

2 y  
362



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

Cd. Universitaria, 27 de noviembre de 1989.

C. Director General de Coordinación  
Escolar de la U. N. A. M.  
P r e s e n t e .

El C. LUIS MANTIN HERRERA BAZAN ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Lic. -- Carlos J. M. Daza Gómez, su tesis profesional intitulada "ANÁLISIS JURIDICO DE ROBO DE USO PREVISTO EN EL ARTICULO 380 -- DEL CODIGO PENAL VIGENTE", con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 8, fracción V, del Reglamento de Seminarios para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

**FALLA DE ORIGEN**

Atentamente.  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
El Director del Seminario.

DR. RAJL CARRANCA Y RIVAS.



## **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.

# TESIS CON FALLA DE ORIGEN

## I N D I C E

### ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE ROBO DE USO PREVISTO EN EL ARTICULO 380 DEL CODIGO PENAL VIGENTE

#### INTRODUCCION

#### CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL MEXICANO.....	1
1.1. Epoca Precortesiana.....	1
A) Pueblo Tarasco.....	2
B) Pueblo Maya.....	5
C) Pueblo Azteca.....	10
1.2. Epoca Colonial.....	23
A) Derecho Español.....	24
A.1.) Fuero Juzgo.....	25
A.2.) Fuero Real.....	26
A.3.) Las Partidas.....	27
A.4.) Leyes del Toro.....	29
A.5.) Nueva Recopilación.....	31
A.6.) Novísima Recopilación.....	34
1.3. México Independiente.....	39
A) Código Penal del Estado de Veracruz.....	40
B) Código Penal Martínez de Castro de 1871.....	43
C) Código Penal 1929.....	44
D) Código Penal 1931.....	48

#### CAPITULO II

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO.....	52
A) Concepto Etimológico.....	52
B) Concepto Gramatical.....	53

C) Concepto Jurídico.....	53
D) Conducta.....	54
D.1.) Acción.....	59
D.2.) Omisión.....	63
D.3.) Comisión por Omisión.....	63
D.4.) Nexa Causal.....	71
D.4.1.) Teorías.....	75
D.4.2.) La Relación Causal en México.....	80
E) Ausencia de Conducta.....	81
E.1.) Vis Maior.....	88
E.2.) Vis Absoluta.....	90
E.3.) Movimientos Reflejos.....	94
E.4.) Sonambulismo.....	95
E.5.) Hipnotismo.....	97
E.6.) Sueño.....	101
F) Tipicidad.....	103
G) Atipicidad.....	113
H) Antijuricidad.....	117
H.1.) Antijuricidad Formal.....	130
H.2.) Antijuricidad Material.....	133
I) Imputabilidad.....	136
J) Inimputabilidad.....	142
K) Culpabilidad.....	151
L) Inimputabilidad.....	162
M) Condiciones Objetivas de Punibilidad.....	168
N) Ausencia de Condición Objetiva de Punibilidad..	171
O) Punibilidad.....	173
P) Excusas Absolutorias.....	177

### CAPITULO III

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO DE ROBO.....	182
A) Apoderamiento.....	182
B) Cosa .....	188
C) Mueble.....	192
D) Ajena.....	198
E) Sin Derecho.....	202
F) Sin consentimiento.....	205

G) El tipo de Robo Previsto en el Artículo 380.....	206
---	-----

#### CAPITULO IV

APARICION DEL DELITO.....	219
A) El Iter Criminis.....	219
A.1.) Fase Interna.....	221
A.2.) Fase Externa.....	224
A.2.1) Actos Preparatorios.....	226
A.2.2.) La Tentativas.....	229
A.2.3.) La Consumación.....	234
B) Concurso Ideal y Concurso Real.....	236
C) Participación.....	240
<u>CONCLUSIONES</u> .....	248
<u>BIBLIOGRAFIA</u> .....	250

introducción

## INTRODUCCION

Resulta interesante hacer una reflexión intensa de cada uno de los tipos penales que contiene nuestro Código Penal Mexicano; analizar uno a uno; encontrando los elementos y los requisitos que el legislador contempló.

En este trabajo se hace un análisis del tipo penal previsto en el numeral 380 del Código Penal Mexicano, que se refiere al llamado ROBO DE USO y al cual la Suprema Corte identifica como un simple USO ABUSIVO DE LAS COSAS.

Siendo este delito una forma atenuada del robo, difiere de este último, quizá en forma total, al distinguir entre toma temporal del bien y el apoderamiento. Este rasgo diferencia radicalmente ambas figuras; pues mientras en uno existe el ánimo de adueñarse de la cosa, en otro jamás se da ese fin, pues sólo se trata de una toma temporal. Aquí nos dice la doctrina que lo que se castiga, es haber usado la cosa sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor, o sea, el uso abusivo de la cosa, como lo dice la Corte en forma correcta, pues este tipo penal más que robo, representa un abuso del sujeto activo.

En cuanto a la penalidad, debería ampliarse la privación de la libertad y sólo condenar al responsable al pago de la indemnización a que se refiere el precepto correspondiente; pues como puede apreciarse el dolo que implica la acción no recae en la cosa, sino en el uso que se le pueda dar a la misma, para después devolver el bien a su dueño o legítimo poseedor.



Como podemos ver, jamás existió en el agente un ánimo de apropiarse o de adueñarse de la cosa, sino sólo de usar temporalmente la cosa. El apoderamiento que es el requisito más importante del delito de Robo, está ausente en el delito en estudio; por lo que entonces no podríamos hablar de Robo de Uso, como se le ha venido reconociendo a este delito, sino sólo de un uso abusivo de las cosas, como atinadamente lo denomina la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En la elaboración de este trabajo se trata de referir en forma amplia a este delito, comenzando en el primer capítulo por reseñar históricamente la existencia del Robo en las civilizaciones más importantes que existían en nuestro territorio hasta la llegada de los españoles; mencionando en cada caso, la descripción de la conducta y la penalidad que se le imponía.

Posteriormente, tratando de seguir un orden cronológico, narramos la etapa de la más llamada Epoca Colonial, ya que nunca estuvimos divididos en colonias; siguiendo una por una las legislaciones que rigieron en la Nueva España, desde la forma en que se describían las conductas hasta su castigo.

En el México Independiente, se contemplaban diversas legislaciones, las cuales contenían de manera concreta al delito de Robo, dándole al delito en estudio el mismo carácter que se le dió en épocas anteriores, por lo que existió una distinción real, hasta llegar a nuestra actual legislación, donde se contempla de una manera muy especial el Robo de Uso; ya que existen multitud de elementos, desde los cuales se contempla un estudio más profundo y serio.

En este trabajo, se analiza en forma exhaustiva, cada uno de los elementos que pueden integrar el tipo penal de acuerdo a la doctrina y a la Ley.

Por último y a fin de poder llegar a conocer las razones del delito, estudiamos las fases por las que atrviesa el mismo, desde su aparición hasta su consumación.

capítulo primero

## 1. EPOCA PRECORTESIANA.

No cabe duda de la importancia que tiene el conocimiento de nuestras raíces indígenas, de las formas de organización que poseían las diversas civilizaciones de nuestros antepasados. Si bien es cierto, que es poca la información existente al respecto, pues es de todos sabido, que a la llegada de los conquistadores, éstos trataron de imponer su cultura y borrar todo vestigio cultural indígena; también lo es, que ese poco material debemos conocerlo, pues quien no conoce su historia, no se conoce a sí mismo.

Dice el maestro Fernando Castellanos Tena: "...muy pocos datos precisos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores; indudablemente - los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que es ahora nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal. Como no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias resulta más correcto aludir únicamente al Derecho de tres de los pueblos principales encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América: El maya, el tarasco y el azteca. Se le llama Derecho Precortesiano a todo el que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortés, designándose así no sólo al orden jurídico de los tres señoríos mencionados, sino también al de los demás grupos".( 1 )

Efectivamente el Derecho colonial, no sólo alude al Derecho existente en los pueblos maya, tarasco y azteca, sino también al que existió en las demás culturas que habitaban hasta antes de la llegada de los españoles. Sin embargo, como repito debido a la poca información existente, sólo he-

---

( 1 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, Líneamientos elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, S.A., 1982, p. 40.

mos de referirnos a esas tres civilizaciones en este trabajo.

Estudiar el antecedente de nuestro Derecho Mexicano y sus instituciones en los pueblos precoloniales, tiene como finalidad además de conocer si la figura jurídica en análisis, fue desarrollada entre las sociedades precortesianas, conocer el desenvolvimiento jurídico de los pueblos que nos antecedieron y si es posible, saber que su legado legislativo para las generaciones actuales nos puede servir como instrumento de medida para valorar los adelantos que lograron en el Derecho en general, en especial, respecto al Derecho Penal.

Narra Don Miguel S. Macedo: "...el estado de semicivilización de los mexicanos (nahoas, mayas, gueches, etc.) hacía inevitable que sus ideas jurídicas hubieran de ceder el puesto sin resistencia, al menos ostensible, a la cultura española, de indiscutible superioridad bajo todos los aspectos.

( 2 )

#### 1.A. PUEBLO TARASCO

La civilización tarasca fue una de las más importantes hasta antes de la llegada de los conquistadores. Contaba ya en ese entonces con un sistema de Derecho, que si no era de lo más sofisticado, al menos impartía justicia a través de su sacerdote mayor, cumpliendo así el principal objetivo del Derecho, que es el de resolver imparcialmente los conflictos suscitados en la sociedad, o llamado de otra forma: Justicia.

Pero veamos que nos dice un conocedor de la materia, Don Eduardo Ruiz: "...las leyes penales eran crueles y

---

( 2 ) MACEDO, Miguel S., Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano, Ed. Cultura, p. 11.

severas. Señalábase un día para pronunciar solemnemente las sentencias. El gran sacerdote PETAMUTI, revestido con su traje de ceremonia y armado de una lanza, se dirigía al atrio del templo, y en presencia de los nobles iba llamando a los culpables, quienes se presentaban con las manos atadas a la espalda y un collar en el pescuezo. Oía las querellas y pronunciaba el fallo, entregando inmediatamente los reos al PAHCAPPETI, verdugo, para que las ejecutase.

La simple vagancia se castigaba con trabajos -- forzados en las minas; las faltas con simple prisión algunos días en la cárcel llamada CATAPACUA, y si eran más graves, -- con destierro y confiscación de bienes que se adjudicaban a -- los aprehensores; si el forzador de una mujer le rasgaban la boca hasta las orejas y luego lo clavaban en un palo, o en caso de adulterio, lo arrastraban hasta que moría; al ladrón le perdonaban el primer robo, pero la reincidencia tenía por pena despedir al culpable y dejar su cadáver para pasto de coyotes y -- de auras. El asesinato no tuvo al principio, señalado ningún castigo, pues las leyes no previeron que ese crimen pudiera ser cometido. Demostró lo contrario la experiencia, y entonces el homicida era arrastrado de los pies por calles y plazas hasta perder la vida. Los delitos cometidos contra el rey se castigaban con la pena de muerte, que a veces se hacía extensiva a todos los individuos de una familia, y en todo caso era inseparable de la pena la confiscación de bienes. Aunque los hechiceros eran generalmente tolerados y consultados, sin embargo, -- cuando convenía al rey, tal vez cuando fracasaban en sus agüeros se les mandaba romper la boca con navajas de TZINAPU y -- eran enterrados vivos. Para hacer las aprehensiones y ejecutar las sentencias tenía el rey, ministros de justicia que se distinguían por un largo bastón de ébano adornado de plumas que -- llevaban en la mano, y todo habitante estaba obligado a prestarles auxilio y a escoltarlos en el camino". ( 3 )

De los tarascos, Fernando Castellanos Tena nos comenta: "...de las Leyes Penales de los tarascos se sabe mucho menos que respecto a las de los otros náhuas; más se tiene noticia cierta de la crueldad de las penas. El adulterio - habido con alguna mujer del soberano o CALZONTZI se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su familia; Los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas empalándolo después hasta hacerlo morir. El hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. Aquien robaba por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si reicidía, se le hacía despeñar, dejando que su cuerpo fuese comido por las aves.

El derecho de juzgar estaba en manos del CALZONTZI; en ocasiones la justicia la ejercía el sumo sacerdote o PETAMUTI". ( 4 )

Raúl Carrancá y Rivas nos dice de los tarascos "...se ha insistido en que muy pocos datos se tienen sobre las instituciones legales y la administración de justicia entre los tarascos primitivos. No obstante, la Relación de Michoacán ofrece algo. Durante el ENUATACONCUARO, en el vigésimo día de las fiestas el sacerdote mayor (PETAMUTI) interrogaba a los acusados que estaban en las cárceles esperando ese día, y acto continuo dictaba su sentencia. Cuando el sacerdote mayor se encontraba frente a un delincuente primario, y el delito era leve, sólo se amonestaba en público al delincuente. En caso de reincidencia, por cuarta vez, parece que la pena era de cárcel. Para el homicidio, el adulterio, el robo y la desobediencia a los mandatos del rey la pena era de muerte, ejecutada en público. El proceso para aplicarla era a palos; después se quemaban los cadáveres.

Hay que recordar que en la famosa fiesta del -  
EHUATACONCUARO, el número principal, lo constituía el relato-  
que el PETAMUTI hacía al pueblo de los gloriosos antecedentes  
de su raza; después el sacerdote interrogaba a los acusados y  
dictaba su sentencia. ¿No sería así para demostrar que na-  
da empañaba la gloria de la raza, ni siquiera los peores cri-  
menes que por eso se castigaban con la muerte, quemándose lue-  
go los cadáveres? Por lo tanto, los principales delitos y --  
las penas correspondientes entre los tarascos eran las siguien-  
tes: Homicidio (muerte ejecutada en público), adulterio (muer-  
te ejecutada en público), robo (muerte ejecutada en público),  
desobediencia a los mandatos del rey (muerte ejecutada en pú-  
blico). Debe señalarse que las cárceles entre los tarascos -  
servían exclusivamente para esperar el día de la sentencia co-  
mo entre los mayas". ( 5 )

Es notorio por los comentarios de estos conoc-  
dores, que la imposición de penas era cruel y tajante, pero -  
quizás éso les daba la posibilidad de vivir en armonía dentro  
de su sociedad.

#### 1. B. PUEBLO MAYA.

Sin duda alguna, una de las civilizaciones más  
desarrolladas que se ubicó en el territorio de lo que ahora -  
es nuestra nación, es la cultura maya. Es impresionante la --  
forma en que logró organizarse este pueblo y los increíbles -  
adelantos que consiguieron en astronomía y agricultura; inclu-  
sive hoy en día sigue esta cultura asombrando al mundo entero  
y sólo basta ver la cantidad de turistas de todos los lugares,  
que se congregan diariamente alrededor de las ruinas que un -  
día formaron la civilización maya.



El maestro Fernando Castellanos Tena habla al respecto: "...entre los mayas las leyes penales, al igual que en los otros reinos y señoricos, se caracterizaban por su seriedad. Los BATADS o caciques, tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptores y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo que era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente.

Dice Chavero que el pueblo maya no usó como pena ni la prisión, ni los azotes, pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles. Las sentencias penales eran inapelables". ( 6 )

Don Raúl Carrancá y Rivas, nos comenta de los mayas: "...la civilización maya presenta perfiles muy diferentes a la azteca. Más sencillez, sentido de la vida más refinado, concepción metafísica del mundo más profundo. En suma una delicadeza connatural, que ha hecho de los mayas uno de los pueblos más interesantes de la historia. Es lógico que tales atributos se reflejan en su Derecho Penal. Thompson dice, con relación al pueblo maya que el abandono del hogar no estaba castigado; el adúltero era entregado al ofendido quien podía perdonarlo o bien matarlo, y en cuanto a la mujer su vergüenza e infamia se consideraban penas suficientes; el robo de cosa que no podía ser devuelta se castigaba con la esclavitud. Suma benignidad sería ésta, si se tiene en cuenta lo que nos revela la crónica de CHAC-XULUE-CHEN. A los traidores a los súbditos (de AH CHAC COCOM) primeramente los arrojaron en las cuevas y destruyeron los ojos en la gran cueva de la comadreja. No hubo a quien los ojos no hubiese destruido en la cueva.

---

( 6 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. p. 41.

Tratándose de Yucatán, la obra de imprescindible consulta el libro de Fray Diego de Landa. En el capítulo XXX, encontramos las penas para los adúlteros, homicidas y ladrones. Que esta gente les quedé --ascribe Landa-- de Mayapán costumbre de castigar a los adúlteros de esta manera: hecha la pesquisa y convencido alguno del adulterio, se juntaban los principales en casa del señor y traído el adúltero, atánbale a un palo y le entregaban al marido de la mujer delincuente; si él perdonaba, era libre; sino le perdonaba, lo mataba con una piedra --- grande que dejábale caer en la cabeza desde una parte alta; a la mujer por satisfacción bastaba la infamia que era grande y comúnmente por ésto las dejaban.

La pena del homicidio aunque fuese casual, era morir por insidias de las partes o si no, pagar el cuarto. El hurto, pagaban y castigaban aunque fuese pequeño, con hacer es clavos y por éso se hacían tantos esclavos, los cuales tanto - trabajaban en el bautismo: para que les dieran libertad.

Y si eran señores o gente principal, juntábase el pueblo yprehendido (el delincuente) la labraban el rostro desde la barba hasta la frente, por los dos lados, en castigo que tenían por gran infamia.

Como se puede apreciar en cualquiera de los --- tres casos, (adulterio, homicidio y robo) la pena no era fatalmente de muerte; si se le compara con la azteca, la maya, era una represeión mucho menos brutal. Y es que el pueblo maya que ché, es quizá, el más evolucionado culturalmente entre todos - los pueblos que habitaban el Continente Americano antes del -- descubrimiento, opina nuestro maestro Carrancá y Treujillo. -- Las más serias investigaciones acreditan que el pueblo maya - contaba con una administración de justicia, la que estaba enca bezada por el BATAD. En forma directa y oral, sencilla y pronta, el BATAD recibía e investigaba las quejas y resolvía acerca de ellas de inmediato, verbalmente también y sin apelación, después de hacer investigaciones expéditas de los delitos o in cumplimiento denunciados y procediendo a pronunciar la senten

cia. Las penas eran ejecutadas sin tardanza por los TUPILES y servidores destinados a esta función". ( 7 )

No podemos omitir en esta parte, el comentario del historiador y jurista yucateco Eligio Ancona quien nos dice en su obra "México a través de los siglos": "...los mayas - tenían disposiciones concernientes al estado civil de las personas, a las herencias, y a los contratos. Dice que el matrimonio sólo podía celebrarse con una mujer, y que si los misicneros creyeran encontrar huellas de poligamia, fue porque el divorcio era permitido y no era remoto dar con dos o tres mujeres que pretendiesen serlo de un solo marido. Pero Azuilar - afirma terminantemente que tenían muchas mujeres, y que en su conversión las dejaron quedándose con la primera, y es que los invasores, introdujeron esa costumbre nahoá, sustituyéndola a la bigamia primitiva. Hacían sus bodas con suntuosas fiestas y banquetes, y tomaban en esa ocasión grandes ficaras de porol - cubierto con espuma de cacao. La ceremonia principal del matrimonio consistía en que la esposa diera de comer y beber a su esposo en presencia de todos los concurrentes.

En los contratos bastaba para confirmarlos el que los contratantes bebiesen ante testigos; y si un deudor no podía pagar lo que debía, pero lo confesaba ante su mujer y sus hijos, a su muerte éstos quedaban obligados a hacer el pago.

Hacían justicia los BATAES u otros telegados - especiales del AHAU. También imponían las penas, que eran muy severas. Castigaban con la muerte al adúltero, para lo cual -- atado a un madero, lo entregaban al marido ultrataido; si éste lo perdonaba quedaba libre, si no, lo mataban dejando caer sobre la cabeza una gran piedra; a la mujer le daban por único castigo la infamia y el desprecio público. Al homicida lo estacaban para que muriese; al ladrón, aunque fuese de poco, lo hacían esclavo y si era señor o principal, se juntaba el pueblo y le labraban el rostro por los lados desde la barba hasta la frente, lo que por gran infamia se tenía. Pena de muerte ta

nía también el traidor a su señor, el incendiario, el que co-  
rrompía a alguna doncella, acometía a casada o forzaba a cual-  
quier mujer.

Pero si el homicida era menor, no se le mata-  
ba sino que se le hacía esclavo, y si la muerte era casual, te-  
nía que pagar un esclavo por el muerto. Al sospechoso de adul-  
terio, aunque no se le probase, le ataban las manos por detrás  
varias horas o varios días, según el caso, o lo desnudaban o -  
le cortaban los cabellos, que era grave afrenta.

No usaban del juramento, pero maldecían al --  
mentiroso y se creía que no mentían por temor a las maldicio--  
nes. De las sentencias no hacían apelación y no usaron por pe-  
na los azotes ni la prisión, pero a los condenados a muerte, -  
a los prisioneros de guerra y a los esclavos fugitivos, les a-  
taban atrás las manos, les ponían a la garganta una collera he-  
cha de palos y cordales y los llevaban a una jaulas de madera  
que servían de cárcel. Una de estas jaulas, pintada de varios-  
colores, servía para guardar a los niños y a los hombres que -  
habían de ser sacrificados. La pena de esclavitud era heredita-  
ria. Los hijos de los esclavos eran esclavos hasta que se redi-  
mían o se hacían tributarios. El que se casaba o tenía hijos -  
con esclava quedaba esclavo del dueño de ésta y lo mismo suce-  
día con la mujer que se casaba con un esclavo. Si poco después  
de la venta moría el esclavo o huía o no lo encontraban, el --  
vendedor estaba obligado a devolver parte del precio al compra-  
dor". ( 2 )

No cabe duda que la civilización maya ha sido  
una de las culturas indígenas precortesianas más interesantes-  
del continente americano; dominaban su estado de Derecho y so-  
bre todo acerca del Derecho Penal. Eran un poco menos crueles-  
que las demás culturas, pero éso no resta mérito a su impar-  
tición de justicia.

1.C. LOS AZTECAS.

"Los mexicanos o aztecas fueron los integrantes de la última oleada náhuatl que llegó al valle; su poderío fue efímero, y la caída de su Estado, ocurrió en los momentos en que apenas se preparaban para una mayor expansión. No puede considerárseles como prototipo de los pueblos náhuas, ya que dieron un sesgo muy distinto a toda la cultura, pero fueron ellos, a la llegada de los blancos, los que ocupaban la más alta posición política y sus instituciones jurídicas sobre las que más datos tenemos. Su posición de predominio motivó que a toda la cultura, hasta nuestros días, haya recibido muchas veces el nombre de Azteca o Mexicana. Ellos no crearon la cultura náhuatl, aunque en mucho la hayan modificado; eran simplemente los integrantes de uno de los pueblos náhuas, el último, el más poderoso de su época, pero no el más culto." ( 9 )

"La organización social de las tribus aztecas cuando llegaron al valle era, en teoría, completamente democrática. Un individuo era miembro de una familia que a su vez pertenecía a un grupo de familias o clan, veinte de estos clanes constituían teóricamente una tribu, cada una de las cuales se reglamentaba sus propios asuntos; pero en cuestiones de importancia para la tribu se reunía con las otras en un consejo compuesto por todos los caciques; el consejo nombraba un jefe para dirigir los asuntos civiles y religiosos y con frecuencia un segundo jefe para la guerra. Destinada originalmente para comunidades agrícolas sencillas y quizá de una antigüedad que va hasta los tiempos preclásicos, esta organización se convirtió posteriormente en la compleja organización oficial de una ciudad-estado populosa y muy embrolladora". ( 10 )

---

( 9 ) LOPEZ A., Alfredo, La constitución real de México-Tenochtitlán, Instituto de Historia, Seminario de Cultura Náhuatl, UNAN, México, 1961 pp. 3 y 4

( 10 ) C. VAILLANT, George, La Civilización Azteca, Origen, Grandeza y Decadencia, EE. Fondo de Cultura Económica, México, p. 38.

"Un aspecto importante del cuerpo de leyes de los antecas comprendía la pérdida de los derechos civiles como resultado de actos ubiornamente contra la sociedad. En general, la costumbre dictaba y regulaba la conducta humana. El pertenecer a una comunidad traía consigo seguridad y subsistencia; el separarse de ella o el ser expulsado, significaba la muerte a manos de los enemigos o el aislamiento como un vagabundo solitario, presa de las fieras. La competencia por el rango social y por el renombre se daba en el campo de los servicios públicos, más bien que en la adquisición de riqueza; de aquí que ca si no existiera la conducta antisocial de hoy para obtener posiciones elevadas....

"El crecimiento de la población hasta un grado en que sólo los dirigentes eran conocidos de la sociedad en su conjunto, tendió probablemente a restringir el sentido comunitario y de cooperación, de modo que los robos y delitos semejantes de pequeña importancia aumentaron al disminuir la responsabilidad solidaria. La creciente complicación de las tareas y de las formas de subsistencia provocó conflictos e injusticias. En una nación de guerreros distros en el manejo de armas, la animosidad personal se manifestaba en derramamientos de sangre, así es que fue preciso crear los tribunales mencionados para que ejercieran su jurisdicción en los asuntos de la comunidad y para reforzar la poderosa influencia de la aprobación o reprobación pública...

"La restitución al ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales, en contraste con nuestro sistema de castigo al culpable. El destierro o la muerte era la suerte que esperaba al malhechor que ponía en peligro a la comunidad. Un ejemplo tomado al azar de los delitos y castigos pondrá de manifiesto el tenor de las leyes antecas y por que nunca fue necesario recurrir al encarcelamiento para hacer cumplir el castigo de un crimen. Sin embargo, se empleaban jaulas y cercados para recluir a los prisioneros antes de juzgarlos o de sacrificarlos...

"El robo se castigaba con la esclavitud hasta que se hiciera la restitución de lo robado, o con una multa -- doblaba la cantidad apropiada, una parte era para la víctima y otra para el tesoro de la comunidad. El robo en camino real era castigado con pena de muerte y las raterías en el mercado-- significaban la muerte instantánea por lapidación porque esa pequeña falta era contraria a los beneficios sociales de la -- reunión. El robo de maíz (elemento principal de la vida) cuando estaba en crecimiento en el campo, era un grave delito que requería la pena de muerte o la esclavitud, pero un caminante-- podía impunemente satisfacer su hambre cortando mazorcas de -- las hileras colindantes con el camino. El hurto de oro, plata o jade, sustancias preciosas reservadas para los ornamentos reli-- giosos eran también un delito que se castigaba con la muerte..

"El asesinato, aún el de un esclavo, traía -- consigo la misma pena. Los rebeldes y los traidores corrían -- suerte igual, pero a los secuestradores se les vendía como es clavos. La embriaguez era un delito grave, a menos que fuera -- en ocasión de algunas ceremonias. La reprobación social, el des-- crédito público y aún la muerte por lapidación o a golpes eran los castigos impuestos al intemperante. Sin embargo, a los an-- cianos de uno y otro sexo que habían cumplido con sus obliga-- ciones sociales se les permitía gran libertad en la bebida....

"El brujo o el practicante de magia negra era sacrificado y la muerte era, asimismo la suerte del que suplan-- taba a un funcionario importante. Al calumniador se le corta-- ban los labios y algunas veces también las orejas. Al alborota-- dor y al pendenciero en el mercado se le castigaba con severidad, pero en los casos ordinarios de asalto, el asaltante paga-- ba la cura de la víctima y cualquier perjuicio que causara. El adulterio se castigaba con gran severidad y aún con la muerte, cuando se cometía fuera de los límites de las leyes del divor-- cio. La horca era el castigo común por la violación de las le-- yes del incesto y solemnía se castigaba con repugnante brutalida-- dad....

"Así, reducida a los ejemplos citados, la ley azteca era severísima. De hecho, desde la infancia el individuo seguía una conducta social correcta; el que violaba la ley sufría serias consecuencias. Todo el mundo tenía propiedad personal de alguna clase; pero la mayor parte de la tierra pertenecía a la comunidad y al individuo sólo sus productos. Por lo tanto era innecesaria la complicada legislación que gira alrededor de nuestros conceptos de la propiedad...

"Había pocas cosas que preocuparan intelectual o económicamente al individuo. La existencia dependía del favor divino y todo el mundo llevaba una vida parecida. Por más grandes que fuesen algunas ciudades -la ciudad de Tenochtitlán tenía unos 300 000 habitantes- el sentido comunitario era fuerte. No existía libertad de pensamiento, libertad individual, ni fortunas personales, pero la gente vivía de acuerdo con un código que había dado resultado buenos y continuos durante siglos. Un azteca se habría horrorizado ante el desnudo aislamiento de la vida individual en nuestro mundo accidental".

( 11 )

"Los reinos coaligados de México, Acolhuacán y Tacuba, dominaban la mayor parte de los pueblos que ocupaban lo que después se llamó la Nueva España, y aún cuando en sus conquistas sólo perseguían el botín de la guerra, la sumisión y el tributo, el contacto frecuente que necesariamente se establecía entre los pueblos conquistados y sus conquistadores, era circunstancia favorable para el intercambio cultural...

"Las leyes que regían a los reinos de la Triple alianza fueron bien pronto imitadas en su mayoría por todos los pueblos sometidos, aún cuando, como era natural, con modificaciones propias del medio. Así pues, lo que se ha dicho

---

( 11 ) La civilización azteca, op. cit. pp. 104 y 106



sobre la vida jurídica de los reinos dominantes, correspondiente también a la mayoría de los pueblos dominados por ellos...

"Nos hemos ocupado especialmente de la organización judicial y de las leyes de México y Acolhuacán, porque los historiadores sólo a estos reinos conceden particular atención; pero dada la cercanía de Tacuba y su situación en la Triple Alianza, fácilmente se comprende que en materia de leyes y judicatura aceptaba el sistema establecido en México.

"En muchos puntos, la información sobre la materia jurídica es incompleta y oscura, debiéndose estos defectos, principalmente, a que de los cronistas e historiadores que primero llegaron a México, unos dieron mayor importancia a la relación histórica de los hechos y otros sacerdotes en su mayoría, no siendo peritos en Derecho, trataron este aspecto de la vida de los pueblos conquistados de un modo superficial. Clavijero atribuye, además, la pobreza de nuestros conocimientos en este punto a la pérdida de muchos documentos de capital importancia...

"Sin embargo, sobre los datos que nos son conocidos, podemos establecer una serie de consideraciones generales como complemento necesario para la comprensión exacta de un Derecho que, a primera vista y juzgado con criterios modernos, parece bárbaro e inadecuado...

"Pero ese Derecho riguroso, en el que hasta para cuestiones de carácter civil se establecían penas extremadamente severas, era el resultado de una larga evolución social y un producto de las creencias, de los hábitos populares y de las circunstancias por las que atravesaron cada uno de los pueblos de que nos hemos ocupado...

Gracias a su derecho, pudieron sostenerse aquellas sociedades primitivas en un estudio de relativo orden y moralidad en sus relaciones jurídicas, no obstante los vicios

radicales de su constitución política. La pena de muerte, decretada para la mayor parte de los delitos, era un terrible ejemplo que cohibía a las masas manteniéndolas en absoluta moderación y templanza...

"La eficacia y la razón de las leyes penales se manifiestan en las costumbres indígenas. Se tenía gran respeto a la vida del hombre del grupo; el homicidio, castigado -- con la última pena, era evitado por el pueblo; el indio andaba generalmente inerme, pues sólo en las guerras sacaba sus armas, según asegura Motolinía, y cuando trataban contiendas personales, sus riñas se reducían a golpearse, a destruirse los vestidos, o a hacharse tierra en los ojos. La esclavitud y la muerte, para los autores del delito de robo, se explican por la pobreza de estos pueblos. La carencia de animales de labor y de instrumentos propios para las faenas agrícolas daba un gran precio a los productos de la tierra en su mayor parte expuestos a las eventualidades del tiempo, y por estas razones se imponía un respeto absoluto a los sembrados y a los graneros en que se almacenaba parte de las cosechas en previsión de las malas épocas. De aquí la pena de muerte, que parece inhumana, para el ladrón de determinado número de mazorcas de maíz...

"En resumen, todo el sistema jurídico y social era un reflejo fiel de la conciencia popular; cada una de sus instituciones, cada una de sus leyes, obediencia a determinadas circunstancias, respondía a ingentes necesidades. Por otra parte, la estricta aplicación de la ley, que alcanzaba tanto a los poderosos como a los débiles, siendo en muchos casos más cruel con aquéllos que con éstos, hacía que el Derecho fuese respetado por todos, que la sociedad tuviese la conciencia de carácter obligatorio...

"El Derecho, cuando es el producto de la vida del mismo pueblo en que rige, no puede reformarse teóricamente

No es ni mejor ni peor que el Derecho de otro pueblo o de otra época, sino el que necesariamente corresponde a un pueblo determinado en una época determinada. Se transforma cuando las necesidades de la vida popular suscitan las transformaciones correspondientes. Así se desarrolló el Derecho Romano sobre los bárbaros preceptos de las XII Tablas", ( 12 )

Amén de pasar por alto otras ramas del Derecho entre los aztecas, sólo diremos que existieron instituciones y figuras jurídicas de Derecho Mercantil, Agrario, Civil, Familiar, etc, que sirvieron para reglamentar los actos y transacciones que la vida cotidiana reclamaba.

Sin embargo, y por ser tema obligado a nuestro propósito, resumiremos por la amplitud del tema, a dos o tres historiadores más, quienes afinadamente coinciden y nos muestran con gran claridad y crudeza lo dracónico del sistema penal entre los mexicas.

Al respecto, en el libro México a través de los siglos, se advierte: "...en cuanto al Derecho Penal, tenía que ser cruel atendidas las costumbres. Agregábase que por la falta de moneda no podía usarse la pena pecuniaria y tampoco existía la prisión como pena, pues los mexicas no comprendían la existencia de un hombre inútil a la sociedad. Las penas eran azotes u otros malos tratamientos del cuerpo, esclavitud y muerte. Los delitos se dividían en leves y graves; los leves se castigaban correccionalmente, por lo general con azotes o golpes de palos y los graves eran entre las personas, ataques a la propiedad, al orden público o a la moral y la desobediencia a ciertas leyes preceptivas. Existen muchas disposiciones sobre la materia recopiladas en un código manuscrito -

---

( 12 ) MENDIETA y MUREZ, Lucio, Derecho Precolonial, Instituto de investigaciones sociales, México, pp. 151 a 157

que pertenece al señor Icazvalceta, las cuales fueron publicadas por el señor Orozco en su Historia; pero no corresponde su reproducción a nuestro intento y bastará que nos refiramos a los delitos más notables y a sus penas...

"Respecto a los delitos contra las personas, el homicidio se castigaba con la muerte, y si se hacía con veneno morían el homicida y quien dió el veneno. La mujer que tomaba con que abortar, moría y también la curandera que le había dado de el brehaje. El marido que mataba a la adúltera moría porque usurpaba las funciones de justicia. Generalmente les daban a éstos la muerte ahorcándoles. Si el homicidio era de hombre que tuviese mujer o hijos podía trocarse la muerte si la esposa del occiso lo perdonaba, y entonces quedaba por un esclavada ésta...

"De los delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres, el que más castigaban era el adulterio, si tomaban infraganti a los adúlteros y había testigos, los prendían, y si era necesario les daban tormento, y confesado el delito los condenaban a muerte. Según una pintura del códice Mendocino, los mataban a pedradas. Si eran principales, los ahorcaban y después les emplumaban las cabezas y los quemaban por consideración a su jerarquía. Erantán rígidos en ésto, que el señor de Texcoco mandó matar a un hijo suyo porque tuvo acceso con una de sus mujeres y también a ella. Otro mandó matar por justicia a cuatro hijos suyos y a las mujeres de ellos. Netzahuálpilli hizo que muriese su propia hija por adúltera, a pesar de que el marido la perdonó...

"El que forzaba a una doncella tenía pena de muerte si era en el campo o en casa de su padre. La tenían también el padrastro que estaba con su entenada y la madrastra que estaba con su entenado, y en general todo el que cometía incesto con parientes por consanguinidad o afinidad, con excepción de los cuñados, pues por lo contrario, era común que muerto el marido, otro de sus hermanos tomase a su mujer o mujeres.

A las terceras les chamuscaban la cabeza en público con una tea encendida, y si eran de personas principales las mataban...

"Se buscaba la publicidad en las penas para que de escarmiento sirviese. De los delitos contra la propiedad, el robo de cosa notable, especialmente en los TEOCALLI o en los --TECPAN, o si era con violencia, se castigaba la primera vez con la esclavitud y la segunda con la muerte. Representaban en sus pinturas a la ociosidad como origen del robo. El hurto que no se pagaba producía la esclavitud, lo mismo que la deuda a plazos que no se cubrían. El tabán que jugaba bajo su palabra y no pagaba, era vendido para saldar la deuda con su precio. Si el robo se hacía en el mercado y era importante o siendo pequeño el ladrón, se repetía con frecuencia, al tal ahorcabanlo por el --hurto y por las circunstancias del lugar. El robo en cuadrilla, si se juntaban varios para robar un granero, al que subía a la parte superior a sacar las mazorcas lo hacían esclavo y a los otros se les imponían penas menores. Consideraban la embriaguez como vicio que inclinaba al robo y así lo representaban en sus pinturas, sin que jamás se considerase como circunstancia atenuante...

"Los delitos contra el orden público, ya que los culpables conspirasen o tratasen a traición contra el señor o lo quisiesen privar de su señorío, eran castigados con pena de muerte. Al que era traidor, avisando a los enemigos en la guerra, lo despedazaban, se confiscaban sus bienes y se hacía esclavo a todos sus parientes...

"Según las pinturas del código Mendocino, tenían pena de muerte el mancebo del CALMECAC, el sacerdote y la mujer moza que se embriagaban. A pesar de las bizarrías extrañas a la civilización del Viejo Mundo, pero naturales y conformes a los elementos sociales en que México se desarrollaba, deberos confesar que los antiguos aztecas estaban ya muy lejos de su vida --primera de tribu; si los mexicas no habían sabido extender su territorio a todos los pueblos donde llevaban sus conquistas y no comprendieron que uniendo los intereses de todos ellos en un

sólo interés, habrían formado su imperio poderosísimo, no puede negarse, sin embargo, que en el pequeño territorio que tenían dentro del Anáhuac en nuestro Valle, eran una nación organizada, y que la isla, cabeza de su pequeño imperio, era para ellos la más grande que para un pueblo puede haber, la patria" ( 13 )

"No se advierte que durante que el derecho civil de los aztecas las más de las veces era materia de tradición oral, el Derecho Penal era escrito, pues en los códices se encuentra claramente expresado, con algunas pinturas, cada uno de los delitos y sus penas, y las traducciones que de esas pinturas se hicieron en caracteres alfabéticos, ya en lengua náhuatl, ya en castellano, nos dan información bastante completa y recuerda substancialmente con lo que escritores españoles e indios nos transmitieron. Lo cual prueba el mayor desarrollo que había alcanzado esta rama del Derecho, o lo que es lo mismo: que éste se concebía no en su forma de coacción social, de derechos y deberes recíprocos, sino como obediencia en un mandato superior e indiscutible...

"Las penas eran la de muerte, derribar la casa del culpable, cortar los labios o las orejas, la esclavitud, el destierro, cortar o quemar el cabello, y destituir de un empleo...

"La pena de muerte se aplicaba en formas diversas. El delincuente era ahogado o muerto a garrotazos o a pedradas o ahorcado, o quemado vivo, o sacrificado abriéndole el pecho y sacándole el corazón, o cortándole en pedazos que eran entregados a los muchachos para que jugaran con ellos, o descollándolo, o machacándole la cabeza entre dos piedras, o desbaratándosela con una porra...

---

( 13 ) RIVA PALACIO, Vicente y Otros, México a través de los siglos, Tomo II, Ed. Cumbre, S.A., México, pp. 292 a 295.

"Aplicaban la pena de muerte por delitos a veces muy leves. Ixtlilxóchitl nos dice que a los hijos de los señores que malba rataban la fortuna de sus padres se les daba garrote; en cuanto al modo de aplicar la pena la aseveración de ese autor debe deshecharse porque los indios no conocieron esa forma de suplicio. El Libro de Ore confirma en el citado caso la pena de muerte; - pero según él, el hijo era ahogado...

"Se aplicaba la pena de muerte al que robaba veinte o más mazorcas de maíz, al que arrancaba el maíz antes de -- granado, al que hurtaba la calabaza en que los señores acostumbraban traer el tabaco; al que hurtaba alguna cosa en el tian-guis; al joven que se embriagaba lo mataban a palos; y a la joven por el mismo delito la mataban a pedradas...

"Si por esas faltas o delitos se aplicaban la pena de muerte, fácil es comprender el carácter de crueldad de -- aquel Derecho, en consonancia con las costumbres; y debe advertirse que en ésto, como en todo lo demás los jueces no estaban limitados en su arbitrio; que las costumbres marcaban tal vez -- un mínimo pero no un máximo de rigor". ( 14 )

Podemos concluir en cuanto a Derecho Penal azteca se refiere, que muy a pesar de la severidad de las penas, existió un notable avance legislativo, si tomamos en cuenta que para esa época, contar con un catálogo de más de setenta delitos, lo único que nos demuestra es la atención que se dió a las infracciones penales que efectivamente por medio de castigos injustos propendían a cambiar la mentalidad delictiva de sus agentes, ya que como anteriormente anotamos, la forma de vida comunitaria entre los mexicanos no daba margen a conductas antisociales, aún cuando las excepciones fueron muchas.

De esta manera, sólo nos resta cerrar este tema,

---

( 14 ) ESQUIVEL OBERSON, Toribio, Apuntes para la Historia del Derecho en México, Tomo 1, Ed. Polis, México, pp. 340 a 342

resaltar la compilación que el maestro Carranca y Rivas nos presenta en su obra Derecho Penitenciario, donde encontramos debidamente ilustrados el cuadro de delitos y penas que se aplicaban a sus infractores, destacando una gran cantidad de delitos contra la vida, el Estado, la seguridad de las personas, la propiedad, la salud, la familia, etc, así como las penalidades que se aplicaban y que iban desde la pérdida de la libertad hasta la muerte, esta última, que aplicada en diferentes formas, representaba la más utilizada, de ahí, el rigor que caracterizó al Derecho azteca.



## 2. EPOCA COLONIAL.

"La conquista de México puso en contacto a dos razas, o, si mejor se quiere, a dos grupos de razas, tan distantes en grados de cultura y civilización que a nadie puede sorprender que haya sido imposible la fusión de ambos elementos, de los cuales el español tenía que imponer al indígena su lengua, sus ideas, sus creencias, sus costumbres y sus leyes, colocándolo en condición social indudable, aunque no rigurosamente jurídica, de denominación o inferioridad próxima a la servidumbre, no obstante su espíritu religioso y protector. El español fue el amo y señor; el indio fue el siervo por más que en la legislación escrita se le declarara hombre libre y se le dejara abierto el camino de su emancipación y elevación social por medio del trabajo, el estudio y la virtud...

"En la dominación de España por los romanos primero y enseguida por los godos, razas conquistadas y razas conquistadoras tendieron constantemente a fundirse en una sola, tanto por la unión material cuanto por la comunicación mutua de usos, idiomas, religión, costumbres y derecho. Este fenómeno no se produjo en México...

"En vano el emperador Carlos V ordenó (rec. de Indias, Lib. II, Título Primero, Ley IV) que se respetaran y conservaran las buenas leyes y costumbres de los indios. Ninguna de ellas, tuvo sanción expresa en la legislación ni en la jurisprudencia de la Nueva España, y apenas si logramos a caso encontrar usos y tradiciones ancestrales escudriñando el fondo de la conciencia nacional, o rastreando los orígenes de ciertas instituciones, como el tributo pagado al monarca español, convertido después de la independencia en impuesto personal o de capacitación que en ciertas regiones del país a sustituido hasta la época contemporánea, o la organización de la propie-

dad comunal de los pueblos. Aún descubiertas ciertas analogías entre las instituciones del pasado y las contemporáneas, habrá que investigar con no poca desconfianza si entre unas y otras verdadera filiación hay, o tan sólo la analogía que en las instituciones resulta por la uniformidad del espíritu humano, y por semejanza de las condiciones o estados sociales en que --aquella se desenvuelven". ( 15 )

### D. A. DERECHO ESPAÑOL

Antes de proseguir con el análisis de las instituciones jurídicas y legislativas que tuvieron vigencia en la Nueva España, en el período de la colonia, quisiéramos aunque de paso, hacer algunos apuntes sobre los antecedentes --del Derecho Español, por considerar que su Derecho al igual --que el mexicano recibió la influencia de otras legislaciones, así, encontramos que el historiador Toribio Esquivel en su --obra: "Apuntes para la Historia del Derecho en México", nos se--ñala que: "tocante a la historia del Derecho en España sus --fuentes directas, aún en sus primeros períodos, son abundantes y tanto ellas como las indirectas han sido estudiadas con méto--dos modernos y buen acopio de material...

"Ello permite dividir esa historia en períodos se--parados por acontecimientos bien importantes...

"El primer período comprende el tiempo anterior a la conquista romana; el segundo parte de esa conquista y termi--na en el establecimiento de la monarquía visigoda; el tercero--abarca toda la duración de esa monarquía; el cuarto desde la --invasión hasta expulsión de los sarracenos; el quinto desde los --reyes católicos hasta la Constitución de 1812, que es seguida-

a poco por la independencia de la Nueva España...

"Fudieran subdividirse esos periodos, por ejemplo, el de la dominación romana, antes y después de Vespaciano, que extendió a España el Derecho de Lacio, y luego después de Caracalla, en que el Derecho Romano se aplicó a todo el orbe imperial; pero para el objeto de este trabajo basta con aquellas divisiones". ( 16 )

## 2.A.1. FUERO JUZGO.

"Este código ha sido llamado Codex Visigothorum, - Liber Iudicum (Libro de los Jueces) o Forum Iudicum (Fuero Juzgo). Es una compilación bien ordenada y sistemática de las leyes visigodas. En la generalidad de ellas se designa al rey que las expidió; en muchas se omite toda mención y en otras sólo se dice ser antigua, agregándose a veces Noviter Emendata, por lo que según los críticos, equivale a decir que esas leyes fueron tomadas del Derecho Romano...

"El Fuero Juzgo, que ha de haber tenido como base compilaciones anteriores, fue redactado en tiempo de Chindasvinto (642- 649) y arreglado en la forma en que nos ha llegado, bajo el reinado de Egica y Witiza, últimos soberanos visigodos cuyas leyes figuran en él, a fines del siglo VII, probable por una comisión nombrada por el concilio Décimo sexto de Toledo, - por encargo que le hizo el rey Egica (693)...

