

59



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

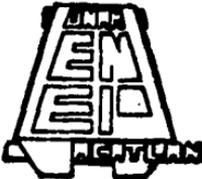
tey

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

FALLA DE ORIGEN

ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 400 FRACCION PRIMERA DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA; HUMBERTO ISAAC CANO PERALTA



NAUCALPAN DE JUAREZ, EDO. DE MEX.

1994



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS

Gracias por guiarme hacia el camino de la dicha propia y de mis seres queridos, a ti que me has dado la gloria de vivir y aunque personalmente he fallado en diversos aspectos de mi vida una y otra vez, el hecho de aclamarle; reanuda mis esfuerzos y lo que para mi ya no tenía salida, se convierte en una nueva victoria, por eso hoy que tengo la dicha de culminar en el ámbito profesional, así mismo lucharé para que con tu apoyo pueda, el día de mañana concluir humanamente para con todos mis seres queridos y aún mas... sentir la dicha de no haberte fallado.

A MI MADRE

A ti que eres mi todo, quien sabe los mismos sufrimientos, tu que a pesar de los sinsabores de nuestras vidas has luchado por una estabilidad, tu eres la fuerza y la tranquilidad de nuestro hogar, quien supo a mano firme educar y en cada noche de desvelo dejó una arruga más, te agradezco que nosotros tus hijos sean todo para ti sin importar tu propia vida, al entregamos tu alma y tu ser, no friqueas y vas sembrando la ilusión en nuestros corazones, lo que ha dado como fruto un gran amor por ti y la confianza del trato que nos une para contarte algo personal y escuchar siempre un buen consejo, por todo eso que has hecho de mi vida no tengo mas que decirte que si algo soy y seré en esta vida será por ti.

A MI ABUELITA

La ternura del hogar que me vió nacer y crecer, la entrega incondicional quien en cada momento de sufrimiento ha dado su entereza por mi y el apoyo más grande que se puede tener en la vida durante todas las etapas de un ser, ella lo ha entregado en todos y cada uno de los miembros de su familia, recibiendo a cambio muchas veces un reproche por nuestra inmadurez, pues sin ti no estaría a salvo en un hogar con los principales medios para subsistir y en ocasiones hasta mas de lo que creo merecer, entonces lo menos que puedo hacer a cambio de tu cariño será luchar por que estes orgullosa de tenerme a tu lado y sentir que lo que me has brindado no ha sido en vano.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	
CAPITULO PRIMERO	
I.- DEL DELITO EN LO GENERAL	1
1.1 CONCEPTO DE DELITO JURIDICO SUBSTANCIAL . . .	2
1.2 DEFINICION DEL DELITO	6
1.3 ELEMENTOS DEL DELITO	12
1.4 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL DELITO	24
1.5 BIEN JURIDICO TUTELADO	28
CAPITULO SEGUNDO	
II.- ANALISIS DE NUESTRO DELITO EN ESTUDIO	32
2.1 ARTICULO 400, FRACCION Ia. DEL CODIGO PENAL . .	33
2.2 TIPO Y SUS ELEMENTOS	35
2.3 FUNCIONALIDAD DEL TIPO	53
2.4 EL DELITO	67
CAPITULO TERCERO	
III.- ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO	74
3.1 CONDUCTA	75
3.2 TIPICIDAD	86
3.3 ANTIJURIDICIDAD	91
3.4 CULPABILIDAD	96
CAPITULO CUARTO	
IV.- EL ROBO	118
4.1 ROBO CONCEPTO	119
4.2 PENALIDAD DEL ROBO	136
4.3 ROBO: SIMPLE Y CALIFICADO	140
4.4 ROBO CON VIOLENCIA	159
BIBLIOGRAFIA	164
CONCLUSIONES	167

INTRODUCCION

El derecho surge desde sus inicios para equilibrar la convivencia humana y así hacer posible la vida en sociedad otorgándole al hombre cierta libertad que solamente se ve restringida y limitada al respecto de los demás integrantes del grupo en que vive, para que así mismo goce de seguridad, de esta manera la Norma Jurídica al igual que la sociedad va evolucionando poco a poco y sufriendo una serie de cambios en el transcurso de su formación, los cuales en ocasiones se presentan conjuntamente y en otras existiendo cierto retraso por lo que el Derecho se refiere, así surgen ordenamientos que dan nacimiento a determinadas figuras Jurídicas, de esta manera en 1871 nace el primer Código Penal para el Distrito Federal que da vida al Encubrimiento; siendo este el objeto principal de nuestro estudio. El encubrimiento en nuestro ordenamiento es considerado como un Delito distinto, da tal suerte que ésta figura Jurídica con el tiempo va sufriendo una serie de cambios en nuestra legislación, que va desde concebirlo dentro de las personas que tienen responsabilidad en el Código Penal de 1871 y el de 1929, posteriormente en el Código Penal de 1931, considerado como un Delito distinto pero con la deficiencia de incluirlo por exclusión en la Responsabilidad Penal, hasta lograr su separación definitiva de la misma en 1985. La finalidad del presente estudio es dar la importancia que merece la FRACCION PRIMERA del Artículo 400 del Código Penal vigente, pues analizando la conducta del sujeto activo que a la letra dice ***"con animo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en este, adquiera, reciba u oculte el producto de aquel a sabiendas de esta circunstancia"*** a mi Juicio es delictiva pero no en grado de ENCUBRIMIENTO ya que le beneficiaría un enriquecimiento ilícito y considerando lo anterior debía ser contemplada dentro del mismo Ilícito de ROBO aunque en un grado de Participación o bien independiente; resultando por consecuencia que si se diera el tratamiento respectivo a dicho acto, disminuiría el Robo pues no tan fácil los que hoy se enriquecen con lo que a la víctima le desapidaron; fomentarán gracias a su inversión clandestina que los Autores directos del Ilícito, sigan cometiendo fechorías por la sencilla razón que ya no tendrían a quien venderle lo que se roben.

