propio o ajeno, de un peligro --- real, actual o inminente no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menos o igual valor que el salvaguardado, siempre - que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de --- afrontarlo.

De esta forma puede manifestar que en mi concepto - tampoco estas modificaciones alteran la esencia de mi -- trabajo, puesto que el mismo se encuentra elaborado de - acuerdo con la teoría del delito.

En el Capítulo Tercero, página 104 se hace alusión - al artículo 13 del Código Penal, en la forma en que se encontraba redactado antes de las reformas que entraron en vigor el día primero de febrero de 1994, precepto que establecía VIII fracciones para señalar como responsa---bles de un delito a quienes se colocaban dentro de las - prescripciones que señalaban tales fracciones; de conformidad con la nueva redacción del artículo 13 de nuestra Ley Sustantiva Penal, en la actualidad con una mejor tática jurídica se establece:

Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

I.- Quedó igual.

II.- Quedó igual.

III.- Quedó igual.

IV.- Quedó igual.

V.- Los que determinen dolosamente a otro a come--terlo.

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión.

VII.- Quedó igual.

VIII.- Los que sin acuerdo previo intervengan con - otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Estimo que estas modificaciones tampoco afectan en lo sustancial la presente tesis, sino que como lo he manifestado señalan como una mejor técnica jurídica la responsabilidad de todos los que intervienen en la comisión de un ilícito.

Dentro de este mismo capítulo y de conformidad con lo que he venido exponiendo en la página 116 de este estudio, se hizo alusión al artículo 8º de nuestra Ley Sustantiva Penal, manifestando que de conformidad con el precepto citado, los delitos pueden ser:

I.- Intencionales.

II.- No intencionales o de imprudencia.

III.- Preterintencionales.

Desde luego cabe aclarar que esta redacción era la que estaba en vigor hasta antes del día primero de febrero del año en curso, ya que en la actualidad el mismo precepto mencionado establece: que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o cul-

posamente y estimo que esta redacción implica desde luego una forma más adecuada de referirse a lo que antes se consideraba como delitos intencionales o no intencionales o de imprudencia; aunque estimo que se debe recapacitar en cuanto a la desaparición de los delitos preterintencionales, ya que considero que no es tan fácil la desaparición de los mismos puestos que en muchos casos se presentan tales figuras delictivas.

Estimo que las reformas tampoco afectan de manera sustancial mi estudio, en el inciso f correspondiente a la Clasificación de los delitos, desde el punto de vista de su elemento interno o de culpabilidad, ahora debe decirse que sólo existen los delitos dolosos o culposos.