"El único texto antiguo del Fuero Juzgo que se conserva y se supone original es el latino; pero se cree probable que además de él, destinado al uso de los Hispano-Romanos, cuya lengua era el latín, haya habido otro texto en lengua gótica, -

---

( 16 ) ESQUIVEL OBREGON, Toribio, ob., cit., p. 13.

para los visigodos, pues en la época de su formación aún no se habían unificado las lenguas : cada raza conservaba la suya". ( 17 )

## 2.A.3. FUERO REAL.

"En el siglo XII se acentúa un cambio político de gran importancia, ya iniciado en el siglo XI, en virtud de hacerse preponderante en España el elemento cristiano, en cuyos territorios crecen la población, la cultura y la riqueza, se robustece la autoridad de los reyes y aparecen ya monarquías fuertes y de constitución bien definida y poderosa...

"En el reinado de Alfonso X, el sabio, se precisa con claridad y aparece ya muy vigorosa la tendencia, iniciada tiempos atrás y claramente perceptible en la política de su padre, el rey San Fernando, a hacer del poder real el centro, a hacer del poder real el centro todo el gobierno y convertirlo en absoluto, en el sentido de atribuirle en toda su plenitud la soberanía política y subalternarle por completo la nobleza y los otros elementos que componían aquella sociedad. Esa labor de fortalecimiento del trono y, como uno de los medios para conseguirlo, es la unificación legislativa, se extiende desde el siglo XIII hasta el XV, constituyendo una época que se caracteriza en España por una gran actividad jurídica y legislativa, que produce la aparición de nuevas instituciones y la renovación del derecho...

"En este período se redactan los más grandes monumentos legislativos españoles, el Fuero Real, las Leyes de Toro y sobre todo las Partidas, y se escriben además muchos trabajos privados de carácter jurídico, a los que a veces no se da la forma de leyes o compilaciones, apariencia que en más de una ocasión ha extraviado a los críticos e historiadores, haciéndolos tomar por verdaderas obras legislativas. Los

los que no fueron sino trabajos de gabinete de juristas eruditos, cuyos nombres se perdieron en el transcurso de los tiempos, al grado de que apenas por conjeturas se puede designar a los autores probables de las Partidas, y sin que nos sea posible dar los nombres de más de una docena de los juristas de aquella época, juristas cuyo número se ha de haber elevado a centenares, a juzgar por la abundancia y mérito de sus obras. En la biblioteca de la Universidad de Madrid se conservan diversos trabajos jurídicos del siglo XV, inéditos, cuya publicación daría seguramente mucha luz para la historia del Derecho Español...

"El Fuero Real es un código que también en razón de las materias que comprende merece el nombre de general, -- pues abarca tanto lo civil y lo penal, cuanto la legislación-procesal y el Derecho político. Sus disposiciones están tomadas principalmente del Fuero Juzgo y de los fueros municipales, conservando el sentido del derecho visigodo y del leonés y castellano elaborado en los primeros siglos de la reconquista. En la serie de los grandes códigos españoles, el Fuero Real sigue directamente al Juzgo y procede inmediatamente a las Partidas. Se divide en cuatro libros, subdivididos en setenta y dos títulos, que se compone de leyes". ( 18 )

### 2.A.3. LAS PARTIDAS.

"Esta obra sin duda alguna es, la más grande de las realizadas en el reinado de Alfonso X, el sabio, y bajo sus auspicios, y también la primera escrita en toda la Europa Medioeval...

"El código llamado desde el siglo XIV las Siete Partidas o más sencillamente Las Partidas, fue designado en un principio con el nombre de Libro de las Leyes que hizo el

rey Don Alfonso, que es la rúbrica con que aparece en los códices más antiguos. En las cortes de Segovia de 1347, Alfonso XI le dió ya el nombre de Partidas y así se citan también sus disposiciones en las Leyes del Estilo...

"El nombre de Siete Partidas se debe a la circunstancia de estar dividida la obra en siete partes, que en el lenguaje de la época llamaron Partidas sus autores...

"Los autores de las partidas no son conocidos exactamente, pues no se ha encontrado documento que proporcione noticias directas sobre el particular. Sin embargo, es creencia general que sus redactores fueron los más distinguidos jurisperitos de aquel tiempo, designándose especialmente a tres doctores en derecho, de escuela italiana, acaso de la Bolonia; micer o maestro Jácome o Jacobo Ruiz, maestro Fernando Martínez y Maestro Roldán...

"La redacción de las partidas fue comenzada en 1256 y terminada en 1265, ésto es, a los nueve años, aunque algunos autores acaso por el empeño de encontrar el número de siete en todo lo relativo a este Código, dicen que se escribió en sólo siete años y fue concluido en 1263...

"Sin embargo, Alfonso X, no llegó a sancionar las Partidas como ley, ni lo hicieron tampoco sus inmediatos sucesores, sino que sólo hasta el reinado de su bisnieto Alfonso XI, continuador y perfeccionador de la obra del Rey Sabio en el sentido de la unificación y la renovación de las leyes españolas, fue cuando se llegó a darle autoridad legal obligatoria...

"No obstante la falta de sanción legislativa, la perfección de la obra y, sobre todo, su conformidad con las ideas jurídicas que los glosadores del derecho romano y los canonistas habían difundido en las cátedras de las universidades hicieron que las partidas fueran cobrando autoridad que, prime

no meramente doctrinal, fue trascendiendo a la decisión de los pleitos...

"La autoridad legal de las Partidas tuvo su origen en el ordenamiento de Alcalá (1348)...

"Las Partidas fueron además confirmadas por Enrique II en las Cortes de Burgos, en 1367; por Juan I en las de Soria y Brihuega, en 1389 y 1387, y por Juan II en 1427; habiendo sido objeto de interpretación real algunas de sus leyes en 1391 y 1447...

"Posteriormente la misma disposición del Ordenamiento de Alcalá, de decidirse los pleitos conforme a las Partidas, si no se encontrare disposición aplicable en las otras leyes, se repitió en las de Toro (Ley I), en la Nueva Recopilación (II, I, 3) y en la Novísima (III, II, 3), sin que nunca se llegara a declarar las Partidas como la Ley Principal y preferente no obstante lo cual su autoridad fue creciendo de día en día hasta el punto de llegar a ser el código más estudiado por los juristas y más consultado y aplicado por los jueces. Las Partidas no fueron impresas hasta el año 1491".

( 19 )

2.A.4. LEYES DE TORO.

"En las cortes celebradas en Toledo en 1502 se formularon peticiones en el sentido de que se dictasen leyes para poner remedio a la grande diferencia y variedad que había en el entendimiento de algunas leyes, así del Fuero común de las Partidas, y de los Ordenamientos, por lo cual, accedió

que en algunas partes de estos reinos, y aún en las mismas audiencias se determinaba e sentenciaba en un caso mismo, unas veces de una manera y otras de otra, esa situación inaudiblemente tenía su origen más que en la falta de oscuridad de las leyes vigentes, en el choque entre el derecho tradicional castellano, sancionado desde el fuero juzgo hasta el real y los diversos ordenamientos y la orientación doctrinal de los jurisconsultos, defendida y robustecida por el estudio del derecho romano y del canónico en las universidades y por el creciente crédito de las Partidas, que eran la más completa y autorizada expresión de esas doctrinas". ( 20 )

"Difiriendo a la petición de las Cortes de Toledo, los monarcas ordenaron a su Consejo que procediese a formar nuevas leyes para poner términos a los conflictos y dudas, y que introdujesen el orden y la firmeza en la jurisprudencia...

"La publicación solemne se hizo en las cortes reunidas en la ciudad de Toro, en 1505, para jurar a la reina Doña Juana la Loca, muerta ya su madre Doña Isabel, y siendo regente de Castilla Don Fernando el Católico; del lugar de su publicación tomaron el nombre de leyes de Toro. Son ochenta y tres y fueron sancionadas en una pragmática firmada por Don Fernando el secretario de la nueva reina y los seis individuos del Real Consejo que antes hemos señalado como sus probables autores. No están divididas en títulos ni capítulos, ni tampoco tienen sumarios o párrafos, sino que sólo se distinguen por sus números ordinales...

"Estas leyes constituyeron una profunda renovación del derecho de familia en sentido romanista y en ellas se encuentra el origen de muchas disposiciones que aún se mantienen en nuestro derecho contemporáneo y que nos ha llegado



a través de los códigos que sirvieron de modelo a los nuestros..." ( 21 )

### 2.A.3. NUEVA RECOPIACION.

"Después de las leyes de Toro o más propiamente, si se quiere, después de las Partidas no vuelve a formarse en España ningún código universal o en que por lo menos se pretendiera tratar de una manera sistemática y completa una materia jurídica, sino que los reyes continúan expediendo -esta propia en lo general, pues las cortes van perdiendo su influencia e importancia- disposiciones aisladas pero frecuentes y numerosas, en que se intenta poner remedio a males particulares y resolver los casos a medida que se van presentando. Esa manera de legislar está necesariamente caracterizada por la falta de sistema y de unidad, y de modo inevitable conduce a formar colecciones, o con más verdad, simples rimeros de leyes y no códigos ni cuerpos de derecho..."

"Lo único que se hizo en el período de la Legislación Monárquica fue expedir en esa forma pragmática, cédulas ordenanzas, instrucciones, etc., y autos acordados, que de tiempo en tiempo fueron compilados, formando con ellos las recopilaciones que conocemos como los nombres de Novísima y de Indias, en todas y cada una de las cuales se siguió un orden de materias escogido en general con poco acierto..."

"La recopilación llamada Nueva, para distinguirla de las Ordenanzas Reales del doctor Montalvo, que fueron la primera compilación de las Leyes de Castilla, comenzó-

a formarse por orden del Emperador Carlos V hacia 1540, y fue concluida en 1562, habiéndose trabajado en ella durante el largo periodo de dieciocho años...

"Los motivos para formar la Recopilación fueron, según la preámbula de su publicación, no sólo la multiplicidad y variedad de las leyes expedidas, sino que unas -- por mal copiadas o impresas aparecían faltas y diminutas, y la letra de ellas corrupta, otras habían suscitado dudas y dificultades sobre su inteligencia; algunas habían dejado de ser justas por el transcurso del tiempo, otras no estaban impresas ni incorporadas en las colecciones, lo que las privaba de la debida autoridad, resultando de todo esta confusión y perplejidad, y en los jueces que por ellas han de juzgar. dudas y dificultades, diferencias y contrarias opiniones.

"La Recopilación se dividió en nueve libros, -- subdivididos en Títulos formados de leyes numeradas y precedidas de sendos sumarios, con indicación por lo general, del rey que dictó la ordenanza...

"Los defectos de la Recopilación fueron graves y múltiples. Marina dice: "...obra más rica y completa que la de Montalvo, pero sumamente defectuosa, sin orden, ni método, sembrada de anacronismos, plagada de errores y lecciones mendosas; muchas de sus leyes oscuras, y a veces opuestas unas a otras; vicios que por la mayor parte se conservaron en las varias ediciones que de ella se hicieron hasta el año 1777".  
( 22 )

## 2.ª.ª. NOVISIMA RECOPIACION.

"En 1798, el Licenciado Juan de la Renguera -- Valdelomar, relator de la cancelleria de Granada, fue comisio  
nado para realizar la Recopilación y preparación de una nueva edición de ella, encargándosele que procurase "evitar leyes - repetidas, y los difusos razonamientos de muchas de ellas, -- guardando en todo el mejor orden, método y concisión; y traba  
jando sobradamente la Historia de la Legislación, donde podían anotarse los defectos advertidos en los Códigos Legales que - por de pronto no se pudiesen remediar, para que con el tiempo se corrigan; y que después formasen las Instituciones del Derecho Español". Renguera terminó su trabajo de revisión en -- 1802, habiendo formado espontáneamente el plan de una nueva - colección de las leyes vigentes del reino, de modo que resultase "un cuerpo metódico de legislación, con cuyo fácil estudio, y el de las Siete Partidas, se adquiriese la ciencia necesaria para la administración de Justicia". Ambos trabajos - fueron sometidos a una comisión del Consejo Real. El Consejo, oído el dictamen de esa junta y el de sus fiscales recomendó el plan presentado para formar la Novísima, y en 1802 se auto  
rizó que se procediere al trabajo, que había de ser vigilado y revisado por la misma junta; más tarde se acordó que no fue se necesario que el Consejo entero revisara la obra. Una vez terminada ésta fue llamada Novísima Recopilación de las Leyes de España, y sancionada por la Real Cédula de 15 de julio de 1805, mandándose que todas las autoridades y tribunales 'procedan en el gobierno de ellos (los pueblos) y la administración de justicia por las leyes contenidas en este nuevo Código, sirviendo para instrucción y observancia en los casos particulares, de que se tratan las notas puestas al pie de las - leyes', frase esta última con la que se dió fuerza legal no sólo a las disposiciones insertas como texto en la Novísima, sino también a las notas explicativas que algunas veces las -

acompañan...

"La Novísima se compone de doce libros divididos en títulos, que se subdividen en leyes numeradas y precedidas de epígrafos o sumarios.

"En México, fue observada y aplicada la Novísima hasta la expedición de los cédulas patentes, aunque en la primera mitad del siglo XIX nuestros juristas discutieron el punto de si tenía fuerza obligatoria, opinando algunas por la negativa en razón de no haberse enviado ni publicado en la Nueva España con especial despacho o cédula conforme a las leyes 39 y 40 título I, libro II, de la Recopilación de Indias, por lo cual contenían que las disposiciones no contenidas en la Nueva Recopilación no debían tenerse por vigentes, a menos de haber sido especialmente comunicadas a América". ( 23 )

#### N.A.7. LEYES DE INDIAS.

"En la legislación especial de las colonias españolas, podemos distinguir dos periodos. El primero, que comienza con las disposiciones de los Reyes Católicos, poco después del descubrimiento de América, abarca más de dos siglos; durante él la legislación colonial se forma por el mismo procedimiento de simple yuxtaposición que la de España. Ésto es, por medio de pragmática, cédulas reales, órdenes, instrucciones, ordenanzas, etc., disposiciones numerosas, frecuentes y desligadas entre sí, en cada una de las cuales se resuelve una cuestión, se estatuye sobre un punto especial o se intenta poner remedio a determinado mal, disposiciones que se reunieron en su parte de mayor importancia de la Recopilación de ( 23 ) MACEDO, Miguel, *op. cit.*, pp. 144 a 146.

Indias y en los Autos Acordados de Montevideo y Belesá, aunque no en su totalidad, sino dejando fuera el mayor número de ellas...

"El segundo período comienza con el reinado de Carlos III (1759); en él se cambia el sentido general de la Legislación de las colonias, haciéndose más ilustrada y apareciendo en ella principios más racionales y elevados, que forman cuerpos ordenados de legislación y leyes importantes que abarcan toda una materia y constituyen sistemas de tendencias y objetos definidos. Se registran en este período obras legislativas tan importantes como las Ordenanzas de minería y la de Intendentes". (24 )

Por su parte Gué Gámez sostiene que: "...las leyes dictadas durante los tres siglos coloniales para América y la Nueva España se singularizan por ciertas características que es necesario mencionar....

"En primer término, no obedecieron a un plan previo. Por conducto de sus ministros y del Consejo de Indias más tarde de la Secretaría del Despacho de Indias, los monarcas españoles fueron dictando las llamadas Leyes de Indias, según las necesidades que se iban presentando en las colonias

"Por otra parte, las leyes expedidas fueron principalmente de carácter administrativo y reglamentario. Las inspiró el propósito de tener todo lo relativo al gobierno colonial, minuciosamente organizado desde la metrópoli con el fin de que desde el virrey hasta los empleados inferiores, ajustaran su conducta a los preceptos establecidos en la misma. Se pretendía también mediante dichas disposiciones legales, conservar y asegurar el dominio español en América, de tal manera que no se produjera en él ningún cambio que pudie-

---

( 24 ) MACEDO, Miguel., ob. cit., pp. 150 y 161.

El primer objetivo el control del reino y de sus reinos intermedios...

"Muchas de las leyes se caracterizaban por su espíritu casuístico, es decir, particular y no general. A tal extremo llegó aquí que en el curso de la dominación española, se llegaron a dictar leyes hasta para eximir de derechos de alcabala a súbditos españoles residentes en las colonias y en premio a sus servicios a la Corona, para llevar, como en el caso de Pernal Díaz del Castillo 'tres años guatemals a Guatemala'...

"En tercer término, muchas de las leyes expedidas se obedecían pero no se cumplían. En la legislación indiana se consagró en general el principio de que cuando se da una ley sin completo conocimiento de causa o con error fundamental, podía no cumplirse. Esta inservancia, particularmente respecto a las leyes dirigidas a proteger a la población indígena, fue además resultado del choque de ambiciones e intereses, el espíritu individualista y rebelde de muchos españoles, la incultura de un gran sector de la población, la lejania de las colonias con relación a la metrópoli, la importancia de autoridades centrales, provinciales y locales para hacerlas cumplir, etc., el incumplimiento de muchas de dichas leyes contribuyó a viciar la organización jurídica, corrompió la administración de justicia, debilitó el espíritu de obediencia y, fundamentalmente, ocasionó graves perjuicios en el gobierno y protección a los indígenas...

"En otro orden de cosas, las Leyes de Indias adolecieron, en lo general, de graves defectos técnicos. No estaban redactadas con precisión y de modo imperativo, agnoscaban en lugar de mandar. Esta circunstancia influyó también en su constante incumplimiento...

"Desde el punto de vista legal, las disposiciones contenidas en la legislación indiana, pretendieron, en decir, a unidad teórica y nominal los numéricos, diversos y -

heterogéneos elementos que constituían el Imperio Español en el Nuevo Mundo. Se intentó sin resultado positivo, integrar en un régimen jurídico único, regiones y grupos sociales diferentes desde el punto de vista de la geografía, de las costumbres, de las instituciones y aún del estado de civilización.

"Además de que en numerosos aspectos, las leyes indianas, se acataban pero no se cumplían, numerosas disposiciones legales pretendieron proteger tanto a los indios que se creyó hacerles un gran beneficio tratándolos como menores de edad, sujetándolos a la tutela de los blancos y aún -- privándolos de los derechos más importantes de que disfrutaban otros súbditos. Pimentel pudo escribir con razón:... en resumen los resultados de las Leyes de Indias y de su mala -- aplicación, fueron sumergir a los indios en una infancia perpetua, en la imbecilidad, aislarlos, desmoralizarlos, quitarles el sentimiento de la personalidad humana; en una palabra, acabarlos de degradar completamente y rematar la obra de sus antiguas instituciones...

"En la legislación indiana se consagraron, -- con bastante frecuencia, preceptos sobre trabajo, jornadas, -- derechos de los trabajadores, etc., que hasta fecha muy reciente han venido a figurar en los códigos de diversos países, -- entre ellos el nuestro. Pero su inobediencia los hizo nugatorios e ineficientes. Don Agustín Rivera, sacerdote liberal de fines del siglo pasado en su obra "Principios Críticos del Virreinato de la Nueva España" refutando a los defensores -- del régimen colonial que afirman que todas las leyes de indias fueron muy favorables a los indígenas, escribe que es -- una sofisma confundir la legislación de indias con la ejecución de las Leyes de Indias, ya que, como es verdad, de dichas leyes preferentemente las buenas no cumplían. El mismo -- Rivera escribió con justicia que, es otro sofisma confundir -- unas Leyes de Indias con otras Leyes de Indias, ya que si muy buenas fueron muchas de ellas, pésimas fueron muchas otras co

no las que privaron de derechos civiles a los indios y negros; las que redujeron a la esclavitud de raza negra, autorizando que se les marcara con hierro en el rostro; las que fijaron penas atreces; las que sancionaron los reparcimientos de indios y la separación de los habitantes de la Nueva España en clases sociales rivales unas de otras; las que autorizaron el servicio personal, etc. Debe citarse como ejemplo concreto la Ley I Título II, Libro 6, de la Recopilación de las Leyes de Indias que no hizo sino sustituir una forma de servidumbre por otra al prohibir el antiguo servicio personal y establecer en lugar de éste: "Que en todas las Indias los indios, se lleven y salgan a plazas y lugares públicos acostumbrados para esto, donde con más comodidad suya pudieran ir, sin vejación ni molestia, más que obligarlos a que vayan a trabajar...

"Por último, la legislación indiana no constituyó nunca un verdadero Código aunque en épocas sucesivas se hicieron recopilaciones de las mismas". ( 25 )

---

( 25 ) CUE CANOVAS, Agustín. Historia Social y Económica de México. Ed. Trillas. México, pp. 168 a 170.



### 3. MEXICO INDEPENDIENTE.

Nuestro país nació a la vida independiente con las aspiraciones y sentimientos propios de un pueblo libre, pero que estaba en desacuerdo con sus costumbres políticas y con un atraso en el orden jurídico, económico y social.

"La grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de independencia, motivó el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar, en lo posible la nueva y difícil situación. Se procuró organizar a la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto. Posteriormente (1838) se dispuso, para hacer frente a los problemas de entonces, que quedaran en vigor las leyes existentes durante la dominación". ( 26 )

"La administración de justicia se halla, por desgracia, en un estado lamentable, y de este grave problema se resentirá nuestra sociedad, mientras dependa aquella en gran parte de las leyes antiguas y modernas, inaplicables unas y otras de difícil aplicación en nuestras instituciones; mientras nuestros códigos amulosos se compongan de leyes dadas para una monarquía absoluta y para una monarquía moderada, para una colonia y para una nación independiente; para un gobierno central y para una república federativa. Este caos de legislación da lugar fácilmente al espíritu de embrollo, eterniza los procesos y confunde la justicia. Es, pues, de suma necesidad la reforma de este ramo, no por leyes aisladas, sino por códigos completos. La empresa es ardua, pero es menester arrosarla; desde principio a ella, aunque se deje a otros la gloria de acabarla". ( 27 )

( 26 ) CASTELLANOS TENA, Fernando., Lineamientos elementales de Derecho Penal. Ed., Porrúa, S.A., México, 1986., p. 45

( 27 ) MACEDO, Miguel., Discurso pronunciado por Valentín Gómez Farias y citado por el autor mencionado. ob., cit., pp. 271 y 272.

"Dirigiendo una mirada retrospectiva al camino recorrido desde la independencia, encontramos que la actividad legislativa se encuentra casi exclusivamente en el Derecho político y las otras ramas del derecho público relativas a las funciones que más habían sido afectadas por el cambio en el modo de ser la nación, tales como la administración fiscal y la de justicia. Cuanto al Derecho Penal, o sea, la represión del delito y aún su prevención, cierto es que fueron materias de las más atendidas, a causa del notorio aumento de la criminalidad que se observó; las medidas dictadas fueron principalmente relativas al procedimiento y a la jurisdicción para acelerar los procesos y de ese modo hacer más ejemplares y efectivas las penas; pero sin tocar los -- preceptos de fondo acerca de delitos y penas". ( 28 )

3.A. CODIGO PENAL DEL ESTADO  
DE VERACRUZ 1835.

"La primera codificación de la República en Materia Penal, se expidió en el Estado de Veracruz, por Decreto de 8 de abril de 1835; el proyecto había sido elaborado desde 1832. Esto prueba que fue el estado de Veracruz la entidad que primeramente contó con un Código Penal local, pues si bien en el estado de México, se había redactado en 1831 un Bosquejo General de Código Penal, no llegó a tener vigencia". ( 29 )

"El desarrollo de los trabajos respecto al Código de 1835, fue el siguiente: El 15 de septiembre del año de 1832 fue enviada al Cuarto Congreso Constitucional del Estado, la primera parte del proyecto, y con fecha 15 de noviembre del mismo año de 32 se remitió la segunda parte...

( 28 ) MACEDO, Miguel, ob., cit., p. 272

( 29 ) CASTELLANOS TENA, Ferrando, ob., cit., pp. 45 y 46.

"El Proyecto a que hacemos referencia fue analizado por una comisión de Diputados, integrada por Bernardo Couto, Manuel Fernández Leal, José Julián Tornel y Antonio María Solerío...

"Fue hasta el 28 de abril de 1835, por Decreto número 105, que se puso en vigor el Proyecto de Código Penal de 1832, diciéndose que: "entre tanto se establece el Código Criminal Penal más adaptable a las exigencias del Estado, regirá y se observará como tal el proyecto presentado a la Legislatura el año de 1832" (artículo 1º) y "el Gobierno mandará imprimir suficiente número de ejemplares del proyecto indicado, cuyo precio de venta será el muy preciso para cubrir los gastos de su impresión y luego que esta se verifique, dejará de aplicarse las leyes que hasta aquí han regido sobre calificación de delitos y designación de penas"...

"Está compuesto de tres partes el Código Penal de 1835, la Primera parte, llamada de las penas y de los Delitos en general, contiene dos títulos, denominados respectivamente: "De las Penas en General", abarcando veintisiete secciones y "de los delitos en General", integrado por once secciones....

"La Parte Segunda, denominada De los delitos contra la sociedad, contiene ocho títulos: I. De los delitos contra la exigencia política de la Federación y del Estado, y contra las leyes fundamentales. II. De los delitos contra la seguridad exterior e interior del estado, y contra la Tráquilidad y orden público. III. De los delitos contra la salud pública. IV. De los delitos contra la fe pública. V. De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. VI. De los delitos contra la moral, honestidad, decencia pública. VII. De los vices, celosos y mal entendidos; y de los que descuiden la instrucción de la juventud...

"Ahora bien, consta de seis secciones, el título primero; de diez, el segundo, de tres, el tercero, de nueve el cuarto; de doce, el quinto, de seis, el sexto; de una, el séptimo y de dos, el octavo...

"La parte leccera se refiere a los Delitos contra los particulares, comprendiendo tres títulos: I. De los delitos contra las personas. II. De los delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas. III. De los delitos contra las propiedades...

"En cuanto al valor jurídico de este Ordenamiento, contamos con varias opiniones...

"Olga Islas de González Mariscal estudia el Código de 1835, siendo sus apreciaciones en el sentido de que entre ésta y el Código de 1822, español, existen semejanzas y diferencias....

"Carrancá y Trujillo advierte que: "...el Código de 1835 acusa indudable influencia del español de 1822, - como se colige por la sola lectura de su total articulado, por su sistemática, por su catálogo de penas -entre las que figura la de la muerte y la de la vergüenza pública-, por la confusión en la materia de excluyentes de responsabilidad, etc., - asimismo, consigna francas anticipaciones a la penología moderna, como se advierte al aceptar ciertas medidas de seguridad, pudiéndose admitir, también sin lugar a dudas, que el Código de 1835 veracruzano, seguido por el Decreto que lo modifica y adiciona, influyó en la total legislación penal mexicana, el Código de 1871 para el Distrito y Territorios Federales y en las de nuestro Siglo". ( 39 )

( 30 ) PORTE PETIT, Celestino. Evolución Legislativa Penal en México. Ed. Jur. México, pp. 11 a 14.

B.F. CODIGO PENAL MARTINEZ DE  
CASTRO DE 1871.

"El Sr. Presidente de la República Mexicana, -  
Licenciado don Benito Juárez, ordenó que se nombrara una comi  
sión para que formulara un Proyecto de Código Penal. Así el  
Ministro de Justicia, Sr. Jesús Terán, nombró en el año de 1861,  
una Comisión integrada por los Licenciados Urbano Fonseca, --  
José María Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Manuel Zamacora  
y Antonio Martínez de Castro. Tiempo después substituyó el Licen-  
ciado don Carlos María Saavedra al licenciado Ezequiel Montes

"La Comisión anterior estuvo trabajando hasta  
el año de 1863, interrumpiendo sus labores con motivo de la -  
invasión francesa....

"El mismo Licenciado don Benito Juárez, una -  
vez restablecida la paz en la República, por conducto del --  
Ministro de Justicia, licenciado Ignacio Mariscal, nombró, --  
con fecha 28 de septiembre de 1868, una nueva Comisión con ob-  
jeto de continuar los trabajos que se habían interrumpido re-  
cayendo dichos nombramientos en las personas de Licenciado --  
Antonio Martínez de Castro como Presidente, y de los Licencia-  
dos Manuel Zamacora, José María Lafragua, Eulalio María Orte-  
ga como miembros de la misma y del licenciado Indalecio Sán-  
chez Gavito, como Secretario....

"El Código Penal de 1871, consta de 1152 artí-  
culos y 28 transitorios. El Libro Primero se denomina: De  
los Delitos, Faltas, delinquentes y penas en general. El Li-  
bro Segundo, se intitula: Responsabilidad Civil en materia --  
criminal. El Libro Tercero llamado: De los Delitos en Parti-  
cular. El Libro Cuarto se denomina: De las Faltas ....

"El Código Martínez de Castro se fundamenta en los postulados de la escuela clásica y admite un leve espíritu positivo, pues no obstante el clasicismo de este ordenamiento, debe aceptarse que existe en él una mínima influencia positiva, lo que reconocen penalistas mexicanos y extranjeros, afirmando que en el Código de 71, Miguel H. Meloso, señalando que "es difícil que haya Código alguno elaborado a fines del tercer cuarto del siglo XIX en que se encuentre un espíritu positivo más fuerte que el de nuestro Código", y que "de no haber sido mexicano Martínez de Castro, figuraría entre los legisladores hábiles y ocuparía puesto distinguido entre los preparadores de la nueva escuela del Bertrando Spaventa"....

"Es altamente satisfactorio que en la misma Europa se haga plena justicia a Martínez de Castro....

"Debemos concluir que no obstante que el Código Penal Mexicano de 1871, tuvo como base al Código Español de 1870, dicho código de 71 fue modificado doctrinariamente con un sentido progresista, por un jurista de cuyo nombre, a decir de Belloni, la República Mexicana podrá siempre enorgullecerse: Martínez de Castro; máxime que, en opinión del citado penalista italiano: "Los sistemas modernos creados por la legislación de 71, tuvieron el mérito de preparar las ulteriores reformas más atrevidas de Almaraz, encontrándose los linamientos principales que constituyen un progreso sobre los rígidos esquemas y las garantías civiles de los criminalistas clásicos, que desde el punto de vista doctrinal, constituyen un precedente de las más modernas concepciones de la sanción penal, francamente desarrolladas en 1929, debiéndose reconocer en este sentido el sello estrictamente mexicano que se imprimió sobre el Código Español, derivado a su vez del Código Napoleón; sello que reconoce igualmente Daniel, al afirmar que Martínez de Castro dio a la nueva Codificación un perfil falaz moderno, comparado con otros sistemas penales de la época". ( 31 )

( 31 ) CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ LLAVE DE 1869, Leyes Penales Mexicanas, I.N.C.I.P.E., Tomo I, México, 1970, p. 182

Por lo que corresponde a nuestro análisis, encontramos que en esta primera legislación penal para el Distrito Federal, el artículo 412, adoptó la figura del fraude al señalar: "Hay fraude siempre que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél". El artículo 414, regió el fraude calificado al estatuir: "El fraude, toma el nombre de estafa, cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquier otra cosa ajena mueble, logra que se le entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad". ( 32 )

### S.C. CODIGO PENAL 1929.

"Siendo Presidente de la República el Licenciado Emilio Portes Gil se expidió el Código de 1929, conocido como Código de Almaraz, por haber formado parte de la Comisión redactora el señor Licenciado José Almaraz, quien expresa que se acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela Positiva...

"Se ha censurado este cuerpo de Leyes por pretender basarse decididamente en las orientaciones del positivismo; de hecho siguió en muchos aspectos la sistemática de la Escuela Clásica...

"Pueden señalarse, sin embargo, varios aciertos, entre los cuales destacan la supresión de la pena capital y la elasticidad para la aplicación de las sanciones, ya que se establecieron mínimos y máximos para cada delito. Defeg

tos técnicos y escollos de tipo práctico hicieron de difícil aplicación este Código, de primera vigencia, pues sólo regió - del 15 de septiembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931. (32)

"El Código Penal de 1929, tiene 1210 artículos y 5 transitorios, conocemos en primer término al promotor del principal autor del Código de 29 y redactor de la Exposición de Motivos: Almaraz, expresa que 'La Comisión del Código de 29 acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela positiva y estimando en conciencia que no debía presentarse como substancial un código retrocedido que no pudiera luchar eficazmente contra la delincuencia, resolvió cambiar radicalmente el principio básico del Código y sus circunstancias, y quiso aplicar en toda su pureza la doctrina del estado peligroso y basar el proyecto en el principio: "No hay delitos sino delinquentes"; pero desgraciadamente a la realización de este DESIDERATUM, se suponen los preceptos constitucionales; de aquí que tuvo la comisión que desistir de muchas innovaciones importantes...

"Teja Zabre, José Angel Ceniceros, Luis Garrido, Raúl Carranca y Trujillo, Carlos Franco Cobi, Mateos Escobedo, han opinado, entre otros, sobre el Código de 29.

a) "José Angel Ceniceros concreta su opinión expresando que los autores del Código de 29 lograron que su estructura realizara real y efectivamente el pensamiento positivista que los animó, en cuanto a que incorporaron a la legislación mexicana los principios doctrinales de Ferri, aunque sin crear en torno de ellos todo su sistema de articulado nuevo, que sustituyera el del viejo Código, pues se conformaron con adicionar, mejor dicho, con superponer a lo existente los postulados teóricos de la nueva escuela, y con técnica jurídica -

( 33 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., pp. 46 y 47.



imperfecta, que fue una de las causas importantes del fracaso que tuvo el poco afortunado ordenamiento...

b) Teja Zabre considera que el Código de 29 - implantó en los textos legales todo el bagaje teórico de los autores y comentaristas de la Escuela Positiva, Superpuesto - sobre la antigua construcción clásica...

c) Garrino dice que los autores del ordenamiento de 29, esmaltaron de definiciones positivistas los diversos capítulos del Código sin proponer la reforma esencial - que a gritos pedía la sociedad, ya que conservaba el casuismo y la métrica penal del viejo Código...

d) Carrancá y Trujillo, apunta que la inspiración positiva que guió a los redactores del Código, no tuvo fiel traducción en su articulado positivo, el que fundamentalmente no modificó el sistema anterior de 1871, pues los estados peligrosos no pasaron de ser en aquel cuerpo legal más -- que una denominación nueva, aplicada a cosas viejas y de regusto exclusivamente clásico, pues el sistema interno del Código no difirió radicalmente del clásico...

e) Franco Sodi, manifiesta que el Código de 29 está inspirado en la Escuela Positiva Italiana: y...

f) Mateos Escobedo considera que el Código de 29 cuya principal preocupación fue ostentar matices doctrinarios, destacando una postura positivista y defensista, acabó - por no tener ninguna filiación, en una palabra: este Código - quiso serlo todo y no fue nada...

Entre los autores extranjeros, Ruiz Funes -- sostiene que en el artículo 32 se admite el fundamento de la responsabilidad sobre el estado peligroso, con notorio influjo del proyecto Ferri, pero desde luego se diluye en unos ca-

... y desaparece por completo en otros; y un examen general del Código no permite la existencia en él de una unidad de orientación, conviniendo en que, lo que juzga Almeraz como innovaciones de mayor relieve, se cumplen en el Código de 29, pero su realización es confusa, desigual y no siempre acertada....

"Jiménez de Asúa, advierte que el Código de 29 es un disparatadísimo y voluminoso Código, que da la sensación, como escribiría uno de los más ilustres y finos espíritus alemanes, de estar escrito para otro planeta...

"El Código Penal de 1929 no realizó integralmente los postulados de la Escuela Positiva por: a) obstáculos de orden constitucional, y b) errores de carácter técnico".

( 34 )

### 3.º. CODIGO PENAL 1931

Con fecha 17 de septiembre de 1931, "entró en vigor el Código que rige actualmente. Fue promulgado por el Presidente Ortiz Rubio el 13 de agosto del mismo mes y año, con el nombre de Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, integraron la Comisión Redactora los señores: Licenciado Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Cerricerros, José López Lira y Carlos Angeles....

( 34 ) POSTE PETIT. ob. cit., pp. 30, 33 a 36.

"En la exposición de motivos, elaborada por el Licenciado Teja Zabre, se lee: Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir -- una tendencia ecléctica y pragmática y realizable. La fórmula: no hay delitos sino delinquentes, debe completarse así: no hay delinquentes sino hombres. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es resultado de --- fuerzas antisociales. La pena es un malnecesario; se justifica por distintos conceptos en áreas del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y como método. El derecho penal es la fase jurídica y la Ley Penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución principalmente por: a) ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) disminución del caciquismo con los mismos límites; c) individualización de las sanciones (transmisión de las penas a las medidas de seguridad); d) efectividad de la reparación del daño; e) simplificación del procedimiento, realización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales. Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones...

"El Código de 51 ha recibido, desde su aparición, numerosos elogios de propios y extraños y también, por su puesto, diversas censuras....

"Destacan como directrices importantes: la amplitud del arbitrio judicial mediante mínimos y máximos para la individualización de las sanciones, en los artículos 51 y 52; la tentativa, en el artículo 12; las formas de participación, en el 13; algunas variantes en las excluyentes de responsabilidad en-

el 16; la erección de la reparación del daño en pena pública - en el 29; los casos de sordomudez y enajenación mental permanentemente, en los artículos 67 y 68; la institución de la condena condicional en el 90; siguiendo al Código de 1929, la proscripción de la pena de muerte, etc....

"En cuanto a los Estados de la República, en función del sistema federal, cada uno de ellos dicta su Ley Penal. Muchas entidades han adoptado el Ordenamiento de 31, en forma íntegra unas veces y con modificaciones otras, aunque la tendencia actual - que día a día cobra mayor fuerza, es seguir modelos más modernos, como el Código de Defensa Social Veracruzano, y los Anteproyectos del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949, 1958 y 1963". ( 35 )

Sentimos oportuno mencionar dos aspectos importantes que el maestro Petit nos cita en su obra Apuntes de la Parte General de Derecho Penal: "...con relación a este ordenamiento existen a tratar dos cuestiones de suma importancia: la relativa a la constitucionalidad del Código y la referente a la "fá de arretras" de dicho cuerpo de leyes...

"Sobre la primera cuestión, el distinguido jurista J. Ramón Palacios, es de parecer que toda esta legislación es absolutamente inconstitucional, porque faltando la declaración de estado de guerra, etc., con aprobación por el Congreso y la suspensión de garantías, y el estado real de anomalías del país, faltan los presupuestos del artículo 29 constitucional, delegación de facultades que no puede cobijarse en la teoría de la colaboración porque tampoco es lícito que el Poder Judicial sea investido verbigracia de poderes ejecutivos o de poderes políticos, como el de calificar elecciones, a pretexto de autorizaciones...

"En cuanto a la fe de erratas, del Código vigente, es muy numerosa, habiendo sido publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 31 de agosto de 1931 y posteriormente con fecha 12 de septiembre del mismo año, se publicó en el Diario Oficial la "Aclaración de fe de erratas -- del Código Penal", estimándose por José Almaraz que "como la llamada fe de erratas de los códigos de 31 es una lista de modificaciones substanciales de algunos preceptos ya promulgados, carece de valor legal, obligatorio (porque ya habían terminado las facultades expresamente concedidas al Ejecutivo y a la Comisión), y justifica las censuras más acerbadas para sus autores". ( 36 )

## capítulo segundo

#### A. CONCEPTO ETIMOLOGICO

Etimológicamente, el delito de Robo de Uso, - proviene de las vocas latinas FURTUM USUS, y nos dice el Diccionario Jurídico Mexicano: "...puesto que en el robo propio de cosa (furtum rei) el ladrón se enseñorea de la cosa de que se ha apoderado, comportándose de hecho frente a ella como de derecho lo haría el propietario, procede considerar como figura diferente de ella el FURTUM USUS. En éste se ha cuidado la ley de sustituir la expresión de 'apoderarse' por la expresión 'tomar', y de poner de resalto que tal aprehensión es sólo temporal y exenta del propósito de apoderarse de la cosa o de venderla. La pena es ciertamente menor que la conminada para el robo de la cosa.

No basta, sin embargo, para caracterizar esta figura la indicación del carácter temporal de la aprehensión - ni la circunstancia negativa de que estén ausentes, el ánimo de apoderación o venta. La denominación clásica FURTUM USUS - acusa la presencia de un ánimo sin el cual la acción descrita quedaría vacía de significado. Este ánimo es el ANIMUS UTENDI, el de usar la cosa, pero el de usarla efímeramente", ( 37 )

---

( 37 ) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, TOMO VIII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa S.A., México, 1988, p.p. 2865 y 2866.

## B. CONCEPTO GRAMATICAL

ROBO DE USO.- 1. Delito consistente en tomar con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, una cosa mueble ajena, sin consentimiento de su dueño o legítimo poseedor. ( 38 )

## C. CONCEPTO JURIDICO

Nuestro Código Penal nos establece en su artículo 380: "A) que le imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión, siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello. Además pagará al ofendido, como reparación del daño, el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada". ( 39 )

Podemos apreciar una atenuación en la pena, respecto al robo simple, en razón al ánimo del agente de tomar la cosa con carácter temporal, y no para apropiársela o venderla, sin embargo, nunca hace referencia nuestro Código Penal, a qué se refirió con el término temporal; dice el Diccionario Jurídico Mexicano: "...no es pues, robo de uso tomar el automóvil ajeno para recorrer el país durante prolongadas vacaciones (Jiménez Huerta). Es imposible establecer una regla abstracta acerca de la brevedad del uso. Es claro, en todo caso, que no se da

( 38 ) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, ob., cit., p.2865.

( 39 ) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.



la acción prevista en esta figura si el agente retiene la cosa para usarla cuando se presente la oportunidad adecuada, y que la temporalidad concierne al uso útil a que se presta la cosa.

Es indiferente la licitud o ilicitud del uso. El hecho de la devolución no es consubstancial a la figura, -- pues también se dá ella si, después de usar la cosa, el agente la abandona en un sitio en donde su dueño pueda recobrarla.

No debe confundirse la ausencia del ánimo de devolver, con la dificultad de probar su existencia.

Además de la pena leve de uno a seis meses de prisión, la ley obliga al agente a pagar al ofendido, el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada. Y -- ello aparte el resarcimiento por los perjuicios que la cosa -- pueda haber sufrido en su integridad durante el uso delictuoso" ( 40 )

#### D. CONDUCTA.

Mariano Jiménez Huerta dice que el elemento - objetivo del delito es la conducta por que no solamente son - diversas formas en que el ser humano se relaciona con el mundo exterior, sino que también refleja el sentido finalista de la acción o la inercia del hombre que integra un comportamiento dado. ( 41 )

( 40 ) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, ob. cit., pp. 2866

( 41 ) JIMENEZ HUERTA, Mariano., Panorama del delito., México, 1950, pp.7 y 55

Fernando Castellanos Tena, la define como: "... como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito". ( 42 )

Celestino Porte Petit nos dice: "... que la conducta es un hacer voluntario o un no hacer voluntario (olvido)". ( 43 )

La jurisprudencia en su existencia define a la conducta como el comportamiento corporal voluntario. ( 44 )

El Derecho Penal se ocupa sólo de las manifestaciones de la voluntad criminal. La conducta penalística no es cualquier comportamiento humano, sino, sólo aquél que se manifiesta extrovertidamente causando un daño o lesionando cualquier bien jurídico tutelado por la ley, así como aquél que aunque no se manifieste exteriormente por la sola voluntad de no actuar se causa un daño con esa actitud, sin embargo, no son conductas relevantes para el Derecho Penal las maquinaciones internas que se desenvuelven en el ámbito de la conciencia, que aunque sean con el fin de causar daño, nunca se exteriorizan, nunca las manifiesta el individuo. La conducta es el soporte de todos los elementos del delito.

La manifestación de la voluntad es la actividad externa del hombre, voluntad que ha de ser consciente, espontánea y referida a cierta representación con un motivo determinado expresada en un hacer o un no hacer. Es la interacción psíquica física consciente y proporcional del hombre, manifestada exteriormente por la actividad o inactividad corpora deliberadas. Con razón decía Ulpiano: "... el pensamiento delinque".

( 42 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, México, 1981, p. 149

( 43 ) PORTE PETIT, Celestino, Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A., México, 1970, p.160

( 44 ) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION Tomo CII, p. 1050

Al Derecho Penal sólo le interesan las conductas que contravienen sus disposiciones; sólo las que atacan los bienes jurídicos protegidos por la misma.

Empezando el estudio de la conducta, debemos precisar la existencia de un ser humano, y necesariamente un ser humano, pues si el delito lo comete un animal, éste no podría ser castigado por la ley (en el caso de que el animal, este recibiendo una orden de un ser humano, sería castigado este último), o bien, podría causarse un daño por un acontecimiento natural, como un terremoto o la caída de un árbol y no se podría castigar a la misma naturaleza. Pensemos pues que todo el derecho ha sido creado para regular las relaciones humanas y en concreto el Derecho Penal, para que los hombres no se dañen injustamente entre sí, por eso nos atrevemos a decir que es preciso la existencia de un ser humano.

Ahora bien este ser humano, debe estar dotado de una inteligencia que le permita decidir, pues si carece de esta capacidad de inteligencia, estaríamos frente a un inimputable.

Ya tenemos dos elementos de la conducta: -- a) un hombre, con b) voluntad. Ahora es necesario que se manifiesten estos dos elementos para que causen un daño, y se van a manifestar por la acción o la omisión. La primera de ellas consiste de manera positiva en un hacer, en una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación a una norma prohibitiva. La omisión consiste de manera negativa, en un no hacer, en una inactividad deliberada con violación a una norma exepctual (omisión simple) o, de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión).

Ahora bien, ya se manifestaron y ahora deben producir un daño, pero ¿cualquier daño?, no, sólo aquél que afecte o lesione a un bien jurídico tutelado por la ley.

Entonces debe entenderse como conducta:

"LA VOLUNTAD DEL HOMBRE, MANIFESTADA EN UN HACER O NO HACER, CON LA CUAL SE CAUSE DAÑO A UN BIEN JURÍDICO TUTELADO POR LA LEY".

Concretamente el delito de robo de uso previsto por el artículo 380 de la legislación penal vigente que a la letra dice: "Al que se le imputase el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión, siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello. Además pagará al ofendido, como reparación del daño, el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa ausada".

Consideramos que la forma de conducta requerida para este tipo de delito, es el de acción, no haciendo posible que se presente la omisión; el hecho de apoderarse de una cosa, de tomar una cosa, implica un movimiento corporal, una acción.

Nos dice el artículo 369 del Código Penal, -- que se dará por consumado el robo, desde el momento en que el ladrón tenga en su poder la cosa robada, no importa que la abandone o lo desapoderen de ella; sin embargo, el artículo 380 del mismo ordenamiento nos señala que si el ladrón acredita haberla tomado con carácter temporal y la devuelve o no se niega a devolverla, entonces, sólo se considerará robo de uso. Sin importar lo anterior, la realidad es que existió el apoderamiento y por tanto la acción.