CAPITULO PRIMERO

I.- DEL DELITO EN LO GENERAL

- 1.1 CONCEPTO DE DELITO JURIDICO SUBSTANCIAL**
- 1.2 DEFINICION DEL DELITO**
- 1.3 ELEMENTOS DEL DELITO**
- 1.4 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL DELITO**
- 1.5 BIEN JURIDICO TUTELADO**

1.1 CONCEPTO DEL DELITO JURIDICO SUBSTANCIAL

Dentro del campo del Derecho penal encontramos que existen diversos conceptos o definiciones de lo que es el Delito, es así que existe la Teoría del delito la cual externa su definición, también la formal mas sin en cambio existe la jurídica sustancial o doctrinal; en la cual son diversos los factores que penetran en ella para encontrar una definición absoluta.

Al primer autor que nos referimos es Mezger, el cual establece: " que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable "⁽¹⁾

Este Autor nos da una clara y sencilla definición dogmática del delito, ya que en ella contempla gran parte de los elementos del mismo.

Desde este punto de vista encontramos la definición que nos da el maestro Cuello Calón: " Es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible ".⁽²⁾

Definición claramente adecuada a lo establecido por los elementos propios del delito, es decir, toma cada uno de ellos agregando lo referente a la acción humana refiriendo a la conducta, la cual reviste una importancia esencial para la comisión de los delitos.

Otro tipo de definición nos la da Jiménez de Asua, quien se adentra mas al estudio del delito, el cual textualmente lo define como: " Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal ".⁽³⁾

Como nos damos cuenta el autor agrega a la definición el hecho de la imputabilidad, pero debemos tomar en cuenta que esta, es un presupuesto de la culpabilidad y no un elemento del delito. Así mismo recordemos que las condiciones objetivas de procesabilidad tampoco se considera un elemento del delito.

1.- Mezger. "Tratado de Derecho Penal". Madrid 1953. pág. 156.

2.- Cuello Calón. "Derecho Penal". 8a. Edición Pág. 236.

3.- Jiménez de Asúa. Ob. Cit.

Francisco Carrara define al delito, como: " la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso ".⁽⁴⁾

También es importante señalar que existen dos sistemas que realizan un estudio del delito para poder establecer una definición clara del mismo, es así que pasaremos al estudio de ellas, además de diversos puntos de vista de varios Juristas que opinan al respecto,

Dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-sustancial del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico, Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico un concepto indisoluble. En cambio los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos.

A este punto de vista, en relación a la corriente unitaria y totalizadora, Antolisei manifiesta "que para los afiliados a esta doctrina, el delito es un bloque monolítico, el cual puede representar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable".⁽⁵⁾

A mi punto de vista, para hacer un estudio profundo del delito además de encontrar una definición clara del mismo, este se debe dividir para poder encontrar cada una de sus partes, mas sin en cambio, encontramos que muchos autores consideran que es indivisible, por consistir una necesaria unidad, es así que el maestro Carrara habla del delito como una disonancia armónica.

Todas las definiciones anteriores hacen una división del delito y expresan cuales son los elementos de este, es así que Fernando Castellanos establece: " En consecuencia para nosotros los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad ".⁽⁶⁾

4.- Citado por Castellanos, Fernando. "Lineamientos elementales de Derecho Penal". Ed. Porrúa 1986. Pág. 126

5.- Antolisei. "Manuale di Diritto Penale ". 3a. Edición, Milano 1955. Pág. 143

6.- Castellanos, Fernando. Ob. Cit. Pág. 132

Para Pavón Vazconcelos si se acepta, de acuerdo con la teoría de la Ley Penal, que la norma se integra mediante el precepto y la sanción, la punibilidad es elemento o condición esencial del delito; de otra manera la norma sin sanción deja de ser coercitiva y se transforma en precepto declarativo sin eficacia alguna ".⁽⁷⁾

Es así también que se debe entender, que dentro de los elementos del delito, el hecho de la conducta y la sanción, es decir que cuando un sujeto realiza una conducta que recae en el precepto determinado por la ley, esta debe ser sancionada con una pena previamente establecida.

Desde este punto de vista encontramos que Cavallo da su punto al respecto: " El delito debe ser estudiado desde los puntos de vista orgánico, general, anatómico y funcional, es decir, es obligado estudiarlo antes en su unidad, analíticamente en cada una de las notas o elementos que las componen y, por último, en la organización de estos en las varias formas a través de las cuales puede presentarse, debiendo ser estudiado por tanto, desde los siguientes puntos de vista: imprescindibles y recíprocamente integrados: unitario, analítico y sintético ".⁽⁸⁾

* La escuela Positiva considero al delito como un fenómeno natural y social, producido por el hombre, elaborándolo Garofalo, uno de los Evangelistas de dicha escuela, el concepto de delito natural, recurriendo a la violación de determinados sentimientos ".⁽⁹⁾

Después de haber visto varios conceptos dogmáticos del delito se puede entender que son muy variados autores que se refieren al respecto y también son variadas las escuelas que lo tratan, mas sin embargo debemos considerar que todos parten de un principio general, el cual se refiere a la acción o conducta contraria a el derecho o principios que rigen a la sociedad.

7.- Idem. Pág. 131.