Francisco González de la Vega señala: "... el elemento principal del delito es el apoderamiento, por que dicho elemento permite diferenciar el robo de otros delitos, como el ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO y constituye la acción comu-

tativa". ( 45 )

Con lo señalado por este autor podemos afirmar, que este delito es de acción, por referirse al apoderamiento de la cosa ajena mueble, por parte del sujeto, es de cir, el movimiento corporal voluntario de aprehender y sustraer la cosa del que lo posee.

El apoderamiento significa "ponerla bajo su poder", y para ello se necesita que la cosa se encuentre en manos de otro poseedor. El apoderamiento va a depender de que concurren los demás elementos del delito de robo, es decir, el perfeccionamiento del delito.

Jiménez Huerta está de acuerdo con lo que señaló Francisco Carrera, quien también aceptaba la teoría de Dilatatio. El artículo 380 del ordenamiento en consulta, se amolda a la teoría del tocamiento o contreatatio, toda vez que para que se aplique la sanción, se tendrá por consumado el robo, desde el momento en que el ladrón tenga en su poder el objeto robado, y cabe aquí hacer mención que si el sujeto activo tiene el ánimo de apoderarse de la cosa en calidad de dueño, se tipificará el delito de robo; pero si el sujeto activo sólo tiene el ánimo de apoderarse de la cosa momentáneamente para después devolverla, se le tipificará sólo el delito de robo de uso, o sea que aunque la conducta en ambos delitos sea la misma, la diferencia va a radicar en el ánimo del sujeto activo.

El simple hecho de apoderarse de la cosa con figura el delito, según nuestra legislación penal, pero hace diferencia, si el ánimo del sujeto activo, es de sólo apoderarse momentáneamente de la cosa para devolverla después.

( 45 ) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Los Delitos Ed. Porrúa S.A., México, 1981, p.276.

A pesar de esta diferencia en el tipo, la conducta en ambos delitos es la misma, es de acción; el maestro Jiménez Huerta señala: "...sólo existe el delito de robo, si el apoderamiento de la cosa, se efectúa por el sujeto activo para apropiársela o venderla". ( 46 )

#### D.1. ACCIÓN.

La acción.- Edmundo Mezger señala que el Derecho Penal conoce la conducta punible en triple forma: "... en la forma del llamado delito de acción, en la forma del llamado delito de omisión propia y en la del delito de omisión impropia o también llamado de omisión por omisión". ( 47 )

Los maestros Elpidio Ramírez y Olga Islas nos dicen de la acción: "...la acción como hacer activo (delito de acción) exige como fundamento, un querer de la gente, - es decir, la acción es un hacer algo con voluntad" ( 48 )

Según estos autores, la acción como hacer activo exige además de un hacer corporal (movimiento corporal) - una voluntad positiva. La mayoría de los estudiosos en nuestra materia, están de acuerdo en este sentido ya que un comportamiento humano es trascendente para el Derecho en cuanto plasma en una conducta que deja su impronta en el mundo exterior. No son conductas relevantes jurídico penalmente, los actos que se desenvuelven en el ámbito de la consciencia, sean pensamientos, deseos, propósitos, etc. El delito es siempre un acontecimiento que se realice en el mundo exterior, el ac

( 46 ) JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, ob., cit., p.55.

( 47 ) MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Traduc. de José A. Rodríguez Muñoz, Ed. Derecho Privado, Madrid, 1935, p.p. 168 y 169, T.I.

( 48 ) ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio, Lógica del tipo en el Derecho Penal, México, 1979, p. 63.

to psíquico que no se traduce en un comportamiento externo no es punible. La voluntad no realizada es impunible y este es - el significado de la antigua máxima romana "COGNITATIONES POE NAH NEMO PARTITUR".

Para Edmundo Mezger, los movimientos reflejos no constituyen acción, "los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios no está bajo un influjo anímico sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, en los que el estímulo subcorticalmente y sin intervención de la consciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento". ( 49 )

Falta pues la acción, "en los casos en los que se presenten reacciones corporales producidas sin participación de la voluntad, como con convulsiones, vómitos y en determinadas circunstancias los movimientos instintivos de defensa durante el llamado momento de sobresalto". Esta afirmación pertenece a Maurach y coincide ampliamente con la Mezger ( 50 )

Cabe aquí el ejemplo: "...en un ataque de vómito se ensucia una alfombra preciosa, o si en los movimien--tos realizados durante un acceso convulsivo se destroza un - objeto, no se comete el delito de daño, ya que estos movimien--tos fisiológicos producidos a consecuencia de una irritación--periférica interna no están sometidos al dominio de la volun--tad, pero independientemente de esa involuntad lse dió la --acción, sí o no? claro que sí, para mí la acción es indepen--diente de la voluntad, la voluntad es un elemento determinante de la acción, pero independiente siempre, y por tanto puede haber acción sin conducta, cuando la acción sea involuntaria y si no hay conducta elimina al delito no a la acción.

---

( 49 ) MEZGER, Edmundo, Ob., cit., p. 107.

( 50 ) MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Traduc. Juan Cordoba, Ed. Ariel, Barcelona, 1961, p.215.

Sin embargo, Mezger y Meurach, advierten que nada tiene que ver con esta categoría los actos impulsivos -- que tienen su origen en un proceso anímico, pero en el que el impulso anímico, con exclusión de todas las representaciones-contrarias se transforma en acción sin más trámites. Se trata aquí de las llamadas "acciones de corto circuito", que se producen sin colaboración y eludiendo la personalidad total.

Si bien es cierto, como lo señala el maestro Carrancá y Trujillo, que: "...los estados específicos de la - inconsciencia deben considerarse como causas de inimputabilidad y no como ausencia de conducta", dichos estados constituyen una acción real exteriorizada al mundo material que sin importar su origen han transgredido la esfera jurídica, aún sin la voluntad de hacerlo. Al mundo real lo afecta lo material y no lo espiritual. Los sucesos que se llevan a cabo en el interior orgánico del sujeto, es independiente de la realidad material, por eso afirmo que la acción se da aún sin voluntad.

La acción es siempre voluntaria, pues quien se apodera de una cosa que de antemano sabe que no es suya, - aunque tenga el ánimo de devolverla, al momento de tomarla es tá actuando voluntariamente.

Cuando una persona toma algo ajeno por error y luego la devuelve se podría considerar que la acción fue in voluntaria, pero no es así, ahí lo que sería involuntario o -- inexistente sería la intención de hacer un daño, no habría vo luntad y por consiguiente no habría conducta ni delito, y es ta ríamos frente a un aspecto negativo de la conducta de lo -- cual hablaremos con detenimiento más adelante.

Por lo anterior considero que el delito de - robo de uso es definitivamente un delito de acción, pero esa acción, será siempre voluntaria, (ya el hecho de pensar en de



volver la cosa tomada, implica que se tuvo la voluntad de tomar algo ajeno).

Por mi parte no estoy de acuerdo en que estos autores, afirmen que el aspecto negativo de la conducta elimina la acción y consideren que para que exista la acción, ésta debe ser voluntaria. La acción por sí sola y puede ser voluntaria o involuntaria (sin el deseo de hacer daño). El aspecto negativo de la conducta elimina al delito en sí, no la acción.

El maestro Cuernca Bardon nos señala que puede quererse la conducta pero no el resultado, y nos menciona el ejemplo del atropellado por un vehículo diciendo: "...el conductor quiere la conducta, quiere manejar, pero no quiere matar o lesionar" y ahí estoy en desacuerdo con el maestro, pues la conducta en el delito de homicidio no es manejar, sino el hecho propio de privar la vida. Los medios por los que se origine el delito son independientes de la conducta misma del tipo penal; en este ejemplo la acción fue involuntaria, pero se dió, y la conducta de privar la vida a otro, nunca se dejó.

Por lo tanto considero que la acción "es un movimiento corporal voluntario o involuntario", y el delito debe considerarse de los orígenes y de los medios empleados para su consumación. La conducta de acción puede ser voluntaria o involuntaria y el juzgador debe considerar éso para la aplicación de la pena. El delito está cometido, ahora hay que probar si fue voluntario o involuntario.

Para el delito en estudio, considero que -- Raúl Cárdenas estima que: "...el delito de robo en orden a la conducta, es un delito de acción. No es posible pensar que el apoderamiento se lleve a cabo por omisión. Puede el agente -- realizar algún acto omisivo, pero el apoderamiento implica --

forzosamente remoción; es decir, movimiento corporal, distensión muscular, y sobre todo el propósito de ejercer un poder de hecho sobre la cosa". ( 51 ).

#### D.2. OMISION.

#### D.3. COMISION POR OMISION

El legislador ordena en el tipo que se tiene que hacer algo obligatoriamente, o sea, impone a los particulares el llevar a cabo algo, realizar algo. Cuando esto no se cumple, se ha cometido una infracción a la ley, por no haberlo hecho, por haber omitido hacerlo, es el llamado delito de omisión.

Si recordamos, Edmundo Mezger nos dice que la conducta es de tres maneras: A) de acción (hacer) de la cual ya hablamos; B) de omisión (no hacer); y C) de comisión por omisión.

O sea, que hay conductas que infringen la ley penal tanto por hacer como por no hacer, y de esta doble contrapuesta forma del actuar humano, ha nacido una clasificación de las infracciones en delitos de acción y de omisión, completadas en el siglo pasado con los llamados en Alemania "impropios delitos de omisión", y en Francia "delitos de comisión por omisión".

El autor Mezger, el Derecho Positivo conoce el delito de omisión en dos formas: como propio delito de omisión y como delito de omisión impropio ( delito de comisión -

---

( 51 ) CARDENAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo., México, 1982, Ed. Porrúa, S.A. p.104.

por omisión]. Ambas formas significan no hacer algo, no el simple no hacer. El fundamento de todo delito de omisión lo constituye una acción esperada. Sin esta acción pensada no es posible hablar de omisión en sentido jurídico.

En los delitos de omisión, el sujeto infringe un mandato y por ello es castigado.

El delito de omisión carece de dos características esenciales, del hacer activo, ha saber: El hacer y el querer. Naturalmente, no cabe negar que el que omite pudo haber hecho, algo en el momento histórico de la omisión que se le imputa, pero en todo caso se le hace responsable, no por haber hecho ésto, sino por que no ha hecho lo que debiera haber realizado. De la misma manera tampoco se puede negar que el omitente puede haber querido la omisión, e incluso es necesario que la haya querido en los casos de la omisión dolosa, pero en tales hipótesis la exigencia del querer sujeto pertenece a la esfera de la culpabilidad, no al concepto de omisión. (52)

La omisión está claramente ejemplificada en los artículos 335 y 336 del Código Penal vigente; el no hacer, el omitir, está prohibido por estos artículos, lo prohibido es realizar cualquier otra conducta distinta de esas. éste es un tipo omisivo.

Nos dice el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni: "...acción y omisión son, en definitiva, dos técnicas diferentes para prohibir conductas humanas. Ambas surgen de dos formas de enunciar la norma que da origen al tipo: Si bien todas las normas que dan origen al tipo son prohibitivas, en el sentido de que prohíben ciertas conductas, no es menos ciertas -- algunas -- pueden enunciarse prohibitivamente (no matarás), en tanto que otras se enuncian preceptivamente (ayudarás). En -

---

( 52 ) MEZGER, Edmundo, ob., cit., pp. 120 y 121.

tanto que en el enunciado prohibitivo, se permite hacer la acción que se individualiza con el verbo mayor, en el enunciado preceptivo se prohíbe realizar cualquier otra acción que no sea la que individualiza el verbo (ayudar)." ( 53 )

Edmundo Mezger encuentra la solución a los problemas teóricos y prácticos de los impropios delitos de omisión (delitos de comisión por omisión) en la acción esperada. ¿Cuándo y por qué motivos se espera en Berzosa "una determinada acción?, ¿Cuándo se considera, por consiguiente, por omisión, la conducta que contradice dicha esperanza y puede por ello, ser entendida como causal respecto al resultado que aquella acción esperada "hubiera" podido impedir?, En el aspecto práctico ligamos el punto con la pregunta respecto a la "acción esperada" la que concierne a la "acción exigida". Sabemos que prácticamente toda acción exigida, también es "esperada" y que una acción "esperada", pero no "exigida" no tiene relevancia para el Derecho Penal. ( 54 )

La posibilidad, para este autor a cause de un impropio delito de omisión depende, por tanto, no de uno, sino de dos presupuestos; de un "haber de actuar", del sujeto y de que dicha actuación, en caso de haberlo producido, "hubiera evitado el resultado". En ambas direcciones es, ante todo, presupuesto indispensable la posibilidad del sujeto de realizar la acción exigida y la posibilidad de producir una reflexión en el resultado. Ese deber de actuar, según Mezger, tiene su fundamento en: A) en un precepto jurídico. La madre, por ejemplo, comete por omisión homicidio si deja morir de hambre al recién nacido, pues los preceptos del Código Civil, le imponen la obligación jurídica de alimentarle y asistirle; B) en una especial aceptación. Se incluyen aquí todos aquellos casos en que surge un deber de evitar la producción de un resultado.

( 53 ) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal. Cárteras Editor y Distribuidor, México 1988, pp.

( 54 ) MEZGER, Edmundo, *ob. cit.*, p. p. 102 y 103.

típica en virtud de una especial aceptación otorgada en un contrato; c) en un hacer presudente. El que con su actividad origina el peligro de la producción del resultado, debe estar obligado a impedirlo mediante un acto propio. El que cierra las puertas sin saber que dentro se halla otra persona, es responsable de detención ilegal, si no obstante, omite ponerla en libertad.

Welzer por su parte, dice que el poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella. El Derecho Penal se ocupa también en determinada medida de la omisión de acciones. En tales condiciones, existen normas jurídicas que ordenan efectuar acciones para la producción de resultados socialmente indeseables. Estas normas se lesionan mediante la omisión de la conducta mandada.

El Derecho Penal se ocupa de la omisión en diversas formas: a) un grupo de disposiciones impone pena simplemente a la infracción de un deber de actuar; b) en algunos casos se pena en una misma disposición legal, tanto una acción que produce un resultado, como también la omisión de evitar este resultado; y c) junto a estos dos mandatos de acción establecidos por la ley, existe además un vasto grupo de mandatos que obligan a evitar la inminente lesión de bienes jurídicos, sin estar sancionados expresamente por la ley. Su transgresión se castiga, generalmente, de acuerdo al marco penal de aquellos delitos de comisión que se refieren a la realización de la misma lesión del bien jurídico. Así a la madre que deja morir de inanición a su hijo, se le sanciona de conformidad a las disposiciones penales que castigan el delito de homicidio. Este amplio grupo de delitos de omisión, es denominado "delitos de comisión por omisión" o "delitos de omisión impropios". La diferencia entre un delito de comisión y uno de omisión, se orienta de acuerdo a la causalidad o no causalidad de la conducta: si el autor ha causado dolosa o culpablemente el resultado típico, se ha realizado un delito de comi

sión. Si falta en cambio, a la conducta delictuosa la causalidad para el resultado sólo cabe en consideración un delito de omisión. Con relación a los impropios delitos de omisión, -- Welzer dice que los tipos de delitos de resultado describen de acuerdo a su texto, casi sin excepción, sólo lesiones a los -- bienes jurídicos mediante una acción y no el evitar la lesión de un bien jurídico mediante una omisión.

Si se desea desarrollar los tipos de los delitos de omisión impropios mediante una conversión de los tipos de los delitos de comisión, se evidencia un sensible vacío en la elaboración de los tipos legales. En los tipos de comisión por principio, todo el que realiza la acción típica, es autor del delito respectivo. Por el contrario, palmariamente toda -- persona con poder del hecho que no evita el resultado típico, no puede ser considerada sólo por eso como autor en el sentido del respectivo delito de omisión impropio. El no evitar el resultado típico en el sentido de un delito de comisión, por una persona con poder para ello, nunca es suficientemente -- para fundamentar la autoría en el sentido del correspondiente delito de omisión impropio. En estos casos, más bien, la autoría tiene que ser fundada independientemente junto a la conducta típica, por características especiales del autor; sólo el -- no evitar un resultado típico por parte de una determinada persona con poder para ello, convierte a dicha persona en autor en el sentido de omisión impropio.

Los delitos de omisión impropios son en este -- sentido delitos especiales propios. En éstos, tampoco basta -- la conducta del hecho, desligada de un autor determinado para fundamentar un injusto punible. Así por ejemplo, el revelar -- secretos privados ajenos que han sido confiados, es por principio, irrelevante penalmente, sin embargo, para el abogado, médico, o farmacéutico, esta acción es antijurídica. Igualmente, no son penalmente relevantes los actos de los curas simples,

pero los padres, tutores, profesores, con respecto a sus hijos, pupilos, discípulos, son típicos y antijurídicos. Siempre en estos casos, sólo entran en consideración como autores personas que de antemano están en una relación estrecha al bien jurídico lesionado. Exactamente en la misma forma, el no evitar un resultado típico, por parte de una persona con poder del hecho, es penalmente irrelevante para ella, salvo en los casos -- de los delitos de omisión impropios, pero también aquí sólo -- dentro de los límites de estos delitos. El no evitar el resultado típico en el sentido de un delito de omisión impropio sólo para determinadas personas con poder del hecho, que de antemano estén en una relación estrecha respecto al bien jurídico. Los delitos de omisión impropios comparten, por lo tanto, con los delitos especiales propios, la particularidad de característico de que la antijuridicidad de la conducta del autor sólo se funda mediante la adición de características objetivas especiales del autor". ( 55 )

En esta parte del trabajo se hizo referencia -- casi en la mayor parte al autor Hans Welzel, considerarlo de gran interés e importancia, ya que es más fácil desprender que sólo cabe consideración como autor de omisión, una persona -- con poder del hecho, que se encuentre en estrecha relación con el bien jurídico amenazado, y que en razón de ella debe cuidar del bien jurídico respectivo, así por ejemplo: el abogado y los intereses de sus clientes; el tutor y el pupilo, etc. Autor de una omisión, es pues, una persona con poder del hecho, que esté ligada con el bien jurídico amenazado por una relación de vida estrecha y especial de la cual resulta esta persona "el garante" de la integridad del bien jurídico. Autor de omisión, sólo aquel que tiene una posición de garante efectiva, respecto del bien jurídico y en esta posición no evita el resultado-

---

( 55 ) WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Traduc. de Carlos Fontán Balestra, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956, p.p. 286 y 287.

típico, a pesar de poder hacerlo.

"Omisión es el finalístico dejar de hacer algo descrito en el tipo, y se integra con una voluntad legislada y un dejar de hacer algo" ( 56 )

Al igual que en la acción, en la omisión, la voluntad finalista se forma con un elemento intelectual y un volitivo; y ambos, conocer y querer, cuando el fin propuesto es típico, conceptualizan el dolo. Los autores de filiación causalista, la expresión "voluntad" la entienden como ejercicio de la capacidad de no movimiento, o quietud, que al ser humano está normalmente en condiciones de tener sobre su organismo.

El maestro Fernando Castellanos Tena nos dice: "...como en la acción, en la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar; conclúyase, en consecuencia, que los elementos de la omisión son A) VOLUNTAD -- (también en los delitos de olvido, pues como dijimos, en ellos se aprecia, a nuestro juicio, el factor volitivo); y B) INACTIVIDAD. La voluntad encaminase a no efectuar la acción ordenada por el Derecho. La inactividad está íntimamente ligada al otro elemento, al psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto cuya realización estaba obligado. Con razón para Franz Von Litz, en la omisión la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado. Precisa la existencia del deber jurídico de obrar, porque como explica el autor alemán citado, la omisión del delito de alarmo de un guardia agarrado por unos bandidos, o acometido de un desmayo, no es una omisión en el sentido del Derecho Penal; no hay voluntariedad en la conducta inactiva.

( 56 ) ISLAS OLGA y RAMÍREZ ELPIDIO, op. cit., pp. 72.



Los dos elementos mencionados (voluntad e inactividad) aparecen tanto en la omisión simple, como en la comisión por omisión, más en ésta emergen otros dos factores, a saber: Un resultado material (típico) y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

Cualquiera que sea el resultado de la omisión, debe constituir una figura de delito prevista en la ley. Siempre hay un resultado jurídico; en la comisión por omisión hay, además, uno material.

En la comisión por omisión, como lo dejamos apuntado con anterioridad, la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no obrar teniendo obligación de hacerlo, pero violándose, no sólo la norma preceptiva, sino, también, una prohibitiva, por cuanto mande abstenerse de producir el resultado típico y material" ( 57 )

El delito de robo de uso, como ya se ha expresado, es por excelencia, un delito de acción, toda vez que implica un desplazamiento físico, un movimiento corporal, para llevar a cabo el apoderamiento de la cosa mueble, luego entonces, al ser un elemento esencial de este delito, precisamente ese movimiento corporal, que fuera de toda posibilidad, llevar a cabo la consumación del robo de uso, por omisión.

La inactividad corporal, aunque exista voluntad, no puede consumar el tipo penal descrito en el artículo 380 de nuestro Código Penal, resultaría ilógico siquiera imaginarlo. Ya hemos comentado que esta figura delictiva admite su consumación afectada de un error, pero consideramos que nunca se podría dar un robo por omisión.

#### D. 4. NEXO CAUSAL

El nexo causal en el Derecho Penal, dice Kauteri, es la relación existente entre la conducta y el resultado y mediante lo cual se hace posible la atribución material de ésta a aquélla como a su causa. ( 58 )

El autor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, nos dice que esta discutida posición que dentro de la teoría del delito deben ocupar el resultado de la conducta y el nexo de causalidad que une a la conducta con el resultado. Sabemos que cuando un sujeto dispara un balazo contra otro para matarle (conducta homicida) y éste muere como resultado de los balazos tres días después, hay una relación de causa a efecto entre la conducta homicida y el resultado de muerte. Esta es la relación o nexo de causalidad. Algunos autores sostienen que el resultado y el nexo de causalidad deben ser considerados junto con la conducta a nivel pretípico, entanto que otros entienden que el resultado y el nexo de causalidad deben ser considerados en la teoría del delito. Ante todo se debe distinguir la previsión de la causalidad del nexo de causalidad. La previsión de la causalidad pertenece a la conducta y no puede separarse de ella, por que sobre ella se monta la finalidad. La previsión se refiere aquí a una causalidad futura, imaginada por el autor.

En lugar el nexo de causalidad es algo pasado, -- histórico, que el juez comprueba después del hecho, al momento de juzgar. Conforme a esta distinción, la previsión de la causalidad pertenece a la conducta; pero el nexo de causalidad y el resultado se halla fuera de la conducta. Sin embargo, a toda acción corresponde a un resultado y ambos están unidos por d

---

( 58 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, Lecciones de Derecho Penal Ed. Porrúa S.A., México, 1982, p. 188.

nexo de causalidad. Nexos de causalidad y resultado, si bien no forman parte de la conducta, la acompañan como una sombra. Esto ha determinado que algunos autores, percatándose del fenómeno y reconociendo que el nexo causal y el resultado no forman parte de la conducta, hayan buscado un sinnúmero de vocablos que en cierra a los tres: conducta, nexo y resultado. Eugenio Raúl Zaffaroni los distingue llamándolos "pragma", expresión de origen griego, con la que varios filósofos designan precisamente a la acción que incluye lo que por ella alcanzado, y según este mismo autor, la causalidad y el resultado en su ser, no son un problema jurídico, sino físico. ( 50 )

Entre la conducta desplegada por el agente y el resultado material, se requiere una relación causal para que pueda ser atribuible al sujeto.

Un nexo causal entre comportamiento y resultado precisamente, para la integración de la conducta, toda vez que si dicho nexo tuviera existencia, el resultado aparecería como un acontecimiento totalmente desligado del comportamiento del sujeto y sin relación alguna para él.

Para que una modificación del mundo exterior -- (resultado) pueda ser atribuida a un hombre, se necesita que haya verificado como consecuencia de su acción, en otros términos, que entre una y otra exista una relación de causalidad.

El maestro Jiménez Huerta, dice que el concepto de causalidad en el ámbito del Derecho Penal, se trata exclusivamente de saber si un determinado comportamiento humano ha producido un resultado relevante jurídicamente. Dicho en otra forma, si un resultado concreto puede objetivamente ser atribuido a una conducta humana. El mismo autor nos dice que el

concepto de causa asume significado y aspectos propios en el -- campo del Derecho Penal, en donde apriorísticamente se parte de un comportamiento humano como premisa previa. Sostiene que no se trata de indagar las causas naturales determinadas de un resultado dado sino precisar la eficacia que una causa ya individualizada, ha tenido en la producción del resultado concreto, - relevancia para el Derecho Penal. Cita a Maggiore diciendo que: "...las causas materiales valen sólo en cuanto dependen y son puestas en movimiento por el hecho del hombre". ( 61 )

Ernesto Mayer sostiene que: "...una relación de causalidad material entre el comportamiento y el resultado, sólo es posible cuando el ordenamiento jurídico penal otorga relevancia a un efecto natural de la conducta humana. En los delitos que se integran por un comportamiento y un resultado, este está siempre en diferencia natural, temporal y lógica del comportamiento que le origina; es su consecuencia o efecto material; un producto de dependencia causal de determinados factores físicos". ( 62 )

Al Derecho Penal, nos dice la maestra Olga Islas, no le interesa el conjunto de "las condiciones", ni tampoco una cualquiera de ellas. Regula y solamente, la causa puesta en juego por el agente del delito. "La acción es el primer eslabón en la serie causal; el efecto inmediato es, a su vez, causa de otro posterior, y así sucesivamente, hasta el resultado material. La causa está dada por la acción; el nexo causal, por el proceso naturalístico mirado en su totalidad.

Por ser la acción un elemento del tipo, es obvio que la causa esté limitada por la figura legal, en otras palabras, la causa es típica, siendo el contenido semántico de la acción lo que justifica lo típico de la causa. El nexo causal, -

---

( 61 ) JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, ob., cit., p. 95.

( 62 ) MAYER, Ernesto. Citado por Mariano Jiménez Huerta en su obra Panorama del Delito, Ed. - Imprenta Universitaria, México, 1950. pp. 89 y 90.

asimismo es típico, y lo es porque sus polos, acción y resultado material, son elementos del tipo. De aquí se siguen dos restricciones necesarias en Derecho Penal: Una referida a la causa y la otra, a la relación de causalidad. Por la primera, es - causa únicamente, la acción típica; por la segunda, la pena causal, ni se inicia antes de la acción, ni se extiende más allá - del resultado material", "causa termina, diciendo nuestra autora consultada -por tanto en Derecho Penal, es la acción del suje to activo, en adecuación a la semántica del verbo típico", -- "nexo causal es el proceso naturalístico relacionante de todos- los efectos constitutivos a la acción, el último de los cuales- es el resultado material". ( 63 )

Para poder explicar la causalidad, el maestro Porte Petit reduce a dos doctrinas que la explican: "...aquella que considera a todas las condiciones como causa del resultado- (generalizadora), y las que entresacan de todas las condiciones una como productora del resultado, en consideración de una nota temporal cuantitativa o cualitativa (individualizadora)". ( 64 )

En el primer grupo se menciona la Teoría de la equivalencia de las condiciones; y en segundo grupo se se ñala a teorías como; Teoría de la próxima, inmediata o última- condición; teoría de la condición más eficaz; teoría de la prevalencia, preponderancia del equilibrio o de la cusa decisiva; teoría de la causa eficiente o de la causalidad; teoría de la - adecuación o causación adecuada; teoría de la causa humana ex- clusiva, y teoría de la cusa típica.

De las teorías señaladas, avocaremos al estudio de las más sobresalientes y que han llamado la atención de los estudiosos de nuestra materia: A la teoría de la equivalencia de las condiciones y a la teoría de la causación adecuada,

( 63 ) ISLAS Olga y RAMÍREZ Elpidio, ob., cit., p.p. 76 y 77.

( 64 ) PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos a la Parte General del Derecho Penal Ed. Porrúa S.A., México, 1960. p. 335.

toda vez que de las teorías que se refieren al problema causal, asumen en la actualidad nula o escasa importancia, pues no tienen otro valor que el de ser personales modos de presentar el problema. Además que las teorías existentes pueden situarse - unas, en el solo representado por la equivalencia o CONDETIOS - SIRE QUA NON o en el de la causación adecuada.

#### D.4.1 TEORIAS

##### TEORIA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

La teoría de la equivalencia de las condiciones, es también conocida como de la condetio sine qua non. Esta teoría inicia con John Stuart Mill.

Los partidarios de esta teoría piensan que todo está determinado por el conjunto de las condiciones que operan como antecedentes causales.

"Esta teoría estima como causa, toda condición del resultado concreto, y todas las condiciones, y deben considerarse como equivalentes, sólo en el sentido jurídico. En suma toda condición debe ser tenida como causa del resultado".( 65 )

Esta teoría rechaza las concausas susceptibles de interrumpir la relación de causalidad entre el comportamiento inicial y el resultado final. Así también la niega la relevancia de las condiciones ajenas al comportamiento del sujeto activo del delito.

La Suprema Corte de Justicia, al respecto ha sostenido: "...el criterio que valoramos como correcto para explicar esta teoría, es aquel que sostiene que por causa debe entenderse la suma de todas las condiciones. Nuestros Tribuna-

---

( 65 ) JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1978, p. 224.

les han establecido la teoría de la conditio sine qua non, equi para todas las causas y condiciones que concurren en la producción de un resultado, ya que todas cooperan a su producción, - sin que ésta implique que al hacerse la valoración jurídica de tales condiciones, a efecto de determinar la responsabilidad jurídico penal de cada uno de los cooperantes en el delito, no pueden valorarse, desde el punto de vista jurídico y de la reprochabilidad que implica la culpabilidad, en forma diversa, dichas condiciones imponiendo penas distintas a aquellas que hubieron puesto en movimiento condiciones o causas que descubren en ellos una mayor culpabilidad, sin perjuicio de salvar siempre desde el punto de vista de la causalidad, la equivalencia-causal de todas las condiciones en orden a la producción del resultado". ( 66 )

"Al hecho delictuoso, en plano material, se integra tanto con la conducta, como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta por su parte, puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad, no es otra que la denominada conditio sine qua non o de la equivalencia de las condiciones, - la cual se enuncia diciendo: "causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado, siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal", cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida evidentemente el resultado no se hubiere presentado producido; lo anterior, sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría conditio sine qua non, sin

( 66 ) Anales de JURISPRUDENCIA. Citada por Celestino Porte Petit en su obra Apuntamientos a la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa, México, 1930, p. 337.

que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de aplicación de tal criterio, tales como el de culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe encontrar solución sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea, la culpabilidad". ( 67 )

La teoría en cuestión, también ha sido criticada, porque da una extensión excesiva al concepto de causa. Y al respecto Antolisei señala: "...puede hacerse el reproche de una excesiva extensión de la palabra causa, extensión que lleva a resultados en contraste con la exigencia del Derecho y del sentimiento del jurista". Maggiore manifiesta que: "...esta teoría aún siendo de las más sólidas, conduce a graves errores, -- pues el abolir de toda distinción entre causa, concausa y condición, se extiende por tanto el concepto de causa que se hace caer en él los precedentes más remotos". Cuello Calón señala que "...esta doctrina conduce a una desmedida extensión del concepto de causa y de la responsabilidad penal que no puede aceptarse". ( 68 )

Y por último, Arilla Bas dice: "...esta teoría ha sido criticada por una dimensión excesiva del concepto de causa, poniendo a cargo del sujeto activo del delito, resultados que no ha querido ni aún previsto". ( 69" )

- 
- ( 67 ) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Tomo XXVI 6a Época, Segunda parte, p. 134
- ( 68 ) ANTOLISEI, MAGGIORE, CUELLO CALÓN, citados por Celestino Porte Petit en su obra Importancia Dogmática Jurídico Penal, Ed. Porrúa S.A., México, 1954, p. 440.
- ( 69 ) ARILLA BAS, ob. cit., p. 270.



## TEORIA DE LA ADECUACION O CAUSACION ADECUADA

Esta teoría es considerada como una limitante a la teoría de la equivalencia de las condiciones, que no acuerda que cualquier condición sea causa del resultado, sino únicamente toma una de ellas, escoge la que considera productora del resultado, fundándose en un criterio naturalístico.

La conducta que debe considerarse causa en esta teoría es aquella apropiada para producir normalmente un resultado.

Jiménez Huerta señala: "...la causalidad que al Derecho interesa, no es pues, la causalidad ciega, sino que es adecuada e idónea para la producción del resultado jurídicamente relevante" ( 69 )

El citado autor, sostiene que la idoneidad de la conducta para producir un resultado dado, no puede ni debe ser enjuiciado en forma abstracta, sino en las concretas condiciones en que el agente operó. Señala que es preciso examinar con exquisito tacto, la concreta situación histórica en que el agente actuó para resolver si las concausas operantes excluyen o no el nexo causal. Sostiene que un hecho preexistente, simultáneo o superviniente a la conducta del sujeto, interrumpe el nexo causal, cuando hace surgir consecuencias extraordinarias y, excepcionalmente que en curso de los hechos análogos no se derivan de una acción del sujeto. El autor en cita menciona: "... causa adecuada, es pues, la conducta humana, que además de ser conditio sine qua non de un resultado, asume relevancia ante la imagen rectora de un tipo penal por implicar una forma idónea -

---

( 69 ) JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano Tomo I y II, Ed. Porrúa S.A., México, 1981, pp. 105 y 106.

para producirlo, tomando en cuenta la concreta situación en que el agente ha actuado". ( 70 )

Arilla Bas, por su parte dice que: "... esta teoría trata de limitar el proceso causal-comportamiento-resultado. La causa adecuada, significa causa idónea, es necesario-para establecer el nexo causal entre el comportamiento y la -- conducta un juicio de idoneidad, referido al caso concreto. El comportamiento será adecuado al resultado cuando exista entre-ambos una relación de necesidad, de manera que el segundo no ha ya podido ser producido por una causa diferente del primero. La relación de necesidad se interrumpe por concurrencia de concausa que la rompe,". ( 71 )

Como referencia solamente, mencionaremos dos teorías más, la de la última condición, de la causa próxima o - de la causa inmediata y la teoría de la condición más eficaz.

**TEORIA DE LA ULTIMA CONDICION, DE LA CAUSA PROXIMA  
O DE LA INMEDIATA**

Esta teoría sostiene que de las causas produc- toras del resultado, sólo es relevante la última, es decir, la más cercana al resultado. Esta teoría expuesta por Ortmann, no es admitida por varios autores, pues resta valor a las demás - concausas.

---

( 70 ) JIMENEZ HUERTA, Mariano.ob., cit., pp.117.

( 71 ) ARILLA BAS. ob., cit., p. 349.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

## TEORIA DE LA CONDICION MAS EFICAZ

De acuerdo a esta teoría, sólo es causa del resultado, aquella condición que en la pugna de las diversas ---- fuerzas antagónicas, tenga una eficacia preponderante, igual que la anterior, esta teoría es inadmisibile, pues constituye una limitación a la de la equivalencia de las condiciones, negando la eficacia de las concausas y por ende la participación en el delito.

### D.4.2. LA RELACION CAUSAL EN MEXICO

Por lo que toca a la codificación en materia penal, hay que mencionar que los códigos penales de 1871 y 1929 así como el de 1931, no contienen dispositivo alguno que normede manera general, la causalidad material.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, en sus artículos 303 fracción 1, 304 y 305, reglamenta la causalidad en orden al homicidio.

El autor Gonzalo J. Trujillo Campos, manifiesta que : "...por lo que toca a nuestro Código Penal vigente desde el año de 1931, tampoco ha sido arbitrada regla alguna que regule genérica y normativamente el problema de la relación de causalidad material u objetiva. Al igual que los anteriores, el vigente ordenamiento punitivo contiene tan sólo un conjunto de reglas tendientes a solucionar las diversas cuestiones que la relación material de causalidad plantea en el delito de homicidio". ( 72 )

---

( 72 ) TRUJILLO CAMPOS, Gonzalo. Relación Material de Causalidad en el delito. México, 1978. P.14

Así en este trabajo, lo único que se puede -- mencionar al respecto, es que la relación causal en nuestro --- país, no se encuentra aún regulada, a excepción de los precep- tos ya mencionados que sólo regulan este tema, en el delito de homicidio y concretamente para el delito que nos ocupa, que es el de Robo de Uso, previsto en el numeral 380 de nuestro Cód- igo punitivo, no encontramos disposición alguna referente a su relación causal.

#### E. AUSENCIA DE CONDUCTA

Al respecto el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, nos comenta: "...tócamos ocuparnos ahora del aspecto negativo- de la conducta, es decir, de aquellos casos en que no hay con- ducta. Ninguna duda cabe que no constituyen conducta los hechos de la naturaleza en que no participa un hombre, perteneciendo a la historia de nuestra ciencia la punición de cosas y animales. Más problemática se hace la capacidad de conducta de las perso- nas jurídicas que también hemos rechazado. Reducida pues, nues- tra consideración a los acontecimientos en que toma parte un -- hombre -que hemos denominado "hechos humanos"- dijimos que no - todos ellos son conductas, sino únicamente los hechos humanos - voluntarios. Centraremos nuestro análisis en la distinción de - los hechos humanos voluntarios de los involuntarios, para des- cartar estos últimos, es decir, que investigaremos aquellos --- sucesos en que participa un hombre sin voluntad. Los supuestos en que no haya voluntad pese a participar un hombre son los si- guientes: A) Fuerza física irresistible; B) Involuntabilidad - (estado de inconsciencia y, parcialmente, "incapacidad de diri- guir las acciones". ( 73 )

capítulo tercero

Este es el concepto que nos da el autor Eugenio Raúl Zaffaroni y más adelante haremos referencia a los supuestos que nos mencionamos como aspectos negativos de la conducta. Por lo pronto pasemos a ver que opina el maestro Fernando Castellanos Tena al respecto: "...La conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana, en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto dice Pacheco que --- quien así obra, no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente (no amedrentado no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es tan -- inocente como la espada misma de que un asesino se valiera"

( 74 )

Nosotros por nuestra parte consideramos correctos ambos criterios y toda vez la introducción del maestro Zaffaroni, la cual recogemos y nos sometemos a ella no nos queda gran cosa por manifestar, sólo que si la conducta es el primer elemento de integración conceptual del delito, la ausencia de la misma constituirá su aspecto negativo y, en consecuencia, la inexistencia del delito.

Consideramos que si bien es cierto que los estados de inconsciencia, no constituyen conducta alguna, también lo es que para efectos de nuestro Derecho Positivo, estos estados de inconsciencia, constituyen las causas de inimputabilidad y cabía hacer la importante mención, que habría que distinguir si esos estados de inconsciencia fueron producidos involuntariamente o voluntariamente por el sujeto activo y en este último supuesto, la responsabilidad penal tendrá que ser plena para el sujeto activo.

En mi personal punto de vista, son auténticos aspectos negativos de la conducta:

- A) Vis absoluta;
- B) Vis Maior;
- C) Movimientos reflejos; y
- D) Hipnosis.

Respecto al sueño y sonambulismo, éstos constituyen auténticos estados de inconsciencia.

Los estados de inconsciencia fisiológico-patológicos constituyen una causa de inimputabilidad, si el origen de los mismos es involuntario en el sujeto activo.

Si el sujeto activo provocó su estado de ---- inconsciencia, por ejemplo por haber ingerido en exceso bebidas embriagantes, debe ser castigado penamente conforme lo marca la Ley, pues fue decisión de él, procurarse su estado de inconsciencia. Cabe hacer notar, en la práctica de las agencias investigadoras del Ministerio Público y en los juzgados penales de primera instancia así como en los mixtos de paz, la excesiva cantidad de asuntos que se ventilan, de delitos que se han cometido bajo los influjos de las bebidas embriagantes o de las -- drogas, ya sea por ingerirlas o bien por conseguirlas.

Dice Mezger que como quiera, en los casos de absoluta falta de consciencia no existe la "acción", ni por tanto, relevancia penal alguna del proceso ocurrido, no es posible interpretar la frase "estado de inconsciencia" en el sentido de una total exclusión de la consciencia, sino sólo como una perturbación de alto grado de la misma". ( 75 )

Quedan comprendidos en este actuar las acciones explosivas de los iracibles e irritables, las que tienen su mecánica en el campo de la histeria, los estados de embriaguez patológicos, los estados crepusculares afectivos.

El maestro Carrancá y Trujillo considera los estados específicos de inconciencia como causa de inimputabilidad y no como ausencia de conducta. Al respecto dos grandes -- grupos de alteraciones de la vida animada de la personalidad:

"1.- La pérdida de la conciencia denominada - demencia, locura, alienación o enajenación mental; es un estado general o total de inconciencia; y

2.- Las perturbaciones más o menos profundas de la conciencia, en las que sin embargo, aunque anormalmente, la conciencia subsiste en mayor o menor grado. Tales estados, presentan a su vez dos diferentes órdenes; o tienen un origen fisiológico o lo tienen patológico. La perturbación fisiológica de la conciencia se ofrece en los campos de sueño, sonambulismo, hipnotismo. Por su parte la perturbación patológica de la conciencia será en otros casos: a) estados producidos por - la ingestión de sustancias enervantes, embriagantes o tóxicas; b) ciertos estados tóxicos infecciosos y c) estados crepusculares de mayor o menor duración y transitorios (con base histérica, epiléptica o esquizofrénica) y estados de desmayo. Todos - los estados de perturbación, los fisiológicos y los patológicos, cuando son suficientemente extensos y profundos, pueden - producir la inconciencia; y para los efectos jurídicos, pueden ser causa de inimputabilidad". ( 76 )

No hay conducta cuando el comportamiento es obtenido por la fuerza irresistible, producida de modo mecánico. Poco importa -dice Maurach- "que la fuerza venga de otro hombre o de una fuerza natural". (77)

( 76 ) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Las causas que excluyen la incriminación, Ed. Porrúa S.A., México, 1944, pp. 201 y 202.

( 77 ) MAURACH, Reinhart, ob., cit., p. 216.



Los movimientos realizados bajo el influjo de una fuerza irresistible (casos de la llamada VIS ABSOLUTA), es to es, movimientos corporales en los que la persona, a conse-- cuencia de la fuerza exterior que sobre él ejerce, actúa como instrumento sin voluntad en manos de otros". ( 78 )

No existe pues, una libre voluntad cuando el - hombre interviene como simple naturaleza muerta -fuerza mayor- o como mero instrumento material -fuerza irresistible-.

Nuestro Código Penal vigente, contempla en la - primera parte de la fracción IV del artículo 15, como excluyen-- te de responsabilidad el caso de la "VIS COMPULSIVA" que es -- muy distinta a la "VIS ABSOLUTA", en aquélla quien elige entre-- el mal con que se le amenaza y el daño cuya producción se le -- exige, no obstante obrar constreñido por una amenaza, actúa con el concurso de la voluntad y por ende, realiza una conducta en los de vis absoluta, ésto es precisamente lo que falta, y por - ello no hay conducta.

El concepto jurídico penal de la conducta está-- constituido, en la acción, por una voluntad y un hacer algo, y en la omisión por una voluntad y un dejar de hacer algo.

Tomando conceptos de conducta de la vida real,- comodebe ser, no tienen porque variar los componentes estructu-- rales de dichas nociones.

La acción final -expresa Hans Welzer- "es la vo-- luntad conciente del fin, rectora del acontecer causal. Ello es el factor de dirección que configura el suceder externo y lo - convierte, por tanto en una acción dirigida finalmente; sin -- ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebá-- jada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real pertenece por ---

ello a la acción". ( 79 )

La finalidad se manifiesta, con la mayor fuerza, en el hecho doloso; en él la voluntad de acción y dolo son absolutamente idénticos. Maurach dice que el hecho imprudente - está también supradeterminado finalmente. Tan sólo el punto de referencia del actuar final es en el distinto, mientras que la finalidad de los hechos dolosos se orienta al resultado típico, los delitos no dolosos se caracterizan por el hecho de que la finalidad está dirigida a un resultado jurídicamente irrelevante". ( 80 )

La maestra Olga Islas, enseña que elemento subjetivo que integra el concepto de acción es "una voluntad finalista legislada", que a su vez se compone de un elemento intelectual (conocer) y un volitivo (querer). La voluntad finalista -expresa- se define desde un punto de vista típico. Si el contenido de ella coincide con el contenido del tipo, es una voluntad dolosa. En otros términos: La voluntad finalista legislada, cuando es típico al fin propuesto, constituye el dolo. Si por el contrario, el contenido de la voluntad no es típico, o sea, si el sujeto dirige su voluntad hacia un fin atípico, concretizando, por supuesto un tipo, la voluntad es culposa". (81)

Los autores tradicionalistas estudian la actividad causal que figura en la acción fuera y antes del tipo, sin advertir que los tipos son precisamente descriptivos de conductas. El tipo comprenderá como fenómeno complejo, cuando menos una conducta concreta prohibitiva. O como dice Maurach, es "la descripción de una determinada conducta humana antijurídica".

( 82 )

---

( 79 ) WELZEL, Hans, ob., cit., pp. 267.

( 80 ) Hans Welzel, citado por Reinhart Maurach. Tratado de Derecho Penal, Traducción de Juan Córdoba Roda. Ed. Ariel, Barcelona, 1961, p. 267.

( 81 ) ISLAS, Olga y RAMÍREZ Elpidio, ob., cit., p.p. 63 y 64.

( 82 ) MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Podova, Ed. Derecho Privado, Barcelona, 1935, p. 267.

En estas condiciones, la actividad causal, como elemento de la conducta tipificada por la ley, es una figura legal, debe definirse o entenderse en relación al tipo; en otras palabras, la actividad causal no es un hacer algo, sino de un hacer típico. "En los tipos que no contienen un resultado material, expresamente se indica la actividad -manifestación de voluntad, constitutiva de la acción. En cambio en los tipos que señalan un resultado material no siempre aparece evidentemente la pertenencia del hacer algo al tipo, como ejemplo, puede citarse al homicidio; la expresión de privar la vida a otro parece por su aparente amplitud, escapar a la restricción propia que representa al tipo. Sin embargo, el verbo "privar" alude un hacer "algo" claramente definido; únicamente es de interés para el tipo, la actividad que se traduce en "privar de la vida a otro". ( 83 )

El maestro Pavón Vasconcelos, opina que en el delito de robo, que el sonambulismo y la sugestión hipnótica, constituyen la ausencia de la conducta y señala que sólo estos dos estados pueden ser considerados como tales, en este delito. Sin embargo, manifiesta en su obra, que autores como Von Litz y Jiménez de Asúa se oponen a este criterio y colocan al sonambulismo y a la sugestión hipnótica como aspectos negativos de la putabilidad. El maestro Pavón Vasconcelos, define su postura al decir: "...en nuestro criterio, son factibles de sugestión hipnótica y sonambulismo, dado que el actuar del sujeto es involuntario por lo que al faltar el elemento psíquico conciente en el querer (voluntad) realizar la acción, no puede hablarse de conducta conciente", y más adelante nos dice este mismo autor: -- "...los referidos estados quedarían comprendidos en nuestro Derecho Penal Positivo, como causas de inimputabilidad, por encontrar perfecto acomodo en las eximientes de la fracción II del artículo 15 del Código (Penal), aún -- cuando, en nuestra opinión no es necesario buscar el fundamento de la inexistencia del delito, en aquel extremo, sí es evidente que la ausencia de la voluntad trae como consecuencia la inexistencia de la conducta". ( 84 )

---

( 83 ) ISLAS, Olga y RAMIREZ, Elpidio, ob., cit., pp. 71 y 72.  
 ( 84 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, Comentarios de Derecho Penal, Parte Especial, Robo, Abuso de confianza y Fraude genérico y simple., - Ed. Jurídica Mexicana, México, 1964, p.165.

Una vez analizadas las condiciones anteriores, podemos concluir que no es posible dar acomodo a la figura de ausencia de conducta en el delito de robo de uso, toda vez que la ausencia de conducta implica ausencia de voluntad para realizar la acción y quien comete este delito tiene que estar conciente (tener voluntad) al momento de llevar a cabo el acto (toma de la cosa), toda vez que tiene que estar igualmente conciente de usar la cosa (ANIMUS UTENDI) temporalmente y devolverla; existe el dolo específico.

### E.1. VIS MAIOR

La VIS MAIOR debe entenderse como "La fuerza física exterior irresistible proveniente de la naturaleza". Aunque propiamente la ley, no hace referencia concreta al caso, podemos decir que en la misma fracción I, del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, encuentra la VIS MAIOR, su origen legal.

A diferencia de la vis absoluta, la cual debe -- provenir de un ser humano, la vis maior debe provenir de un hecho antural, tal como un relámpago, un sismo, la caída de un árbol, etc.

Si un sujeto, comete algún delito, impulsado físicamente por un suceso de la naturaleza, tanto la ley como la doctrina, coinciden en afirmar que el sujeto activo, actuó sin voluntad de dañar a alguien, hubo en ese momento ausencia de conducta.

Al igual que en la vis absoluta, el sujeto activo se convirtió en un simple medio, en un instrumento para la comisión de un injusto. Es por tanto, considerar inocente el sujeto que causa daño a un bien jurídicamente tutelado, si obró compulsado por una fuerza física exterior irresistible proveniente de la naturaleza.

Cabe hacer notar que dicha fuerza tiene que ser superior a la del sujeto, es decir, que humanamente no puede evitarse.

El autor mexicano Fernando Castellanos Tena opina: "...es unánime el pensamiento, en el sentido de considerar como factores eliminatorios de la conducta a la vis maior -- (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos. Entre nosotros estas causas adquieren carácter supralegal, por no estar expresamente destacadas en la ley, pero pueden operar, porque su presencia demuestra la falta de elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que como hemos dicho, es siempre un comportamiento humano voluntario. Sólo resta añadir que la vis absoluta y la vis maior difieren por razones de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía no humana". ( 85 )

Ignacio Villalobos distingue el caso fortuito de la vis maior en la siguiente manera: "... y si en el supuesto caso en que la causa sea una fuerza no humana, gramaticalmente pudiera o no convenir al hecho la denominación de -- "caso fortuito", pero no hay que olvidar que la técnica jurídica penal se ha empeñado en distinguir la excluyente de responsabilidad que consigna con este nombre, haciendo referencia no sólo a casos en el que el hombre actúa cuando pone un vehículo en movimiento y el daño penal se produce por la combinación de actos del sujeto con algo que no ha previsto y que es inevitable, ejemplo, la ruptura de la dirección y la caída de una persona a la vía, supuestos en que la falta de previsión, la previsibilidad y la evitabilidad de lo ocurrido, el querer, el -- consentir, el lograr el dolo y la culpa, en pocas palabras --- constituye la excluyente de culpabilidad. En cambio, cuando el sujeto no participa, es decir, pone en movimiento algo voluntario de su parte que pudiera ser una causa ocasional de lo que-

---

( 85 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A., México, 1984, p.p. 163 y 164.

ocurra, en consecuencia no sólo falta la culpa en él, sino que hay ausencia total de un acto suyo". ( 86 )

En el delito que estamos analizando, no resulta lógico pensar que el sujeto activo que se apodera de un bien - mueble ajeno, injustamente y con carácter temporal devolutivo, actúe impulsado por una fuerza física exterior irresistible -- proveniente de la naturaleza, por lo que como se ha venido repitiendo a lo largo de este trabajo, la figura delictiva de Robo de Uso o Uso Abusivo como lo han denominado los estudiosos de la materia, no acepta ninguna forma de ausencia de conducta en su comisión, así pues, descartamos a la vis maior como excluyente de responsabilidad en el citado delito de estudio.

## E,2, VIS ABSOLUTA

Al respecto el artículo 15 fracción I del Código Penal vigente para el Distrito Federal, nos señala:

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

I.- Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible".

Cuando esta fuerza física exterior irresistible proviene de un ser humano, estaremos frente a la llamada VIS ABSOLUTA, considerada por nuestro Derecho Positivo, como una ausencia de conducta.

Si una persona es empujada por otra, en forma violenta tal, que es imposible detenerla, y al ser impulsada o proyectada por la fuerza de la otra, éste comete alguna conducta sancionada por la ley, en este caso se considera que --

---

( 86 ) VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa S.A., México, 1955, p.p. 31 y 32.

existe una ausencia de conducta (excluyente de responsabilidad penal), pues el inculpado, obró involuntariamente, es decir, no tenía deseos de causar algún daño, simplemente fue víctima de una circunstancia ajena, superior a su resistencia física, simplemente fue un medio.

Dice el maestro Fernando Castellanos Tena: "... una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta o fuerza física exterior irresistible a que se refiere la fracción I del artículo 15 del Código Penal del Distrito. En el fondo de esta-eximente en vano se ha querido encontrar una causa de inimputabilidad; cuando el sujeto se haya compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable, si posee salud y desarrollo mentales para comportarse en el campo-jurídico-penal, como persona capaz. Por lo mismo no se trata de una causa de inimputabilidad; la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta. Así lo ha venido enseñando en nuestra facultad a partir de -- 1936 el profesor Villalobos, quien desde entonces ubicó centeramente esta causa eliminatória del elemento objetivo del delito,

La conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto dice Pacheco que quien así obra no en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera". ( 87 )

---

( 87 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., pp. 162.

El maestro Castellanos, deja aquí, fuera de toda posibilidad, el considerar a la vis absoluta como causa de inimputabilidad, y correctamente la ubica como ausencia de conducta. En este mismo sentido se manifiesta el Magistrado Licenciado Humberto Enrique Tirado Gutiérrez, en su cátedra universitaria.

Si una persona es empujada por el tumulto de gente, por ejemplo en una estación del metro de la ciudad de México, y éste a su vez, por no poder impedir el empujón el cual es superior a su fuerza (no lo puede evitar o evadir), se proyecta sobre de otra persona y la arroja a las vías del convoy, provocándole con esto la muerte, resulta lógico pensar que esta persona careció de voluntad al momento de proyectarse sobre la víctima, es decir, en ningún momento tuvo la intención o el deseo de causarle daño a otro. Simplemente fue un instrumento carente de conducta

El supuesto de la vis absoluta, no es posible encuadrarlo en el robo de uso, pues como ya se manifestó en el punto anterior, el sujeto que toma algo, conciente que tiene que devolverlo, no puede obrar impulsado por una fuerza física exterior irresistible.

Para el maestro Zaffaroni la vis absoluta es: - "...por fuerza física irresistible deben entenderse aquellos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como mera masa mecánica. Ejemplo de estos acontecimientos son los siguientes: No hay delito de daño cuando un sujeto que está delante de un escaparate lleno de cristales y porcelanas es empujado contra el mismo, causando un destrozo del cristal y de los objetos; no hay homicidio cuando un sujeto es empujado por un grupo de cincuenta personas contra una anciana que queda aprisionada entre él y la pared



muriendo asfixiada; no hay lesiones leves por parte de un sujeto que está sentado al borde de una piscina, si recibe un empujón que le hace caer dentro de la piscina causando lesiones a un bañista; no hay homicidio culposo por parte de quien va conduciendo un vehícullo, si su acompañante le toma las manos haciéndole desviar el volante; etc. Ejemplos más alambicados son el de quien va forzando su brazo con un puñal para herir a un tercero, el de quien va forzado su brazo para escribir, etc. ( 88 )

Celestino Porto Petit escribe: "...el Código Mexicano innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerza física en la fracción I del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad, -- cuando constituye un aspecto negativo del delito, hipótesis -- que queda sintetizada en la fórmula NULLUM CRIMEN SIME ACTIONE". La opinión anterior corrobora lo expuesto, tanto sobre la fijación de la verdadera naturaleza jurídica de la vis absoluta, como en relación a que es irrelevante su inclusión expresa en el Código Penal en el capítulo de las eximentes. Sin embargo, - diferimos del parecer del profesor mexicano, únicamente respecto a su afirmación en el sentido de que la vis absoluta no es excluyente de responsabilidad; lo es precisamente por eliminar un elemento esencial del delito: la conducta humana". ( 89 )

Por lo que hace al delito de robo de uso, como ya se manifestó, su comisión no acepta ninguna de las formas de ausencia de conducta concretamente, por lo ya explicado en este punto, la vis absoluta no encuentra acomodo en las excluyentes de responsabilidad, del delito en estudio.

---

( 88 ) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob., cit., pp.380.

( 89 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., pp.162.

### E.3. MOVIMIENTOS REFLEJOS

Como ya lo explicamos, la conducta es la voluntad del hombre, y por lo tanto si no hay voluntad no hay conducta. Cualquier individuo que sufra un movimiento reflejo, y como consecuencia de ello cometa algún ilícito, sería injusto -- castigarlo, pues a todas luces es visto que al realizar la -- conducta, careció de voluntad, por lo tanto no habrá conducta alguna relevante para el Derecho Penal; habrá una ausencia de conducta. Si bien es cierto que hubo una acción, un movimiento (reflejo), esa acción por carecer de voluntad carece de relevancia al Derecho Penal.

Los movimientos reflejos, constituyen una causa supralegal eliminatoria de responsabilidad penal, en virtud de no estar prevista en nuestra legislación punitiva, sin embargo, se consideran perfectamente válidos, pues como se repite, esa acción carece del factor volitivo.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos cita a Mezger, diciendo al respecto: "...los actos reflejos: éstos son -- al decir de Mezger-, "...los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorial a un centro motor y produce el movimiento". En los actos reflejos hay, como en las demás situaciones examinadas, movimientos corporales más no la voluntad necesaria para integrar una conducta. ( 90 )

---

( 90 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa S.A. México, 1974, p. 236.

De los supuestos de ausencia de conducta, como lo son el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo, y los movimientos reflejos, son estos últimos, los que a mi criterio constituyen una verdadera causa de ausencia de conducta como más adelante explicaré.

#### E.4. SONAMBULISMO

Aunque en este trabajo, hayamos ubicado al sonambulismo, dentro de los supuestos de ausencia, en mi criterio esta figura debe ser encuadrada definitivamente como la causa de inimputabilidad, en virtud de que el sujeto que cae bajo los efectos del sonambulismo, definitivamente se encuentra enfermo, por eso debe considerársele como un estado patológico - que produce la supresión de las facultades mentales, ocasionando que el sujeto obre no sólo sin voluntad, sino además fuera de su capacidad intelectual de querer y de entender.

El sonámbulo ni quiere, ni entiende la conducta, es totalmente inimputable. Su mal es patológico y debe ser tratado por médicos especialistas. Sin embargo, el autor Miguel-Angel Cortés Ibarra, opina que el sonámbulo puede inclusive --- ser responsable a título de culposo, de su conducta al manifestar en su obra: "Sonambulismo.- Estado de inconciencia natural, no provocado; excluye la responsabilidad cuando actúa como elemento de la voluntad.

El sonambulismo puede dar lugar a delitos culposos, cuando quien, sabiendo de su anomalía. Es el caso de quien en este estado acostumbra disparar un revólver; conocedor de ello, continúa guardándolo en el mismo lugar. Cierta noche, en el mismo estado de inconciencia, dispara el arma privando de la vida a un allegado familiar. Indudablemente es responsable a título de culpa del delito cometido. Luis Jiménez de Asúa --

precisa la responsabilidad de que el sonámbulo cometa delitos, narrando el siguiente caso: "...había un religioso de humor me lancólico que era sonámbulo; una noche -narra el prior- que no me había acostado a la hora ordinaria, estaba en mi escritorio ocupado en examinar algunos papeles, cuando oí abrir la puerta de mi celda, que jamás estaba cerrada con llave, y bien pronto ví entrar al religioso en un estado de absoluto sonambulismo. Tenía los ojos abiertos, pero fijos, no vestía otra ropa que -le túnica de dormir y llevaba un gran cuchillo entre las manos Dirigiéndose directamente a mi cama, cuya situación conocía y tanteando con la mano, para comprobar si efectivamente me encontraba allí, descargó tres grandes cuchilladas, tan terribles que después de haber atravesado las ropas, la hoja penetró profundamente en el colchón, o más bien en la estera que servía de sostén. Cuando pasó ante mí, tenía el rostro contraído, las cejas fruncidas. Una vez realizado el acto, observé que su cara estaba tranquila, denotando cierto aire de satisfacción". - Dom Duhaget, añadió: "al día siguiente hice llamar al sonámbulo y le pregunté sin afectación que había soñado al noche precedente. Ante esta -pregunta se turbó: "Padre mío -me respondió-, he tenido un sueño extraño que realmente me cuesta trabajo referiroslo; quizá sea la obra de un demonio y ." "os lo ordeno-replique-. Un sueño es siempre involuntario sólo es una ilusión hablada con sinceridad ". "Padre mío -dijo entonces-, poco tiempo después de haberme acostado, soñé que habiáis matado a mi madre, que su sombra sangrante se me había aparecido para -pedir venganza y que a su visita fui presa de tal furor, que -corrí como loco a vuestra habitación, y que habiendo os encontrado en el lecho, os había apunhalado. Poco tiempo después me había despertado bañado en sudor, horrorizado por mi atentado y en seguida bendije a Dios por no haber cometido tan grave --crimen". "Pues lo habéis cometido, más lo que pensáis -le dije con un aspecto serio y tranquilo. Entonces le conté lo que había ocurrido y le mostré las señales de las cuchilladas que ha

que había creído dirigirme. Ante esto se arrojó a mi pies, -lagrimeando y gimiendo por la infortunada involuntaria que había podido ocurrir e implorando la sentencia que creyese, de berta infligirle".

Afirma el maestro español, que este episodio, le fue relatado por BRILLAT-SAVARIN, que a la vez se lo transmitió DON DUHAGET, Prior de la Cartuja de Pierre Chatelle". - ( 91 )

Cita el maestro Castellanos Tena lo siguiente: "...según la autorizada opinión del maestro Ignacio Villalobos, en el sonambulismo si existe conducta, más falta una -- verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes de la - subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes sólo producen "una especie de conciencia", no correspondiente a la realidad (inimputabilidad)". ( 92 )

Definitivamente, considero que el sonambulismo, no constituye más que una verdadera causa de inimputabilidad.

## E.5. HIPNOTISMO

Sin lugar a dudas, fue una de las figuras más complejas que encontré de las excluyentes de responsabilidad penal. En el hipnotismo, el sujeto no se encuentra enfermo, ni temporal ni permanentemente. sin embargo, su capaci--

( 91 ) CORTES IBARRA, Miguel Angel, Derecho Penal, Córdasas Editor y Distribuidor, México, 1967, p.p. 305 a 307.

( 92 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p. 164.

dad intelectual y volitiva son nulas al caer bajo los efectos del hipnotismo, Algunos autores colocan a esta figura como ausencia de conducta y otros como causa de inimputabilidad. Yo en lo personal, opino que si el sujeto consintió ser hipnotizado, no habría duda de estar frente a una ACTION LIBERAE IN CAUSA; si justifica haber sido víctima plenamente, de tal estado el individuo sería inimputable, pues no sólo carecería de voluntad, sino también de capacidad intelectual, es decir, ni quería ni entendía lo que sucedía, convirtiéndose en un mero instrumento del delito, como lo son las armas, por ejemplo.

Aún y cuando se considere completamente sano al hipnotismo, respecto a sus facultades mentales, no cabe duda que al haber estado hipnotizado, durante ese tiempo, fue víctima de un trastorno mental transitorio.

Resulta interesante interrogarse si algún individuo, puede someterse voluntariamente a estado de hipnosis, para poder cometer un delito. En el caso de una respuesta afirmativa a la cuestión, ni duda habría de la peligrosidad del sujeto y se estaría frente a una acción libre en su causa, por lo que no se eliminaría de ninguna manera, la responsabilidad penal.

A este respecto nos comenta el ilustre maestro, Don Miguel Angel Cortés Ibarra: "...sugestión hipnótica.- Es la sugestión hipnótica, el hipnotizado no revela en los actos que realiza, su concreta y auténtica personalidad, sino que actúa como instrumento del hipnotizador, sometiendo incondicionalmente a sus mandatos.

Actualmente se debate la siguiente cuestión: ¿Durante el sueño hipnótico se está en posibilidad de realizar cualquier tipo de delito, por grave que éste sea?

Nancy y sus seguidores, sostienen que el hipno

tizado, al alcanzar el máximo grado de hipnotismo, se convierte en mero instrumento del hipnotizador, que lo impelo a realizar todo tipo de conducta, sin que oponga ningún obstáculo de carácter psicológico.

Voisen y Bertillón, afirman que: "...que los degenerados, los predispuestos al delito, son incapaces de resistir, pero no lo son los sujetos moralmente sanos, pues cuando el delito que se les ordena es grave, dá lugar a un choque psíquico y al consiguiente despertar de su personalidad auténtica, aunque sea parcialmente".

En el trastorno mental transitorio, la inimputabilidad se traduce en un temporal estado de inconciencia de origen accidental e involuntario, por lo que, si el hipnotismo produce la supresión de las facultades mentales, el agente será plenamente inimputable, resultando indiferente al hecho de que el agente era o no proclive al delito.

En la inimputabilidad se discute la conciencia e inconciencia, no la peligrosidad del autor. Debe, reconocerse pues, en la hipnosis, una excluyente de imputación, si se comprueba que en el momento de obrar, el agente se encontraba en pleno estado de inconciencia, siendo intrascendente la determinación de la mayor o menor resistencia al delito revelada por el autor". ( 93 )

La voluntad del hipnotizado fue apoderada por un tercero, que es quien da la orden, pues posee dominio sobre la voluntad del hipnotizado, quien se convierte a su vez en simple arma, sólo recibe órdenes, las cuales generalmente cumple durante ese estado de trastorno. No hay que olvidar que en algunos casos, el hipnotizador sugestiona al hipnotizado para que realice una determinada conducta cuando salga del trance, y

asimismo, en otro supuesto, podría darse el caso, de que durante el sueño hipnótico, el hipnotizado, cometiera algún ilícito accidentalmente, es decir, sin que se le hubiera dado alguna orden anterior.

Francisco Pavón Vasconcelos nos dice: "...El hipnotismo.- El hipnotismo constituye un fenómeno de realidad indiscutible, cuya existencia ha sido totalmente verificada en múltiples experiencias. Consiste esencialmente en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial. Tales manifestaciones pueden ir, desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambólico, pasando por diversas fases en las cuales se acentúa, en sus características externas, el grado de hipnotismo.

El estado sonambólico del hipnotizado, se identifica por la ausencia del dolor y el olvido de lo sucedido durante el sueño hipnótico, cuando se despierta de él. "Durante el sueño hipnótico el sujeto animado dá vida ajena, obra por mandato del hipnotizador. Puede ocurrir que también obre por sugestión posthipnótica y ya en estado de vigilia".

Se discute aún, si en estado hipnótico se puede realizar o no las órdenes dadas por el hipnotizador. Las opiniones se dividieron inicialmente en las corrientes representadas por: a) La Escuela de Nancy, la cual sostiene la posibilidad de ejecución de los actos ordenados, bastando repetir e insistir en ello por parte del hipnotizador, con lo que se aumenta el grado de sugestión en el hipnotizado. Esto origina, de parte del sujeto en estado hipnótico, un actuar verdaderamente automático, involuntario, impidiendo de la integración de la conducta.

b) La Escuela de París, que en posición opuesta sostiene la existencia de verdaderos actos automáticos por el hipnotizado, pues éste conserva la capacidad de resistencia, -



a las ordenes dadas por el hipnotizador, de tal manera que desobedecerá la orden si así lo desea.

c) La Escuela teleética o intencional, para la que los sujetos en estado hipnótico pueden ordinariamente resistirse a ejercitar lo ordenado, pero en ocasiones excepcionales no, obrando en esta última o situación por automatismo fenómeno dado solamente en individuos de notoria debilidad mental y proclives al delirio". ( 94 )

### E.6. SUEÑO

Para poder encuadrar al sueño, ya sea dentro de las ausencias de conducta o bien dentro de las causas de inimputabilidad, deberemos tomar en consideración los motivos que indujeron al sueño (cansancio, enfermedad o ingestión de farmacos o drogas), asimismo deberá precisarse si se trata de un estado de somnolencia o de sueño propiamente dicho. Es importante aclarar que no deberá confundirse el sueño con el sonambulismo.

El conductor de un camión feroz de pasajeros, que se queda dormido al volante provocando un terrible accidente, ocasiona diversos delitos. Su conducta la realizó dormido, o sea durante el sueño, sin embargo, si es responsable penalmente de sus actos, ya que pudo haber previsto y evitado dicha situación.

Si el sueño fue producido debido a una enfermedad, el sujeto es sin lugar a dudas, inimputable, toda vez que el estado fue patológico y ajeno a su voluntad.

( 94 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, ob., cit., p.p. 325 y 326.

Si el sueño fue producido debido a la ingestión de fármacos o drogas, es evidente una acción libre en su causa y no excluyente de responsabilidad.

El caso que realmente nos interesa, es el de -- sueño normal que todos debemos tener diariamente. En el caso -- por ejemplo, de una mujer que duerme con su bebé, y sin que -- rer se voltea sobre él y lo asfixia, ésta es inimputable, pues el sueño nos priva de toda capacidad mental, y por ende de la -- intelectual y de la volitiva; esto es, que durante el sueño to -- dos carecemos de la capacidad de querer y entender por lo cual -- somos inimputable. Si bien es cierto que falta de voluntad y -- como consecuencia habrá ausencia de conducta, también lo es -- que se ausenta la facultad intelectual para querer el resulta -- do.

Respecto al sueño, el maestro Francisco Pavón -- Vasconcelos nos dice: "...El sueño, estado fisiológico normal -- de descanso del cuerpo y de la mente conciente, puede originar -- movimientos involuntarios con resultados dañosos. Así por ejem -- plo, si una mujer de agitado sueño al moverse en su lecho sofo -- ca y mata con su cuerpo a su hijo recién nacido, colocado ahí -- por el padre, sin consentimiento de aquélla, habrá realizado -- un movimiento corporal y por ello expresado físicamente una ac -- tividad, un hacer, más faltará el coeficiente psíquico neces -- rio (voluntad) para que tal actuación sea relevante en el cam -- po del Derecho. Alno integrarse la conducta, por faltar la vo -- luntad, habrá inexistencia del hecho y por ende del delito.

A pesar de ello, en el mismo ejemplo, puede sur -- gir responsabilidad culposa de la madre sabiendo que su hijo -- recién nacido la acompaña en su lecho, conociendo lo agitado de -- su sueño, le produce la muerte por sofocación al aplastar -- su cuerpo sobre él durante un movimiento inconciente, pues el re -- sultado no fue previsto por ella, teniendo obligación de preve --erlo, en razón de la naturaleza previsible y evitable del hecho

o sabiéndola representada, tuvo la esperanza de su no aparición. Esta cuestión habrá de ser examinada al estudiar las acciones-libres de su causa (ACTIO LIBERAE IN CAUSA)". ( 95 )

El maestro Fernando Castellanos Tena manifiesta: "...para el mismo profesor (Ignacio Villalobos), el sueño puede dar lugar a una ausencia de conducta, pero también, según el caso, a una ACTIO LIBERAE IN CAUSA, cuando el responsable la prevee y la consiente al entregarse al sueño. Finalmente admite la posibilidad de que se configure una inimputabilidad, si entre el sueño y la vigilia existe un oscurecimiento de la conciencia y una gran facilidad de asociación de la realidad con las ilusiones o alucinaciones oníricas, que hagan al sujeto consumar actos mal interpretados y que, por supuesto, resulten tipificados penalmente". ( 96 )

Por mi parte, el sueño normal, queda definitivamente encuadrado dentro de las causas de inimputabilidad por reunir todos los requisitos y que ya hemos mencionado.

## F. TIPICIDAD

Los maestros de la materia, se han cansado en repetirnos una y otra vez: "...la tipicidad es el encuadramiento de la conducta al tipo penal decreto por la Ley". Así entonces tenemos que comprobar que la conducta (elemento ya analizado) del sujeto activo, sea precisamente la que se contiene en el tipo penal. Pero siento que se ha presentado la necesidad de saber que es el tipo penal. Pues bien, al respecto el maestro Fernando Castellanos Tena nos dice: "...el tipo es la crea

( 95 ) PAVON VASCOXELLOS, Francisco, ob., cit., p. 233.

( 96 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p. 164.

ción legislativo, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales", y continúa: "... la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto". ( 97 )

El tipo es el símbolo representativo o la figura de lo que debe ser un ilícito penal. El tipo es un ente abstracto formado por todas las características comunes a los hechos que la ley señala como delito.

El delito tipo debe considerarse capaz de circunscribir todas las figuras delictivas, es decir, que encierra la totalidad de los delitos, sin hacer grupos especiales, pues to que el delito tipo es una condición abstracta de todos los delitos; los tipos serán aquellas manifestaciones concretas - del poder punitivo del Estado que objetiza en la descripción - de conductas y resultados, estando así en presencia de un tipo de delito.

En sentido amplio se considera el delito mismo, a la suma de los elementos constitutivos. Edmundo Mezger, expresa que el término tipo en la Teoría General del Derecho es "El conjunto de todos los presupuestos cuya existencia se liga una consecuencia jurídica". ( 98 )

También se ha considerado en sentido más restringido al tipo como conjunto de las características de todos los delitos para fiderenciarlo del tipo específico, integrado por las notas especiales de una figura concreta del delito. - Mezger dice que: "...el tipo es en el propio sentido jurídico-penal, Ley en sus diversos artículos, cuya realización es válida de la sanción penal". ( 99 )

( 97 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p. 165.

( 98 ) MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 365.

( 99 ) MEZGER, Edmundo, ob., cit., p. 365.

Ignacio Villalobos dice que el tipo es: "... la descripción del acto o del derecho injusto o antisocial precisamente valorado como tal, en su aspecto objetivo y externo".  
( 100 )

El maestro Fernando Castellanos Tena, señala -- "... tipo a veces es la descripción legal del delito y en otras ocasiones, la descripción del elemento objetivo del comportamiento como sucede en el homicidio. (Comete homicidio el que priva de la vida a otro)". ( 101 )

En consecuencia el legislador al crear un tipo debe tener en consideración como elemento principal del tipo a un sujeto activo que es el que realiza la acción; al sujeto pasivo que es el que resiente el daño y al bien jurídico protegido y demás características necesarias para que se integre la figura delictiva.

La tipicidad, es la adecuación, el encuadramiento de una conducta al tipo descrito por el legislador como illícito, pudiéramos decir que la tipicidad es el delito real, por que es el acomodo del comportamiento voluntario y humano a aquellas descripciones que el legislador ha hecho y que conciden delictivas, por lo que la diferenciada tipo y tipicidad -- consiste en que uno es la descripción y la otra es la adecuación ya de una conducta a aquella descripción.

El delito sólo se concibe en el mundo fáctico y la conducta del hombre es su condición necesaria, pero sólo la noción de "conducta" no es suficiente para la existencia del delito, se necesita que sea típica, antijurídica y culpable, por lo tanto, el tipo constituye un resultado general del delito; de ahí la máxima jurídica NULLUM CRIMEN SINE LEGE.

( 100 ) VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 2a ed., México, 1960, p. 258.

( 101 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A., México, 1973, p. 166

La tipicidad es como un elemento de concreción y conocimiento, como la adecuación de una conducta a una descripción legal y el tipo penal como anotamos anteriormente la creación legislativa de una conducta que se estima delictuosa.

Celestino Porte Petit dice que la tipicidad es: "...la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la fórmula NULLUM CRIMEN SINE TIPO. Esta descripción la hace el Estado de la conducta en las normas penales vigentes en el momento de la celebración de la conducta". ( 102 )

Para Jiménez de Asúa la tipicidad: "... es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción". ( 103 )

Se dice que fue en Alemania donde nació la Teoría de la Tipicidad en el Derecho Penal, anteriormente se pensaba que el tipo lo formaban en su totalidad los elementos del delito excluyendo el dolo y la culpa, pero al hacerse el estudio como ya hemos anotado, tenemos que referirnos a Beling que al elaborar su teoría en el año de 1906, trató la tipicidad en su fase inicial.

A través por lo expuesto por el tratadista Jiménez de Asúa diciendo que: "...la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, apartándola totalmente de la antijuridicidad, y de la culpabilidad, denominándose a esta fase de la independencia.

Posteriormente surge una fase llamada Indiciaria y que es la segunda que surge en el año de 1915 Max Ernesto Mayer, que también lo interpreta Jiménez de Asúa, señalando que la tipicidad no es una descripción, sino que le atribuye un va

( 102 ) PORTE PETIT, Celestino, Importancia Dogmática Jurídico Penal, Ed. Gráfica Panamericana, México, 1964, p. 254

( 103 ) JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, Ed. A. Bello, 1945, p.254

lor indiciario de antijuridicidad, aunque sigue manteniéndose la independencia en la tipicidad y en la antijuridicidad. La tercera fase sería denominada la *RATIO ESSENCI*, o sea, la razón esencial de antijuridicidad, planteándose por Edmundo Mezger de 1926 a 1931, que el interpretario Jiménez de Asúa, opina que "para Mezger el delito es acción típicamente antijurídica y culpable, no se forma independiente, sino que la conducta debe ser típicamente antijurídica entrelazando como razón esencial la antijuridicidad.

Así Edmundo Mezger, tomando como base la tesis descrita, opina que el tipo no es sólo indiciario de antijuridicidad, sino actúa como fundamento de la misma; es por así decirlo, su *RATIO ESSENCI*.

Por eso al dictar su definición de delitos, no lo hace diciendo acción típica, antijurídica y culpable, sino, "acción típicamente antijurídica y culpable". ( 104 )

El maestro Castellanos Tena hace una brillante crítica de la tesis de Mezger, dando en nuestra opinión, la exacta relación de tipo antijuridicidad al decir: "...que según Mezger toda conducta típica es siempre antijurídica a menos de que opere una causa de exclusión del injusto", pero ello nosotros consideramos que desde el punto de vista normativo del Derecho, la antijuridicidad al contrario es *RATIO ESSENCI* del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicas las conductas en ella descritas". ( 105 )

En cuanto a la función legal y material del tipo y de la tipicidad, si se admite como se ha hecho, que el tipo es fundamento, razón de ser de la tipicidad, tendremos que admitir asimismo, que dicha función técnica consistente en de-

( 104 ) MEZGER, Edmundo, ob., cit., p. 150

( 105 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p. 167.

limitar y preveer la aparición de la misma. Por su parte la tipicidad, tiene como función técnica en nuestra opinión, la servir de medio para la aplicación fáctica de los tipos legales.

Ahora cuando consideramos que el tipo sirve como medio para que el legislador, tomando en consideración a aquellas conductas tenidas de antijuricidad, formule las disposiciones legales llamados delitos.

La tipicidad en este sentido tendrá como función la de conjuntar hechos estrictamente materiales y conceptos de riguroso orden abstracto legal.

Para Luis Jiménez de Asúa: "...la tipicidad desempeña una función determinantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concreto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal". ( 106 )

Los elementos constitutivos del tipo que regularmente lo conforman, son de tres clases: Objetivos, Subjetivos, Normativos.

Los objetivos son aquellos que califican la conducta tipificada limitándola regularmente en el aspecto de su resultado con base en la referencia de diverso carácter como por ejemplo: Los sujetos (activo y pasivo), el objeto, el lugar, la ocasión, el medio, etc.

"Si decimos que el homicidio consiste en 'matar a un hombre', tenemos el delito del homicidio consumado; un resultado de la acción: La muerte del sujeto. Todo lo que se ha-

---

( 106 ) JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, Ed. Hermes, 4a ed., Buenos Aires, 1963, p. 315.



ga que no llegue a ser: "matar", podrá ser otro delito, pero nunca homicidio. La descripción legal selecciona entre los resultados posibles, uno determinado". ( 107 )

La referencia de los sujetos se hace consistir en que en determinadas ocasiones el tipo exige calidad específica de los mismos, como por ejemplo: En el delito de traición a la Patria, se exige la calidad de mexicano, sea por nacimiento, sea por naturalización, o bien que la solicitud de pérdida de esa nacionalidad sea hecha 3 meses antes de declarada la guerra y que aún no se haya otorgado al sujeto activo del delito. En el delito de parricidio, el sujeto activo tiene que poseer la calidad de hijo del sujeto y pasivo y conocer esa relación de parentesco. En este mismo delito el sujeto pasivo como es obvio, debe tener la calidad exigida por la Ley (como un ejemplo padre del sujeto activo).

Por lo que respecta a la referencia del objeto, tenemos que los tipos por lo regular concretizan su resultado a objetos determinados, por ejemplo: Cosa ajena mueble, inmueble, cosa depositada, etc.

La modalidad de la referencia temporal, consiste en determinar el tiempo de aparición del resultado. En el delito de aborto, la tipificación ocurre si la muerte del producto de la concepción se produce en cualquier momento de la preñez.

La referencia especial se limita a un sitio determinado, por ejemplo, en el delito de robo en casa habitación, se requiere para que se tipifique, que precisamente la acción se dé en ese lugar.

( 107 ) FORTAN BALESTRA, Carlos, Misión de Garantía del Derecho Penal, Ediciones Depalino, Buenos Aires, Argentina, 1950, pp. 42 y 43

La referencia ocasional se utiliza para atenuar la pena, ejemplo: El homicidio cometido en rina.

Y por último, en algunos casos se exige para la tipificación del injusto penal, la utilización de medios coercitivos específicos. En el delito de estupro se requiere que la cópula se realice con mujer menor de 18 años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción y el engaño.

Jiménez de Asúa refiriéndose a los elementos subjetivos del tipo, describe: "...en numerosos casos el tipo no presenta una descripción objetiva, sino que se añaden a ella otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto". ( 108 )

Como ejemplo de esta idea, lo tenemos en el ya citado delito de parricidio, en que el inculcado a sabiendas del parentesco consanguíneo en primer grado que le liga con la víctima, comete el delito.

Los elementos normativos del tipo, se refieren a valoraciones de carácter jurídico y social, por parte del legislador, en principio, y del juzgador en última instancia - en relación con determinados conceptos plasmados en la descripción legal del injusto.

En el mencionado delito de estupro, por ejemplo, es indispensable para determinar la tipificación, valorar jurídica y socialmente por parte del juzgador, haciéndose éste eco del legislador: Los conceptos de castidad y honestidad.

En relación con el bien jurídicamente protegido dentro de las diversas nociones de bien jurídico, creemos -

acertada la del maestro Eugenio Cuello Calón: "...bien jurídico, es todo aquello de naturaleza material incorporal que sirve para la satisfacción de necesidades humanas individuales o colectivas". ( 109 )

Por lo que respecta al delito en estudio, podemos decir lo siguiente:

#### TIPICIDAD EN EL DELITO DE ROBO DE USO:

A. TIPO: "Artículo 300.- al que se le imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión, siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello. Además, pagará al ofendido, como reparación del daño, el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada".

#### B. REFERENCIAS DE LOS SUJETOS:

I.- SUJETO ACTIVO, puede ser cualquier sujeto imputable.

II.- SUJETO PASIVO, el legítimo propietario o poseedor de la cosa mueble que tomó el sujeto activo.

III.- REFERENCIA TEMPORAL, aunque propiamente no se da una duración exacta, se entiende que este tipo de delito va desde el momento de la toma de la cosa hasta el momento en que el sujeto activo la devuelva voluntariamente, o hasta que se le requiera para ello. No se establece que la consumación deba realizarse en un tiempo determinado, pero las características distintas del robo de uso, es exactamente que el apoderamiento sea temporal.

( 109 ) CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal Tomo I, Parte General, Ed. Nacional S.A., 9a ed., México, 1961, p. 258.

IV.- REFERENCIA DE CARACTER ESPECIAL, no existe en este delito.

V.- REFERENCIA DEL OBJETO, tiene que realizarse en un bien mueble, necesariamente. Si recae la acción en otro tipo de bien, no procede la tipificación de este injusto.

VI.- REFERENCIA OCASIONAL, no existe en este delito.

VII.- OBJETO JURIDICAMENTE PROTEGIDO, evidentemente es el patrimonio. Algunos autores difieren a este respecto, manifestando que lo que realmente está protegiendo el legislador al crear este tipo penal, es la ininterposición del goce y disfrute de la propiedad, o la legal tenencia. Por nuestra parte consideramos que es más apropiado el primer criterio, toda vez que es más amplio y bien podrían caer dentro del patrimonio, tanto el derecho de propiedad, como la legal tenencia, entendiendo por esta última el disfrute de un derecho, recordando al efecto que el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones, susceptibles de una valorización pecuniaria que constituyen una universalidad de derecho.

VIII.- MEDIOS, para la comisión de este delito, la Ley no determina medios específicos para su comisión.

IX.- ELEMENTOS SUBJETIVOS, no existen en este tipo penal.

X.- ELEMENTOS NORMATIVOS, tampoco existen en esta figura jurídica.

## G. ATIPICIDAD

La atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, y se presenta cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal legal, es decir, la ausencia de tipicidad surge cuando aún existiendo el tipo, la conducta del sujeto activo no se encuadra a éste.

Nos dice el maestro Castellanos Tenas: "...cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa". Continúa el mismo autor, "...suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En el Código Penal veracruzano vigente, se suprimió el tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior integrado con un adulterio en condiciones determinadas; he aquí una ausencia de tipo. En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada, como en el caso de la cópula con mujer mayor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento mediante seducción y engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde precisa, para configurar el delito de estupro que la mujer sea menor de dieciocho años". ( 110 )

Entonces si falta la adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictiva, la ausencia de tipo no es la falta de adecuación de la conducta a la descripción legal constante en el tipo por la no aparición de uno o todos los supuestos exigidos. Como consecuencia en toda atipicidad se encuentra implícita la ausencia del tipo, y a este respecto nuestra legislación orientada por el axioma NULLUM CRIMEN SINE LEGE, se precisa, no permite la tipificación de conducta por muy delictuosas y muy antisociales que sean, sino están previamente establecidas por preceptos exactos.

Para Jiménez de Asúa: "...existe la anticipidad cuando en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la Ley, o bien, cuando la Ley penal no ha descrito la conducta que en la realidad se ha presentado con carácter antijurídico, ausencia de tipicidad en sentido estricto". ( 111 )

Debemos distinguir con toda claridad la ausencia de tipo con la atipicidad. El primero se da cuando el legislador no incluye una conducta en el catálogo de los delitos en cambio, la atipicidad es cuando una conducta dada no se adecua al tipo existente y aquí nos referimos a los comentarios que hace en su obra el maestro Fernando Castellanos Tena: "... en el fondo en toda anticipidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la Ley, respecto de él, no existe tipo". ( 112 )

---

( 111 ) JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal Tomo III, Ed. Lozada S.A., 2a ed., Buenos Aires, 1958, p. 812.

( 112 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p.172.

Para el maestro Rafael Márquez Pínero existe anticipación, cuando se reúne alguna de las siguientes condiciones:

- I.- Ausencia de adecuación por falta de calidad en el sujeto activo.
- II.- Ausencia de adecuación por falta de calidad en el sujeto pasivo.
- III.- Ausencia de adecuación en cuanto al objeto.
- IV.- Ausencia de adecuación en cuanto al tiempo.
- V.- Ausencia de adecuación en cuanto al lugar.
- VI.- Ausencia de adecuación en cuanto a los medios de comisión.
- VII.- Ausencia de adecuación referente a los elementos subjetivos.
- VIII.- Ausencia de adecuación referente a los elementos normativos, o antijuridicidad especial". ( 113 )

Para el autor Francisco Pavón Vasconcelos: "... concretamente se originan hipótesis de anticipación:

A. Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo;

B. Cuando falta la calidad exigida por el tipo respecto al sujeto pasivo;

C. Cuando hay ausencia de objeto, o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos;

D. Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o especiales exigidas por el tipo;

E. Cuando no se dan en la conducta o hecho concreto, los medios de comisión señalados por la ley, y

F. Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal".

( 114 )

El maestro Fernando Castellanos Tena, opina: ". . . las causa de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

1.- Ausencia de la calidad exigida por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo;

2.- Si faltan el objeto material o el objeto-jurídico;

3.- Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo;

4.- Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos;

5.- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley, y

6.- Por no darse en su caso, la antijuricidad especial.



## H. ANTIJURICIDAD

El maestro Carranca y Trujillo, citan: "...Entendemos que la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado. Se le denomina también, "ilicitud", la palabra que también comprende el ámbito de la ética; "ilegalidad", palabra que tiene una restringida referencia a la ley; "entuerto", palabra puesta en circulación por los tratadistas italianos y que en español, constituye un arcaísmo; e "injusto", preferida por los alemanes para significar lo contrario a Derecho, equivalente a lo antijurídico. Es, en suma, la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado; lo que ya fue señalado por Carrara". Y más adelante continúa el autor: "...Cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico se hace posible la antijuridicidad, o sea, la violación u oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico; la ley el delito". ( 115 )

Para Edmundo Mezger: "...una acción es punible sólo si es antijurídica" -y continúa más adelante- "...esta antijuridicidad (injusto) significa el juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico, en tanto que la culpabilidad destaca la imputación personal de un hecho al autor". ( 116 )

Podemos decir que para que una acción sea antijurídica, previamente debe la Ley etiquetarla como tal, prohibiéndola, ordenándola, o previniéndola, ya que muy injusta o antisocial que sea, si la ley no la prevée, no podrá ser antijurídica. La antijuridicidad debe ser precisamente que vaya en contra de lo jurídico, de lo establecido por la Ley. Por Ejemplo antes de la creación de la Nueva Ley Ecológica, algunas fábricas deliberada y notoriamente, atentaban contra la salud,

( 115 ) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ed. Porrúa S.A., México, 1988, 16a ed., pp. 353 y 354.

( 116 ) MEZGER, Edmundo, Derecho Penal Ed. Cárdenas Editor, México, 1985, p. 131.

por contaminar el ambiente, o bien por atentar contra la ecología, sin embargo, no se precisaban como antijurídicos, por no existir prohibición expresa legal. Lo no prohibido está permitido. En mi concepto, la antijuridicidad precisa de un tipo. Sin la existencia del tipo legal, una acción no puede ser antijurídica. Si el privar de la vida a otro, no estuviera prohibido por un tipo legal, por muy antisocial que pareciera la acción, no sería antijurídica porque sencillamente no atentaría contra el derecho. Porte Petit argumenta que: "...se tendrá por antijurídica un conducta adecuada al tipo, cuando no se prueba la existencia de una causa de justificación". ( 117 )

El autor Rafael Márquez Piñeiro, opina: ".... Dado que la antijuridicidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma. Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho; pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Se trata de una contradicción entre una conducta determinada, y el concreto orden jurídico impuesto por el Estado. Las leyes no surgen por generación espontánea, sino que tienen algunos propuestos previos que integran el bagaje cultural de una comunidad. Las normas de cultura constituyen los principios fundamentales de la convivencia social, que el derecho regula como manifestación de una cultura". ( 118 )

En general los diversos autores se pronuncian de acuerdo a que la antijuridicidad es un desvalor jurídico -- una contradicción o desacuerdo entre un hecho del hombre y las normas del derecho.

( 117 ) De Porte Petit, referencia citada por Francisco Pavón Vasconcelos, en su obra Manual de Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1974, p. 266.

( 118 ) MARQUEZ PINEIRO, Rafael, Derecho Penal, Parte General, Ed. Trillas, México, 1986, p. 193.

El maestro Fernando Castellanos Tena nos dice: "...lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo, -y advierte- "cóngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende de la conducta en su fase externa, pero, no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atañe sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado". ( 119 )

Dice Mariano Jiménez Huerta que una conducta - es antijurídica cuando resulte contraria a la norma, cuando - lesiona un bien jurídico y ofende los ideales valoratorios de la comunidad y "matiza y tinte" la conducta de su colorido o tonalidad especial, matiz, tono, y color que surge del juicio -- formulado sobre la previa conducta, en el cual se afirma su -- contradicción con las normas del Derecho". ( 120 )

A manera de referencia, podemos decir que la - antijuridicidad no es exclusiva del Derecho Penal, sino que se presenta en todas las ramas legisladas del derecho, así se -- puede hablar de antijuridicidad civil, mercantil, administrativa, laboral, etc. Debe llevarse a cabo "sin derecho", es obvio que si lleva a cabo con derecho, ya no es robo; quizá el legislador deseo hacer patente la antijuridicidad, pero no es -- necesario, pues el sustrato de alguna cosa mueble sin consentimiento del propietario o poseedor, es ya en sí una conducta antijurídica, por atentar contra el patrimonio ajeno. Sería como decir en el homicidio: " el que priva sin derecho de la vida a otro". Creemos que fue innecesario recalcar la falta

( 119 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p.176.

( 120 ) JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, La antijuridicidad, Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 9.

de derecho del apoderamiento respecto al robo.

Todos sabemos, por ejemplo, que el hecho de fumar es nocivo a la salud, sin embargo, ninguna ley en México lo prohíbe; el hecho de causarse un daño a sí mismo, es evidente que es antisocial y más aún, vender los cigarrillos para -- que la gente se haga un daño, éso es aún más repugnante, sin embargo, no está prohibido por ningún tipo legal, así estas -- dos acciones (vender y consumir el tabaco) son antisociales, -- pero no son antijurídicas.