8.- Cavallo."Dritto Penale, parte Generale". Napoli. 1855

9.- Porte Petit Candaudap, Celestino,"Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". Ed. Porrúa. 1987

Para finalizar este punto debemos considerar el aporte que hace Porte Petit al respecto: " El estudio de los delitos en especial, debe efectuarse aplicándose la teoría del delito a cada delito en particular pues aquella no puede vivir aislada, sino en función de cada tipo, pues de otra manera, no sería posible conocer la figura delictiva en toda su integridad como elemental exigencia dogmática, es decir, analizando metódica y sistemáticamente el delito, en cada uno de sus elementos constitutivos y en todo lo concerniente a ellos, así como en su particular aspecto negativo y en sus formas de aparición obtenemos una integral visión del delito, una total imagen de la figura delictiva en particular sin correr el riesgo de una contemplación fragmentada, desarticulada y personal ".⁽¹⁰⁾

Otro punto de vista nos lo da Landaburu, el cual establece: " Actualmente se habla del delito como estructura, basándose en que debe ser conocido el delito, en su unidad, por comprensión, sin perjuicio de completar este procedimiento mediante el análisis, sin olvidar el carácter estructural del delito ni la fundamentación unitaria de sentido que envuelve al todo y a sus partes y que hace, precisamente que el todo sea un todo y las partes, partes de dicho todo ".⁽¹¹⁾

Debemos considerar que todos los autores antes citados, dividen al delito para su estudio, es por ello que nos damos cuenta, que este necesita ser dividido para poder analizarlo y así conceptualizarlo de una manera correcta, es verdad que la estructura del delito debe ser concreta ya que no admite variaciones, pues es así como lo manifiesta la Teoría Unitaria; y la teoría analista manifiesta lo contrario, tal y como lo establece Martínez Licona: " si el método Unitario o Sintético estima el delito como un bloque monolítico y no completa esta posición permitiendo que el análisis cale en sus elementos tan hondamente como sea posible, para separarlos conceptualmente, incurre en una limitación semejante, bien que de signo contrario a la del procedimiento analítico que se dejara arrastrar por desmedido afán de atomizarlo todo y olvidara la gran síntesis funcional que el concepto del Delito implica".⁽¹²⁾

10.- Porte Petit. "Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal". 6a. Edición, México 1980. Pág. 198

11.- Landaburu. "El Delito como Estructura". Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, Pág. 463

12.- Martínez Licona. "Dogmática del Delito". México 1953, Pág. 19

1.2 DEFINICION DEL DELITO.

La palabra delito proviene del verbo latino DELINQUERE que significa: abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley.

Así como existe la concepción jurídico - sustancial, también encontramos la definición legal o jurídica, en donde encontramos de igual manera la raíz histórica de la palabra delito, de la misma manera que gran parte de nuestro Derecho que proviene del Derecho Romano, conocido también como Latino.

" Los Autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. Como el delito esta íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario acciones no delictuosas, han sido erigidas en Delitos. A pesar de tales dificultades es posible caracterizar al delito jurídicamente por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales ". (13)

Para dar una definición jurídica clara y concisa del delito, debe ser formulada desde el punto de vista del derecho, sin recaer en explicaciones de las diferentes escuelas u opiniones de autores, mas sin en cambio para poder establecer un estudio del delito debemos contar con las opiniones de diversos Juristas:

" Una verdadera definición del objeto que se trata de conocerse debe ser una formula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual, por el estudio, analítico de cada uno de sus elementos. En lugar de hablar de violaciones de la Ley como una referencia formal de antijuricidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la Ley, podrá citarse simplemente la Antijuricidad como elemento que lleve consigo sus dos aspectos: formal y material; y dejando a un lado la voluntariedad y los móviles egoístas y antisociales; como expresión

13.- Castellanos Fernando, Ob. Cit. Pág. 125

fomal y como criterio material sobre culpabilidad, tomar esta ultima como elemento del Delito, a reserva de desarrollar, por su análisis todos sus aspectos específico ".⁽¹⁴⁾

Sin duda alguna, Villalobos trata de llevar a cabo una concepción amplia de la definición jurídica del Delito, aptitud bastante loable ya que trata de retomar los elementos propios del delito, como es la antijuridicidad en su aspecto positivo, además de la culpabilidad, así mismo trata de concretizar al hablar de una formula simple y concreta.

Desde este punto de vista debe considerar que la definición jurídica, nos la debe de proporcionar la propia Ley positiva, la cual se manifiesta a través del Código Penal, pero sin duda debieron pasar muchos años y varios Códigos para poder definir al delito concretamente, tan es así, que ha cambiado su definición desde el primero hasta el actual.

Es así que el Código Penal de 1871 establece la definición Jurídica del Delito, claro que debemos considerar la época que atravesaba nuestro país, y en su artículo 40 establecía: " el delito es la infracción voluntaria de una Ley Penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda. " Esta definición nos indica que se violaban normas prohibitivas.

El proyecto de reformas al Código de 1871, establecía como Delito: " Son delitos de reformas al Código de 1871, establecía como delito: " Son delitos las infracciones previstas en el libro tercero de este Código y las demás designadas por la Ley bajo esta denominación ".⁽¹⁵⁾

Ya posteriormente en la exposición de motivos de Reformas al Código Penal se establece: " Se ha considerado necesario cambiar las definiciones de Delito y falta que da el Código, pues se encuentra que los defectos de que adolecen son de gravedad tal que vician radicalmente".

14.- I. Villalobos. "DERECHO PENAL MEXICANO". Editorial Porrúa 1960, Pág. 201.

15.- Artículo 40.