Eugenio Raúl Zaffaroni dice que: "...la antijuridicidad es la contradicción con el orden jurídico. La conducta penalmente típica, es antinormativa, pero no es antijurídica aún, porque puede estar amparada por un precepto permisivo --- (causa de justificación), que puede provenir de cualquier parte del orden jurídico. Cuando la conducta típica no está amparada por ningún a causa de justificación, ya no sólo es antinormativa, sino también antijurídica. La antijuridicidad no -- está dada por el Derecho Penal, sino por todo el orden jurídico". ( 121 )

Consideramos entonces que sería más correcto -- referirse a la antijuridicidad, como antilegalidad, toda vez -- que lo que realmente se está atacando es a la Ley, más que al Derecho. Si bien es cierto que toda la Ley es Derecho, no todo el Derecho es la Ley.

Ahora es preciso analizar la antijuridicidad -- del robo de uso; acimeramente por ser el robo genérico tipo básico de este delito, analizaremos la antijuridicidad del mismo: La Ley de la materia establece que para que se dé el delito de robo debe haber un apoderamiento de cosa ajena sin derecho y sin

---

( 121 ) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob., cit., p. 832 anexo 4.

consentimiento del legal propietario o poseedor. Pues bien, la antijuridicidad radica ahí exactamente, en la falta de derecho. Sin embargo, algunos autores han criticado de excesiva esta connotación, al decir, que no era necesario hacer énfasis en la falta de derecho, ya que se presupone antijurídica la figura de robo, simplemente por contenerse en una ley. Por nuestra parte, estamos en desacuerdo con la crítica y señalamos que si el Código omitiera la falta de derecho, sería fácil imputar y tipificar el delito de robo a personas que tuvieran derecho a disponer de cosa ajena. Por ejemplo: El caso del embargo, al llegar a ejecutarse y extraer las cosas embargadas, evidentemente que faltaría el consentimiento del dueño, y por consecuencia esta conducta cumpliría las exigencias del tipo legal de robo, habría un encuadramiento perfecto, tornando obsoleta la figura jurídica del embargo; ya nadie la practicaría por temor a caer en el supuesto. Sin embargo, la ley expresa y manifiesta que el apoderamiento debe ser sin derecho para que proceda el robo, permitiendo a los que sí tienen derecho, excepcionarse en caso de conflicto.

El delito de robo, es una conducta antijurídica por el simple hecho de ser contraria a la ley, por intentar contra el patrimonio ajeno, por violar la norma de cultura recogida por el ordenamiento jurídico, en el momento de apoderarse de una cosa mueble ajena, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, por supuesto; mientras no medie una causa que justifique la acción del delincente.

A diferencia del tipo básico, el robo de uso, no contiene en su tipo legal, de manera expresa la falta de derecho, sin embargo, se presupone su existencia, tanto por el simple hecho de estar contenido en una ley, como por ser subordinado del básico, el cual expresamente indica una ausencia de derecho.

La antijuridicidad se presenta en el robo de uso, en el momento en que se da el movimiento corporal, para tomar la cosa; lo verdaderamente antijurídico en este delito es la toma de la cosa, la acción, sin tener gran relevancia las causas psicológicas que llevaron al sujeto activo a tomar la cosa sin consentimiento del dueño o poseedor legítimo. Esa acción será antijurídica siempre y cuando no se presente alguna causa de justificación de las que establece el artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, ya que de presentarse, se excluiría la responsabilidad penal del infractor.

El robo de uso es antijurídico, por el simple hecho de contravenir una norma legal, y más aún porque su comisión implica una ausencia de derecho. Este tipo, advierte dos elementos: Uno sustancial, la lesión del bien; y otro formal: la autorización estatal; ambos son indispensables para configurar la antijuridicidad.

La antijuridicidad también tiene su aspecto negativo: Las causas de justificación. Estos elementos constituyen el reverso de la antijuridicidad. Al respecto dice Luis Jiménez de Asúa: "...son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicas, de contrarias al derecho, que es el elemento más importante del crimen". ( 122 )

En suma las causas de justificación son situaciones que eliminan la esencia de toda acción injusta. De las doctrinas elaboradas para fundamentar las causas de justificación, nos referiremos primeramente a la de Von Litz, quien estima que son justificadas las conductas que produzcan en ejecución de un fin que el Estado ha reconocido, pues se trata de

---

( 122 ) JIMENEZ DE ASUA, Luis, ob., cit., p. 284.

acciones típicas, pero no injustas. Así pues, el hombre que reacciona en el ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, legítima defensa, obediencia jerárquica, impedimento legítimo o estado de necesidad, no hace más que ejercitar sus derechos, realizando una acción en sí legítima y lícita y es absurdo decir que se trata de una acción penalmente antijurídica o excepcionalmente no castigada por la ley.

A) El ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber.- La fracción V, del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, establece que es una circunstancia excluyente de responsabilidad penal: Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley. El maestro Pavón Vasconcelos señala que el cumplimiento de un deber puede derivar: De una norma jurídica, las cuales generalmente son impuestas por la ley o quienes ostentan un empleo, autoridad o cargo público y excepcionalmente a particulares. Por ejemplo, los agentes policiacos están autorizados para emplear la fuerza, siempre y cuando exista la condición de peligro personal o extrema necesidad de rechazar una violencia; al emplear la fuerza, el agente policiaco está cumpliendo con un deber (ésto no debe confundirse con la legítima defensa).

También puede derivar el deber de una orden de autoridad, la cual deberá estar facultada por el derecho para emitir la orden. Por ejemplo, una orden judicial para practicar un embargo, la cual exige al actuario un comportamiento determinado.

El ejercicio de un derecho, se origina en el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado o de una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. Esto es, o bien que el derecho que se pretenda ejercitar este plasmado en la ley o bien que se consigne en una orden de autorización competente.

B) la legítima defensa.- Previsto este supuesto en la fracción III, del artículo 15 del Código Penal del -- Distrito Federal, que a la letra dice: "Artículo 15: Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal...

III. Quitar el acusado en defensa de su persona, de su honor, de sus bienes, o de la persona, -- honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la -- cual resulte un peligro inminente, a no ser -- que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

1a. Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

2a. Que previó la agresión y pudo fácilmente -- evitarla por otros medios legales;

3a. Que no hubo necesidad racional del medio -- empleado en la defensa, y

4a. Que el daño que iba a causar el agresor -- era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia -- comparado con el que causó la defensa.

Se presumirá que concurren los requisitos de -- la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de -- aquel que cause un daño a quien a través de la violencia, del -- escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, -- sin derecho, a su hogar, al de su familiar, a sus dependencias, -- o a las de cualquier persona que tenga el mismo deber de defen -- fer o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos res -- pecto de los que tengan la misma obligación; o bien, lo encuen -- tre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que



revelen la posibilidad de una agresión.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación, u hogar propios, de su familia o de cualquier otra persona que tenga misma obligación de defender, o en el local donde se encuentra bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una "agresión".

Realmente el concepto que nos da la Ley es amplio y explícito, sólo agregamos la definición que da el maestro Pavón Vasconcelos al respecto de la Legítima Defensa: "... es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho". Y sus elementos son: " - a) La existencia de una agresión, b) Un peligro de daño, derivado de ésta, y c) Una defensa de la agresión o contraataque para repelerla". (123 )

C) Obediencia jerárquica.- Al referirse nuestro Código Penal en la fracción VII del artículo 15 a "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria, ni se prueba que el acusado la conocía".

Francisco Pavón Vasconcelos considera que la obediencia jerárquica, más que una causa de justificación, constituye una causa de inculpaibilidad, toda vez que obedecer una orden que de saberla ilícita, el sujeto activo no la llevaría a cabo, o sea, por error, elemento integrante de una causa de

---

( 123 ) PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, ob., cit., pp. 287 y 288.

inculpabilidad, manifestando este autor: "...la relación de jerarquía legítima; la falta de notoriedad del carácter ilícito de la orden y la ignorancia del sujeto que la cumplimenta, -- son los ingredientes que configuran el error invencible, recogiendo la citada fracción una causa de inculpabilidad". ( 124 )

El maestro Carrancá y Trujillo, se manifiesta en este mismo sentido al decir: "...la obediencia jerárquico-legítima es causa que excluye la responsabilidad penal a título de inculpabilidad", y continúa: "...los tratadistas distinguen entre la obediencia que responde a subordinación espiritual, o política, o doméstica o legítima. Sólo la última puede dar lugar a la excluyente, porque obedece a una jerarquía impuesta por la ley para que está sea eficazmente obedecida". -- ( 125 )

Por nuestra parte consideramos correcto incluir a la obediencia jerárquica, como causa de inculpabilidad, más que como aspecto negativo de la antijuridicidad, en virtud del error en que incurre el que obedece la orden. El cometer un ilícito, aún por error, no excluye la antijuridicidad de la acción; lo cierto es que el sujeto actúa conciente, ignorando que está contraviniendo la ley y aunque sea por error, pero está atacando a la norma legal. Por otro lado, el maestro Carrancá y Trujillo acertadamente menciona que la orden que recibe el infractor, debe provenir de su superior jerárquico; pero esa calidad de subordinado del comitente debe estar reconocida legalmente.

D) Impedimento legítimo.- Con templado este supuesto por la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal. "Artículo 15: Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:.....VIII. Controvenir lo dispues

( 124 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, ob. cit., pp. 324 y 325.

( 125 ) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, ob. cit., p. 643.

to por una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por impedimento legítimo". Esta causa de justificación, se refiere de manera exclusiva a los delitos de omisión; dejar de hacer algo -- que la ley (penal) obliga a realizar, por alguna causa legítima. El ejemplo clásico se contiene en el artículo 335 del ordenamiento penal que obliga a prestar auxilio o cuidados a niños incapaces de cuidarse a sí mismos, o a persona enferma, cuando tiene obligación de hacerlo; o bien, el siguiente artículo, que obliga al cónyuge a no abandonar, sin motivo justificado a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia.

En ambos supuestos, la acción puede realizarse sin ser antijurídica, si se tiene una causa de justificación legal que haya compulsado a no realizar lo que ordena la ley. En el caso de guerra, si es llamado a la misma un hombre y por esa razón deja a su familia, ese hecho (abandono), esa omisión de cuidado, estará justificada por el estado de guerra.

La causa de impedimento debe ser legal o bien cuando sea insuperable o incapaz de ser vencida. Si se viaja a bordo de un autobus de alguna línea foránea, por ejemplo, y en la carretera se presencia un accidente en el cual resulte algún herido, y el conductor del autobus se niega a parar, a pesar de habérselo exigido, ese abandono, esa acción será justificada -- por un impedimento que aunque no fue legítimo fue incapaz de ser vencida.

E) Estado de necesidad.- Esta causa de justificación resulta interesante en el delito que analizamos. Como lo prevee la fracción IV del artículo 15 del Código penal del Distrito Federal: "...El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contrayente O LA NECESIDAD DE SALVAR SU PROPIA PERSONA O SUS BIENES O BIENES DE OTRO, DE UN PELIGRO REAL, GRAVE O INMINENTE, SIEMPRE QUE NO EXISTA OTRO MEDIO PRACTICABLE Y MENOS PERJUDICIAL.

No se considerará que obra en estado de necesidad, aquél que por empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro".

A pesar de ser una conducta culpable del hombre el Derecho justifica su antijuricidad, siempre que concurren -- los siguientes elementos:

- a) Una necesidad; una necesidad de actuar.
- b) Un peligro; un peligro cierto, injusto, e inminente.
- c) Una desproporcionalidad; la que se desprenda entre el bien que se protege y el que se sacrifica, debiendo -- ser de mayor importancia la del bien que se protege.

Si un hombre va por la calle con su esposa embarazada, y de repente, ésta comienza a dar a luz al bebé, en éso el hombre se percató de que junto a ellos hay un vehículo - encendido y sin conductor, entonces lo toma para llevar a su esposa al hospital; el propietario del vehículo se da cuenta y -- los alcanza en el hospital, y le pide que se lo devuelva, el estoposo de la parturienta no se niega y lo devuelve. Este sería un caso típico de estado de necesidad en el robo de uso.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos nos dice: "...el estado de necesidad caracterizase por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el -- amenazado hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno, -- como único medio para salvaguardar el propio"; este mismo autor señala como elemento del estado de necesidad los siguientes:

- "a) La existencia de un peligro real, grave e inminente;

- b) Que ese peligro recaiga en bienes jurídicos;
- c) Que el peligro no haya sido provocado dolosamente;
- d) Que se lesione o destruya un bien protegido por el Derecho; y
- e) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para superar el peligro". ( 126 )

En la misma obra, este autor menciona la diferencia entre estado de necesidad y legítima defensa:

A) El estado de necesidad constituye una acción (agresión); la legítima defensa, una reacción (defensa).

B) El conflicto en el estado de necesidad surge entre intereses legítimos; en la legítima defensa en el bien jurídico amenazado y su defensa. El agresor posee un interés -- ilegítimo.

En el delito de robo de uso, a mi criterio, sólo proceden dos causas de justificación:

A) El ejercicio de un derecho.- El sujeto activo puede tomar algún bien mueble ajeno, sin consentimiento del legítimo dueño o tenedor, con carácter temporal, en virtud de la existencia de un contrato que bien podría ser el de comodato, por ejemplo, o bien, por sentencia judicial.

B) El estado de necesidad.- Ya vimos un ejemplo al desarrollar el tema y considero que es perfectamente vá-

---

( 126 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, ob., cit., p.p. 304 a 307.

lida esta causa de justificación en el delito de robo de uso.

### H.1. ANTIJURICIDAD FORMAL

Los estudiosos de materia, subdividen a la --  
antijuricidad en dos grupos:

A) La antijuricidad formal.- Cuando se contra-  
viene lo dispuesto en la Ley.

B) La antijuricidad material.- Cuando se ata-  
can las normas culturales del derecho.

En este tema sólo nos ocuparemos de estudiar a  
la antijuricidad formal, esta se considera no la co-  
posición al precepto legal, sino a la exigencia que ésta contiene, ya que -  
la Ley establece un doble contenido: La exigencia estatal y la  
protección a un bien jurídico.

La antijuricidad formal "está constituida por-  
la conducta opuesta a la norma. La antijuricidad formal es una -  
consecuencia del principio de legalidad dominante en las legis-  
laciones criminales; donde dicho principio esté vigente, lo an-  
tijurídico se detreminará basándose en la antijuricidad formal;  
en México ésto es válido, toda vez el principio de legalidad --  
consagrado en el artículo 14, párrafo Tercero de nuestra Carta-  
Magna. El gran maestro Carlos Binding, con agudeza, señala que  
el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien, al acto -  
ajustado a lo previsto en la ley penal. Se infringe la norma --  
(lo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico), -  
que está en plano superior y de basamento de la ley. El Código-  
Penal no dice "no matarás", sino que señala la sanción para el  
que comete un homicidio; si se mata se vulnera la norma, pero -  
no a la ley, que lo que hace es sancionar. De ahí la afirma---

ción de Binding: La norma crea lo antijurídico, en tanto que - la ley crea la acción punible; la norma valoriza, y la ley des cribe". ( 127 )

"Débase a Franz Von Litz el desarrollo de una- estructura dualista de la antijuricidad, en la cual se establece una diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo antijurídico material. Para el destacado jurista, la acción es -- contraria al Derecho, desde un punto de vista formal en cuanto- constituye una transgresión a la norma dictada por Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico.

Rocco opina que no hay más ilicitud que la for- mal, pues la llamada antijuricidad material, en su criterio es tá constituida por el dano o el peligro de dano inmediato, elemento integrante del delito. Sostiene la existencia de una an- tijuricidad puramente formal, negando la material, aunque desde desde distintos puntos de vista, Binding en su DIE LELRE VOM VER BRECHEN y Martucci, éste aduciendo la inutilidad de definir la antijuricidad material, la cual no es sino la ofensa a los bienes o intereses jurídicos tutelados por las normas penales". ( 128 )

Fernando Castellanos Tena apunta: "...la anti- juricidad constituye un concepto unitario, es el resultado de - un juicio substancial. Sin embargo, Franz Von Litz la elaborando una doctrina dualista de la antijuricidad", y manifiesta que pa- ra el citado jurista, el acto será formalmente antijurídico -- cuando implique transgresión a una norma establecida por el Esta- do (o posición a la Ley); para Cuello Calón, la rebeldía contra la norma jurídica constituye la antijuricidad formal; asimismo- para Villalobos la infracción de las leyes significa una antiju

---

( 127 ) MARQUEZ PIÑERO, Rafael, ob., cit., p. 194.

( 128 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, ob., cit., p. p. 274 y 275.

ridicidad formal". ( 129 )

Veamos como juristas de la magnitud de Beling o de Rocco, defienden la posición de la antijuricidad formal, - que no es otra cosa, que la oposición a la fórmula contenida en la ley, a la exigencia contenida en el precepto legal. Desde mi punto de vista, éste es el criterio correcto; el simple hecho de no cumplir las exigencias legales, de contravenir las, atacar las, oponerse a ellas, constituye lo antijurídico de la conducta y considero excesivo además crear una corriente que opine -- que además de atacar a la ley, se ataque al Derecho, cuando -- no es necesario hacer énfasis en una nueva agrupación, que sería la antijuricidad material; ya transgredir la ley por consecuencia lógica es transgredir al Derecho, atacar uno de sus elementos, es atacarlo propiamente a él. El corazón es parte de un cuerpo humano; si hieren, si atacan al corazón, están atacando al cuerpo humano. Se agrede todo el conjunto, por el simple hecho de agredir cualquier elemento del conjunto.

La conducta es antinormativa, antilegal, pues contradice una norma, un precepto legal, mientras no exista causa de justificación legal. La consecuencia de esta conducta, es una transgresión al Derecho. Si bien es cierto que definir a la conducta antinormativa o antilegal, es limitar la concepción también lo es que es la realidad.

Desde el punto de vista de la antijuricidad, - para poder llegar al Derecho, primero hay que pasar por la norma establecida en la ley, o sea, primero es antinorma o antilegal, la conducta.

Definitivamente no existe otra antijuricidad - que la formal.



Definitivamente sólo existe una antijuridicidad y es excesivo dividirla en formal y material, aunque una vez hecha la división creemos más aceptable la formal. Una es consecuencia de la otra.

## H.2. ANTIJURIDIDAD MATERIAL

Para llegar a la antijuridicidad material, primero se tuvo que pasar por la antijuridicidad formal.

La antijuridicidad material consiste en una conducta que va en contra del Derecho, es una conducta dañosa a la sociedad, a sus conceptos culturales en general. Es lo antisocial.

A comienzos del siglo, el campo jurídico era dominado por el positivismo, aunque por dos corrientes enfrentadas del mismo; por un lado el positivismo jurídico, y por el otro, el positivismo sociológico. Como resultado de esta oposición, en tanto que el positivismo jurídico concebía la antijuridicidad como un concepto legal, el positivismo sociológico la concibió como un concepto sociológico, al que llamó antijuridicidad "material" (en oposición a la "formal" del positivismo jurídico).

La antijuridicidad "material" fue concebida como lo socialmente "dañoso" y el defensor de esta posición fue Von Litz. No obstante Litz, sostenía que la antijuridicidad "material" no podía ser revelada, sino pasando previamente por la antijuridicidad "formal" o "legal", puesto que consideraba al derecho penal como la "Carta Magna" del delincuente. De cualquier manera hemos visto que estas pretensiones de estructurar lo antijurídico a partir de supuestas valoraciones sociales, invariable-

mente desembocan en un delito "natural" que suele construirse - al criterio del intérprete.

Si bien las clases no parecían haber llegado tan lejos en Alemania como en Italia, lo cierto es que observando detenidamente el fenómeno, ocurrió algo parecido. Si la antijuridicidad puede reconocerse como algo "socialmente dañoso", fuere independiente de la ley, primero se reconocerá que este - concepto "material" sirve para restringir la antijuridicidad - llamada "formal", y luego se lo usará para entenderla. Así fue que el concepto material de antijuridicidad -o de sus análogas manifestaciones- surgió la justificación "supralegal" ( las llamadas "causas supralegales de justificación") y luego directamente un injusto supralegal, que fueron alimentados por corrientes distintas del positivismo sociológico, pero que tenían su origen en sus conceptos". ( 130 )

Podemos entender de la manifestación de este - autor, a la antijuridicidad material, como una conducta que ataca a los valores sociales reflejados en el Derecho, que más --- bien son conductas antisociales, que en mi concepto sería preferible que las analizara la rama de la criminología, denominada sociología criminal. Son los efectos sociológicos criminales, de la conducta, los que integran a la antijuridicidad material.

La criminología desde hace mucho tiempo, ha - venido analizando a la contaminación ambiental, como una conducta antisocial, que evidentemente atentaba contra la salud de --

---

( 130 ) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob., cit., p. 845.

las personas, principalmente habitantes de las zonas vecinas a fábricas e industrias contaminantes. Este hecho era un verdadero crimen, atentaba contra el Derecho, más bien contra un valor social ya reconocido por el Derecho como lo es la salud. Sin embargo, no existía alguna ley que sancionara a estas fábricas y que las obligara a guardar ciertas normas de seguridad para evitar la contaminación, hasta muchos años después, cuando entró en vigor la nueva Ley Federal de Protección al Ambiente, que vino a regular esta situación.

Esta conducta era antijurídica materialmente, pero no formalmente hasta que entró en vigor esta nueva ley.

En mi criterio, la antijuridicidad material -- surge en el campo de la criminología más que en el campo del Derecho.

Dice el maestro Pavón Vasconcelos: "...para -- Franz Von Litz, desde el punto de vista material la acción es antijurídica, cuando resulta contraria a la sociedad (antisocial). El contenido de la norma no es creado por ella y por eso resulta independiente de su exacta apreciación por el legislador. De allí que ambas antijuridicidades puedan coincidir, pero también discrepar. "No es presumible una contradicción semejante, entre el contenido material del acto y su apreciación jurídica positiva. Caso de que exista, el juez está legado por la ley, la ratificación del Derecho vigente está más allá de los límites de su misión". Biaggio Petrocelli, se opone a la posición dualista -- alegando lo indispensable de la unidad existente entre la forma y la sustancia de lo antijurídico, expresando que la llamada antijuridicidad material, no existe. Sebastián Soler niega la llamada antijuridicidad formal, la cual no resulta, sino la adecuación externa desprovista de todo sentido de valoración. Jiménez de Asúa rechaza vigorosamente lo denominado por el absurdo dualismo en lo valorativo. Por su parte Pavón Vasconcelos se muestra acorde con Jiménez de Asúa y afirma: "...Nosotros concebimos

lo antijurídico como un juicio valorativo de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura re conocidas por el Estado". ( 131 )

De lo anterior podemos desprender que lo evidente que los más destacados juristas aún no se oponen de acuerdo al respecto , y mientras unos difieren de la antijuridicidad formal, otros la antijuridicidad material y otros ni siquiera reconocen la posición dualista.

Dice Fernando Castellanos Tena: "...Cuello Gallón considera a la antijuridicidad material como el daño o perjuicio social causado por la rebeldía contra la norma jurídica. Villalobos por su parte dice que el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan, constituye la antijuridicidad material. Franz Von List afirma que la conducta es materialmente antijurídica en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos. Mientras tanto para él (Castellanos Tena), la antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio-substancial". ( 132 )

## I. IMPUTABILIDAD

La imputabilidad presupone a la salud material del individuo, así como la conciencia y lucidez normal en su razonamiento. Un sujeto para llevar a cabo una conducta relevante para el Derecho penal, requiere estar sano mentalmente, tener en ese momento la conciencia y lucidez normales, en el momento

( 131 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, ob., cit., p.p. 273 y 274.

( 132 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p.178.

de actuar, la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer. Un sujeto sólo es culpable, si es imputable.

Giulio Battaglini manifiesta que: "...la noción de imputabilidad no debe confundirse con la de responsabilidad. Mientras la imputabilidad tiene lugar porque el sujeto puede -- ser considerado como válido destinatario de la norma abstracta de contención contenida en las leyes, la responsabilidad viene -- después de la violación de la norma de contención, es la obligación de asumir la consecuencia jurídica". ( 133 )

Romagnosi distinguiendo ambas entidades: "...una cosa es la imputabilidad y otra la responsabilidad. Con la primera se atribuye a alguien un efecto dado como causa productiva del mismo. Con la segunda se quiere entender a alguien obligado a resarcir un daño o sufrir una pena con motivo de aquel efecto. La imputabilidad es cosa de hecho. La responsabilidad es cosa de Derecho. La primera puede dar causa a la segunda, pero no -- constituirla". (134 )

Podemos entonces considerar que la imputabilidad es el querer y el entender; querer la acción u omisión y entender lo que se está haciendo o dejando de hacer. Es saber el contenido de la conducta. El hecho de querer y entender la conducta, ni implica que se sepa la responsabilidad. La característica distintiva del ser humano con los animales, es precisamente que el hombre contiene el elemento del razonamiento en su inteligencia; un sujeto imputable razona su comportamiento, o sea, en el momento de llevar a cabo su conducta, puede decidir, comprende lo que está haciendo.

Berner considera que: "...para la existencia -- de la imputabilidad se requiere: 1) consecuencia de sí; 2) consecuencia social del mundo exterior; 3) conciencia desarrollada

( 133 ) BATTAGLINI, Giulio, Diritto Penale, CEDAM, PADOVA, 1949, p. 141.

( 134 ) ROMAGNOSI, Genesi di Diritto Penale, Florencia, 1934, pp. 177 y 178.

del deber. En estos momentos de la inteligencia está comprendida la íntima libertad; y por eso no es necesario considerar a ésta como otro de los requisitos de la imputabilidad". ( 135 )

Dice Mezger: "...imputabilidad significa la -- capacidad de cometer culpablemente hechos punibles. La ley presupone la existencia de esta capacidad en los adultos, pero de termina ciertas circunstancias en virtud de las cuales no existe esta capacidad "normal". La persona adulta normal, es capaz de cometer culpablemente hechos punibles. En este sentido, imputabilidad no significa "capacidad de acción", puesto que aún los imputables pueden actuar, por cuanto la acción no es solamente la acción imputable. Imputabilidad no significa tampoco "capacidad jurídica de deber"; en efecto, aún el inimputable puede estar obligado jurídicamente. Finalmente, imputabilidad no significa, lisa y llanamente, "capacidad de pena", en efecto, la imputabilidad pertenece a la teoría del hecho punible, no de la pena. Imputabilidad significa capacidad de culpabilidad y, por consiguiente, debe ser incluida dentro del sistema-jurídico-penal". La imputabilidad depende del estado de no perturbación de la conciencia, salud mental y facultades intelectuales suficientes en el momento de comisión del hecho". (136)

Este autor incluye además el factor de la mayoría de edad, al mencionar que no basta la conciencia, la salud mental y facultades intelectuales para cometer hechos punibles, sino también que deben provenir de un sujeto adulto.

Para Zaffaroni, la imputabilidad requiere de una capacidad psíquica para poder imputarle a un sujeto, un reproche de injusto, necesaria para que le haya sido posible comprender la naturaleza de un injusto de lo que hacía y que le

---

( 135 ) BERGER, Alberto Federico, Trattato di Diritto Penale, Traducción Eduardo Bertola Vallardi, Milán, 1892, p. 100.

( 136 ) MEZGER, Edmundo, ob., cit., p.p. 201 y 202.

haya podido permitir adecuar su conducta conforme a esa comprensión de la antigüedad. "De allí que la imputabilidad - entendida como capacidad de culpabilidad- tenga dos niveles, uno de comprender la antigüedad, y otro que consiste en la capacidad para adecuar la conducta a la comprensión de la misma". ( 137 )

Por su parte el maestro Carranã y Trujillo opina: "...para que la acción sea inculpada, además de anti-jurídica y típica ha de ser culpable. Ahora bien, sólo puede ser culpable el sujeto que sea imputable. Imputar es poner una cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin este - alguien; y para el Derecho Penal sólo es alguien aquel que, por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad. Ahora bien, por voluntad se entiende en las escuelas LIBEROARBITRISTA, la libertad de elegir, que con la libertad de obrar es lo que se ha llamado concurso de voluntad (Carrara); en las escuelas deterministas, aún reconociéndose como base de la imputabilidad el conocimiento y la previsibilidad del hecho, se entiende la conducta humana determinada por fines antisociales, - ajenamente en todo libre albedrío, cuestión abstracta que no interesa, pues lo único que importa a la sociedad humana, es la si nla conducta causó el hecho objetivo voluntariamente o no, a fin de adecuar el tratamiento al sujeto. Será pues, imputable, todo aquél que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo - el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana".( 138 )

Francisco Pavón Vasconcelos agrega: "...inferimos que la noción de imputabilidad, requiere no sólo el querer

( 137 ) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob., cit., p. 566.

( 138 ) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, ob., cit., p.p. 430 y 431.

del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental, es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. De tenerse presente la corriente psicológica, esa capacidad habrá de dar significación al nexo psíquico entre el hecho y su autor. En suma, la imputabilidad, según la ha definido Mayer, es la posibilidad, condicionada por la salud y madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento, o como señala Villalobos, un tecnicismo referido a la capacidad del sujeto para dirigir sus actos, dentro del orden jurídico; la capacidad de saber con discernimiento y voluntad, así como para ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente". ( 139 )

La definición que nos da Fernando Castellanos Tena, de imputabilidad es la siguiente: "...imputabilidad es la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal; es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el movimiento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo". ( 140 )

Por imputable debe entenderse al hombre maduro (mayor de edad) con coordinación psíquica normal para querer y entender su conducta, así como poseer la conciencia y lucidez necesarios y la libertad de elegir y obrar con conocimiento y posibilidad del hecho, al momento de exteriorizar su voluntad.

Cabe mencionar que es frecuente que la imputabilidad se confunda con la responsabilidad. La responsabilidad

---

( 139 ) PAVAN VASCONCELOS, Francisco, ob., cit., p.p. 346 y 342.

( 140 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p.218.



ad consecuencia de la conducta del sujeto imputable, es la obligación que tiene el sujeto de reparar el daño que causó con su conducta a la sociedad, mediante una pena, impuesta por el Estado.

Para efectos jurídicos, sólo es relevante la responsabilidad social, no la moral. Sólo se es responsable de los actos que dañen o lesionen los bienes jurídicamente protegidos.

Rafael Márquez Piñero asienta en su texto: "...para Gabriel Tarde la imputabilidad tiene como condiciones básicas la identidad personal del delincuente consigo mismo, antes y después del delito, y su semejanza social con los individuos que lo rodean. Por su parte Franz Von List sostiene que el fundamento de la imputabilidad reside en la capacidad de obrar normalmente, de conducirse con arreglo a las exigencias de la vida común; por consiguiente es susceptible de imputabilidad, todo hombre con desarrollo mental (y mental sano), cuya conciencia no se halle perturbada (doctrina de la normalidad). Para Manzini es capaz de pena todo hombre que reúna, actualmente, condiciones para llegar a ser cooperador normal de la sociedad". ( 141 )

Podemos concluir, diciendo que en si la imputabilidad, reúne las características o condiciones que debe reunir el sujeto activo del delito, necesarias para que pueda responder a la sociedad de su conducta, a través de penas que son impuestas por el Estado.

La imputabilidad, son las exigencias subjetivas deben concurrir al momento del injusto.

---

( 141 ) MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *ob.*, *cit.*, p. 235.

Sólo agregamos para finalizar lo siguiente: "...la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella no existía ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva". ( 142 )

De la lectura anterior podemos apreciar como el maestro Fernando Castellanos Tena con gran acierto vincula la imputabilidad a la culpabilidad, de lo cual se podría afirmar que quien no es imputable, tampoco es culpable.

## J. INIMPUTABILIDAD

Ya dijimos que para que el sujeto pueda ser penalmente imputable, requiere de ciertos elementos como lo son: Haber llegado a cierta edad y gozar de una salud mental que le permita tener una coordinación psíquica normal que le permite querer y entender lo que está haciendo y así mismo poseer conciencia y lucidez intelectual al momento en que desarrolle una conducta relevante para el Derecho Penal.

Pues bien, cuando el sujeto no presente alguna de las mencionadas condiciones, estaremos frente a un ser inimputable. La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad.

Jiménez de Asúa sostiene: "...son motivos de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud mental, así como los trastornos pasajeros de las facultades que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber". ( 143 )

---

( 142 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p. 223.

( 143 ) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, ob., cit., p. 339.

La inimputabilidad se encuentra contemplada en la fracción II del artículo 16 del Código Penal vigente, en donde se consigna como causa excluyente de responsabilidad penal: "...padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impide comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional e imprudencialmente".

Según Ferri, los delinquentes por estado de inconciencia, son individuos peligrosos e inadaptados a la vida social y si cometen acciones delictivas, deben ellos mismos y no la sociedad, sufrir las consecuencias de su desgracia y de~~den~~, por tanto, por insuperable necesidad de defensa social, ser agregados hasta que se curen y aparezcan readaptados a la vida libre; y decir que su tratamiento corresponde a los médicos y no a la justicia penal, es olvidar que han delinquido, a veces gravemente y produciendo graves estragos". ( 144 )

Para César Augusto Osorio, son causas de inimputabilidad: a) Minoría de edad; b) Trastorno mental; c) Desarrollo intelectual retardado; d) Miedo grave. ( 145 )

Miguel Angel Cortés Ibarra opina: "...hemos dicho que la imputabilidad es capacidad volitiva e intelectual legalmente reconocida que condiciona la culpabilidad del agente; pues bien, cuando esa aptitud psíquica o capacidad de comprender la ilicitud de actuar, es inexistente por encontrarse gravemente alterada o inmadura, se dice que el sujeto es inimputable y, por tanto, penalmente irresponsable. Nuestra legislación puntiva no define el estado de inimputabilidad; sin embargo, es deducible de diversas disposiciones de carácter especial.

( 144 ) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, ob. cit., p. 80.

( 145 ) OSORIO Y NIETO, César Augusto, Síntesis de Derecho Penal, Parte General, Ed. Trillas, México, 1986, p. 63.

Son algunas las causas que anulan el estado de imputabilidad:

A) Minoría de edad.

B) Enajenación mental.- Idiotez e imbecilidad, epilepsia, histerismo, esquizofrenia, psicosis maníaco depresivas, paranoias, demencia senil y sordomudez. Respecto a la imputabilidad disminuida define que existen momentos intermedios entre la conciencia y la inconciencia, "zonas intermedias", estado limitrofe", "estados fronterizos", se trata de sujetos semi-alienados o semi-imputables; el sujeto cuando comienza a enfermar psicológicamente, pasa por etapas intermedias, antes de perder la razón; al respecto nuestra legislación es totalmente -- omisa:

C) Trastorno mental transitorio.- y subdivide este punto en:

I. PATOLOGICAS.- Empleo o ingestión de sustancias embriagantes, tóxicas o enervantes y tóxico infecciones.

II. FISIOLOGICAS.- Hipnotismo, sonambulismo, -- climaterio y puerperio.

III. PSICOLOGICAS.- Emociones y arrebatos pasionales". ( 146 )

No tener un dominio absoluto en las facultades mentales sobre los actos que se realizan, sean permanentes o pasajeros, constituyen una causa de inimputabilidad, siempre y cuando el sujeto no se haya provocado ese estado de manera voluntaria. El sujeto inimputable carece de comprensión de lo -- que está haciendo.

El maestro Fernando Castellanos Tena opina: ". . . las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitudes psicológicas para la delictuosidad. Las causas de inimputabilidad de naturaleza legal, son, a nuestro juicio, las siguientes: A) Estado de inconciencia (permanente o transitoria); B) El miedo grave y, C) La sordomudez". ( 147 )

A continuación haremos un breve estudio sobre la obra del maestro Castellanos Tena:

A) Estado de inconciencia permanente.- En este rubro concentra a todos aquellos sujetos que sufren de enfermedades mentales, como la locura, idiotez, imbecilidad, y en general a aquéllos que sufren cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalías mentales. Recoge lo anterior del antiguo texto del artículo 68 de nuestro Código Penal. Ahora lo contempla el artículo 495 del Código Federal de Procedimientos Penales.

B) Trastornos mentales transitorios.- A su vez subdivide este punto en: 1) Inconciencia por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes; 2) Inconciencia motivada por tóxicoinfecciones; y 3) Inconciencia por trastornos mentales de carácter patológico.

Respecto al primer supuesto nos dice que el sujeto será inimputable, si ejecuta alguna acción, intoxicado por el empleo de alguna sustancia tóxica (ejemplo: quinina, atropina, yodoformo, etc.), que le produzca un estado de inconciencia, siempre y cuando el sujeto no se haya procurado tal intoxicación y estado de inconciencia de manera voluntaria y deliberada

mente, para producir un determinado resultado. En el caso de -- que ésto sucediera, se tratará en el caso de una acción libre en su causa. La embriaguez sólo podrá considerarse como causa de inimputabilidad, cuando sea plena y accidental, involuntaria y en todos los demás casos, o sea cuando la embriaguez sea provocada deliberadamente por el sujeto, subsistirá la responsabilidad y señala que por el contrario, como lo afirma Carranca y Trujillo, la ebriedad debe ser tomada por el juzgador como índice de mayor temeridad. Tratándose de adicciones a estupefacientes o tóxicos, deben tratarse idéntico a los obríos. Este autor nos hace pensar que para que se pueda estar en el supuesto de inimputable por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, su ingestión o empleo debió haber sido totalmente involuntario, ya sea por simple accidente, por haber sido engañado por un tercero, o bien, por haber sido prescritas en tratamiento por un facultativo. Si fuera deliberado su empleo, de manera voluntaria, se estaría frente a un sujeto de mayor peligrosidad.

El segundo supuesto, o sea, la inconciencia motivada por toxicoinfecciones se refiere a trastornos psicológicos de carácter toxicoinfeccioso que produzcan un estado de inconciencia en el sujeto, como lo podrían ser la tifo, tifoidea, rabia o poliomiélitis. En estos casos el juzgador debe auxiliarse de especialistas médicos y psiquiatras, para resolverlo conducente.

Por último la inconciencia por trastornos mentales de carácter patológico, deben ser en este caso de manera transitoria o pasajera, que como ya se analizó en este trabajo, lo pueden constituir también el sueño y el sonambulismo. De igual manera estos estados deben tener una causa involuntaria - al sujeto activo. El origen de esta enfermedad debe ser patológico, como por ejemplo, las lagunas mentales, la amnesia, los ataques epilépticos de cierta especie, algún mal funcionamiento endocrinológico. Cabe hacer mención que dicha afección ha de

ser temporal, pues como menciona el maestro Castellanos Iena, la ley da diferente tratamiento a las permanentes que a los temporales. Su nombre lo indica, ha de ser producto de una enfermedad, el estado de inconciencia.

Sólo quiero recordar, que en el concepto, el hipnotismo, no debe considerarse como causa de inimputabilidad, toda vez que su origen no radica en una causa patológica, puesto que no constituye ninguna enfermedad, ni de carácter temporal, ni de carácter permanente. Si bien es cierto que constituye una alteración psicológica, esta fue provocada necesariamente por una tercera persona y en todo caso el hipnotizado fue simplemente utilizado como un mero instrumento. El hipnotismo, pues, debe estar considerado como una forma muy especial dentro de la ausencia de conducta, debiendo siempre tener en cuenta que el sujeto no haya actuado dolosamente, para provocarse el estado de hipnosis. En el hipnotismo aunque no hay conciencia, su causa no obedece a ninguna enfermedad.

El miedo grave como causa de imputabilidad, -- obedece a procesos causales psicológicos, engendrados en la -- imaginación. Dice Castellanos Iena: "...con el miedo puede producirse la inconciencia o un verdadero automatismo y ello constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica". Hace este autor la diferencia entre miedo-grave y el temor fundado, toda vez que nuestro Código Penal los equipara al decir "El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contrayente o la necesidad de salvar su propia persona, o sus bienes, o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, etc". Y nos dice que el miedo grave constituye una causa de inimputabilidad, y el temor fundado una causa de culpabilidad. El miedo grave --según Octavio Véjar Vázquez-- difiere del temor en cuanto se engendra como causa interna y el temor-obedece a una causa externa. El miedo va de adentro para afue-

ra y el temor de afuera para adentro. Es posible la existencia del temor sin miedo; es posible temer a un adversario sin sentir miedo del mismo. El proceso de reacción en el temor es inconciente y en el miedo es inconciente.

La sordomudez es considerada también como causa de inimputabilidad, sin embargo, la ley no hace diferencia entre el sordomudo de nacimiento y los que enfermaron después, cuando ya estaban formados o en proceso de formación. La ley supone que el sordomudo comete delitos por falta de educación, pero prevé la existencia de sordomudos cultos y educados -- que sí los hay, que cometen delitos. A pesar de que la ley los considera socialmente responsables, Castellanos Tena, dice que se deduce la inimputabilidad del hecho, que no se les aplican penas, sino medidas educacionales y dice: "...además no se resuelve la situación del sordomudo que siendo ya instruido realice un hecho penalmente tipificado, porque la intervención caecería de objeto.

Finalmente Castellanos Tena se refiere a la minoría de edad (hasta 18 años en nuestra legislación) haciendo una breve crítica, pues considera que un joven de 17 años, puede ser perfectamente imputable y cita al doctor Sergio García Rodríguez, quien opina: "...al menor se le excluye del -- horizonte penal, porque es inimputable; por tanto lo adecuado es designarle en proceso entre los que señalan las causas de -- inimputabilidad, y con ese inciso declararle inimputable, JURIS ET DE JURE, sin entrar a régimen alguno sobre las medidas que convienen a su tratamiento". Al respecto podemos considerar de acertada la crítica del maestro Castellanos, pues efectivamente podemos apreciar en la actualidad, que en virtud de los cambios que ha venido sufriendo nuestra sociedad, con los jóvenes ya no de 17 años, sino hasta de menos, se desplazan como verdaderos sujetos imputables con pleno dominio sobre sus actos, sus decisiones y sus necesidades. No cabe duda que los



tiempos van cambiando día a día . efectivamente, sería conveniente realizar algunos cambios en lo conducente a menores -- inimputables. Lo que es un hecho, es que se puede apreciar hoy en -- día, como se ha venido incrementando la cifra de menores infractores, respecto a las cifras de a mediados de nuestro siglo. Múltiples y ciertas son las causas, pero nuestra legislación no quiere -- evolucionar en ese renglón. La realidad de hoy es una, y es -- que la minoría de edad constituye una causa legítima de inimpu tabilidad.

Hasta aquí con el estudio sobre la obra del -- maestro Castellanos Tena: "Lineamientos Elementales de Derecho Penal".

Así pues, podemos observar que resultaría in-- justo responsabilizar de una conducta ilícita, a un sujeto cu-- yos actos no puede dominar ni controlar, ya sea por enfermedad, por falta de madurez, o por una falta de conciencia o lucidez-- en el momento de actuar ocasionada por una causa ajena o exter na a él.

Podemos así resumir que las causas de inimputa bilidad se derivan de una enfermedad mental, sea permanente, o sea temporal, de ingestión involuntaria de sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, de la minoría de edad y de la falta de conciencia.

Hasta antes de las reformas de 1984 de nuestra legislación penal, se podía apreciar el siguiente texto: Como -- causa de inimputabilidad "Artículo 15.- Son excluyentes de res ponsabilidad penal:... fracción II: Hallarse el acusado, al co meter la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental o involuntario de sustan-- cias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado de tó xicoinfeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario --

de carácter patológico y transitorio", era evidente que no se refería a los enfermos permanentes, sin embargo, autores como Pavón Vasconcelos, consideraban una excluyente supralegal para estos enfermos, toda vez que no se les imponían penas o sanciones, sino tratamiento e internaciones en hospitales para su control.

En la actualidad, el texto vigente, sólo habla de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, excepto en los casos en que el sujeto activo haya provocado esa incapacidad. Sin embargo, siguen vigentes en la doctrina el estudio sobre las causas que originen ese trastorno mental y son las que desarrollamos anteriormente. Al respecto del miedo grave, de los menores y de los sordomudos, continúan como causas supralecales de inimputabilidad.

Es conveniente hablar en este punto, sobre las acciones libres en causa o ACTIO LIBERA IN CAUSA; Pavón Vasconcelos nos dice: "...son ciertas acciones ejecutadas por un sujeto en estado de inimputabilidad, estimadas por el Derecho, como manifestaciones de una voluntad libre y conciente en su origen", y se refiere este autor en su misma obra a Franz Von Litz quien afirma la presencia de las llamadas acciones libres en su causa: "...cuando se produce un resultado contrario al Derecho, por un acto o una omisión, en estado de inimputabilidad si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso y culposo, cometido en estado de imputabilidad" ( 148 )

"La acción libre en causa -dice Pavón Vasconcelos- refierese a la causión de un hecho, ejecutado bajo el influjo de un trastorno mental transitorio, pero originado en un comportamiento anterior dominado por una voluntad conciente y espontáneamente manifestada. Por tanto, en ella se da un --

acontecer o evento ilícito determinado en su comportamiento -- precedente plenamente voluntario". ( 150 )

De las Acciones Liberae la causa, opina el autor Miguel Angel Cortés Ibarra: "...la imputabilidad del agente debe existir al momento de la ejecución criminal. A veces, acontece que el autor resuelve la comisión delictuosa en estado imputable, produciendo el delito en estado de inimputabilidad. El guardaguajitas con designios criminales, se embriaga, -- omitiendo hacer el cambio de rieles, presentándose la fatal catástrofe. El homicida que también se embriaga, para darla últimos, priva de la vida a su víctima". ( 151 )

#### K. CULPABILIDAD

La culpabilidad es un desafío a la ley, por parte del sujeto activo del delito. Al sujeto se le exige que observe una determinada conducta tendiente a preservar los bienes jurídicos y sociales más importantes, sin embargo, este sujeto, realiza lo contrario a lo exigido. Es culpable, pues desafió al ordenamiento jurídico, desafió a la sociedad y por -- tal debe ser castigado conforme a la ley. El dolo está integrado por una voluntad y un conocimiento del hecho.

Existe dos corrientes al respecto: La concepción psicologista y la concepción normativista.

Concepción psicologista.- Cita el autor Miguel Angel Cortés Ibarra a Antolissi: "... es el nexo psíquico existente entre el agente y el acto exterior". También cita a Paig Piña: "...es el lazo de causalidad psíquica que une al sujeto con el hecho que realiza", y a Sebastián Soler: "...la doctrina

( 150 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, ob., cit., p. 75.

( 151 ) CORTES IBARRA, Miguel Angel, ob., cit., p. 274.

psicológica de la culpabilidad concibe a ésta como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho; en consecuencia supone el análisis de la situación interna del sujeto: La culpabilidad reside en él; es la fuerza moral subjetiva del delito dentro de la terminología Carrariana".

**Concepción normativa.**- Este mismo autor, Cortés Ibarra cita a Reinhard Frank, quien opina de la culpabilidad: "...es un juicio de reproche; es sólo el juicio según el cual una determinada conducta (antijurídica) a causa de cierta situación de hecho dada, es reproche". También cita a Hans Welzel: "...culpabilidad, en sentido estricto, es solamente la reprochabilidad, o sea la calidad específica de desvalor en la voluntad de acción". ( 152 )

César Augusto Osorio y Nieto define: "...la culpabilidad se identifica con la reprochabilidad hacia sujeto activo, por haberse éste conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídico penal". ( 153 )

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo opina: "...el examen de la fuerza moral que, según Carrancá concurre -- con la física a generar del delito, nos lleva a considerar la culpabilidad, elemento subjetivo del delito. Ella da origen, según la teoría psicologista, a la relación psíquica de causalidad entre el actor y el resultado. Su fundamento radica en que el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica, y de acatarla o no. De aquí la reprochabilidad de su conducta, o sea su culpabilidad, en razón de que el sujeto ha podido actuar conforme al Derecho". ( 154 )

Rafael Márquez Piñeiro por su parte define a

( 152 ) CORTÉS IBARRA, Miguel Angel, ob., cit., p. 314.

( 153 ) OSORIO Y NIETO, César Augusto, ob., cit., p. 65.

( 154 ) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, ob., cit., p. 429.

la culpabilidad: "...una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y, además, serle reprochada. En la culpabilidad por tanto, hay, además, de una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de éste, motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues al ejecutar un hecho -que ésta prohíbe- ha quebrantado su deber de obedecerla; hay una reprobación a la conducta del agente y se reprocha este comportamiento porque no ha obrado conforme a su deber". ( 155 )

Jiménez de Asúa dice: "...la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto que comete". ( 156 )

Ignacio Villalobos considera a la culpabilidad desde su punto de vista más amplio: "...consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico, por los mandatos y -- las prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, -- desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo o indirectamente indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". ( 157 )

Para Cuello Calón, una conducta es culpable: "...cuando la causa de las relaciones psíquicas existentes -- entre ella y su autor debe serle jurídicamente reprochada". ( 158 )

( 155 ) MARQUEZ PINERO, Rafael, ob., cit., p. 239.

( 156 ) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, ob., cit., p. 444.

( 157 ) VILLALOBOS, Ignacio, ob., cit., p. 272.

( 158 ) CUELLO CALÓN, Eugenio Raúl, ob., cit., p. 290.

Edmundo Mezger opina: "...la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido". ( 159 )

Como ya se manifestó, existen dos corrientes fundamentales que han pretendido desentrañar la naturaleza de la culpabilidad, que son: La teoría psicológica y la teoría normativa.

La teoría psicológica establece que todo sujeto que delinque, en él opera un proceso intelectual volitivo que establece una relación psíquica de causalidad entre el autor y el acto realizado, en ésta la culpabilidad está basada.

Otros definen la culpabilidad diciendo que es el comportamiento psíquico que la ley penal exige en el autor material de un delito, para que responda de él. La orbita de la culpabilidad se agota en ese proceso intelectual volitivo que se produce en el agente en el momento de delinquir y con relación al delito; en consecuencia, habra culpabilidad siempre que el delincuente actúe voluntariamente o culpablemente.

En la teoría normativa se dice que exigibilidad de una conducta a la luz del deber es el verdadero fundamento de la culpabilidad. La culpabilidad consiste en la reprochabilidad de la conducta asumida por el sujeto del delito.

Desde el punto de vista del normativismo, se sostiene que la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamenten, frente al sujeto la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

El dolo y la culpa son las formas en que se manifiesta la culpabilidad. Algunos autores sostienen que exis

---

( 159 ) MEZGER, Edmundo, ob. cit., ep. 11 y 12.

te una tercera forma, que es la llamada preterintencional, - la que por no aceptarla el Derecho Positivo, no se debe considerar como forma principal.

El dolo puede definirse como la realización - de una conducta, sabiendo y queriendo el resultado que ha de producirse, es decir, que el sujeto activo del delito, desea la conducta y acepta el resultado. Jiménez de Asúa dice: "...dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico con conciencia de que se quebranta el deber, conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica". - ( 160 )

El maestro Fernando Castellanos Tena, considera que le dolo: "...consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico". ( 161 )

Según Eugenio Cuello Calón: "...el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso o simplemente en la intención de ejecutar un hecho ilícito". ( 162 )

Por su parte Francisco González de la Vega cita en su obra "Código Penal Comentado": "...Jurisprudencia Definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dolo. Siempre que a un acusado se le prueba que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya de

( 160 ) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, ob., cit., p. 245

( 161 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p. 239.

( 162 ) CUELLO CALÓN, Eugenio Raúl, ob., cit., p. 362.

lito y al acusado toca probar que procedió sin intención. Quinta Época: Tomo V, pág. 480. Tomo VII, pág. 1043. Tomo VII, pág. 1567. Tomo IX, pág. 139. Tomo XIII, pág. 674". También cita este autor: "...tesis relacionadas. Dolo. Siendo el dolo un elemento subjetivo, la única que puede probarse es si existe o no, razones que demuestren el conocimiento que se tiene de lo ilegal de un hecho u omisión, que es en lo que el dolo consiste. La prueba presuntiva no está excluida por la ley, para probar este elemento del cuerpo del delito, pues de lo contrario, sólo podría probarse por la confesión. Quinta Época: Tomo XVII, pág. 710". ( 163 )

Existen dos teorías respecto al dolo: La Teoría de la voluntad, que nos dice que el dolo radica en la intención del sujeto, en la voluntad conscientemente dirigida hacia el resultado, cuando el sujeto quiere la acción y el resultado típico. La otra teoría es la de la Representación que nos dice que basta que el sujeto se represente el o los resultados dañosos, para imputarle su actuar como dolo. El defensor de esta teoría es Von LIZL, que define el dolo como el conocimiento de todas las circunstancias de hecho correspondientes a la definición legal que acompaña a la actuación voluntaria.

Dice Fernando Castellanos Tena: "...en el dolo el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla", y continúa: "...el dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

Ignacio Villalobos expresa: "...el dolo se pue



de dividir en las siguientes clases: "directo, simplemente indirecto, indeterminado, y eventual", y continúa: "...el dolo -- eventual se presenta cuando el sujeto se propone un evento de terminado previendo la posibilidad de otros daños y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial; esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre, respecto a la producción de los resultados típicos previstos, pero no deseados directamente, a diferencia del simplemente indirecto, - en donde hay certeza de la aparición del resultado no deseado, y el indeterminado es el que existe la seguridad de causar daño sin saber cual será, pues el fin de la acción es otro y no el daño en sí mismo". Continúa: "...el dolo eventual el hecho consiste en mutilar a los niños para deformarlos a fin de obtener éxito en la mendicidad; no obstante el conocimiento de los autores de la posibilidad de que sobrevenga la muerte, no retroceden ante ese peligro y realizan la conducta propuesta". ( 164 )

Fernando Castellanos Tena clasifica al dolo de la siguiente manera:

A) DOLO DIRECTO.- El resultado coincide con el propósito del agente, (decide privar de la vida a otro y lo mata).

B) DOLO INDIRECTO.- El agente se propone un fin sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. (Para dar muerte a quien va a abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato).

C) DOLO INDETERMINADO.- Es la intención de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. --

(Anarquista que lanza bombas.)

D) DOLO EVENTUAL.- Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. (Incendio en una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones.)

En el Derecho Penal Mexicano se aprecia en el artículo 9.- Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

Al respecto opina el autor Miguel Angel Cortés Ibarra: "...en la definición del delito intencional no sólo -- queda incluido el dolo indirecto, sino que también el indirecto, indeterminado y eventual. Estas últimas clases de dolo se caracterizan por una aceptación del resultado; el agente no -- quiere el evento dañoso, sin embargo, lo prevé como seguro o posible, ratificándolo al no retroceder en el afán de llevar a cabo su propósito criminal". ( 165 )

Otra forma de culpabilidad es la culpa. Eugenio Cuello Calón dice: "...existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y sancionado por la ley". ( 166 )

( 165 ) CORTES IBARRA, Miguel Angel, ob., cit., p. 338.

( 166 ) CUELLO CALON, Eugenio Raúl, ob., cit., p. 393.

Edmundo Mezger opina: "...actúa culpablemente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever". ( 167 )

Existen diversas teorías para determinar la naturaleza de la culpa:

- A) teoría de la Previsibilidad;
- B) Teoría de la Previsibilidad y Evitabilidad;
- C) Teoría del Defecto de la Atención.

Carrara fue el principal exponente de la Teoría de la Previsibilidad, para quien la esencia de la culpa consiste: "en la previsibilidad del resultado no querido", afirmando que la culpa consiste en la voluntad de omisión de diferenciar en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho, por tanto se puede considerar que se funda en un vicio de la inteligencia, el cual no es la última instancia, si no un vicio de la voluntad.

Respecto a la segunda teoría, o sea, de la previsibilidad y Evitabilidad, ésta fue expuesta por Binding y seguida por Brusa, aceptando la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o previsible, para integrar la culpa, de tal manera que no hay lugar al juicio de retroche cuando el resultado, siendo previsible resulta inevitable.

La Teoría del Defecto de la Atención, fue sostenida por Angliolini, principalmente; esta teoría hace descansar en esencia de la culpa en la violación por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley.

---

( 167 ) MEZGER, Edmundo, ob. cit., p. 171.

El autor Jiménez de Asúa define a la culpa como: "...la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando - ha faltado al autor la representación del resultado que puede llegar, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga, ha sido decisivo por sus actividades, las cuales se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo". ( 168 )

Por parte del maestro Fernando Castellanos Tena se refiere a al culpa de la siguiente manera: "...existe -- culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego las cautelas o precauciones legalmente exigidas". ( 169 )

Podemos apreciar como en la culpa, el sujeto - desea la conducta y la realiza, pero no desea que el resultado de esa conducta sea injusto; es decir realiza la conducta y su voluntad va encaminada hacia un fin distinto al de cometer un delito, pero su impericia, imprudencia o negligencia, le hacen cometer un ilícito. Así podemos citar a quien conduce un automóvil para dirigirse a su trabajo, pero en el camino, se pasa una luz roja sin fijarse, y atropella a un apersona y la lesiona; aquí podemos ver como el sujeto activo quería la conducta (conducir su automóvil), pero con su imprudencia (pasarse una luz roja) ocasiona lesiones a otra persona. Quería la conducta, pero no el resultado. La ley exige que se deben tomar precauciones para conducirse en sociedad, y así no causar males a terceros, aún sin intención de que se produzcan; ésto en beneficio del orden social.

Existen dos formas en que puede presentarse la culpa:

---

( 168 ) JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, Ed. A. Bello, Caracas, - 1947, p. 486.

( 169 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p. 247.

- 1.- Culpa consciente con previsión o con representación; y
- 2.- Culpa inconsciente sin previsión y sin representación.

La primera, es aquella en la que el sujeto activo prevee el resultado, con la esperanza de que no se produzca, más no lo desea.

La segunda de ellas, implica que el sujeto activo no prevea el resultado. Este a su vez se subdivide en:

A) Culpa lata.- Que consiste en que cualquier sujeto se puede percatar del resultado, o sea, previsto.

B) Culpa leve.- Que consiste en que sólo alguien con el cierto cuidado puede prevenir el resultado; y

C) Culpa levisima.- Que es aquella en la que solamente se pueden percatar del resultado los individuos sumamente cuidadosos.

La preterintencionalidad.- Consiste en una mezcla de dolo y culpa; dolo al principio y culpa al final. Un sujeto tiene la voluntad o la intención de causar lesiones y ataca a su víctima, pero como consecuencia de ese ataque provoca, además de las lesiones, la muerte de su víctima. Obró con dolo al principio (lesiones) y culpa al final (homicidio).

Sólo restaría aclarar en este trabajo la diferencia entre culpa e imprudencia, toda vez que en la actualidad suelen confundirse ambos términos; culpa es el género y la imprudencia es la especie, toda imprudencia constituye culpa, pero no toda culpa es imprudencia; como su nombre lo dice, la imprudencia es la falta de prudencia, de precaución, de cuida-

do, de atención y culpa, es el actuar del hombre con una voluntad distinta a la de causar un daño, pero que causa daño.

Para concluir citaremos al autor Osorio y Nieto, en la clasificación de los elementos de la culpa: "...los elementos de la culpa son: Una conducta positiva o negativa, - ausencia de cuidado o precauciones exigidas por el estado, resultado típico, previsible, evitable y no deseado y una relación causal entre la conducta y el resultado". ( 170 )

### L. INculpABILIDAD

El aspecto negativo de la culpabilidad, es la inculpabilidad. Surge la conducta delictiva sin dolo y sin culpa.

El autor Fernando Castellanos Tena dice: "... lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes elementos esenciales de la culpabilidad: Conocimiento y voluntad. Tampoco sería culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia". ( 171 )

Por su parte el maestro Luis Fernández Doblado opina: "...que representa el examen último del aspecto negativo del delito, señalando que sólo podrá obrar en favor del comportamiento de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medio en el externo una justificación, ni en el interno una inimputabilidad". ( 172 )

( 170 ) OSORIO Y NIETO, César Augusto, ob., cit., p.

( 171 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p.253.

( 172 ) FERNANDEZ DOBLADO, Luis, Culpabilidad y Error, p. 49. Obra citada en la Libro del maestro Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, México, 1982, 254.

Según los normativistas son causas de inculpabilidad:

- A) El error; y
- B) La no exigibilidad de otra conducta.

Por su parte los psicólogos opinan que son causas de inculpabilidad:

- A) El error esencial de hecho; y
- B) La coacción sobre la voluntad.

El fundamento que dan los psicólogos consiste en que si los elementos de la culpabilidad son el conocimiento y la voluntad, luego entonces, por lógica la ausencia de estos constituye la inculpabilidad; la ausencia del conocimiento, forma un error y el aspecto negativo de la voluntad es una voluntad viciada por la coacción.

A continuación analizaremos cada uno de estos elementos, tanto los que proporcionan los normativistas, como lo que dan los psicólogos.

1.- ERROR.- el error como acertadamente lo define el maestro Fernando Castellanos Tena: "...es un falso conocimiento de la verdad, es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto entre el sujeto cognosciente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad".  
( 173 )

El error se divide en:

- A) Error de hecho; y
- B) Error de Derecho.

El error de hecho a su vez se subdivide en : -  
Esencial y accidental. El error esencial del hecho debe ser in  
vencible para eliminar la culpa; aquí el sujeto desconoce la -  
antijuridicidad del hecho, por ejemplo, en el robo de uso que -  
es el delito de estudio, una persona deposita su automóvil en  
un estacionamiento público de autoservicio, lo deja por cierto  
tiempo y al salir y recoger su automóvil, lo confunde y toma -  
otro idéntico (por casualidad su juego de llaves abre y encien-  
de el vehículo confundido) y al llegar a su domicilio se perca  
ta del error y vuelve al lugar donde lo tomó, pero al llegar -  
ya lo esperaba la policía y el dueño del vehículo, quien lo -  
acusaba de robo. En este ejemplo, podemos ver como la persona -  
que cae en el error, desconoce la antijuridicidad de su conduc-  
ta, pues cree suyo el automóvil, además ese error fue invenci-  
ble, pues el vehículo era idéntico y funcionaba con sus llaves.  
Este error, elimina el dolo y a la culpa, elimina el conoci-  
miento del carácter ilícito de la conducta y la voluntad de -  
ocasionar un daño. Cabe aclarar que para que el error esencial  
del hecho constituya una causa de inculpabilidad, éste debe -  
ser invencible; si es vencible deja a salvo la culpa.

La segunda clasificación del error del hecho -  
es el accidental. Este tipo de error recae en circunstancias -  
secundarias del hecho; se presenta esta forma de error en tres  
casos:

- ABERRATIO ICTUS.- También conocido como "e-  
rror en el golpe" y obra cuando el resultado a pesar de no --  
ser el buscado, equivale al mismo. Se priva de la vida.

- ABERRATIO IN PERSONA.- O error en la persona  
y precisamente recae sobre la persona objeto del delito. Se -  
confunde al sujeto pasivo por error.

- ABERRATIO IN DELICTE.- O error en el delito-  
y sucede cuando se comete un delito diferente al buscado. En



lugar de cometer homicidio se comete parricidio. Un sujeto dis para a otro y lo priva de la vida y resulta que se trataba de su propio padre, pero lo ignoraba, pues ni siquiera lo conocía; este sujeto deberá ser castigado, más no por parricidio.

La segunda forma del error, es el error de derecho, pero este no constituye una causa de inculpabilidad, -- pues el desconocimiento de las leyes no beneficia a persona alguna. Nadie puede alegar desconocimiento, ignorancia o error del derecho, ya que aunque así lo hiciera no conseguiría ningún beneficio.

Continuando con la teoría de los normativistas sigue en el orden de análisis de la no exigibilidad de otra conducta. La doctrina moderna afirma que "esta causa de inculpabilidad se considera como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de de terminación, por lo que sólo atañe a la equidad o a la convivencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero -- no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos. La no exigibilidad de otra conducta, hace referencia, sólo a condiciones de naturaleza o emotividad, pero no de derecho, por los cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometiendo un acto -- que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y con el orden social". (174)

La no exigibilidad de otra conducta, opera --- cuando la ley, no exige al sujeto un obrar diverso. Según los normativistas, el temor fundado en un ejemplo típico de esta -- causa de inculpabilidad; sin embargo, los psicólogos pelean al temor fundado como una coacción sobre la voluntad; ambas corrientes coinciden en considerarla una causa de inculpabilidad, unos diciendo que el sujeto que actúa bajo un temor fundado, -

no se le puede exigir una conducta heroica, diferente a la requerida por el tipo penal y otros diciendo que el temor fundado, coacciona la voluntad del sujeto activo. En las dos situaciones, no puede considerarse culpable a quien obra bajo un temor fundado.

A un sujeto, su jefe lo obliga a robar unos expedientes de la oficina, so pena de quitarle el empleo en caso de desobedecer la orden; este sujeto tiene la necesidad del empleo y se ve obligado a robarse los expedientes. En mi concepto ahí estaría operando plenamente la no exigibilidad de otra conducta, no hay dolo y no hay culpa, sólo está tratando de no perder su empleo, aún y cuando esté cometiendo un ilícito, su conducta no es culpable.

Dice Fernando Castellanos Tena: "...también se configura una eximente, por no exigibilidad de otra conducta, tratándose del encubrimiento de perientes allegados. Anota --Porte Petit: "Esta eximente constituye una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que la motivación del encubridor de allegados, no es reprochable, por ser más poderosa que la exigencia estatal de cooperar con la administración de justicia, desviándonos en este tema, por tanto, de la doctrina mexicana que la considere como excusa --absolutoria, constituyendo para ella un aspecto negativo de la punibilidad". ( 175 )

Otra forma de presentarse la inculpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta, es el estado de necesidad cuando se presenta el conflicto entre dos bienes de valor equivalente, pues quien así obra sacrificando uno de ellos, no está obrando culposamente y el estado no puede exigirle que observe otra conducta, ni que obre con heroísmo.

---

( 175 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p.266.

Respecto a la teoría de los psicólogos, de considerar a la coacción de la voluntad como una causa de inculpabilidad, cabe anotar que también esto es perfectamente válido, si se considera precisamente que uno de los elementos de la culpabilidad es la voluntad y que presionarla para obtener un resultado constituye una ausencia de culpabilidad. En mi concepto son similares la no exigibilidad de otra conducta y la coacción de la voluntad, pues quien no se le puede exigir otra conducta, es sin lugar a dudas porque su voluntad está coaccionada. Pensemos en el caso del temor fundado, no se puede exigir otra conducta, debido a que ese temor está coaccionando a la voluntad; el encubrimiento de allegados presenta lo mismo, no se puede exigir otra conducta, pues el amor, el agradecimiento o el respeto, está coaccionando la voluntad; en el estado de necesidad tratándose de bienes de igual valor, es lo mismo, si se sacrifica uno de ellos, es porque el otro está coaccionando la voluntad del sujeto activo, podría ser el instinto de de sobrevivencia, o en general cualquier necesidad primordial.

Existen otras causas de inculpabilidad, una de ellas es la obediencia jerárquica en los siguientes supuestos:

= Cuando se posee poder de inspección sobre la orden, pero se desconoce la ilicitud del hecho. (Error esencial del hecho)

= Cuando se posee poder de inspección sobre la orden, y se conoce la ilicitud del hecho, pero se debe de cumplir la orden, pues se recibe además de orden, una amenaza grave de recibir considerables consecuencias en caso de no obedecer. (No exigibilidad de otra conducta o coacción sobre el elemento volitivo del sujeto)

En mi opinión, constituye una especial causa de inculpabilidad, el caso fortuito; dice el diccionario jurídico de Rafael de Pina: "...caso fortuito.- Acontecimiento que no ha podido ser previsto, pero que, aunque lo hubiera sido, no habría podido evitarse". ( 176 )

Resultaría ilógico castigar a quien no pudo -- evitar la comisión de un injusto ocasionado por un caso furtuto. Por ejemplo, si un sujeto ve que se está cayendo un árbol y va directamente sobre una persona y por más que le grita y corre a salvarla no lo logra. No se podría castigar a esta persona por no haber salvado la vida de la otra persona.

#### M. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Respecto a las condiciones objetivas de punibilidad, el maestro Celestino Porte Petit nos dice: "...las condiciones objetivas de punibilidad como elemento del delito, -- fue una aportación de Beling. Hoy día, Remo Lanain, nos dice -- la función de las condiciones objetivas de punibilidad, es la -- condicionar la existencia de un delito ya estructuralmente -- perfecto, pero no vital". ( 177 )

El autor Pavón Vasconcelos opina respecto a las condiciones objetivas de punibilidad que: "...con relación al extraño que intervenga con el ascendiente o el descendiente en la comisión del fraude, consistente en la querrela del ofendido, situación que la ley hace extensible a los fraudes cometidos, por un cónyuge contra otro, por un suegro contra su yerno o nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano, consti

( 176 ) PINA DE, Rafael, Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, S.A., México, 1981, p. 140.

( 177 ) PORTE PETIT, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, ED. Porrúa S.A., México, 1982, p. 60.

tuyen una verdadera condición objetiva de punibilidad, puesto -- que subordina la procedencia de la pena a la manifestación que haga el paciente del delito, situación ya examinada con anterioridad". (178 )

Fernando Castellanos Tena nos dice respecto a - las condiciones objetivas de punibilidad que: "...generalmente son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación. Co mo ejemplo suele señalarse la previa declaración judicial de - quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta; nó tese como este requisito en nada afecta la naturaleza misma -- del delito", y continúa este autor citando al maestro Guillermo Colín Sánchez, quien opina: "...existe identidad entre las - "cuestiones prejudiciales" y las "condiciones objetivas de punibilidad", as<sup>co</sup> como los "requisitos de procedibilidad". Tex--- tualmente expresa: "...quienes hablan de condiciones objeti-- vas de punibilidad, lo hacen desde el punto de vista general - del Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde el punto de vista procesal". ( 179 )

Por mi parte opino que las condiciones objeti-- vas de punibilidad son requisitos externos a la acción delicti va; la ley las exige en el tipo, para que se extinga la figura criminal.

Son consideradas ciertas circunstancias exige-- das en la ley, para la imposición de la pena, que no pertene-- cen al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad- y que no tiene el carácter de culpabilidad. Al respecto el ju-- rista Cuello Calón nos dice: "...en ciertos casos, muy pocos - en verdad, la ley no se conforma con la concurrencia de los -- elementos básicos de la punibilidad, sino que exige además co

( 178 ) PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Comentarios de Derecho Penal, Ed. Porrúa México, 1981, p.322.

( 179 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob. cit., p. 271.

mo requisito, para que el hecho en cuestión sea punible, la --  
conurrencia de determinadas circunstancias ajenas posteriores  
al delito, independiente de la voluntad del agente". ( 180 )

Por su parte Von Litz expresa: "...son condicio-  
nes objetivas de punibilidad, las circunstancias exteriores --  
que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero cuya pre-  
sencia se condiciona para la aplicación de la sanción". ( 181 )

El maestro Jiménez de Asúa, refiriéndose a es-  
ta característica del delito, manifiesta: "...las condiciones-  
objetivas y extrínsecas de punibilidad que mencionan los auto-  
res, no son propiamente tales, sino elementos valorativos y, -  
más comúnmente modalidades del tipo. En caso de ausencia fun-  
cionarán como formas atípicas que destruye la tipicidad", y --  
continúa diciendo: "...las más genuinas condiciones objetivas,  
son los presupuestos procesales a que a menudo se subordinan -  
la persecución de ciertas figuras del delito, como la califica-  
ción de la quiebra". ( 182 )

Existen autores que niegan la existencia de las  
condiciones objetivas de punibilidad, manifestando que éstas -  
no constituyen un elemento del delito, porque no se requiere -  
para su existencia, esto es, porque no intervienen en la cons-  
trucción de la figura criminosa, sino que es una característi-  
ca que va unida a la realización de los elementos de la figura  
delictiva y la ley sólo reporta su eficacia a la verificación-  
de esta condición. El delito perfecto y sólo se suspende la -  
existencia del castigo, por eso las condiciones objetivas de -  
punibilidad no forman parte de la estructura del delito.

Coincide mi criterio con el establecido por el  
maestro Fernando Castellanos Tena que dice: "...las condicio-

( 180 ) CUELLO CALÓN, Eugenio Raúl, ob., cit., p.522.

( 181 ) VON LITZ, Franz, Tratado de Derecho, Tomo II, Madrid, 1927, p.446

( 182 ) JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, Ed. Hermes, México, 1986,  
p. 425.

nes objetivas de penalidad tampoco son elementos esenciales -- del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y por ende, accesorios fortuitos. Basta la existencia de un sólo delito -- estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia. Muy raras delitos tienen penalidad condicionada. Por otra parte, aún no existe delimitada con claridad en la doctrina la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad. Frecuentemente se les confunde con los requisitos de procedibilidad, como la querrela de parte en llamados delitos privados; o bien, con el desafuero previo en determinados casos. Urge una correcta sistematización de ellas para que queden firmes sus alcances y su naturaleza jurídica". (183)

#### N. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

El aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad se presenta, si el delito carece de una penalidad condicionada. En el tema anterior manifestamos nuestra aceptación por el concepto del maestro Castellanos Tena, quien niega el carácter de elemento del delito a las condiciones objetivas de punibilidad y por consecuencia a su aspecto negativo, sin embargo, analizaremos brevemente, los casos en que hay ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

El aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad, en el análisis de la teoría del delito, re viste una importancia distinta a los efectos obtenidos por la

---

( 183 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p.270.

falta de los anteriores elementos del delito.

El autor Jiménez de Asúa, al referirse a la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, expresa -- que: ". . . sólo importa aquí esclarecer los particulares efectos de su ausencia. Cuando en tal conducta concreta falta la - condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede casti garse; pero así como la carencia del acto, la atipicidad, la - justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las ex cusas absolutorias, hacen para siempre imposible perseguir el hecho, y si se produce la denuncia o querrela después de sen- tencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, podrá ale- garse de adverso en la excepción de cosa juzgada, la falta de- ciertas condiciones objetivas de penalidad, las que son por no sotros estimadas como más propias, una vez subsanado el presu- puesto procesal ausente, permiten reproducir la acción contra- la responsable". ( 184 )

Así podemos manifestar que la ausencia de con- diciones objetivas de punibilidad, trae como consecuencia la - no represión por parte del estado, como sucede con la ausencia de conducta, la atipicidad, la inimputabilidad, la inculpabili dad y las excusas absolutorias.



## D. PUNIBILIDAD

Todo tipo penal descubre una penalidad, una punibilidad, es decir, que cuando existe un delito, la ley le señala una penalidad. Así, el acto punible es aquel para el cual la ley señale una pena, pues sin ésto no sería atribuible a ese acto el carácter de delito.

Respecto a este elemento del delito, el autor Luis Jiménez de Asúa, opina: "...la penalidad es una característica del delito, elemento esencial de éste, y el carácter específico del crimen y, lo que en último término caracteriza al delito, es ser punible; la penalidad no es sólo un carácter del delito, sino objeto y contenido de todo el derecho penal, -ya que éste no es sólo ciencia del delito, sino también pena".  
( 185 )

Por su parte Eugenio Cuello Calón, nos dice: "...el delito es acción punible. La punibilidad es uno de sus caracteres más destacados. Como ya vimos para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de su punibilidad, --siendo este de todos ellos, el de mayor relieve penal. Una acción puede ser antijurídica y culpable y sin embargo, no ser delictuosa, podrá dar ejemplo, constituir una infracción de carácter civil o administrativa, más para que constituya un hecho delictuoso un delito, es preciso que su ejecución se halle conminada por la ley, con una pena que sea punible. Por tanto, realmente la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena

---

( 185 ) JIMENEZ DE ASUA, Luis, ob., cit., p. 425.

constituye un elemento del tipo delictivo". ( 186 )

La punibilidad, no es otra cosa que la amenaza por parte del Estado para quienes infringen la ley penal. La pena es una acción represiva, un castigo que impone la ley y que determinan los jueces, a los responsables de una conducta ilícita penalmente.

Fernando Castellanos Tena manifiesta al respecto: "...la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedora a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena - ha quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: Es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces una amenaza estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del JUS PUNIENDI); igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, la posteriori, las penas conducentes. En este último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa. En resumen punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales, y c) Aplicación fáctica de las penas señaladas por la ley . ( 187 )

Por su parte Sebastián Soler opina que para --

( 186 ) CUELLO CALÓN, Eugenio Raúl, ob., cit., p. 522.

( 187 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p. 267.

que una conducta llegue a ser un acto punible, necesita ser "típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta". ( 188 )

El maestro Carranca y Trujillo nos dice: "... es de advertirse que la noción del delito se integra, no con la pena aplicada a la realidad de la vida, acción descrita por la ley, sino con la sola amenaza de tal pena, con la conminación de punibilidad, independientemente de que la pena se aplique o se deje de aplicar. Desde este punto de vista, la punibilidad es un elemento esencial de la noción jurídica del delito". ( 189 )

Celestino Porte Petit manifiesta: "... la punibilidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7º del Código Penal define el delito como acto de omisión que sancionaban las leyes penales, exige explícitamente la pena legal NULLA POENA SINE LEGE, pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, lo enuncia en su artículo 14 constitucional, como una garantía penal". ( 190 )

Francisco Pavón Vasconcelos nos dice: "... al definir el delito expresamos que un concepto substancial del mismo sólo puede obtenerse dogmáticamente del total ordenamiento jurídico y de éstos se desprende que por tal debe entenderse la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Dimos por tanto a la punibilidad el tratamiento de carácter fundamental o elemento integral del delito". ( 191 )

El autor Fontan Balestra manifiesta: "... indudablemente es la pena, la más esencial característica del delito en cuanto lo distingue nitidamente de las demás acciones an

( 188 ) SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, 1951, -- p.240.

( 189 ) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano Tomo I, Ed. Porrúa S.A., México, 1987, p. 219.

( 190 ) PORTE PETIT, Celestino, ob., cit., no. 59 v 60.

( 191 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa S.A., México, 1974, p. 395.

tijurídicas y culpables". ( 192 )

Como podemos observar en las anteriores ideas, muchos autores consideran a la punibilidad como un elemento -- esencial del delito y muchas no lo consideran así; nosotros -- por nuestra parte creemos que si la punibilidad aparece en todas las acciones que sanciona la ley penal, o sea, aparece en todos los tipos penales, entonces necesariamente tienen que -- constituir un elemento más del delito, la punibilidad. La conducta típica, antijurídica y culpable merece un castigo consistente en una pena que impone el Estado y aplican los jueces; ese castigo merecido constituye un escarmiento para el delincuente, es la forma en que repara su falta ante la sociedad, -- en la que se reivindica, pues bien, ese merecimiento de la pena constituye la punibilidad y no es posible imaginar siquiera que la ley penal prevea una conducta delictiva y no la amenace con una pena; entonces como consecuencia, si la punibilidad se hace presente en todo los tipos penales, debe considerársele como un elemento más del delito y más aún como el más importante de los elementos, pues la represión con que responde el estado a las faltas penales caracteriza precisamente a esta rama del Derecho. La punibilidad en el delito de Robo de Uso, podemos observar que es atenuada respecto a la de robo simple; quizá el legislador sintió atenuado el dolo de quien comete este delito y no quiso ser tan estricto, pues quien devuelve la cosa robada, no tiene una gran intención de dañar a otro, como -- en el robo simple.

Existen tres sistemas para la aplicación de -- las penas en el delito de robo:

A) SISTEMA OBJETIVO.- Que consiste en tomar en

cuenta solo el valor de la cosa robada, sin considerar la peligrosidad del sujeto activo.

B) SISTEMA SUBJETIVO.- Es al contrario del objetivo, toma en cuenta sólo la peligrosidad del sujeto activo y no considera el valor de lo robado.

C) CONCEPCION ECLEPTICA.- Toma en cuenta, esta teoría, tanto el monto de lo robado, como la peligrosidad del sujeto. Teóricamente es la correcta y la que acepta nuestra legislación penal, aunque en la realidad podemos observar como los jueces se basan más en el monto de lo robado, para aplicar las penas.

### P. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Hemos analizado detenidamente cada uno de los elementos constitutivos del delito y pudimos observar como cada uno de ellos tienen su aspecto negativo; pues bien, la punibilidad no es la excepción y su aspecto negativo son las Excusas Absolutorias.

Dice al respecto el maestro Fernando Castellanos Tena: "...en función de las excusas absolutorias, no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antipicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición", y continúa este autor dándonos a conocer las especies más importantes de

excusas absolutorias:

- A) Excusa en razón de la conservación del núcleo familiar;
- B) Excusa en razón de la mínima temibilidad;
- C) Excusa en razón de la maternidad conciente;
- D) Excusa por inexigibilidad.

Respecto a la primera clasificación nos dice - que en virtud de la convivencia familiar, convierte en una copropiedad a los bienes que integran el patrimonio de familia, - por lo que no sería punible el robo entre familiares, pues sería inaudito castigar la desaparición de cosas propias, y toda vez que se ha considerado a la familia como el núcleo de la sociedad, castigar este tipo de conductas desfavorecería la unión familiar, pues sería negativo permitir que los hijos acudieran a los tribunales para acusar a sus padres o viceversa. Cabe declarar que al decir familia, sólo se refiere a padres a hijos y deja fuera otro tipo de parentesco. En la actualidad ya quedó derogada esta excusa.

Por lo que hace a la segunda clasificación nos dice el maestro Castellanos Tena que la razón de la existencia de esta excusa absolutoria debe encontrarse en la muestra objetiva del arrepentimiento del sujeto activo y su mínima temibilidad.

Respecto a la tercera clasificación nos dice - que toda vez que no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación, se está en presencia de una excusa absolutoria - en razón de la maternidad conciente y cita al autor González -

de la Vega, quien dice que la mujer es primera víctima de su imprudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad, por ende resultaría absurdo reprimirla. Respecto al aborto, cuando el embarazo fue producto de una violación, acertadamente cita este autor a Cuello Calón, quien opina que nada puede justificar, imponer a la mujer una maternidad odiosa, dando vida a un ser que recuerde para siempre la violación sufrida.

Para la última clasificación, o sea la de inexigibilidad, nos manifiesta el maestro Castellanos Tena, que el encubrimiento de parientes y allegados, es una verdadera excusa absolutoria, pues así lo prevé el Código Penal en sus artículos 280 fracción II, y 151". ( 193 )

Sea cualquiera la naturaleza o la razón de la excusa absolutoria, definitivamente debe tener su origen en la misma ley, Siempre que el Código Penal nos señale los casos - en que no sera punible una conducta, estaremos frente a una excusa absolutoria, cuando la ley suprima el supuesto, automáticamente desaparece esa excusa absolutoria, por lo que debemos considerar que siempre tendrá su origen en la ley, todas las excusas absolutorias. Sin embargo, la razón de su existencia no obedece a nada más que a utilidad social de omitir una pena, en vista de las consecuencias sociales que acarrearía su aplicación, lo cual hace aconsejable la imputabilidad de la acción que por otros conceptos sería incriminable.

Al respecto el autor Franco Sodi opina que -- las excusas absolutorias son: "...aquéllas en que hay delito y delincuente pero no pena, en virtud del perdón expreso del legislador quien otorga éste por razones de utilidad social".

( 194 )

( 193 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p. 273.

( 194 ) SODI, Franco, Notiones de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A., México, 1950, p. 93.

Por su parte Luis Jiménez de Asúa nos dice que son excusas absolutorias: "...las que hacen que un acto típico antijurídico e imputable a su autor y culpable, no se asocie - pena alguna por razones de utilidad pública, es decir, que son motivos de imputabilidad como también las llamadas VIDAL UTILITATES CAUSA". ( 195 )

Si la utilidad pública es la razón por la cual no se impone una pena a conductas que de otro modo serían punibles por ser delictivas, se deduce que las excusas absolutorias, sólo podrán aparecer junto al delito que legalmente no se pena, es decir, en la parte especial de los códigos, tan activamente admitidas.

Podemos resumir entonces que las excusas absolutorias constituyen la ausencia de la punibilidad, encuentran necesariamente su origen en la ley y su razón de existir obedece a valores sociales o de utilidad pública. Su presencia deja intactos a los demás elementos constitutivos del delito (conducta, tipicidad, antipicidad, imputabilidad y culpabilidad), - es decir, deja vivo al delito eliminando únicamente la pena. - Efectivamente hay un delito, sólo que a diferencia de los demás, no es punible.

En el delito a estudio podemos observar una sola excusa absoluta que es la contenida en el numeral 375 de nuestro Código Penal, que dice: "...cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, - no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo - por medio de la violencia". Aquí podemos ver la mínima temibi-



lidad del sujeto activo. La diferencia entre esta excusa absoluta y la esencia de la misma del robo de uso, consiste en el monto de lo robado, principalmente.

Anteriormente existía otra excusa absolutoria que decía: "No es punible el robo cometido de un descendiente a un descendiente o viceversa". La razón era que la ley quería inmiscuirse en cuestiones familiares y que complicaran más -- las cosas.

## A) APODERAMIENTO

Sin duda alguna, una de las cuestiones más interesantes del delito de robo, es analizar uno por uno de sus elementos. En esta parte trataremos de saber en que consiste el apoderamiento y haremos la diferencia entre el apoderamiento del robo simple y el que existe en el robo de uso.

Apoderar es hacerse dueño de una cosa, de un bien ajeno, dominarlo, es tener la cosa en su poder. Dice el Código Civil en su artículo 790; "es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho quien goza de él". Artículo 793 del Código Civil:

"Cuando se demuestra que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes y instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor". Este último supuesto es el caso del chofer de un auto móvil particular que él es el que lo maneja, lo lavaba, lo lleva al taller, sin embargo, no lo usa para su beneficio sino para el de su patrón, y sólo lo usa por órdenes expresas de su patrón; a ese chofer no se le considera como poseedor del auto móvil. O el maletero del aeropuerto que lleva las maletas al automóvil, en el momento en que las lleva cargando no se le puede considerar poseedor de las maletas y si en un descuido hecha a correr con ellas, está cometiendo el delito de robo, no el de abuso de confianza.

El apoderamiento es el verbo núcleo del tipo; es lo que distingue al delito de robo con los demás delitos patrimoniales. El autor Mariano Jiménez Huerta opina: "...apoderarse uno de alguna cosa tanto significa, según el Diccionario de la Academia Española, como "ponerla bajo su poder". - Empero, como para la configuración del delito de robo se precisa que la cosa esté previamente en posesión ajena, esto es, en poder de otra persona, necesario es determinar cuando, previo quebrantamiento de dicha posesión, la cosa queda en poder del agente". (196)

Por su parte el maestro González de la Vega nos dice que "...apoderarse de la cosa significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal" (197)

Sebastián Soler opina que el apoderamiento es "...la acción típica del hurto, debe consistir en la acción de poner bajo su dominio y acción inmediata una cosa que antes de ella, se encontraba en poder de otro". (198)

El autor Raúl F. Cárdenas manifiesta al respecto que "...apoderarse significa poner la cosa bajo nuestro poder, hacerla entrar dentro de nuestra esfera de actividad". (199)

---

(196) JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano Tomo IV, Ed. Porrúa S.A., México, 1984, p. 25.

(197) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Los Delitos, Ed. Porrúa S.A., México 1986, p. 109.

(198) SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino Tomo I, Ed. Tipográfica, - Buenos Aires, 1951, p. 189.

(199) CARDENAS, RAUL F., ob., cit., p. 124.

Opina Giuseppe Maggiore; "... la acción supone apoderarse de una cosa mueble ajena, sustruyéndola al que la posee". (200)

Don Raúl Carrancá y Trujillo nos dice que: "...el apoderamiento es la aprehensión de la cosa, por la que se entra en su posesión, o sea, que se "ejerce sobre ella un poder de hecho", como expresa el artículo 790 de nuestro Código Civil". (201)

En el Semanario Judicial de la Federación se ha publicado: "...apoderamiento es el acto de hacer llegar -- una cosa a nuestro poder. Por este término "poder" se entiende la facultad de disposición sobre la cosa para fines propios, siendo ante todo, la facultad de disponer un acto de la voluntad por el que actuamos sobre la cosa deliberada y conscientemente". (202)

Asimismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha manifestado que: "...el apoderamiento es la acción y efecto de apoderarse de una cosa y apoderarse es ocuparla, es ponerla bajo su poder. El delito de robo se integra por la acción material de hacer que la cosa esté bajo el poder de una persona, sin derecho ni consentimiento de quien puede disponer de ella con arreglo a la ley". (203)

En general podemos decir que el apoderamiento consiste en aprehender u ocupar una cosa ajena mueble, para colocarla bajo nuestro poder, o espera de acción.

Ahora bien hay que decir que el sujeto no siem

( 200 ) MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal Parte Especial, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1956, p. 22.

( 201 ) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y AGUILAR, Raúl, Código Penal Anotado, Ed. Porrúa S.A., México, 1986, p.834.

( 202 ) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, XLIV, 5a Epoca, p. 178.

( 203 ) TRIBUNAL SUPERIOR, 6a Sala, Agosto 1946, p. 625.

pre se dirige hacia la cosa, ya que en algunos casos las cosas ya están bajo su poder como en los casos que ya mencionamos del chofer respecto al carro, o bien el jardinero respecto a las tijeras, pala etc. En estos casos los objetos fueron depositados por sus propietarios que a su vez son sus patrones, única y exclusivamente para que realicen una labor - en provecho de este patrón propietario de las cosas. Como podemos apreciar estas personas en ningún momento tienen posesión sobre las cosas pues no las usan en provecho propio; no hay ni posesión originaria, ni posesión derivada. En estos ejemplos los trabajadores pueden apoderarse de las cosas y estarán cometiendo el delito de robo y no el de abuso de confianza, sin embargo, ellos no fueron hacia la cosa, sino, que ya la tenían.

Hay que analizar en que momento se dá el apoderamiento. Existen cuatro teorías al respecto y son las siguientes:

A) TEORIA DE LA CONTACTATIO.- También llamada Teoría del Tocamiento y hay autores que dicen que simplemente con tocar la cosa ya se dió el apoderamiento, y otros dicen que no sólo basta el tocarla, sino que se tiene que aprehender la cosa; o sea, que no se dá el robo si sólo se toca un reloj, por ejemplo, sino que hay que aprehenderlo. En mi concepto creo que no basta la aprehensión de la cosa, sino que habría que saber el ánimo del que la aprehende: si el sujeto tiene el ánimo de ingresarla a su patrimonio entonces si se daría la teoría del tocamiento.

B) TEORIA DE LA AMOTIO.- También conocida como la Teoría de la Remoción, y esta teoría afirma que hay apoderamiento cuando se remueve la cosa del lugar donde se encontraba, a otro sitio (DE LOCO AD LOCUM). Si una cosa se encuentra en un lugar determinado y se lleva a otro lugar, ahí ya se consumó el robo. La Teoría de la Amotio, considera a la Teoría de la Contractio como una simple tentativa. Sólo

se consuma el robo en la Teoría de la Amatio, cuando se cambia de lugar la cosa.

C) TEORIA DE LA ABLATIO.- Esta teoría afirma que la consumación del robo, se dá sólo hasta que el sujeto saca la cosa de la esfera de custodia del dueño. Así por ejemplo una persona que se encuentra consultando libros en una biblioteca y espera a que se desquite el bibliotecario para sacar el libro y se consuma el robo, sólo hasta que el sujeto ha abandonado físicamente la esfera de custodia del bibliotecario. Esta teoría considera a la Teoría de la Amatio como simple tentativa.

D) TEORIA DE LA ILLATIO.- Esta teoría considera consumado el robo cuando la persona ha puesto la cosa en lugar seguro o a cubierto, o sea, cuando pone la cosa en un lugar seguro.

En mi opinión se dá el apoderamiento cuando un sujeto tiene la intención de hacer entrar en su patrimonio una determinada cosa, la toma, la aprehende con ánimo de dueño y realiza un acto que indique su deseo de hacerla entrar en su patrimonio, de apropiarse de la cosa; ahí se realiza el delito de robo.

Una cuestión muy interesante es la siguiente: Según lo que hemos visto, para apoderarse de una cosa es necesario tomarla y aprehenderla ¿y entonces un manco no puede robar? o bien que sucede si una persona con una caña de pescar la lanza de un piso a otro y extrae un objeto para robarlo; pues bien a esto se le llama la LONGA MANUS o extensión de la mano, y eso es perfectamente un robo, o sea, que debemos aclarar que para tomar o ~~aprehender~~ la cosa no se requieren necesariamente las manos; se puede cometer el delito de robo con cualquier LONGA MANUS, inclusive hasta con los pies o con la boca, por inverosímil que parezca y de todas -

formas habrá apoderamiento, que deberá entenderse éste cuando la cosa entra en poder del sujeto activo, sin importar el medio.

Así, puedo señalar que los elementos del apoderamiento son los siguientes:

- I. Idea de hacerse de la cosa.
- II. Tomar o aprehender la cosa por cualquier medio.
- III. Realizar cualquier acto que demuestre el ánimo, que demuestre la intención de ingresar a su patrimonio la cosa.

Nuestra Legislación Penal Mexicana, acepta - la Teoría de la Contrectatio en su artículo 369, que a la letra dice: "para la aplicación de la sanción, se será por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada; aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella. En cuanto a la fijación del valor de lo robado, así como la multa impuesta, se tomará en consideración el salario en el momento de la ejecución del delito". (204)

O sea, que el delito de robo, según nuestro Código Penal se consuma desde el momento en que el sujeto tiene en su poder la cosa.

Para el caso de nuestro delito en estudio, - el apoderamiento es idéntico que para el robo simple, quizá - lo único que varía, es que en este delito, el sujeto tiene - la intención de ingresar la cosa a su patrimonio sólo temporalmente, pues está consciente que va a devolverla, sin embargo, a pesar de esa intención, el sujeto se apodera de la cosa y aunque sea temporalmente, la pone bajo su poder. De -

todas formas se dá el apoderamiento.