Es así que en los trabajos de revisión del Código Penal y en especial del Artículo 4, el cual establece lo siguiente:

Los vicios principales que señalan en la definición del Delito que da el Artículo 4, el cual establece lo siguiente:

- I.- **El delito no es la infracción de la Ley Penal, sino de los principios que forman esa Ley, pues la Ley Penal es la que define y castiga los actos u omisiones punibles, y no es esa Ley la que el delincuente viola sino el precepto jurídico cuya sanción establece ella. En rigor, la ley penal solo puede ser violada por los tribunales encargados de aplicarla; violación que están destinados a reparar los recursos legales y especialmente el de casación.**

- II.- **El termino voluntaria hace mas confusa la definición. Por voluntario no se puede entender intencional en este caso, pues hay delito de culpa, o sea no intencionales, y seria impicante definir al delito diciendo que es la infracción intencional. El único sentido en que parece posible entender el termino voluntario, es el de consciente y libre, pero entonces aparece que se ha incurrido, por lo menos, en inconsecuencia, pues introduciendo en la definición un elemento de la imputabilidad igualmente debía encontrar lugar en ella, el discernimiento o razón moral que es el otro elemento, según por la teoría clásica seguida por el Código ".⁽¹⁶⁾**

Y así continua la revisión del Código hasta finalizar con: " Estos defectos de la definición parecen provenir, sobre todo, de que su autor se coloco en un punto de vista rigurosamente doctrinario, como si hubiera querido definir al Delito legal en la cátedra o en un tratado jurídico. El objeto de la definición que se haya en la Ley, debe limitarse a facilitar la aplicación de los preceptos de la misma Ley, fijando el sentido en que se emplea el termino delito, y por eso no es necesario elevarse a las alturas filosóficas ".

16.- Trabajos de Revisión del Código Penal 1914, Pág. 265.

Sin duda alguna en estos trabajos de revisión del Código Penal de 1914, se busca dar un trascendente cambio a la definición del Delito, ya que anteriormente se entendía que todos los delitos eran ejecutados de una manera voluntaria, sin contar que existen delitos cometidos por imprudencia y de esta misma manera se dice que el autor de la anterior definición emplea el termino tal y como lo emplearía en un aula Universitaria pero por lo contrario esta debe de ser planteada en términos simples para poder aplicar los preceptos que esta misma enmarca de una manera sencilla y clara, pero claro sin incurrir en una falta de lenguaje Jurídico, que todo planteamiento Jurídico debe contener.

Posteriormente en el Código Penal de 1929, en su Artículo 11 se establece una nueva definición del Delito, la cual establece: " Que el delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción Penal ".

En esta nueva definición deja a un lado la dogmática que estaba implícita en el Código de 1871. mas sin en cambio esta sigue teniendo oscuridad en sus puntos, ya que al establecer la palabra lesión no deja muy en claro que quiere determinar con ello, ya que podríamos entender que se lastiman los derechos, mas sin en cambio estos no se lastiman, sino que es la conducta la que se sitúa dentro de los preceptos de la Ley, esto desde el punto de vista de que el derecho es bastante subjetivo, como algo real.

Es así que llega el Código Penal de 1931 donde se encuentra la actual definición del delito, la cual encontramos plasmada en el artículo 7 el cual a la letra dice: " Delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales ".

A este respecto Ceniceros y Garrido opinan: " El capitulo relativo a la responsabilidad, se encabeza con el artículo 7 que define al delito como el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales, pero en realidad no había necesidad de definir el Delito, por no reportar ninguna utilidad al Juez y ser siempre las definiciones síntesis incompletas de lo que se trata de definir ".⁽¹⁷⁾

A mi punto de vista considero que debe existir una definición del delito, ya que para poder analizar los delitos y mas aun sancionarlos siempre debe haber un punto de partida, entendiendo esto, como de que manera vamos a considerar las consecuencias.

17.- Ceniceros y Garrido. "La Ley Penal Mexicana". Edición Botas. México 1934. Pág. 39.

En nuestro país han existido diversas opiniones al respecto y es así que Arilla Bas, establece : " En realidad definiciones de esta clase, generalmente tautológicas, no son necesarias en nuestros códigos.

Por último tomaremos la opinión que da Jiménez Huerta, en relación a las discusiones que se han suscitado en función de la definición del delito: " El artículo 7o. del Código Penal de 1931 que expresa : que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes Penales, pero el concepto no queda integrado únicamente con estas palabras, de ser así, sería también innecesario el elemento de la culpabilidad, pues el mismo no se menciona en dicho artículo. Sin embargo, en la definición del artículo 7o. hallamos inscrito dicho elemento, por ser uno de los conceptuales del delito. Idénticamente acontece en orden a la antijuridicidad del acto u omisión que sancionan las leyes penales. El carácter antijurídico de dicho acto u omisión, esta también inscrito en la fórmula sintética de la ley, por ser igualmente un elemento conceptual de la infracción, cuando la acción u omisión enjuiciada no sea en el caso concreto antijurídica, bien por disposición expresa de la ley, bien por especiales consideraciones que impiden que el acto pueda ser valorado de contrario al derecho, no es posible hablar de la existencia de un delito, pues falta uno de los elementos integradores de su contenido conceptual. Las formas de expresión de la ley no agotan la idea conceptual del delito. Fuera de la ley, por perfecta que sea su redacción quedan pensamientos y esencias que han de jugar el papel importantísimo a través de una función creadora y de la interpretación. "

También el maestro José Angel Ceniceros manifiesta su opinión al respecto : " En dicha definición encontramos que el primer elemento es " el acto u omisión " o sea que el elemento objetivo que se manifiesta por medio de la voluntad, ya violando una prohibición penal, o ya absteniéndose de un acto cuya ejecución impone la ley, pues una simple intención criminal no puede pensarse. El siguiente elemento es el acto u omisión que sancionan las leyes penales y por ultimo no puede haber delito si no hay una ley previa que califique el hecho relacionado como tal. Los elementos apuntados, nos demuestran que los autores del Código no pudieron encontrar una formula que proyectara la verdadera naturaleza del delito, pero no es de censurarse el que no hallan encontrado, por que todas las escuelas penales han pretendido definir el delito sin lograr hacerlo satisfactoriamente, no obstante de que el Código se inspira en la idea de que la

culpabilidad es la base de una infracción de carácter penal, o en otros términos, la voluntad de cometer un hecho ilícito ".⁽¹⁸⁾

En relación a todas las opiniones anteriores debemos concluir que la definición del delito nos la dará sin duda el derecho penal vigente, es decir el artículo 7o. del Código Penal del Distrito Federal en materia común, y para toda la república en materia federal.

18.- Angel Ceniceros, José. "La Ley Penal Mexicana ". Méx. 1934, Pág. 39

1.3 ELEMENTOS DEL DELITO

La palabra elemento proviene del latín "elementum" que significa fundamento, de lo cual podemos partir para establecer que todo estudio formal debe tener un fundamento, pero este caso es muy especial ya que los elementos del delito sirven como tal, pero así mismo representan el cuerpo del estudio del delito.

Estos provienen sin duda de varios conceptos teóricos o dogmáticos, que realizan varios autores en relación al delito pero así mismo debemos considerar que existen elementos no esenciales, que no tienen ninguna relevancia en el presente estudio. Lo que si debemos considerar es que existen elementos positivos, como elementos negativos del delito, los cuales revisten una gran importancia para poder analizar correctamente al delito en su conjunto.

Resulta relevante apuntar que varios autores señalan como termino el de aspectos, "caracteres" o bien "elementos" y "caracteres", "requisitos", "presupuestos de punibilidad" y "fuerzas del delito". A lo cual a continuación veremos diversas opiniones al respecto, al primero que retomaremos es a Antolisei, el cual señala: "No es suficiente para justificar el abandono de un termino que de tiempo inmemorable ha sido adaptado por la ciencia penal y que esta profundamente arraigado en la practica del Derecho".⁽¹⁹⁾

Desde este punto de vista, también debemos considerar la opinión que nos da Magglore el cual considera: "Que bien podemos llamar "elementos", "caracteres", "aspectos", etc. las notas esenciales del delito, pues lo único importante es que no las entendemos como partes y fragmentos en que se rompe la unidad del delito, el que permanece siempre único y monolítico, aunque que se le considere desde uno u otro ángulo visual".⁽²⁰⁾

Es quizá de suma importancia tratar de establecer cual es la definición correcta en relación al tema, pero considero que en este punto debemos referirnos a elementos, tal y como lo planteamos en el índice de este trabajo, ya que tratar de buscar una

19.- Antolisei. "El Estudio analítico del delito". Traducción de Franco Guzmán. Anales de Jurisprudencia, Méx. 1954, Pág. 86

20.- Magglore. "Derecho Penal", Editorial Temis, Bogotá 1954, Pág. 270

definición conducente resulta de suma importancia resaltar ambas partes, ya que al darse todos los supuestos positivos estamos en presencia de un delito y por el contrario si falta alguno de ellos, nos situamos claramente en los elementos negativos, para que a su vez el supuesto del delito deje de existir.

Los elementos positivos y negativos del delito son:

Positivos	Negativos
1.- Conducta	1.- Falta de conducta
2.- Tipicidad	2.- Atipicidad (Ausencia de tipo)
3.- Antijuridicidad	3.- Causas de justificación
4.- Imputabilidad	4.- Inimputabilidad
5.- Culpabilidad	5.- Inculpabilidad
6.- Condiciones Objetivas de Procesabilidad	6.- Falta de condiciones Obj. de Procesabilidad
7.- Punibilidad	7.- Excusas Absolutorias

En relación al orden en el cual nos hemos referido a los elementos del delito, encontramos en primer termino a la conducta, la cual algunos autores le denominan el termino de actividad, ya que es la actividad propia del individuo reflejada en la conducta del mismo, la que realiza la conducta delictiva.

A este punto de vista Porte Petit señala: " Nosotros pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento material del delito, según la descripción del tipo ".⁽²¹⁾

El apuntamiento anterior utiliza la denominación conducta y agrega la de hecho, pero consideramos que la correcta y utilizable es la primera, ya que en ella se refleja, tanto en su aspecto positivo, como el negativo, por la situación que solo se hablaría de una falta de conducta, tal y como sucede, también podría suceder que al hablar de un hecho nos estemos refiriendo a un fenómeno de la naturaleza.

21.- Porte Petit Candaudap. Ob. Cit. Pág. 229.

A este respecto encontramos la definición o concepto de la conducta, la cual se expresa de la siguiente manera: " La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un fin ".

Desde este punto de vista encontramos que existen varias formas por medio de las cuales se expresa la conducta, las cuales son: acción, omisión y la comisión por omisión; las cuales se presentan de una manera muy singular, ya que algunos autores consideran que solo existen delitos por acción.

" Ahora bien, el elemento objetivo puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión. Mientras la acción se integra mediante una actividad (ejecución), voluntaria (concepción y decisión la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse ".⁽²²⁾

Se han dado varias concepciones con respecto a la acción, omisión y comisión por omisión, por lo que a continuación daremos una de ellas, por el hecho de que solo toca mencionar en este punto los elementos del delito, sin entrar en circunstancias mas profundas.

La acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico.

La omisión consiste en el no hacer, voluntario o involuntario.

La comisión por omisión consiste: cuando se produce un resultado típico por un no hacer voluntario o involuntario, violando una norma.

También cabe mencionar que solo los humanos son capaces de producir una conducta reflejada en la acción, ya que solo el hombre puede actuar con voluntariedad, lo que no un animal, aunque en algunas épocas se castigaban a estos, como un ejemplo para la sociedad.

22.- Castellanos Fernando, Ob. Cit. Pág. 149.