## B) COSA

Tócanos ahora tratar de entender que es la -- "cosa", en el delito de robo. Definitivamente se trata de un objeto susceptible de apropiación, real, corpóreo, o incorpóreo con un valor económico o efectivo. Esa es la "cosa" a -- que se refiere la definición del artículo 367 de nuestro Código Penal. Por que hay que distinguir que el término "cosa" implica a veces un significado diferente: "se pueden decir muchas "cosas" en pocas palabras"; aquí aparece la palabra cosa y sin embargo, es algo que no puede ser objeto de robo.

Dice el Diccionario Larousse: "...cosa.- palabra indeterminada cuyo significado (materia, objetos, bienes, palabras, acontecimientos, asuntos) se precisa por lo que la procede o la sigue. Ser inanimado, por oposición a ser animado: personas, cosas. Realidad, por oposición a apariencia: estudiar el fondo de las cosas. Lo que se piensa, lo que se hace, lo que pasa: hizo grandes cosas en su vida. Lo que depende de nosotros, lo que se posee: estas cosas son tuyas. Ocurrencia agudeza. Hechos o dichos propios de alguien: esas cosas son de Ramón. A cosa hecha, adrede lo intento. Como quien no -- quiere la cosa, sin darle mucha importancia o con disimulo. - como si tal cosa, como si no hubiera ocurrido nada. Cosa de, - aproximadamente, cerca de. No haber tal cosa, ser verdadera. No ser cosa del otro jueves, o del otro mundo, no ser nada extraordinario. Ser algo cosa de uno, ser de su aprecio. Ser cosa de ver, habría que verlo". (205)



La "cosa" a la que habremos de referirnos, es sin duda a la que existe en el mundo real material. Se trata por oposición a los seres animados (personas) de los inanimados (cosas), haciendo la importante mención que los animales irracionales a pesar de ser animados, pueden ser objetos de robo.

El robo no opera sobre personas vivas, pues eso sería secuestro, o privación ilegal de la libertad, ni contra sus partes como brazos, dedos, piernas, etc., eso sería un delito contra la integridad humana. Tampoco opera contra los cadáveres, sin embargo, yo pienso que el cadáver de un familiar, es parte del patrimonio, pues aunque no tenga un valor económico, sí lo tiene afectivo, lo que no existe es tipo penal que castigue esta conducta. Igualmente si al intervenir quirúrgicamente durante la anestesia, el doctor le extrae al paciente, por ejemplo un riñón sin derecho, y sin consentimiento lo vende a otra persona, aquí habría tráfico de órganos, pero sin embargo, en la realidad sería un simple robo, no obstante las lesiones que se causen a la integridad física, pero vemos que tampoco existe un tipo penal que sancione este ilícito.

Se dice que si opera el robo sobre las partes del cuerpo, que puedan separarse sin causar lesiones, como por ejemplo: las uñas, el pelo, las trenzas, etc.

En Argentina, hace poco tiempo unas personas se dedicaron a desenterrar cadáveres y a pedir rescate por ellos. Como no había tipo penal que sancionara esta conducta, tuvieron que crear uno especial, pero mientras tanto no pudieron encuadrar esa conducta en ningún tipo penal. Aquí en México, únicamente se había dado la profanación de tumbas y la extorsión a los familiares, ni siquiera secuestro.

Al respecto Giuseppe Maggiore opina: "... es todo objeto del mundo exterior del hombre para afuera. Jurídicamente es todo lo que puede ser objeto de un derecho patrimonial; en sentido jurídico (derecho privado) podemos llamar cosas a todos los objetos corporales u otras entidades - naturales que tengan un valor económico y sean susceptibles - de apropiación o utilización". (207)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que: "... cosa, en nuestras leyes, es considerada como sinónimo de bienes y aunque con mayor connotación. Las cosas consideradas en sí mismas se han dividido en corporales e incorporeales; siendo corporales, las que pueden tocarse o se hayan en la esfera de los sentidos, e incorporeales, - las que no existen sino intelectualmente, o no caen en la esfera de los sentidos, como las obligaciones, las servidumbres y todos los derechos". (208)

El autor Raúl Cárdenas opina que: "...el -- concepto de cosa es tan amplio y distinto, como el criterio -- que se acepte al definirlo. Desde el punto de vista filosófico, cosa es todo aquello que tiene entidad, que puede ser -- concebido en la mente, que existe aún cuando sea en forma -- abstracta; físicamente, cosa es todo aquello que tiene una naturaleza corporea, que puede ser aprehendida por los sentidos; económicamente es aquella que sirve físicamente, para -- satisfacer una necesidad, o permitir su cambio por otro -- satisfactor; jurídicamente, las cosas son bienes, como afirma, Planiol, no cuando son útiles al hombre, sino cuando son -- apropiables". Más adelante nos dice el mismo autor: "... -- hoy se entiende por bienes todo elemento de fortuna o de riqueza que sea susceptible de aprovechamiento en beneficio de un individuo o de una colectividad". (209)

( 207 ) MAGGIORE, Giuseppe, Obra citada por Francisco Pavón Vasconcelos en libro Manual de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A., México, 1974, p. 27

( 208 ) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, XXXVIII, 5a Epoca, p. 811.

( 209 ) CARDENAS, Raúl, ob., cit., p. 235.

Por su parte Eugenio Cuello Calón afirma:

"...jurídicamente es toda sustancia corporal, material susceptible de ser aprehendida, que tenga un valor cualquiera; no obstante, las sustracción de las cosas sin valor económico - poseen un valor de afección para su propietario". (210)

El maestro Rafael de Pina la define como: "...cosa, es la realidad corporea o incorporea susceptible de ser materia considerada como bien jurídico". (211)

A este respecto nos dice Jiménez Huerta: "...son objeto del delito de robo todas las cosas corporales - susceptibles de ser removidas materialmente por el hombre - del lugar en que se encuentran, incluso aquellas que la ley declara irreductibles a propiedad particular, como por ejemplo, las que integran el patrimonio artístico o histórico de la Nación. Los bienes inmateriales, verbigracia las ideas y los derechos, no pueden ser objeto del delito de robo, pues no son susceptibles de percepción sensoria, no pueden ser - objeto de corporal remoción". (212 )

Definitivamente no estamos de acuerdo con - lo anterior, pues como ya lo manifestamos anteriormente, también son susceptibles de robo, las cosas incorporeas de --- acuerdo al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Celestino Porte Petit opina: "...considerando las peculiaridades que debe contener el objeto material - en el robo, debe estimarse como "cosa , a cualquier objeto - material susceptible de apropiación y con valor económico o afectivo". (213)

---

( 210 ) CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona 1953, p. 724

( 211 ) PINA, Rafael de, ob., cit., p.183.

( 212 ) JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa S.A., México, 1984.Tomo IV, p. 46.

( 213 ) PORTE PETIT, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa México, 1985, p.p. 27 y 28.

El Código Civil en su artículo 747, nos dice: "...pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio". El artículo 748 del mismo ordenamiento señala: "...las cosas pueden estar fuera del comercio, por su naturaleza o por su disposición de la ley". Continúa el dispositivo 749 diciendo: "...están fuera del comercio por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la Ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular". (214)

Podemos así concluir que la cosa a que se refiere nuestro Código Penal, es aquel objeto corpóreo o incorpóreo, existente en la naturaleza, susceptible de apropiación y con un valor ya sea económico o afectivo. Definitivamente en mi concepto la definición más aceptable sobre "cosa" es la que nos ofrece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que ha quedado manifestada en este tema.

### C) MUEBLE

Hemos analizado lo que es la "cosa" para el Código Penal, pero condiciona este ordenamiento que dicha "cosa" debe ser "mueble", para que se dé el delito de robo. Pues bien ahora trataremos de analizar que es una "cosa mueble".

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, nos dice:

---

( 214 ) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ed. Porrúa S.A., México, 1988, p. 179.

Artículo 752.- "Los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley".

Artículo 753.- "Son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior".

Artículo 754.- "Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles, en virtud de acción personal".

Artículo 755.- "Por igual razón se reputan muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aún cuando éstas pertenezcan a algunos bienes inmuebles".

Artículo 756.- "Las embarcaciones de todo género son bienes muebles".

Artículo 757.- "Los materiales procedentes de la demolición de un edificio, y los que se hubieren acopiado para repararlo o para construir uno nuevo, serán muebles mientras no se hayan empleado en la fabricación".

Artículo 758.- "Los derechos de autor se consideran bienes muebles".

Artículo 759.- "En general, son bienes muebles todos los demás no considerados por la ley como inmuebles".

Artículo 760.- "Cuando en una disposición de la ley o en los actos y contratos se use de las palabras bie-

nes, muebles, se comprenderán bajo esa denominación, los enuncerados en los artículo anteriores".

Artículo 761.- "Cuando se use de las palabras muebles o bienes muebles de una casa, se comprenderán las que formen el ajuar y utensilios de éstas que sirven exclusiva y propiamente para el uso y trato ordinario de una familia, según las circunstancias de las personas que la integran. En consecuencia, no se comprenderán: El dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas y artísticas, los libros y sus estantes, las metallas, las armas, los instrumentos de arte y oficios, las joyas, ninguna clase de ropa de uso, los prenos, caides y -- mercancías y demás cosas similares".

Artículo 762.- "Cuando por la redacción de un testamento o de un convenio se descubre que el testador o las partes contratantes han dado a las palabras muebles o bienes muebles una significación diversa de la fijada en los artículos anteriores, se estará a lo dispuesto en el testamento o convenio.

Artículo 763.- "Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

Los no fungibles son los que no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad". ( 215 )

Son inmuebles: el suelo y las construcciones adheridas a él; árboles y plantas mientras sean parte de la tierra. Los que están unidos a un inmueble, aún por un simple tornillo que fija el mueble, lo hace inmueble, como por ejemplo, los mesabancos de las escuelas, pero si le quita ese tornillo, ya es mueble otra vez. Una estatua mientras esté fija a la tierra es inmueble, si no está fija es mueble. En fin, cualquier cosa mueble que se puede desatornillar o zafar de la tierra, de la construcción, desaherrar del suelo, todo lo que se pueda extraer de lo que hace inmueble y se pueda trasladar, es mueble. Los penalistas no podemos aceptar el criterio del Código Civil; para el Derecho penal son bienes muebles los que se pueden trasladar de un lugar a otro, aún y cuando para el Código Civil, sean inmuebles. Si alguien se apodera de una estatua, una puerta, bancas, pizarrón, escritorios, etc., cualquier cosa que se pueda mover, será considerada como mueble para el Derecho Penal, aunque el Derecho Civil considere lo contrario.

Maggiore opina: "...muebles son los que pueden ser trasladados de un lugar a otro, sin alterar, ni su sustancia, ni su forma". Y cuando se refiere a la clasificación hecha respecto a las cosas muebles e inmuebles nos dice: "...el único criterio diferencial entre estos dos tipos, muebles e inmuebles, es por consiguiente el de retención de un lugar a otro . (216)

El autor Francisco González de la Vega, afirma: "...se llaman cosas muebles (movibles) a las cosas corpóreas que, sin modificarse, tienen la aptitud de moverse de un espacio a otro, por sí mismas, como animales semovientes o por la aplicación de fuerzas extrañas . (217)

---

( 216 ) MAGGIORE, Giuseppe, Obra citada por Pavón Vasconcelos en su libro Manual de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A., México, 1974, p. 30.

( 217 ) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, ob., cit., p.400

Francisco Pavón Vasconcelos nos da su opinión al respecto: "...para clasificar los bienes como muebles, tratándose del delito de robo, no debe estarse a las disposiciones que rigen en materia civil, sino exclusivamente a la naturaleza real de las cosas. Así, por ejemplo, si en la legislación civil, se clasifican como bienes muebles las cañerías de cualquier especie que sirvan, ya para conducir líquidos o gases de una finca, o ya para extraerlos de ella, tales bienes deben reputarse como muebles, si el delito que se imputa al acusado, consiste en haber quitado cañerías de una propiedad". (218 )

Por su parte Mariano Jiménez Huerta considera: "...dicha expresión tiene una significación penalística-autónoma que finca sus bases en la propia naturaleza de la cosa, y en la viva realidad que entrega su mundo circundante; significación que en puridad, no está muy alejada de aquella específica con que en el artículo 753 del Código Civil se definen los muebles y por su naturaleza, éste es, como los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior". Y continúa: "...la cualidad de la cosa que trasciende a la consideración penalística para perfilar la posible existencia de un delito de robo, radica pues, en su potencial movilidad aún cuando para lograrla el sujeto activo tuviere previamente que separarla del bien inmueble a que estuviere unida". (219 )

Cuello Calón opina al respecto: "...la sustracción de cosas inmuebles y de las cosas incorporales, no pueden integrar este delito, pues no es posible asirlas, tomarlas para conseguir su aprobación", y continúa: "...las co

( 218 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, Comentarios de Derecho Penal Parte Especial, Ed. Porrúa S.A., México, 1977, p. 35

( 219 ) JIMENEZ HUERTA, Mariano, ob., cit., p. 42.



sas inmuebles, cuando son inmovilizadas se transforman en muebles y pueden ser objetos de hurto". (220)

El maestro Raúl F. Cárdenas manifiesta al respecto: "...el delito de robo, sólo puede recaer sobre bienes muebles corpóreos, pues el Derecho Penal, no puede aceptar distinciones o ficciones del Derecho Civil, por ser, según como hemos venido sosteniendo, un derecho subjetivo". (221)

La cita de este autor se basa en la clasificación que hace el Código Civil para el Distrito Federal, -- respecto a los bienes: también sostiene que los derechos, -- ideas, los pensamientos, etc., no pueden ser transmitidos, toda vez que no pueden ser aprehendidas ni robadas. En la actualidad se considera que aunque la cosa sea incorpórea puede -- ser susceptible de apoderamiento, como por ejemplo, la señalpor cable de televisión.

Al Derecho Penal le interesan, para exactos del delito de robo, que las cosas pueden moverse o trasladarse de un lugar a otro, sin alterar su naturaleza, sea corpórea o incorpórea la misma, y difiere de la concepción que al respecto ofrece el Código Civil, que aunque considere que -- ciertas cosas son inmuebles, para el Derecho Penal pueden ser muebles, si por alguna circunstancia puede desprenderse de -- los que le este dando la naturaleza de inmuebles. La movilidad, la transportabilidad, es una cualidad inherente que la cosa ha de tener o ha de adquirir en el momento de la acción ejecutiva, cualidad exigida por la ley como elemento típico -- del delito de robo.

---

( 220 ) CUELLO CALÓN, Eugenio Raúl, ob., cit., p. 133

( 221 ) CARDENAS, Raúl, ob., cit., p. 149

B) AJENA

Es obvio que nadie puede robarse a sí mismo. por esa el tipo penal contenido en el artículo 387 del Código Penal, establece que el apoderamiento debe ser cosa mueble, ajena. Pero ¿Qué debemos entender por el término ajena? ¿Qué acaso todo lo que no es propio es ajeno?, no necesariamente, los bienes nostrosos no son propios, pero tampoco son ajenos, pues pertenecen a nadie. Cuando una persona tira en la calle cualquier cosa, como por ejemplo, un colchón viejo, o un radio que ya no sirve, etc., al momento de tirarlas está manifestando su voluntad, su deseo, de desposeerse de la cosa. Dice el artículo 774 del Código Civil: "Son Bienes nostrosos - los muebles abandonados y los perdidos, cuyo dueño se ignora". (222)

Pero, no es lo mismo abandonado que perdido. La pérdida de una cosa, es involuntaria para el dueño, sin embargo, el abandonarla es voluntad del propietario. Los muebles perdidos tienen un dueño cierto, los abandonados no. Los abandonados ya no pertenecen a nadie, pues su antiguo dueño se desposeyó de ellos. En el caso de los objetos perdidos, si existe un dueño, pues aunque se haya extraviado, sigue teniendo dueño. Dice la ley que tanto las cosas abandonadas como las perdidas deben entregarse a la autoridad. Los autores coinciden en opinar que si se apoderan de una cosa perdida o extraviada, si hay robo; sin embargo difieren cuando se trata de opinar sobre el apoderamiento de una cosa abandonada. Unos dicen que si hay robo, pues la ley establece que debe entregarse a la autoridad; y otros dicen que no hay robo, pues

no es cosa ajena.

El maestro Franco Guzmán, afirma que si por ejemplo, una persona que abandona una mesa en un lote baldío y otra persona pasa por este lote y descubre que se trata de una mesa del siglo XIV, se la lleva, la restaura y la exhibe para su venta en \$25,000,000.00, entonces pasa el antiguo -- dueño, la ve y presenta una denuncia por robo. En este caso la denuncia es totalmente improcedente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene los siguientes criterios:

"...para que exista el delito de robo, no es preciso que la cosa robada sea de la propiedad de la persona que funga como acusadora, sino que es bastante que no sea de la propiedad del acusado". ( 223 )

"...en cuanto a que el verdadero dueño no acreditó la preexistencia, propiedad y falta posterior de lo robado; cabe decir, que para que se integre el robo, basta que se compruebe que el acusado se apoderó de lo que no le pertenecía, sin derecho a ello". ( 224 )

"...aún en el caso de que el ofendido no hubiere probado plenamente la propiedad del objeto robado, no es indispensable ese dato para tener por comprobado el robo, si ese objeto, como lo confesó el quejoso, no era de su propiedad y, por lo mismo, carecería de derecho para disponer de él". ( 225 )

---

( 223 ) Semanario Judicial de la Federación, LXXVI, página 591, Obra citada por Porte Petit, El Robo Simple, Ed. Porrúa S.A., México 1986, p. 54.

( 224 ) Semanario Judicial de la Federación, IX, página 126, 6a Época - Obra citada por Porte Petit, ob., cit., p. 54.

( 225 ) Semanario Judicial de la Federación, XCVII, página 1762, Obra citada por Porte Petit, ob. cit., p. 54.

"...de acuerdo con la interpretación que se ha dado al término "cosa ajena" contenido en el precepto 387 de la Ley Sustantiva del Distrito Federal, idéntico al artículo 324 del Código Punitivo del Estado de Guanajuato, la locución significa exclusivamente que la cosa objeto del ilícito, no pertenece al sujeto activo, sin importar quien es su legítimo propietario o poseedor". ( 226 )

ROBO: "Propiedad de la cosa mueble.- Si -- bien la creación de la figura castigada como delito de robo -- se considera como tuteladora del patrimonio, sin embargo, -- no precisa el tipo que lo describe, que el afectado demuestre la propiedad de la cosa mueble, sino que basta que ésta sea ajena a la gente, o, en otros términos, que dicha cosa no pertenece al acusado, por lo que si éste se apodera de ella, con suma la infracción que se menciona".

Directo, 1968/1961. Justo Pastor Vázquez Gabriel. Resuelto el 4 de junio de 1962, por unanimidad de votos. Ausente el Señor Maestro Vela. Ponente el Señor Maestro Mercado Alarcón. Secretario Licenciado Rubén Montes de Oca.

Se ha planteado la interrogante, si el propietario puede cometer el delito de robo y al respecto tenemos las siguientes opiniones:

Paulo dice: "... no podemos hurtar las cosas que no son nuestras". ( 227 )

El mismo Maggiore opina que es acertado el concepto de Paulo, y manifiesta: "... por más que pretendamos traer de los cabellos las palabras de la ley, no podemos estirar la expresión, "cosa ajena", hasta hacer caber en ella las

( 226 ) Semanario Judicial de la Federación, CXXVI, página 631, 5a Epoca, obra citada por Porte Petit, El Robo Simple, Ed. Porrúa S.A., México, 1986, p.55

( 227 ) PAULO, citado por Maggiore en la obra del Maestro Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A., México, -- 1974, p/ 71

cosas que aún son propiedad del agente, aunque las posea un tercero". Y continúa: "...es absurdo hablar de una cosa propia y al mismo tiempo sea ajena", y considera que: "...por ahora, el hurto de cosas propias no tiene entrada a la legislación actual, o no ser por una puerta inexistente...". (229)

Eugenio Cuello Calón por su parte nos dice: "...pero si es el propietario el que sustrae la cosa al legítimo poseedor, no comete hurto, porque la cosa no ha dejado de pertenecerle". (230)

Francisco González de la Vega, nos dice: "...nadie puede robarse así mismo; nadie puede cometer robo en sus bienes propios; estas conclusiones son evidentes, a pesar de que en el mismo capítulo se roba, la fracción I. del artículo 365, sanciona la disposición o destrucción de una cosa mueble, ejecutados por el dueño, si la cosa se encuentra dada en prenda o en ciertos depósitos obligatorios; pero este atentado cometido por el dueño en sus propios bienes, no es precisamente un robo, sino, como se expresa en el encabezado del precepto que lo define, un delito que "se equipara al robo y se castiga como tal". (231)

Don Raúl F. Cárdenas, manifiesta por su parte: "...por cosa ajena debe entenderse aquélla que no pertenece al agente activo, concepto que debe aplicarse a todos los delitos patrimoniales definidos en nuestro Código Penal, por lo que salvo las cosas de excepción, el propietario no puede ser autor de un delito patrimonial". (232)

( 229 ) MAGGIORE, Giuseppe, citado en por el autor Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A., México, 1974, p.37

( 230 ) CUELLO CALÓN, Eugenio Raúl, ob., cit., p. 174.

( 231 ) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, ob., cit., p. 29.

( 232 ) CARDENAS, Raúl, ob., cit., p. 50

El maestro Jiménez Huerta, opina que: "... la antijurídica conducta del dueño que toma la cosa de su propiedad en poder de un tercero a virtud de un vínculo jurídico, no es subsumible al tipo de robo, en primer lugar, porque la contractación, no la ejerce sobre una cosa ajena, sino propia, y en segundo término porque el agente no obra con fin de apropiación". ( 233 )

Es evidente que en la anterior opinión del maestro Jiménez Huerta, considera que el propietario de una cosa no puede cometer robo, sobre la misma, toda vez, que dicha cosa es propia y no obra con el fin de apropiársela.

Para considerar ajena una cosa no basta que no sea propia, sino que además deberá tener dueño cierto y actual, al momento del ilícito, pues de lo contrario, estaremos frente a una figura delictiva distinta.

## E. SIN DERECHO

El delito de robo, señala el artículo 367 de nuestro Código Penal, debe ser una acción sin derecho, por parte del sujeto activo sobre el sujeto pasivo. Quizá el legislador, al crear este tipo penal exageró un poco pues es lógico suponer que todos los tipos penales presuponen acciones injustas, o sea sin derecho. Al establecer este elemento normativo no está sino incluyendo de modo gráfico uno de los elementos del delito en general, que es la antijuricidad, elemento ya estudiado en este trabajo.

El maestro Jiménez Huerta opina al respecto: "...el artículo 367, se vale para describir el robo de una inequívoca alusión a la antijuridicidad contenida en la expresión sin derecho que califica al apoderamiento que constituye el núcleo del tipo", continúa: "...empero las frases sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella -- (la cosa), es notoriamente redundante, pues actuar sin consentimiento de la persona, disponer de la cosa con arreglo a la ley, es una de las cosas en que actúa sin derecho antijurídicamente". ( 234 )

Por su parte Francisco González de la Vega, nos dice: "...la mención que hace nuestro Código al describir el robo exigiendo para su integración que el apoderamiento se realice sin derecho es innecesaria y, en cierto sentido, tautológica, puesto que la antijuridicidad es una integrante de todos los delitos, cualquiera que sea su especie; así como el apoderamiento para ser constitutivo de robo, necesita ejercitarse sin derecho o antijurídicamente, así también la muerte de otro para ser delito de homicidio, requiere que el acto sea ilícito, etc. Jiménez de Asúa al tratar de definir el delito en general, según su sustancia jurídica, llega a la conclusión de que "es el acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad". Aparte de la tipicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad, la antijuridicidad es un elemento -- SINE QUA NON de la infracción criminal cuando el acto imputable a un hombre está tipificado especialmente en la ley y provista de penalidad y no será delito si el agente lo ha ejecutado lícitamente; tal es el caso de las lesiones inferidas en -- ejercicio del derecho de corregir, en los deportes, o en ejercicio de la profesión médica. Igual acontece en el apoderamiento de cosas ajenas sin consentimiento del perjudicado, pero --

---

( 234 ) JIMENEZ HUERTA, Mariano, ob., cit., p. 53.

con derecho, por ejemplo, en virtud del secuestro legal". ( 236 )

Es lógico suponer que si el robo se ejecutara con derecho, ya no sería robo, pues carecería del elemento de la antijuridicidad. ¿ que existe algún delito que se realice con derecho?; obviamente la respuesta es negativa, pues entonces ya no sería delito.

Por su parte don RAÚL CÁRDENAS manifiesta: " ... la expresión sin derecho es un elemento que consideramos innecesario que se haya incluido en la definición de robo, ya que si se actúa conforme a derecho legítima o jurídicamente, no existe delito. Este no es un elemento privativo del robo, sino del delito en general, por lo que resulta tautológico mencionarlo, pues la antijuridicidad es un elemento integrante de todos los delitos cualquiera que sea su especie". ( 237 )

Celestino Porte Petit, nos dice: "...esta expresión es criticable a virtud de que viene a constituir una antijuridicidad especial tipificada y la antijuridicidad es un elemento esencial de todo delito". ( 238 )

En general, casi todos los autores coinciden en que hacer mención en el tipo, de la frase "sin derecho", no es sino la misma antijuridicidad tipificada de manera especial y que su aparición en el texto del artículo 367 de nuestro Código Penal, sale sobrando, pues es de entenderse que todos los delitos deben ser conductas sin derecho, o bien llamadas antijurídicas elemento SINE QUA NON de los delitos en general.

( 236 ) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, ob., cit., p.222.

( 237 ) CÁRDENAS, RAÚL, ob., cit., p. 153.

( 238 ) PORTE PETIT, CELESTINO, Robo Simple, Ed. Porrúa S.A., México, 1984 p. 71.



## F. SIN CONSENTIMIENTO

Otro elemento más del tipo penal que hemos venido estudiando, es la falta de consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley. Este elemento (sin consentimiento) nos lo señala la ley, como necesario para la existencia del delito, pues de lo contrario sería inexistente el injusto.

Atinadamente Mariano Jiménez Huerta nos dice: "...el consentimiento que puede legitimar la conducta del sujeto activo, debe provenir del titular del patrimonio al que la cosa pertenece, no basta el de las personas que tengan en sus manos la cosa, sino que requiere el consentimiento de la persona que, en el caso concreto, puede enajenarla con plena validez". ( 235 )

Al respecto pensamos que nuestro Código no es redundante al incluir en el texto del tipo penal del robo, la frase "sin consentimiento", pues a fin de cuentas viene de cierto modo a perfeccionar la figura delictiva, toda vez que de existir el consentimiento del sujeto pasivo, quedaría destruida la figura del robo, y estaríamos frente a una diversa. Pensemos que pudo haber consentimiento al momento de entregar la cosa, pero quizás se entregó con un fin distinto al de entregarla para desapoderarse de ella y hacerla entrar al patrimonio del sujeto activo. Por ejemplo, un amigo presta a otro su automóvil, pero sólo en calidad de préstamo, y éste otro lo vende. Ahí podemos ver que hubo consentimiento al entregar la cosa, pero sólo en calidad de préstamo; hubo ánimo de prestar el auto, más no de desapoderarse de él. Como podemos apreciar,

estamos frente a una figura delictiva diversa al robo, sin embargo, ese consentimiento, en caso de haber faltado, hubiese perfeccionado el robo, por eso opino que no es tan innecesaria la frase "sin consentimiento".

El maestro Carranca y Trujillo opina: "...no es ilegítimo el apoderamiento, si se hace mediante el consentimiento del propietario, o de quien legítimamente pueda otorgarlo". ( 236 )

Cabe señalar que en caso de existir el consentimiento, éste debe estar libre de vicios, debe ser libre, expreso, y debe provenir de quien pueda disponer de la cosa -- con arreglo a la ley. Dice el Diccionario Larousse: "...consentimiento.- Permiso. Autorización. Acuerdo de un gran número de personas: Consentimiento universal". ( 237 )

Por su parte Rafael Pina dice: "...consentimiento.- Acuerdo entre dos o más voluntades acerca de la producción o transformación de derechos y obligaciones". ( 238 )

## G. EL TIPO DE ROBO PREVISTO EN EL ARTICULO 380

Dice el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 380: "...al que se le imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena, sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor, y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión, siempre que justifique no haberse negado a devolverla si se le requirió a ello. Además pagará al -

---

( 236 ) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Código Penal Comentado, Ed. Porrúa S.A., México, p. 686.

( 237 ) NUEVO DICCIONARIO LAROUSSE BASICO, p. 328

( 238 ) PINA, Rafael de, ob., cit., p. 122.

ofendido como reparación del daño, el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada". ( 239 )

Podemos apreciar una atenuante en razón de la penalidad, en esta forma de robo, pues aquí el sujeto activo, se supone, jamás tuvo la intención de apropiarse de la cosa, sino que sólo la tomó con carácter temporal y con el ánimo de devolverla. Lo único que deseaba era, el uso de la misma, más no hacerla ingresar en su patrimonio. Con razón la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha llamado a este tipo "Uso Abusivo", pues más que robo (el cual implica el apoderamiento con ánimo de queño), es un verdadero uso abusivo.

Este tipo de robo previsto en el artículo 380 del Código Penal, constituye una variante del delito anelizado anteriormente, pues gozando de los mismos elementos se distingue en la especial dirección subjetiva del autor.

Puig Peña, al referirse a él, comienza por expresar que discute en la doctrina, si en realidad se trata de un hurto o si por el contrario, merece un tratamiento diverso. "Algunos autores se oponen a la conceptualización de hurto, y así entienden que como quiera que el apropiarse típico del hurto supone la incorporación definitiva de la cosa en el patrimonio del culpable y aquí nada de eso se produce, es visto que no puede en puridad hablarse de hurto. Pero entendemos que esta apreciación es equivocada y ello por las consideraciones siguientes:

A) Los precedentes históricos, sobre todo el Digesto y las Partidas, incluyen el uso entre las posibilidades de hurto.

B) No cabe duda que con el hurto de uso se produce un ataque fraudulento a la propiedad ajena, que es lo típico del hurto.

C) En definitiva, se produce la inclusión definitiva en el patrimonio del culpable de los beneficios -- aprovechados subrepticamente por el autor". ( 240 )

Este delito que encuentra su origen en el Derecho Romano, se caracteriza por el propósito del agente, que no es el de apropiarse de la cosa de la cual se apodera, como sucede en el robo genérico, sino el haber de la misma un uso determinado. González de Vega dice sobre el particular: "...se le llama robo de uso, porque si bien en el caso concurren todos los elementos del robo genérico, no existe en su comisión especial ánimo o propósito de apropiarse de lo ajeno, es decir, de hacerlo engrasar ilícitamente en el dominio del infractor. Aquí el dolo se manifiesta en una forma menos intensa, menos perjudicial y revela disminuido afán de lucrarse con lo ajeno; el agente se propone, no la apropiación de la cosa para quedársela definitivamente o disponer de ella, sino conservarla temporalmente; para emplear otra forma de expresión, el apoderamiento material de la cosa objeto del delito de robo, se efectúa desde un principio con el deseo de usarla y restituirla posteriormente. La finalidad perseguida no es enriquecerse con la apropiación, sino utilizar temporalmente la cosa". ( 241 )

Al hablar de la culpabilidad en el robo, -- expresamos que se requiere, además del dolo genérico, un dolo específico, consistente en el ANIMUS DOMINAE, en el ánimo o propósito del agente de disponer en su provecho de la cosa objeto del apoderamiento. Pero bien, en el Robo de Uso solo específico consiste, no en el propósito de "apropiársela o venderla" (artículo 360 ), sino en el usarla e conservarla durante un tiempo determinado, con intención de devolverla. Por esa razón, el precepto relativo expresa: "...siempre que justifique (el agente) no haberse negado a devolverla, si se le requirió-

( 240 ) PUGI PEÑA, Federico, Derecho Penal IV, Madrid, 1955, p.173.  
( 241 ) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, ob., cit., p.p. 217 y 218.

para ello", pues de lo contrario sería patente que el ánimo o la intención del autor fue el de apoderarse de la cosa.

Jiménez Huerta comienza manifestando que en el Robo de Uso, quedan reproducidos los elementos materiales - del tipo básico, o excepción del propósito o finalidad que lleven al agente a remover la cosa, la cual imprime su huella en la propia conducta diferenciándola del apoderamiento, "Empero, como un desplazamiento temporario estrictamente naturalístico carecería de sentido ante el Derecho Penal, evidente es que -- ha de estar presidido por una finalidad específica, esto es, -- por la de usar la cosa en beneficio propio. El artículo 380 -- no hace mención alguna al ANIMUS UTENDI, y se limita a subrayar la temporalidad del desplazamiento. Empero, es, a juicio nuestro, incontrovertible, para la configuración de esta forma privilegiada de robo, necesario que la toma temporaria de la cosa esté presidida por el ANIMUS UTENDI, ya que de no ser así, resultaría difícil diferenciar la restitución espontánea de la cosa en el robo común y el robo de uso, confusión ésta en la que no debe incidirse". ( 242 )

Aunque gramaticalmente los verbos apoderarse y tomar tienen significados diversos, pues en tanto el primero lleva inseta la específica intención de quien realiza la acción física, el último refiérese simplemente al movimiento -- corporal traducido en la toma de la cosa, al afirmarse la -- identidad material del robo común con el robo de uso, no puede darse a ambos términos más contenido, objetivamente considerados que el de la propia actividad voluntaria (acción) realizada sobre la cosa. En tal sentido puede afirmarse, como es común -- reconocerlo, que en ambos tipos se dan idénticos elementos materiales, llevándose a la diferenciación de ellos, en cuanto se examine el elemento subjetivo que individualiza la acción típica

ca constitutiva en dichos robos.

El propósito de usar de la cosa (animus utendi), característico del robo de uso, se encuentra ausente dentro de la estructura del robo genérico recogido en el tipo básico del artículo 367, pero de acuerdo con lo expresado, aquel adquiere necesariamente e ineludiblemente el carácter de tipo complementado subordinado al básico y privilegiado en su tratamiento punitivo.

Existiendo identidad por cuanto a sus elementos materiales constitutivos, entre el robo genérico y el robo de uso, cabe considerar respecto a este lo siguiente:

A) Es un delito comisivo (de acción) por no aceptar su conformación típica, a la omisión como forma de expresión de la conducta.

B) Es el delito unisubsistente (de acto único) por la imposibilidad de fraccionar la acción en varios actos.

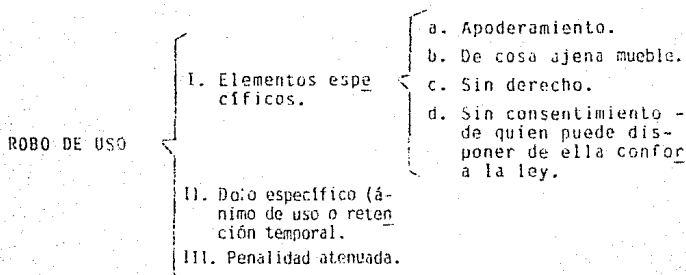
C) Su consumación es instantánea y tiene lugar al realizarse la acción configurativa del hecho; al realizarse la acción configurativa del delito; en el momento mismo en que el sujeto toma la cosa con el concreto ANIMUS UTENDI.

D) Es un tipo complementado, pero al mismo tiempo subordinado al básico, de tratamiento privilegiado en razón de su penalidad atenuada. Es igualmente un tipo simple de formulación libre y de lesión, pero conteniendo un elemento subjetivo, como lo es la concreta exigencia de la ley, al propósito del agente de tomar la cosa con carácter temporal y no para apropiársela o venderla puede clasificarse como tipo anormal en su estructura.

E) En el orden al sujeto activo y partiendo de la base de la inexistencia de calidad específica, exigida por el tipo, así como la innecesaria concurrencia de una pluralidad de personas en su comisión, la consideramos un delito de sujeto común o indiferente y monosubjetivo (de concurso eventual). Con relación al sujeto pasivo, el robo de uso puede ser delito personal o impersonal, según la lesión patrimonial recaiga en una persona física o en una persona moral, o jurídica.

F) El objeto material de la tutela jurídica comprende, únicamente cosas no fungibles, esto es, cosa cuyo uso no implique su consumación y requieran por ello ser reemplazadas otras de la misma especie, calidad y cantidad. Si el uso equivale al consumo de la cosa queda excluido de la posibilidad de la comisión de la figura privilegiada en examen y se estará ante un robo genérico. No debe confundirse aquel extremo, sin embargo, con el simple deterioro o disminución sustancial de la cosa derivada de su uso normal, pues tomada cuenta de esta circunstancia la ley condenada a pagar al ofendido y como reparación del daño, el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada, según prescripción contenida en el artículo 380 del Código Penal.

Son por tanto elementos específicos del delito de robo de uso:



La punibilidad del delito se limita a la amenaza de una pena que va de uno a seis meses de prisión y al pago como reparación del daño del doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada.

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas lo define así:

**ROBO DE USO:** Delito consistente en tomar con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, una cosa mueble ajena -- sin consentimiento de su dueño o legítimo poseedor (A. 380. CP.).

II. Puesto que el robo propio de cosa -- (furtum rei) el ladrón se enseñorea de la cosa de que se ha apoderado, comportándose de hecho frente a ella como de derecho lo haría el propietario, procede considerar como figura diferente de ella el FURTUM USUS. En este se ha cuidado la ley de sustituir la expresión **apoderarse** por la expresión **tomar**, y de poner de resalto -- que tal aprehensión es sólo temporal y es carente del propósito de apropiarse de la cosa o de venderla. La pena es ciertamente menor que la conminada para el robo de cosa.

No basta sin embargo, para caracterizar -- esta figura la indicación de carácter temporal de la aprehensión ni la circunstancia negativa de que estén ausentes el ánimo de apropiación o de venta. La denominación clásica de FURTUM USUS acusa la presencia de un ánimo sin el cual la acción descrita quedaría vacía de significado. -- Este ánimo es el ANIMUS UTENDI, el de -- usar la cosa, pero el de usarla efímeramente. No es, pues, robo de uso tomar el automóvil ajeno para recorrer el país durante prolongadas vacaciones (Jiménez --- Huerta). Es imposible establecer una regla abstracta acerca de la brevedad del uso. Es claro en todo caso, que no se da la acción prevista en esta figura si el agente retiene la cosa para usarla cuando se presente la oportunidad adecuada, y -- que la temporalidad concierne al uso --- útil a que se presta la cosa. Es indiferente la licitud o ilicitud del



uso. El hecho de la devolución no es substancial a la figura, pues también se da ella sí, después de usar la cosa, el agente la abandona en un sitio en donde su dueño pueda recobrarla. No debe confundirse del ánimo de devolver con la dificultad de probar su existencia.

III. Además de la pena de uno a seis meses de prisión, la ley obliga al agente a pagar al ofendido como reparación del daño, el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada. Y ello -- aparte de resarcimiento por los perjuicios que la cosa pueda haber sufrido en su integridad durante el uso delictuoso.(243)

Por su parte el maestro Francisco González de la vega opina: "...el Código Penal estauye ene l artículo 380 una pena atenuada para "Al que le imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseesor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla..." Describe así el llamado robo de uso, esto es el caso del que sustrae la cosa ajena no con el fin de apropiársela, sino con el de servirme de ella y -- restituirla después. Carrara recuerda que según las leyes romanas, estas hipótesis eran consideradas como constitutivas de verdaderas y propios robos, y que esta posición fue la seguida por la jurisprudencia de su época. El maestro clásico se esfuerza en demostrar la corrección jurídica de este criterio, pues etima que en los casos de robo de uso concurren desde el punto de vista objetivo, los requisitos del robo, y que el fin de lucro es indudable y se patentiza en el disfrute indebido dela cosa ajena.

La cuestión adquiere diversos perfiles en --- aquellas legislaciones en que, como la de México, el elemento subjetivo que yace en la entraña del tipo de robo está dibujado con tan claros perfiles que impide toda abstracción o im--

---

( 243 ) Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa UNAM, 1987, p.p. 2865 y 2866.

precisión. Cuando este elemento típico subjetivo se hace consistir en un genérico de lucro, su contenido deviene vastísimo y tiene plurales formas de manifestación, pues cualquier utilidad goce, satisfacción o uso que se espere alcanzar con la cosa, es subsumible dentro del indicado ánimo de lucro. El problema, empero presenta solución distinta cuando el elemento típico subjetivo que ha de presidir la comisión del robo, está delimitado en forma específica y expresa, como acontece en el vigente Código, en el cual, como ya anteriormente señalábamos, el apoderamiento de la cosa ha de realizarse por el sujeto activo "para apropiársela o venderla". El apoderamiento de la cosa ajena con fines diversos no es encuadrado en el tipo de robo. Y si la voluntad de la ley es acordar relevancia penal a estas conductas y sancionarlas con penas más leves que las establecidas para el robo simple, necesario es que en un precepto expreso se estatuya dicha relevancia típica. Esta es la *RATIO LEGIS* del artículo 380, subrayada también por la no casual circunstancia de que en él se emplee el verbo "tomar". No puede desconocerse que la expresión "tomar" tiene una significación antijurídica más neutra y desprovista de disvalor que la de "apoderarse".

En la figura de robo de uso se reproducen todos los elementos materiales del tipo básico, excepción hecha de la modalidad que imprime a la conducta el propósito o finalidad que impulsa al agente a remover la cosa. Dicho propósito o fin deja su huella material en la propia conducta, pues como el desplazamiento de la cosa se efectúa en el sujeto activo "con carácter temporal y no para apropiársela o venderla", no es identificable o equiparable, desde el punto de vista finalístico con el "apoderamiento" y sólo tiene la significación naturalística y neutra consustancial al sentido estricto muscular-insito del verbo "tomar". Empero, como un desplazamiento temporario estrictamente naturalístico carecería de sentido ante el Derecho Penal, evidente es que ha de estar presidido por una finalidad específica, esto es, por la de --

usar la cosa en beneficio propio. El artículo 360 no hace mención expresa a este ANIMUS UTENDI y se limita a subrayar la temporalidad del desplazamiento. Sin embargo es, a juicio -- nuestro, incontrovertible, que para la configuración de esta forma atenuada de robo, necesario es que la toma temporaria -- de la cosa esté precedida por el ANIMUS UTENDI, ya que de no ser así resultaría diferenciar la restitución espontánea de -- la cosa en el robo común y el robo de uso, confusión ésta en la que no debe incidirse. Son hipótesis bien caracterizadas -- robo de uso las de tomar las siguientes cosas ajenas: un cuadro o retrato para reproducirlo o fotografiarlo; un revólver -- para amedrentar a otro; un automóvil o caballo para un determinado paseo o viaje; un smoking para asistir a un baile; un libro de estudio para preparar un examen, etc.

No es, en verdad, afortunada la descripción típica que de este privilegiado robo formula el artículo 380. -- Pues se ha dejado en la más ambigua imprecisión y en la más -- profunda oscuridad la duración de uso que de la cosa ha de hacer el agente. Afirmar que la cosa ha de ser tomada "con -- carácter temporal y no para apropiársela o venderla", es emplear una frase cargada en demasía de turbiedad. Esta ambigüedad está latente en la significación de la palabra "temporal", pues si este carácter asume todo aquello que, como dice el Diccionario de la lengua, "dura por algún tiempo", "que pasa -- con el tiempo" o "que no es eterno", evidente es que dentro -- de ese concepto entra también aquellos casos en que el agente toma la cosa con el fin de usarla durante un prolongado tiempo, como, por ejemplo, si toma un automóvil para pasear por -- todo el país durante sus largas vacaciones.

Lo que, en realidad, ha querido decir el artículo 380 con la infortunada expresión "con carácter temporal", es que la toma de las cosas ha de efectuarse para ser usada -- inmediata y efímeramente, pues sólo cuando la conducta se realiza con dicha incontinenti y circunstancial finalidad puede-

estructurarse esta privilegiada especie de robo. No existe, - por tanto, robo de uso si el sujeto activo mantiene en su poder la cosa en reserva para usarla cuando se presente ocasión propicia o si el uso se prolonga más allá de lo que conforme a las concepciones comunes de la vida implica un breve y efímero empleo. Uso breve y efímero no quiere decir uso instantáneo, esto es, que el uso debe durar sólo un momento. Dice --- bien Manzini cuando aclara y precisa que la temporalidad debe ser referida al uso útil al cual se presta la cosa. Si ésta - para ser usada útilmente requiere un cierto tiempo, es natural que se deba tomar en consideración el tiempo mínimo necesario para usarla conforme a su naturaleza y destino o la intención del culpable.

El ANIMUS UTENDI que caracteriza esta especie de robo ha de acreditarse plenamente por medio de las pruebas que resulten idóneas para poner en relieve la evidencia del mismo. La simple manifestación del sujeto activo puede ser relevante si los antecedentes y las circunstancias del hecho no contradicen su afirmación, como, por ejemplo, acontece cuando la cosa removida es insusceptible de ser utilizado sin consumirse o se usa en forma que lleve aparejada su total destrucción o su deterioro parcial. Igual que acontece en los demás elementos típicos ubicados en el ánimo del autor, la prueba - indiciaria y presuncional adquiere aquí trascendental importancia. El ANIMUS UTENDI puede ser conocido a través de los actos efectivos y manifestaciones verbales y presentes de su autor".

El robo de uso se integra y consuma en el instante en que el sujeto activo remueve la cosa con la finalidad de momentáneamente usarla. No obstante para la integración típica de este privilegiado robo, la ilicitud del uso - que el agente se proponía hacer de la cosa. Aún cuando ésta fuere usada como medio que posibilitarse la comisión de otro - como, por ejemplo, acontece cuando el sujeto activo coge una

escala ajena para introducirse a robar en la casa de un tercero o toma un automóvil para utilizarlo en la comisión de un delito y coloca después escala y automóvil en el mismo lugar en que estaban, no se desvirtúa esta especie típica, pues la naturaleza del uso que el agente dé o se proponga dar a la cosa, es totalmente ajena a la esencia del elemento subjetivo que con exclusividad configura esta clase de robo. Quedan excluidas de la posibilidad de ser objeto material de esta especie típica, todas aquellas cosas insuperables de ser usadas sin contumirse, dado que las mismas no admiten un uso momentáneo que deje a salvo su sustancia. El dinero es insusceptible de serlo, pues no puede usarse sin que el agente se desprenda del mismo. No implica en manera alguna consunción de la cosa, el deterioro o la merma accesoria normal que por el uso de la misma pueda sufrir un perjuicio de que deba indemnizarse dicho detrimento de valor en concepto de daño resarcible. Empero, si al hacerse uso temporal de la cosa que se hubiera tomado con dicho propósito, la misma resultare dañada por imprudencia, negligencia o imprudencia del sujeto activo, responderá este, en concurso, del delito de robo de uso y del daño en propiedad ajena.