Ahora bien, corresponde hablar del aspecto negativo de la conducta, es decir la ausencia de conducta, en la cual es de clara notoriedad que al no existir una conducta de ninguna manera puede existir un delito, además de que no se daría ninguno de los elementos del delito, ya que la conducta es la base de sustentación de los demás.

De igual manera podemos tomar como referencia la definición legal del delito, la cual expresa que el delito es: " acto u omisión ", dentro del cual encontramos como base para sancionar el hecho de que se realice una conducta y si por el contrario no existe una conducta materializada, no hay un acto, ni mucho menos una omisión, por tanto no hay que sancionar, ni delito que perseguir.

A este respecto cabe mencionar la opinión del Maestro González Martínez, el cual señala: Algunos de los sujetos pueden manifestar de una manera muy sencilla que su conducta la realizaron por que de no ser así, hubiesen sufrido un daño, pero esta circunstancia, es necesaria su comprobación por que al hablar de delito implica, en primer termino reunir los elementos del mismo, y como consecuencia el castigo, pero para este efecto es necesario juzgar realizando un juicio, el mismo que corresponde al juzgador, el que tiene la obligación de estudiar minuciosamente las constancias procesales para poder aplicar el castigo ".⁽²³⁾

Como ya lo mencionamos anteriormente, al realizar el estudio de los elementos del delito conforme a la clasificación que señalamos en un principio, corresponde a la tipicidad el turno, así como a la Atipicidad correlativamente.

Hemos estudiado a la conducta como base principal de los elementos del delito, mas sin en cambio no todas las conductas son hechos delictivos, ya que la conducta debe estar plenamente descrita en una norma penal, tal y como lo expresa nuestra Constitución en su artículo 14 párrafo 3º, el cual a la letra dice: " E n los Juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una Ley exactamente aplicable al Delito de que se trata ".

23.- González Martínez, Miguel. " Apuntes del 23 de Mayo de 1989 ".

Entonces desde este punto de vista debemos considerar que la Tipicidad es un elemento esencial del delito, ya que como lo mencione anteriormente es necesario que la conducta que despliega el activo este plenamente descrita la Ley Penal para poder considerar que se ha cometido un delito.

Ahora bien mencionaremos algunas definiciones de Tipicidad:

- 1).- Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley.
- 2).- Es la adecuación de la conducta al tipo Penal.

Como ya lo mencionamos anteriormente, al no existir tipicidad por lógica, estamos en la atipicidad o ausencia de tipo, algo que es muy significativo ya que no todas las conductas se encuentran señaladas como delitos, además de que no hay delitos sin tipicidad, así mismo existen delitos que requieren para su perfeccionamiento una conducta diversa, es el tipo requiere que la conducta se realice de una forma especial, como ejemplo podemos mencionar: aquel que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sea cual fuere su sexo, y puede suceder que se tenga cópula pero sin mediar violencia física o moral, o exista esta pero sin que se realice la cópula.

Para Jiménez de Asua la atipicidad es : " ha de afirmarse que existe ausencia de tipicidad : a) cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en la leyes penales especiales. b) cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica "

Después de haber estudiado los dos primeros elementos del delito, es decir, que existe una conducta, como primer elemento y que este plenamente descrita por una norma penal (tipicidad), corresponde al siguiente elemento que es la antijuridicidad, que por lo regular encontramos su definición como lo contrario a derecho, pero debemos entender que es lo contrario a derecho.

24.- Jiménez de Asúa. " La Ley y el Delito " Edit. A. Bello Caracas, 1954 Pág. 332

* Era frequentísimo escuchar que el delito es lo contrario a derecho (a la ley), así Carrancá lo definía como la infracción de la ley del estado, pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, si no mas bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto que es lo que hace un hombre cuando mata a otro , estar de acuerdo con el artículo 407 del código penal venezolano, igual acaece con el que roba, no se vulnera la ley, pero si se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico se infringe la norma que esta por encima y detrás de la ley. El decálogo es un libro de normas es un libro de normas : no mataras. Pero Binding decía: la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera; la norma valoriza, y la ley describe ⁽²⁵⁾

A este respecto encontramos que por lo contrario a derecho, debemos entender que es lo que esta opuesto a lo que tutela el Estado a través del Código Penal plasmado en sus diversos artículos, es decir todas aquellas normas como serían las sociales, las penales, etc.

Muchos autores consideran, que lo que se viola no es lo contrario a derecho si no que se adecua a las normas descritas, ya que al realizarse una conducta esta debe estar tipificada para poder ser un delito y así no ser contraria a derecho, sino que se adecua a el, mas sin en cambio debemos considerar que lo que se viola es el bien jurídico tutelado por el derecho, es bien cierto que la conducta se adecua al tipo, pero al mismo tiempo se viola lo antes mencionando.

Quiero acabar mencionando que el Código Penal recoge el término antijurídico, mencionando un cierto tipo de términos al respecto, los cuales los encontramos como: indebidamente, ilegalmente, arbitrariamente, sin autorización.

Ahora bien siguiendo con el plan que nos trazamos debemos seguir con el elemento negativo de la antijuridicidad, el cual lo encontramos implícito en las causas de justificación o licitud, es decir se presenta que la conducta o hecho sea típicamente culpable, antijurídico, pero se da el caso de que por alguna razón, ya no sea contraria a derecho ya porque así lo dispone el Código Penal o alguna otra ley vigente.

25.- Jiménez de Asúa. * La ley y el Delito *. Edit. A Bello Caracas 1954. Pág. 338

Es por lo anterior que debemos referirnos a lo que establece el artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que a la letra dice:

" Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

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

- II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;**

- III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:**
 - a) Que el bien jurídico sea disponible;**
 - b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y**
 - c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien; que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, este hubiese otorgado el mismo;**

- IV.- Se repela una agresión real, actual o inmediatamente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.**

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender al sitio donde se encuentren bienes propio o ajenos respecto de los que exista la misma obligación,

o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

- V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.***
- VI.- La acción o la omisión se realicen en el cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del bien empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el propósito de perjudicar a otro;***
- VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión en virtud de padecer trastorno mental o desarrollado intelectual retardado, a no ser que el agente hubiese proyectado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.***

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior solo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto por el artículo 69 bis de este Código;

- VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;***
- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o***

- b) *Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que esta justificada su conducta.***

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

- IX.- *Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no se racionalmente exigible a la gente una conducta diversa a la que realizo en virtud de no haberse podido determinara actuar conforme a derecho; o***

- X.- *El resultado típico se produce por caso fortuito.***

Otro elemento del delito lo encontramos en la imputabilidad, se considera que no es un elemento esencial, sino tan solo un presupuesto general del mismo, ya que se requiere que el sujeto tenga el conocimiento y voluntad de ejercer estas facultades lo cual resulta demasiado subjetivo.

Por lo general se ha definido a la imputabilidad: como el querer y entender en el campo del Derecho, por tanto debemos considerar al sujeto activo con pleno conocimiento del Derecho, así como se encuentre en un estado físico y mental saludable, además de reunir el requisito de haber cumplido los 18 años de edad, presupuesto en el cual se le considera plenamente capaz por el derecho penal.

"La imputabilidad es pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el Autor, en el momento del acto típico penal, quien lo capacita para responder del mismo".

Dentro de este mismo presupuesto encontramos a la inimputabilidad, ya que si el aspecto positivo de este elemento considera que el sujeto activo debe " querer y entender en el campo del derecho ", entonces lo negativo será " no querer ni entender ", y así mismo hablaríamos de una persona trastomada física y mentalmente o tan solo no haber cumplido la edad requerida por la Ley para tal efecto, a este respecto debemos concluir que son todas aquellas causas por las cuales el sujeto comete un delito, no esta

plenamente consciente, ya sea por retraso mental, o como ya lo mencione que aun sea menor de 18 años de edad.

Es también importante señalar, que se podría considerar a la imputabilidad un presupuesto de la culpabilidad, ya que es importante que el sujeto este plenamente desarrollado física y mentalmente, estar consciente al momento de cometer el delito, situación que es bastante importante para la culpabilidad como lo veremos a continuación.

Una definición sencilla de la culpabilidad es, aquella que establece que: es el nexo causal que une con el resultado, es decir la plena capacidad del sujeto, en la cual al realizar la conducta prevee el resultado, esta consciente y lo ha premeditado y al momento de realizar el delito lo despliega totalmente, claro que en este punto nos referimos al dolo, ya que también existen los culposos y los preterintencionales.

Porte Petit define a la culpabilidad como: " nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto "⁽²⁶⁾

Sin duda alguna establecer que el sujeto realiza la conducta voluntariamente, además de que la ha previsto, nos referimos al dolo, ya que este representa toda la voluntariedad de la que puede ser capaz poseer un sujeto.

También nos hemos referido a los delitos culposos o imprudenciales en los cuales encontramos la culpabilidad en el instante en que se comete el ilícito.

Ahora bien debe hablar de inculpabilidad, al igual que inimputabilidad, nos debemos referir a que el sujeto debe conocer el derecho de actuar voluntariamente, así mismo al faltar algún otro elemento tampoco será culpable el sujeto.

Jiménez de Asúa sostiene que la inculpabilidad consiste: " En la absolución del sujeto en el Juicio de reproche ".⁽²⁷⁾

26.- Porte Petit. " Importancia de la Dogmática Jurídico Penal ". Pág. 49.

27.- Idem. Pág. 59

Por tanto debemos concluir que la inculpabilidad esta presente cuando están ausentes el conocimiento y la voluntad.

Otro elemento que no es esencial para el delito, lo constituyen las condiciones objetivas de procesabilidad, estas las encontramos implícitas en el hecho de que para iniciar una Averiguación en contra de persona alguna esta debe estar precedida de Denuncia o querrela, para que posteriormente el Ministerio Público, después de haber realizado todas las diligencias necesarias consigne con o sin detenido y así posteriormente el Juez continúe con el proceso.

De igual manera la falta de condiciones la encontramos cuando la excitativa al Ministerio Público no se da conforme a lo que marca la Ley o hace falta algún requisito que esta señala, es decir no se reúnen los requisitos del artículo 16 Constitucional.

Por ultimo debemos referirnos a la punibilidad como elemento ultimo del Delito, la cual se expresa de manera sencilla en el merecimiento de una pena en función de la realización de una conducta, por tanto debemos considerar que una conducta es punible cuando es sancionada por una pena.

El maestro Porte Petit, establece: " Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la Ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo " indudablemente la penalidad es un carácter del delito no una simple consecuencia del mismo.

El artículo 7º del Código Penal (para el Distrito Federal) que define al Delito como el acto u omisión sancionado por las Leyes Penales exigen explícitamente la pena legal y no vale decir solo alude a la garantía penal " nulla poena sine lege ", pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma de tal ordenamiento Jurídico, el artículo 14 Constitucional alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal.

Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por tanto constitutiva de un delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por

el beneficiario de ellas en cuanto no es punible, no encaja en la definición del delito contenida en el artículo 7º del Código Penal ".⁽²⁸⁾

Queremos entender que cuando se han reunido todos los elementos del delito, entonces encontramos que la conducta delictiva merece una pena, la cual debe ser aplicada conforme al hecho delictivo, ya que no se puede aplicar una pena o un delito determinado, si esta claramente descrita para ese delito.