Hállase insita en el robo de uso la idea de que la cosa ha de ser devuelta después de utilizarse. Si esta devolución es abstractamente imposible, no existe esta especie de robo, pues en la noción de uso temporal de la cosa que constituye su QUID específico, está amadriagada la imagen de la devolución. No obsta para la existencia del robo de uso, el hecho de que el sujeto activo no hubiere efectuado la devolución por causa que no le fuere imputable, como, por ejemplo, acaese, si es detenido y desposeído de la cosa en el instante en que la estaba usando momentáneamente. El hecho de que después de usarla la siga conservando en su poder sin devolverla o colocarla en el lugar de donde la cogió, es elocuente indicio que evidencia la cosa no la tomó con ánimo de usarla temporalmente sino con fin de apropiación, excepto como expresa

mente dispone el artículo 380- que el sujeto activo "justifi que no haberse negado a devolverla, si se la requirió a él". Empero, no debe interpretarse esta frase en el sentido de - que para la integración típica de la especie de robo en examen es necesario que el dueño o legítimo poseedor" de la cosa re querida al agente activo del delito para que la devuelva, pues dicho requerimiento es un hecho extraño a la ontología del ti po, y sin otro valor que el de servir a los fines probatorios de medio instrumental de auxilio para esclarecer aquellos ca sos en que existe perplejidad respecto a si el agente tomó la cosa con ánimo de usarla o con fin de apropiación.

El propio artículo 380 dispone en orden a la reparación del daño originado en esta clase de robo, que el responsable del mismo "pagará al ofendido"... el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada". Esta valoración legal del daño resarcible originado por el estricto uso de la cosa, no cancela la obligación de indemnizar tam bién, con apoyo en la tracción II del artículo 30, el daño ma terial que la cosa hubiere sufrido a consecuencia de la conducta del que la tomó antijurídicamente. ( 244 )

## capítulo cuarto

## A) EL ITER CRIMINIS.

Realmente no representa problema alguno entender el término ITER CRIMINIS. Sabiendo que el delito doloso, no aparece espontáneamente como el delito culposo; se presume que el delincuente, cuando tiene el deseo de llevar a cabo la comisión de un delito, precisamente ese deseo debe nacer dentro de su mente para después manifestarse físicamente en el mundo real. Del momento en que al delincuente le surge la idea de cometer un ilícito, hasta el momento en que lo convierte en realidad, existe una serie de actos, tanto internos como externos; esa serie de actos, ese encadenamiento de sucesos, reciben el nombre de ITER CRIMINIS, o bien, "camino del crimen".

Dice el maestro Fernando Castellanos Tena: "...el delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que a punta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este proceso se le llama ITER CRIMINIS, es decir, camino del crimen. Los delitos culposos no pasan por esta etapa; se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino solamente a la realización de la conducta inicial.

La vida del delito culposo surge cuando el sujeto descuida, en su actuación, las cautelas o precauciones que debe poner en juego para evitar la alteración o la lesión del orden jurídico. En consecuencia, el delito culposo comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, por lo que requiere ésta de



la resolución de actos voluntariamente encaminados al delito", y continúa el mismo autor: "...el delito nace como -- idea en la mente del hombre, pero aparece externamente después de un proceso interior, más o menos prolongado. A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación -- hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. Con la manifestación principia la fase externa, -- la cual termina con la consumación". ( 245 )

Es en la época medieval cuando surge la doctrina del ITER CRIMINIS, gracias a los prácticos italianos, por lo que no fue conocida en el Derecho Romano, ya que el principio --como apunta Maggiore-- no se hizo distinción alguna entre intención (affectus), y resultado (effectus): todavía durante el imperio valía el principio IN MALE FICIIS VOLUNTAS SPECTATUR NON EXITUS (en los delitos debe considerarse la voluntad, no el resultado), sólo cuando se separaron los resultados crimina ordinario de los crimina extraordinaria, se distinguió entre legitimum perfectum y flagitium imperfectum, sobre éste construyeron los prácticos la doctrina de la tentativa, y enseñaron que, salvo a los hechos atrososismos en que el conato se castigaba como delito perfecto conforme a la máxima de origen Romano, -- PUNITUR AFFECTUS ETIAM SI NON SEQUITUR (debe castigarse la intención aunque no se siga el resultado), en todos los demás casos de delito el conato debía representarse con penas inferiores". ( 246 )

El ITER CRIMINIS posee dos fases, una interna consistente en: Idea criminosa o ideación. Deliberación y Resolución; y la otra etapa o fase es la externa que consiste en: Manifestación. Preparación y Ejecución (tentativa o consumación).

{ 245 } CASTELLANOS TENA, Fernando, ob. cit., pp. 275 y 276.  
 { 246 } MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1956, p. 65.

### A.1. FASE INTERNA

La fase interna del ITER CRIMINIS posee tres etapas, como ya lo vimos. Se le dice fase interna porque precisamente es el interior del individuo donde va a desarrollarse; surge como una simple idea o tentativa en la mente del sujeto que puede ser aceptada o no por él mismo, si el sujeto la acepta y la fija en su mente, inmediatamente surge un debate interno, entre si la lleva a cabo o no, y empieza a valorar los pro y los contra de su comisión, a esta etapa se le llama Deliberación, pues el individuo valora sus necesidades de actuar y sus riesgos, o sea, delibera o decide que tanto le conviene llevar a cabo la conducta o no, en esta etapa de deliberación intervienen los principios-morales, familiares y religiosos del sujeto y podría ser que aquí, en esta etapa, el individuo rechazara la idea, o bien la acepte, pasando así a la tercera y última etapa de la fase interna que es la Resolución, que es en donde el sujeto decide llevar a cabo su idea y entonces comienza a planear de que manera la va a hacer. Debemos observar que en ningún momento, el individuo ha exteriorizado su intención, sólo ha llevado a cabo una serie de pensamientos y reflexiones en el interior de su mente, y como recordaremos, ninguna idea no exteriorizada puede ser castigada, o sea, que hasta este momento, el sujeto no ha cometido ningún delito, sólo posee el propósito de delinquir, y, podría mencionarse en este momento, la máxima legal que reza COGITATIONIS POENAM NEMO PATITUR; o sea, que las ideas no son punibles. Al respecto nos dice Maggiore: "... sólo puede interesar a la conciencia moral religiosa como tentación o pecado de pensamiento. Para reprimirlo, sólo está llamado el sentimiento del deber y Dios, ya que la resolución criminal, mientras permanece en la interioridad del ánimo no cae bajo la acción de -

la justicia penal, solamente cuando se manifiesta mediante confesión o factancia, puede y debe interesar a la policía de seguridad y la ley aplica las medidas de seguridad pertinentes, ejemplo, la manifestación del pensamiento se traduce en alguna instigación aunque no sea acogida". ( 247 )

Fernando Castellanos Tena apunta: "... en frase que se ha hecho célebre, decía Ulpiano: "COGITATIONIS POENAM NEMO PATIITUR" (nadie puede ser penado por sus pensamientos), y Rossi, el ilustre clásico, afirmaba: "El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre, podrá ser criminal, pero no podrá ser encadenado....Por la amenaza de un castigo lo único que se lograría hacer, es que la manifestación del pensamiento fuera mucho más rara, se disminuiría el número de los imprudentes para acrecentar el de los malhechores. Esto es, cubrir las chispas para tener el placer de asistir al incendio". Por su parte --- Francisco Carrara, el insigne clásico, sostiene que el ejercicio de la justicia está delgado, en virtud de que la ley del orden, a la autoridad social, para que sean protegidos los derechos del hombre gracias a una coacción eficaz; pero los derechos del hombre no se ofenden con actos internos; la autoridad humana no puede mandar sobre las opiniones y sobre los deseos. Los pensamientos, sin cometer abusos, no pueden tenerse como delitos. La defensa del orden externo sobre la tierra corresponde a la autoridad; la tutela del orden interno sólo a Dios. Y cuando se dice que la ley penal no ha de castigar los pensamientos, se quiere significar que se sustrae a su dominio toda la serie de momentos que entregan el acto interno; pensamiento, deseo, -- proyecto y determinación, mientras no hayan sido llevados

---

( 247 ) MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 54.

a su ejecución.

A lo anterior sólo agregaremos que la incrinación de las ideas equivaldría a una radical invasión al campo propio de la moral, desentendiéndose entonces el Derecho de su misión especialísima y esencial, a saber: Armonizar las relaciones puramente externas de los hombres en vista a la convivencia y a la cooperación indispensables en la vida gregaria". ( 248 )

Si a lo anterior añadimos que mientras esa idea no salga del individuo, ni siquiera a través de la palabra o letra, no causa daño a nadie, independientemente de la dificultad que representaría en términos reales el poder probar a alguien que tuvo tal idea, resulta en una palabra, imposible de castigar la idea, pues como repito no daña a nadie. Ahora bien, en mi personal punto de vista, - si esa idea sale del individuo a través de la simple palabra o de la letra, constituye una clara amenaza, conducta que sí es punible. Como ejemplo claro está el delito de amenazas y el de conspiración.

En conclusión la fase interna del ITER CRIMINIS, existe, es real, pero no punible.

## A.2. FASE EXTERNA

La fase externa del ITER CRIMINIS, consiste en tres etapas: Manifestación, Preparación y Ejecución -- (tentativa o consumación). La fase externa abarca entonces desde el momento en que el pensamiento sale del individuo, hasta el momento en que la ejecuta o lleva a cabo.

Ahora bien, nuestra Constitución nos establece como una garantía que los individuos podemos expresar libremente nuestras ideas, al manifestar en su artículo 6º : "... la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será utilizado por el Estado". ( 249 )

Y algunos autores desprenden entonces que la etapa de Manifestación del ITER CRIMINIS, no es punible por estar garantizada por el Estado, la manifestación de ideas.

Reflexionando al respecto, debemos recordar que estamos estudiando el ITER CRIMINIS o CAMINO DEL CRIMEN, por consecuencia, la idea que surgió en el individuo, definitivamente es una idea criminal el ánimo es de cometer un delito, por lo tanto esta manifestación de ideas, ni debe ser punible, pues constituye un peligro en contra de los derechos de un tercero o inclusive del Estado mismo. Es sim-

---

( 249 ) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Edición - Asociación Mexicana de Abogados, México, 1987, p.11.

supuesto de la manifestación de ideas del ITER CRIMINIS, está cayendo dentro de la excepción del artículo 6º de nuestra Carta Magna, por tratarse de una idea criminal. Por lo tanto, la etapa de manifestación de la fase externa, si es posible, - Una vez exteriorizada la idea del sujeto, una vez manifiesta, pasa a la siguiente etapa, que es la Preparación, y aquí el individuo, comienza a realizar actos físicos externos e inclusive intelectuales para llevar a cabo la ejecución. Puede inclusive el sujeto, preparar la ejecución a través de actos que no constituyan delito alguno, como por ejemplo: Comprando gasolina para incendiar algún lugar, pero comprar gasolina no es ningún delito, o bien comprando un auto veloz para preparar su huida del lugar de los hechos, igualmente comprar un vehículo no es delito alguno. En fin, los actos de la Preparación, pueden algunos no ser ilícitos, pero otros sí, como adquirir una pistola de uso oficial, etc.

La Preparación son aquellos actos previos que el sujeto realiza, antes de llevar a cabo la ejecución. En esta etapa, prepara el sujeto los medios de la ejecución y finalmente llegar al momento de la Ejecución, que es la tercera y última etapa de la fase externa y del ITER CRIMINIS. Ahí culmina el camino del crimen. Es cuando el sujeto comete el delito, pudiendo darse dos importantes aspectos: La Tentativa y la Consumación, los cuales estudiaremos más adelante.

Dice el maestro Castellanos Tena: "Manifestación.- es la idea criminosa que aflora al exterior, surge ya en el mundo de la relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto....Preparación.- los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Dice Jiménez de Asúa que los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la

intención del agente.... Ejecución.- el momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: Tentativa y Consumación. Se llama consumación a la ejecución -- que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal". ( 250 )

En si la llamada fase externa del ITER CRIMINIS, se da ya en el mundo real, deja de ser sólo parte de la conciencia del individuo y nace en la realidad como una intención peligrosa que culmina en una conducta de daño en contra de la sociedad.

#### A.2.1. ACTOS PREPARATORIOS

Los actos preparatorios son aquellos, materiales e intelectuales que irremediamente unen al individuo con el delito, constituyendo propiamente el comienzo de la - ejecución de una conducta antisocial, castigada por el Estado.

El maestro Mariano Jiménez Huerta los define como: "...aquella parte del obrar humano que si bien incide - en la parte exterior del delito por no implicar un comporta-- miento corporal que trasciende de la simple resolución interna, tiende a la búsqueda y provisión de los medios e instru-- mentos al acecho y vigilancia del sujeto pasivo para hallar la ocasión propicia a lograr la intervención de otras personas que auxilien a su ejecución, a asegurar la huida de los delinuentes y en general a la realización de los preámbulos del - delito". ( 251 )

---

( 250 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p. 279.

( 251 ) JIMENEZ HUERTA, Mariano, La Tipicidad, Edición 1955, pp. 135 y si guientes.

Respecto a la punibilidad de los actos preparatorios existen dos corrientes, las cuales opinan lo siguiente:

A. Doctrina de la impunidad.- Es la Escuela Clásica, quien sostiene esta doctrina basada en los siguientes puntos:

I. Los actos preparatorios no constituyen de ninguna manera violación alguna a la norma penal. pues el que compra una arma de fuego con la intención de matar a otra no viola por ése sólo hecho el dispositivo legal, -- que ordena respetar la vida ajena, únicamente lo estará violando cuando intente disparar el arma en contra del sujeto pasivo, lo mismo sucede con el delito de robo; no basta el desear apoderarse de una cosa ajena mueble, sino que, es indispensable el tomarla o encaminarse al apoderamiento de la misma.

II. Los actos preparatorios, son la naturaleza indeterminada o equívoca, por no revelar por si mismos de un modo claro la intención del sujeto de cometer un delito.

III. El castigo de los actos preparatorios pueden ser de graves consecuencias para la seguridad jurídica que debe prevalecer en toda sociedad organizada, ya que daría lugar a muchas arbitrariedades de la autoridad judicial.

IV. Además de los actos preparatorios no deben ser castigados por causas de utilidad, ya que de esa manera se fomenta el desistimiento.

B. Doctrina de la Punibilidad.- Es la Escuela Positivista quien en contraposición a la Escuela Clásica



sostiene esta doctrina, la que en orden a la punibilidad se pronuncia porque los actos preparatorios se les imponga una pena en virtud de que la sola realización de ~~esos~~ actos que tienden al logro de un fin criminoso, revela la existencia de una peligrosidad en el agente, por lo que no se debe dudar en la punición de los actos preparatorios.

Al respecto, opino, que se debe estar a lo que establece la ley; si en la preparación de un delito se comete otro distinto, entonces ese es el primero que hay que castigar. No es posible castigar a un sujeto que compra un vehículo veloz independientemente si lo compra para huir después de cometer un homicidio o un robo; en cambio es digno si este sujeto en lugar de comprarlo, lo roba. En general si el acto preparatorio constituye un delito debe de castigarse por ese mismo delito, ya que sería difícil -- probar cuando esté preparando un delito.

Opina el autor Fernando Castellanos Tena: "  
...los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en si mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictivos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. Con razón para Cuello Calón, en el acto preparatorio no hay todavía un principio de violación de la norma penal. El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo. El pensamiento es casi unánime en el sentido de la no punición de dichos actores. Por excepción, nuestro Código, sanciona algunos que por si mismos agotan el tipo relativo, más no significa que al exigirlos la ley en delito, permanezcan como actos preparatorios, habida cuenta de que los comportamientos colman los tipos correspondientes, pero intrínsecamente poseen la naturaleza de verdaderos actos preparatorios; tal es el caso del artículo 256, al establecer sanciones para los mendigos, a quienes se aprehende con un disfraz, ganchúas, armas o cualquier otro instrumento que dé lugar para sospechar su propósito de cometer un delito. Este precepto, sea dicho de

pero, además de anacrónico, rombe con el principio de igualdad, porque los potentes portadores de los instrumentos señalados, jamás pueden cometer el delito de referencia".  
(252 )

## A.2.2. LA TENTATIVA

La tentativa consiste en iniciar la ejecución del delito, sin que éste pueda consumarse. Podría decirse que es una forma ilustrada de la ejecución del delito.

Luis Jiménez de Asúa nos dice: "En cuanto a la terminología, a fines del siglo pasado la tentativa fue llamada CONATO o CONATUS, antecedente latino de ésta. Petrucelli afirma que el término conato acentúa en la acción el carácter de esfuerzo para el logro del fin, el cual incluso puede subsistir, pero no es esencial bastando que la acción cualquiera que sea el grado de energía con que emprende y conduzca, no se complete o alcance su efecto. Ortolan dice: "...que la tentativa viene de tentarse, recuentativo de temere, palpar, poner la mano repetidamente, de ahí viene tentador, tentación, tentar como hecho de palpar, de poner las manos varias veces para excitar, para impulsar a alguien a hacer o no hacer. Así la tentativa es el hecho de haber puesto la mano en los actos externos, tendientes a la producción de ese resultado (que la voluntad tiende a producir) Al respecto Nicolini afirma que la palabra tentativa deriva del verbo latino TENEO, cuyo significado es TENTUM y TENSUM

que denota esfuerzo de hacer. Bricchetti piensa que la derivación más probable de "intentar" (tentare) es la del verbo latino TENDO, cuyo supino es también TENTUM o TENSUM, -- porque el significado del verbo tender, es el de esforzarse, dirigirse, tender mientras el significado fundamental del verbo latino TENERE, es el de poseer, ocupar, por lo que su significación es estática a diferencia de TENDERE que es dinámica.

A pesar de que una de las acepciones del conato, que dá el diccionario es forense (acto y delito que se empezó y no llegó a consumarse) parece un término anticuado y que se le ha dado como sinónimo a la tentativa y al atentado. De esta manera en Francia Ortolan dice, que el atentado no es otra cosa que tentativa, atentado no es más -- que intentar a pesar de ello el atentado se entendió siempre como emprender un crimen muy grande. Esto prueba que el atentado es tentativa de un crimen gravísimo. Sin embargo, es menos aceptable llamar atentado a la tentativa, ya que no significa éso en nuestro idioma, pues equivale a atentado o significa un delito de autoridad o el delito en contra de ella. Nicolini distinguió al atentado del conato, considerando conato de conato. No así Carrara, para él son sinónimos las palabras atentado, conato y tentativa. Por su parte Battaglini dice que son diferentes, ya que el atentado es institución propia de la materia de los delitos políticos y comprende también los actos preparatorios como resulta de la diversidad de la fórmula usada". (253)

A este respecto Carrara opina: "...defino la tentativa (conato, atentado) como cualquier acto externo que por su naturaleza conduce unívocamente a un resultado -- criminoso, pero al cual éste no le sigue, ni tampoco la lesión de un derecho superior o equivalente al que se quería-

violar. También puede definirse como un hecho humano antijurídico y perturbador de la tranquilidad de los ciudadanos, -- que por su naturaleza se hallaba en capacidad de producir la lesión de un derecho ulterior más importante que él que fue violado por el mismo hecho, y que estaba dirigido por el agente con intención determinada y perseverante a la lesión del Derecho que no resultó violado, sino solamente puesto en peligro". ( 254)

Fernando Castellanos Tena opina: "...la tentativa difiere de los actos preparatorios; en éstos no hay -- todavía hechos materiales que se penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; en cambio en la tentativa existe ya un principio de ejecución, y por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo -- del delito de que se trate. Según Soler, la tentativa estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste; para ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa. Jiménez de Asúa define la tentativa como la ejecución incompleta de un delito. Para Impallomeni, es la ejecución frustrada de una determinación criminosa.

Entendemos pues, por tentativa los actos -- ejecutados (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al -- querer del sujeto.

El joven juspenalista Francisco Javier Ramos Bejarano, aclara que es preferible no hacer referencia sólo a "ejecución", por que pudiera tomarse el vocablo con su --

sentido estricto y entonces no comprendería las omisiones, - en las cuales, sin duda, también es dable la tentativa. De fine ésta como "la ejecución o inejecución (en su caso) de actos encaminados a la realización de un delito, si no se consuma por causa independientes del querer del agente". - (255)

Ahora bien, una vez entendida la tentativa hay que hablar de las formas de la misma. La tentativa posee dos formas de ejecución:

a) Tentativa Acabada.- En esta forma de tentativa, el sujeto lleva a cabo todos los actos necesarios para la realización del ilícito, pero por causas ajenas a su voluntad, no se produce el resultado. A esta forma también se le conoce como delito frustrado.

b) Tentativa Inacabada.- Aquí el sujeto simplemente no acompleta los actos necesarios para la comisión del delito, por causas extrañas; hay una incompleta ejecución. En esta forma de tentativa cabe el arrepentimiento del sujeto activo.

En términos generales, la tentativa es castigada por el Estado, al establecer el Código Penal en su artículo 12.- "La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente ..." (256)

Por otro lado si el sujeto cae en el arrepentimiento y voluntariamente suspende la ejecución del delito-

---

( 255 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p. 279.

( 256 ) Ob, cit., p. 10.

sin que haya alcanzado a cometer algún daño, entonces esta tentativa inacabada no será punible, en virtud de que ni na die se dió cuenta de esos actos, dicha conducta quedará como un secreto del agente.

La tentativa inacabada es punible cuando no se lleva a cabo la consumación por causas ajenas al querer del sujeto, de lo contrario no podrá ser punible.

Francisco Pavón Vasconcelos, nos indica que son tres los elementos de la tentativa:

"a) Un elemento moral o subjetivo, consiste en la intención dirigida a cometer un delito,

b) Un elemento material u objetivo que consiste en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y

c) Un resultado no verificado por causas - ajenas a la voluntad del sujeto". ( 257 )

### A.2.3. LA CONSUMACION

En la última etapa de la fase externa del ITER CRIMINIS, la conducta del individuo penetra al tipo penal legal.

Algunos autores mencionan que denominar a la consumación como ejecución resulta errónea; así Bichetti, opina: "...ejecución y consumación son dos entes bien distintas; la ejecución representa al medio, el camino, el instrumento para la producción del delito, o sea, para el logro de un fin; la consumación representa el fin alcanzado". ( 258 )

Dice el autor Eugenio Cuello Calón: "... -- cuando voluntariamente se han realizado todos los actos materiales de ejecución del delito y se ha lesionado efectivamente al bien jurídico objeto de la protección legal, el delito está consumado". ( 259 )

Pessina, se refiere a la consumación diciendo: "... la realización del propósito criminoso es una modificación que se lleva a la realidad exterior por la actividad humana, y significa que ocurre algo en consecuencia de la determinación volitiva, esto es, que se da una EVENTUS, sin el cual la cogitatio no llega a ser objetiva o real, como actio, cuando la fuerza de la voluntad impulsa la actividad orgánica en la dirección de un fin determinado que forma el contenido de una violación. se verifica un hecho que depende de nosotros y que consiste en dedicarnos a convertir en

---

( 258 ) BRICHETTI. Autor citado por Luis Jiménez de Asúa en su obra Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, Ed. Losada, Buenos Aires, 1977, - p. 963.

( 259 ) CUELLO CALON, Eugenio, citado por Luis Jiménez de Asúa en su obra La Ley y el Delito, Ed. A. Bello, Caracas, 1954, p. 536.

existencia objetiva el querer subjetivo; aquel esfuerzo -- nuestro constituye un conato. Ahora bien, cuando el conato -- para que una violación nuestra se traduzca en realidad de hechos corresponden las fuerzas externas que rodean nuestra fuerza orgánica y aquella volición que impulsó al organismo se halla toda desenvuelta y realizada de tal modo que lo que rido llega a ser cumplido.

Cuando nuestro empleo para tal fin alcanza su meta en la victoria de nuestra actividad lograr plenamente sobre las fuerzas circundantes, nuestro conato será coronado por aquel momento exterior que lo completa, la acción ha llegado AD SUMMUM, está consumada, SUMMATA, porque la tensión de nuestras fuerzas han conseguido la realización de -- aquello que queríamos, y si el contenido de nuestra volición ha sido una determinada violación del Derecho, un delito dado, el cumplimiento de la volición toma el nombre de MALECIUM SUMMATUM o consumación del delito". ( 260 )

Por su parte Carranca y Trujillo opina que el delito consumado "es la acción que reúne todos los elementos genéricos y específicos que integran el tipo penal". ( 261 )

Ahora bien, cabría mencionar aquí lo que nos dice el artículo 7º de nuestro Código Penal: "... el delito es:

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

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

( 260 ) PESSINA, Enrique, citado por Luis Jiménez de Asúa en su obra La Ley y el Delito, Ed. Revs S.A., Madrid, 1936, pp. 466 y 467.

( 261 ) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano Parte General Ed. Porrúa S.A., México, 1980, p. 669.



III. Continuado, cuando con unidad de propósito-delictivo y pluralidad de conducta se viola el mismo precepto legal". ( 262)

Si bien es cierto que con la consumación se agota el tipo penal violado, también lo es que de acuerdo a nuestra legislación penal, esa consumación puede consistir en cualquiera de sus tres formas antes mencionadas.

Para Fernando Castellanos Tena la consumación es: "... la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal". (263)

Von Hippel, opina: "... un delito se consuma cuando se produce el resultado externo (cambio en el mundo exterior) sino sólo cuando el autor realiza el total de las características típicas; es entonces cuando se produce el resultado en sentido amplio". (264)

## B. CONCURSO IDEAL Y CONCURSO REAL

Dice Miguel Angel Cortés Ibarra: "... es frecuente que el delincuente retire la conducta ilícita violando la misma o diversa disposición legal, sin haber sido sancionado por tales delitos; otras veces, con una sola acción --- produce varias lesiones (jurídicas). En estos casos surge la figura denominada "concurso de delitos" ". ( 265 )

( 262 ) Ob., cit., p.7.

( 263 ) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob., cit., p.

( 264 ) VON HIPPEL, autor citado por Luis Jiménez de Asúa en su obra Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, Ed. Losada, Buenos Aires, 1977, p. 965.

( 265 ) CORTES IBARRA, Miguel Angel, ob., cit., p. 433.

Se llama concurso ideal o formal, cuando -- con una sola acción se producen varios resultados y se le -- llama concurso real o material cuando con varias acciones se producen varios resultados.

Nuestro Código Penal establece en el artículo 18: "...existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos". ( 266)

Nos comenta el maestro Castellanos Tena: ". .en ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas. El concurso de delitos puede ser ideal y material.

A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico" -y continúa el mismo autor- "...aparece el concurso ideal o formal si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal -y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto-, se advierte una doble o triple infracción, es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas afectando consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho.

Se pueden citar muchos ejemplos de concurso ideal o formal, tal ocurre si el individuo, con un disparo - de arma de fuego, mata a un adversario, lesiona a un trabajador y daña la ajena propiedad; también cuando el delito de violación reconoce como sujeto pasivo a un pariente próximo tipificándose, además, el incendio. (respecto a este último ejemplo, algunos consideran sólo un delito: la violación).

Artículo 58 del Código Penal: "...siempre - que con un sólo acto, o con una sola comisión, se violen va-  
rias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, - se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual po-  
drá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración"

El concurso ideal también se conoce con el nombre de acumulación formal o ideal. González de la Vega aclara que nuestro Código no le llama acumulación ideal, probablemente para no confundirlo con la acumulación real o concurso material, reservando la palabra acumulación sólo para este último. Más adelante nos dice el mismo autor: "... si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recibido una sentencia por alguna de ellas, se está frente al llamado concurso material o real, - el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones se-  
reñitas (de a tres homicidios) que con relación a tipos di-  
versos (homicidio, lesiones, robo, sometidos por el mismo su-  
jeto)". ( 267 )

Habría que poner en claro, que porque un su-  
jeto que tiene intención de privar de la vida a otro y le -  
clava varias veces el puñal en el cuerpo, logrando con ésto -  
su objetivo, estaremos frente a un concurso de delitos, sino

que en este caso ocurremos frente a un simple comisado. El hecho de haber clavado varias veces el puñal a una, de haber realizado varios actos, no quiere decir que exista pluralidad de conductas, pero sí que por ir encaminados a un mismo fin y haber sido sometidos esos actos al imperio del resultado, se considera como una unidad de conducta y de resultado; o sea, se engloban todos los actos (golpes con el puñal) en una unidad de conducta, por lo que no se considera éste como un concurso de delitos, porque además para que se dé el concurso de delitos, debe en ambos casos, de existir una pluralidad de delitos.

Dice el autor Iván Vasconcelos, que para mayor comprensión del concurso de delitos debemos considerar las siguientes hipótesis:

- A) Unidad de conducta y de delitos;
- B) Pluralidad de conducta y unidad de delito (delito continuado);
- C) Unidad de conducta y pluralidad de delitos (concurso ideal o formal), y
- D) Pluralidad de conductas y de delitos -- (concurso real o material). (268)

### C. PARTICIPACION

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, nos comenta lo siguiente de la participación: "...la participación es tan antigua, como el delito, las más viejas legislaciones la aceptaron.

Así como se reconoce que el hombre, con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios hombres con sus actividades, pueden infringir una sola norma. En -- el primer caso hay pluralidad de delitos; en el segundo unidad en el delito con concurso de sujetos.

Para centrar en el lugar debido el problema de la participación Maggiore empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o mono subjetivos y delitos colectivos o plurisubjetivos en razón de la exigencia típica referida a los sujetos activos en el delito; éste unisubjetivo, cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho, sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas.

Hecha tal distinción, debe separarse el concurso necesario, en virtud de que la exigencia del tipo precisa la participación de varias personas, sin cuyo presupuesto el delito no existe, del llamado concurso eventual, en -- donde, sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina, eventual o participación propia", más adelante continúa el mencionado autor: "...de lo expuesto se infiere que para la existencia de la participación o concurso-eventual de sujetos se requiere: A) Unidad en el delito, y

B) Pluralidad de personas". (269 )

Nos dice el maestro Miguel Angel Cortés Ibarra que son tres las fundamentales teorías que explican la participación:

"A) De la causalidad.- Esta teoría identifica a la participación con la acusalidad. Todos los sujetos -- que intervienen en la ejecución del delito, concurren poniendo una condición para la producción del resultado. La responsabilidad es proporcional a la intensidad del influjo causal.

B) De la autonomía.- Se afirma en la pluralidad de delitos. Cada conducta es violatoria material y psicológicamente de la ley penal. Todos los participantes ponen una -- causa eficiente en la producción del resultado, siendo responsables en forma independiente. La obra de cada uno se aprecia en forma autónoma, desvinculada de las demás. De aquí se induce que la irresponsabilidad del autor, no lleva consigo la irresponsabilidad de los cómplices.

C) De la accesoriedad.- Parte de la concepción monista. Admite la existencia unitaria del delito, asignándole al ejecutor material el carácter de autor principal -- y de partícipes accesorios a los colaboradores (cómplices) -- que en cualquier forma cooperan en la realización del delito. Así, por ejemplo, el inductor no sería castigado aunque pusiera su mayor empeño en la investigación, si el ejecutor material del delito decide de realizarlo, y el cómplice que contribuye a la preparación del delito quedare o no impena, según los actos que realice el actor principal . ( 270 )

---

( 269 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, ob., cit., p. 436.

( 270 ) CORTES IBARRA, Miguel Angel, ob., cit., pp. 457 y 458.

Nuestro Código penal establece en su artículo 13: "...son res  
ponsables del delito:

I . los que acuerden o preparen su realiza--  
ción;

II. Los que realicen por sí;

III. Los que la realicen conjuntamente;

IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de  
otro;

V. Los que determinen intencionalmente a otro  
a cometerlo;

VI. Los que intencionalmente presten ayuda o  
auxilien a otro para su comisión;

VII. Los que con posterioridad a su ejecu---  
ción auxilien al delincuente en cumplimiento a una promesa an  
terior al delito, y

VIII. Los que intervengan con otros en su co  
misión, aunque no conste quienes de ellos produjo el resulta-  
do". ( 271 )

Por su parte Fernando Castellanos Tena, nos  
dice: "...autor principal es el que concibe, prepara o ejecu-  
ta el acto delictuoso; en cambio los delinquentes accesorios-  
o cómplices, son quienes indirectamente cooperan para la pro  
ducción del delito.

llámese autor al que pone una causa suficiente para la producción del delito; es decir, al ejecutor de una conducta física y psicológicamente relevante. La doctrina está de acuerdo, por supuesto, en considerar como autores no sólo a quienes material y psicológicamente son causa del hecho típico, sino que es suficiente, para adquirir tal carácter, la contribución con el elemento físico o con el anímico, de donde resultan los autores materiales y los autores intelectuales.

Si alguien ejecuta por sí solo el delito, se le llama simplemente autor; si varios lo originaron, reciben el nombre de coautores. Los auxiliares indirectos son denominados cómplices, quienes aún cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso.

Sebastián Soler, entre otros, habla de autores mediatos, para señalar aquellos que siendo plenamente imputables, se valen para la ejecución material del delito de sujeto excluido de responsabilidad. El autor mediato no delinque con otro, sino por medio de otro que adquiere el carácter de mero instrumento.

Maggiore, clasifica las formas de participación según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia.

a) Según el grado, la participación puede ser principal y accesoria; mientras la primera se refiere a la consumación del delito, la segunda atiende a su preparación.

b) Según la calidad, la participación puede ser moral y física, comprendiendo la primera tanto la instigación como la determinación o provocación; a su vez la instigación abarca como subclases: El mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.



c) En razón del tiempo, la participación es anterior si el acuerdo es previo a la comisión del delito, y en tal momento se precisa la intervención que en él lleva cada partícipe; con comitante, si la temporalidad está reflejada al instante mismo de la ejecución del delito; y posterior, cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previsto, y

d) Según su eficiencia, la participación es necesaria y no necesaria, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste exiga o no, para la comisión, el concurso de personas.

La participación es moral, cuando atiende - el carácter psíquico o moral de la aporte del autor principal; es física si ese aporte es de carácter material y se realiza dentro de la fase ejecutiva del delito.

Hay instigación, dice Soler, cuando el sujeto quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través psique de otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo". La determinación o provocación se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea - ya existente en otro realizado acto o procurando consejos, -- con fuerza de convencimiento para reforzar la idea inicial y orillararlo a la ejecución del delito.

El mandato existe, cuando se encomienda a otro la ejecución del delito, para exclusivo beneficio del que ordena. La orden no es sino una forma del mandato y la impone el superior al inferior, con abuso de su autoridad. La coacción se presenta cuando el mandato se apoya en la amenaza. El consejo es la "instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer el delito, para la exclusiva utilidad y provecho del instigador". La asociación es el acuerdo o pacto celebrado por varias personas para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados". ( 272 )

Respecto al encubrimiento, podemos decir que esta figura, como ya se mencionó, queda de acuerdo al artículo-13 fracción IV de nuestro Ordenamiento punitivo, se considera un grado de participación, pero con fundamento en el artículo 400, se le da también el carácter de delito autónomo.

Artículo 400.- Se aplicarán de prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa al que:

I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiriera, recibiera u oculte el producto de aquél, a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad.

II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del delito.

III.- Oculte al responsable de un delito los efectos, objetos o instrumentos del mismo, o impide que se averigüe.

IV.- Requerido por las autoridades no de auxilio para la investigación de los delitos o por la persecución de los delincuentes, y

V.- No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse, o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables. ( 273 )

Por lo que hace al pandillerismo podemos comentar brevemente que no es un delito autónomo, sino una forma para cometer otros delitos, y que provoca un aumento en la penalidad de aquéllos; el pandillerismo se entiende, "la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas, que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen algún delito"; esta definición es de acuerdo al artículo 164 bis del ordenamiento punitivo del Distrito Federal.

En el pandillerismo opera el concurso necesario de personas.

Esta figura se diferencia de la asociación delictuosa, únicamente en que esta última, si está organizada necesariamente para delinquir.

El maestro Fernando Castellanos, cita en su obra al autor Carrancá y Trujillo, quien opina sobre las muchedumbres delincuentes: "...mientras la asociación delictuosa se caracteriza por su reflexiva organización para ciertos fines delictivos, las muchedumbres delincuentes actúan espontáneamente, carecen de organización y se integran de modo heterogéneo; en ellas los individuos particulares obran impulsados por el todo inorgánico y tumultuario del que forman parte; los sentimientos buenos desaparecen y quedan do

minados por los perversos y antisociales; se produce un proceso de sugestión de miembro a miembro, por el que la idea de delito termina por triunfar", y más adelante nos dice: "... citando al jurpenalista Mariano Jiménez Huerta, señala la existencia de un fondo de inferioridad en la psicología de las masas: Actúan por tendencias y simpatías y no por lógica y análisis, con predominio de la vida afectiva sobre el razonamiento", y casi para finalizar con el comentario agrega: "...no saben nunca exactamente lo que quieren, pero si lo que odian o niegan y están dispuestos a destruir". ( 274 )

Las muchedumbres no se consideran como una forma especial de delincuencia, por no integrar los elementos propios y esenciales de la figura en estudio, sin embargo, resulta interesante citarla y descubrirla en esta parte del estudio, por su similitud con dicha figura.

conclusiones

## CONCLUSIONES

De la investigación que realizamos en la elaboración del presente trabajo, podemos concluir del tipo penal previsto en el artículo 380 del Código Penal Mexicano, lo siguiente:

- 1.- Es un delito de acción, toda vez que la expresión de la conducta no adopta a la omisión en su configuración típica.
- 2.- Es un delito unisubsistente por no poder fraccionar en varios actos la acción.
- 3.- Es un delito instantáneo, pues su consumación tiene lugar en el mismo momento en que el sujeto toma la cosa.
- 4.- Es un tipo complementado, pero al mismo tiempo subordinado al básico de tratamiento privilegiado por su penalidad atenuada.
- 5.- Asimismo es un tipo simple de formulación libre y de lesión, conteniendo un elemento subjetivo consistente en el requisito indispensable de tomar la cosa temporalmente sin ánimo de adueñarse de la misma.
- 6.- Es un delito de sujeto común o indiferente y monosubjetivo, de concurso eventual; esto en -

función al sujeto activo.

7.- Por lo que hace al sujeto pasivo en este delito, puede ser personal o impersonal, según recaiga - la lesión patrimonial en una persona física o en una persona moral.

8.- El dolo que aparece en esta figura delictiva es específico, pues sólo se tiene el ánimo de usar la cosa.

9.- La penalidad de este delito se limita a la amenaza de una pena que va de uno a seis meses y al pago de la reparación del daño, del doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada.

10.- La tutela jurídica recae sobre objetos materiales no fungibles, o sea, que no impliquen su consumación y se requiera de ser reemplazadas por otras de la misma especie. Hacemos la observación que si el uso de la cosa implica su consumación, entonces no estaremos frente a la figura privilegiada que hemos analizado, sin embargo, no debe caerse en el otro extremo que sería el simple deterioro o disminución sustancial de la cosa, como consecuencia de su normal uso, pues hay que tener en cuenta que el agente siempre estará obligado a pagar los daños que causó por el uso de la cosa.

11.- Podemos concluir que se debería corregir la acepción de Robo de Uso, y emplear una más adecuada, como lo hace la Suprema Corte de Justicia al identificar este delito como un simple Uso Abusivo de las cosas, en razón que el más importante de los elementos del Robo es el apoderamiento, y podemos apreciar que en la figura que analizamos, este elemento no se hace presente.

## b i b l i o g r a f í a



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

- BATAGLINI, Giulio  
Diritto Penale, Cedam, Padua, 1949.
- BERNER, Alberto Federico  
Trattato di Diritto Penale, traduc. Eduardo Bertola Vallar di, Millán, 1892.
- CARDENAS, Raúl  
Derecho Penal Mexicano del Robo, Ed. Porrúa S.A., México, 1982.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl  
Derecho Penitenciario, Ed. Porrúa S.A., México, 1988.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl  
Las Causas que excluyen la incriminación, Ed. Porrúa, S.A. México, 1944.  
Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ed. Porrúa S.A., - México, 1980.  
Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ed. Porrúa S.A., - México, 1987.  
Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ed. Porrúa S.A., - México, 1988.  
Código Penal Comentado, Ed. Porrúa S.A., México, 1996.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl  
Código Penal Anotado, Ed. Porrúa S.A., México, 1986.
- CARRARA, Francisco  
Programa de Derecho Criminal, Volumen I, Ed. Temis, Bogotá 1971.
- CASTELLANOS TENA, Fernando  
Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A. México, 1972.  
Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A. México, 1982.  
Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A. México, 1984.
- CORTES IBARRA, Miguel Angel  
Derecho Penal, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.

- CUE CAROVAS, Agustín  
Historia Social y Económica de México, Ed. Trillas, México
  
- CUELLO CALON, Eugenio  
Derecho Penal Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1953.  
Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Ed. Nacional S.A., México, 1961.
  
- ESQUIVEL OBREGÓN, TORIBIO  
Apuntes para la Historia del Derecho en México, Tomo I, Ed. Polis,
  
- FONTAN BALESTRA, carlos  
Misión de Garantías de Derecho Penal, Ed. Depalma, Buenos - Aires, 1950.  
Derecho Penal, Argentina, 1949
  
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco  
Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa S.A., México, 1981.  
Los Delitos, Ed. Porrúa México, 1986.
  
- GARCIA RAMON PELAYO, y Otros  
Nuevo Larousse Básico, Ed. Santiago, México, 1989.
  
- Instituto de Investigaciones Jurídicas,  
Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VIII, Ed. Porrúa S.A., México, 1988.
  
- ISALAS, Olga y RAMIREZ, Elpidio  
Lógica de Tipo en el Derecho Penal. México, 1979.
  
- JIMENEZ DE ASUA, Luis  
La Ley y el Delito, Ed. A. Bello, 1945.  
La Ley y el Delito, Ed. A. Bello, 1954.  
La Ley y el Delito, Ed. Hermes, Buenos Aires, 1963.  
La Ley y el Delito, Ed. Revs, Madrid, 1936.  
La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1978.  
Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Ed. Losada S.A., Buenos Aires, 1958.  
Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Ed. Losada S.A. Buenos - Aires, 1977.  
Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, Ed. Losada S.A., Buenos Aires, 1977.

- JIMENEZ HUERTA, Mariano  
Panorama del Delito, Ed. Porrúa S.A., México, 1950.  
La antijuricidad, Imprenta Universitaria, México, 1952.  
La Tipicidad, Imprenta Universitaria, México, 1955.  
Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Ed. Porrúa S.A., México, -  
1981.  
Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, Ed. Porrúa S.A., México,  
1977.  
Derecho Penal Mexicano, Tomo Iv, Ed. Porrúa S.A., México,  
1984.  
Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, Ed. Porrúa S.A., México,  
1986.
- LOPEZ A, Alfredo  
La Constitución Real de México-Tenochtitlán, Instituto de  
Historia, Seminario de Cultura Nahuatl, UNAM, México, 1969.
- MACEDO, Miguel S  
Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano, Ed. -  
Cultura, México,
- MAGGIORE, Giuseppe  
Derecho Penal Parte Especial, Ed. Temis, Bogotá, 1956.  
Derecho Penal Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 1956.
- MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael  
Derecho Penal Parte General, Ed. Trillas, México, 1986.
- MAURACH, Reinhart  
Tratado de Derecho Penal, Ed. Ariel, Barcelona, 1961.
- MENDIETA y NUÑEZ, Lucio  
Derecho Precolonial, Instituto de Investigaciones Sociales  
México,
- MEZGER, Edmundo  
Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Ed. Derecho privado, Ma-  
drid, 1935.  
Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Ed. Derecho Privado, Ma-  
drid, 1955.  
Derecho Penal, Ed. Cárdenas Editores, México, 1988.
- OSORIO NIETO, César Augusto  
Síntesis de Derecho Penal, Parte General, Ed. Trillas, Mé-  
xico, 1986.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco  
Comentarios de Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Jurídica  
Mexicana, México, 1964.  
Comentarios de Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Porrúa -  
S.A., México, 1977.

- Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa S.A., México, 1977.
- Manual de Derecho Penal mexicano, Ed. Porrúa S.A., México 1974.
- Comentarios de Derecho Penal, ed. Porrúa S.A., México, 1981.
- Lecciones de Derecho Penal, ed. porrúa S.A., México, 1982.
- PINA, Rafael de  
Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa S.A., México, 1981.
  - PORTE PETIT, Celestino  
Evolución Legislativa Penal en México, Ed. Jurídica Mexicana, México  
Imporancia Dogmática Jurídico Penal. Ed. Porrúa S.A., México, 1954.  
Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa - S.A., México, 1970.  
Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa - S.A., México, 1980.  
Apuntes de la Parte General de Derecho penal, Ed. Porrúa - S.A., México, 1985.  
El Robo Simple, Ed. Porrúa S.A., México, 1984.  
El Robo Simple, Ed. Porrúa S.A., México, 1986.
  - PUIG PEÑA, Federico  
Derecho Penal Tomo IV, Madrid, 1955.
  - REINHART, Maurach  
Tratado de Derecho Penal, Ed. Revista de Derecho Privado, Barcelona, 1935.
  - RIVA PALACIO, Vicente y Otros  
México a través de los siglos, Tomo II, Ed. Cumbre S.A., - México,
  - ROMAGNOSI,  
Génesi di Diritto Penale, Florencia, 1934.
  - RUIZ, eduardo  
Michoacán, Paisajes, Tradiciones Leyendas, Ed. Inovación - S.A., México,
  - SODI FRANCO  
Nociones de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A., México, 1950.
  - SOLER, Sebastián  
Derecho Penal argentino, Ed. Tipográfica, Buenos Aires, - 1951.

- TRUJILLO CAMPOS, Gonzalo  
Relación Material de Causalidad en el Delito, México, 1978
- VAILLANT, George  
La Civilización Azteca, Origen, Grandeza y Decadencia, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- VILLALOBOS, Ignacio  
Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa S.A., México, 1955.  
Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa S.A., México, 1960.
- WELZEL, Hans  
Derecho Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl  
Manual de Derecho Penal, Ed. Cárdenas Editores y Distribuidores, México, 1988.

#### JURISPRUDENCIA

- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Tomo CII, 6a Epoca.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Tomo XXVI, 6a Epoca.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Tomo XLIV, 5a Epoca.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Tomo XXXVIII, 5a Epoca.

#### LEGISLACION CONSULTADA

- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y - PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. Ed. Porrúa S.A. México, 1989.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ed. Porrúa S.A., México, 1989.
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ed. Porrúa S.A., México, 1989
- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, LLAVE DE 1869, Leyes Penales Mexicanas, INACIPE, Tomo I, México, 1979.