Ahora bien al hablar de la ausencia de punibilidad, nos encontramos que deben de estar referidas a las Causas de Exclusión del Delito, ya que al encontrarse estas no es posible la aplicación de las penas, la Ley no sanciona algunas conductas cuando estas no son consideradas como tal, respecto claro a la política criminal, tal y como lo menciona Fernando Castellanos: ." Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena ".⁽²⁹⁾

28.- Porte Petit, Ob. Cit. Pág. 50

29.- Castellanos Fernando, Ob. Cit. Pág. 278

1.4 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL DELITO.

Existen diversos delitos en donde se requiere de la participación de mas de una persona, ya que la naturaleza misma del ilícito así lo exige, tan solo por que ambos sujetos participen en el, si no que es indispensable para la configuraron del tipo, aunque en la mayoría de los casos un solo individuo comete el ilícito.

El Código Penal para el Distrito Federal, en el Capitulo III articulo 13, establece quienes son responsables de los delitos, el cual señala:

Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito :

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;***
- II.- Los que lo realicen por si;***
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;***
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;***
- V.- Los que determinen dolosamente a otro cometerlo;***
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión.***
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito ; y***
- VIII.- Los que con acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.***

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

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se les aplicara la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.

El maestro Castellanos nos da una definición de participación la cual establece: " la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad ".⁽³⁰⁾

Sin embargo considero que debe existir una mínima diferencia entre participación y delitos que requieren una pluralidad de sujetos para su comisión, ya que al establecer la participación nos debemos referir sin duda a que varios sujetos determinen y ejecuten el ilícito, podríamos establecer como ejemplo un robo a un banco, en donde participen varios sujetos; ya que el tipo no requiere que sea mas de un sujeto el que realice el ilícito, podría suceder que tan solo fuera uno.

Así mismo debemos considerar a la clasificación de los delitos en la cual se consideran los unisubjetivos y los plurisubjetivos, es decir, como lo hemos mencionado anteriormente atiende principalmente a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen en el Delito, claro que debemos volver a considerar al tipo penal.

También puede suceder que en un tipo Penal que requiere la sola participación de un individuo, sea realizada por varios sujetos, los cuales preparen el delito y a cada uno corresponda diverso aspecto del mismo en el cual estaríamos hablando del concurso eventual o participación, y el concurso necesario cuando se requiera la participación de dos o mas sujetos.

" Ciertamente en el delito realizado por varias personas (cuando el tipo no exige la Plurisubjetividad) solo deben tenerse como delincuentes quienes convergen con su influjo a la causación del hecho descrito por la Ley. Pero conviene no perder de vista que la Teoría de la causalidad únicamente resuelve el problema de la determinación de la causa en el mundo fenomenológico; por ende urge tener presente lo expuesto sobre lo particular, en cuanto a que precisa analizar si el comportamiento de quien contribuya a constituir la causa productora del resultado, quedo matizado de delictuosidad, en función de todos los elementos del Ilícito Penal.

30.- Castellanos Fernando, Ob. Cit. Pág. 283.

Tomada en sentido demasiado rigorista la doctrina de la causalidad, ha llevado a afirmar que para ella no existe diferencia entre delincuentes principales y accesorios y, por lo mismo, todos son responsables en igual grado. Mas, por una parte, no todo el que contribuye con su aporte a formar la causa del resultado, es delincuente, ni necesariamente todos los que resulten delincuentes tienen la misma responsabilidad, la medida de esta encuéntrase mediante el análisis no solo del factor objetivo, sino de todos los elementos del delito y fundamentalmente del subjetivo. Requiere pues, el examen de las conductas concurrentes para establecer diferencias entre ellas y adecuar los tratamientos y las sanciones de modo personal, sobre la base del aporte no únicamente físico o material, sino psicológicamente de cada sujeto ".⁽³¹⁾

En el párrafo anterior vemos como el jurista Fernando Castellanos, hace un estudio sobre las diversas teorías que tratan la participación, donde analiza los diversos aspectos de los delitos unisubjetivos y de los plurisubjetivos, la cual realiza retomando todos los aspectos de los mismos, mostrándolos de una manera clara.

De igual manera debemos considerar que cuando se comete un delito por varios sujetos, el grado de participación no es el mismo, ya que este varía de acuerdo con su actividad o inactividad en la comisión del delito, pues puede suceder que varios sujetos realicen una conducta considerada como delito, pero uno de ellos lo planea, otro sea quien lo ejecuta, auxiliado por otros y el restante solo vigila el ilícito.

Encontramos como nuevo elemento a la instigación, en donde encontramos que una persona quiere cometer un delito, pero lo hace a través de otro, es decir realiza maniobras para entrar en la psique de otro, para que este a su vez, asimile la pretensión del primero y realice la conducta ilícita.

Pueden participar en un delito, resulta importante señalar otro aspecto de los sujetos que intervienen en el delito, los cuales pueden ser:

- a) **Sujeto Activo.-** Que es aquel que realiza la conducta descrita en la norma.

31.- Castellanos Fernando. Ob. Cit. Pág. 296

- b) **Sujeto Pasivo.-** Es aquel en el que recae la conducta delictiva.

La figura del sujeto activo la encontramos plenamente descrita en el Código Penal vigente, ya que este detalla claramente las conductas consideradas como delictivas y cuando alguna persona se adecua a estas, debemos considerarlo como un sujeto activo del delito, ya que precisamente con su conducta, activa en el mundo exterior un cambio, y al hacerlo provoca un daño al sujeto pasivo del mismo.

Así mismo se hace una diferenciación entre sujeto activo primario y secundario, tal y como lo establece Jiménez Huerta: " Le denominamos sujeto activo primario para subrayar que es sujeto activo por originaria, directa e inmediata determinación típica, así como también para diferenciarle de aquellos otros sujetos activos-secundarios que afloran en ulterior plano en virtud de un dispositivo que se ensambla al tipo penal y produce su amplificación ".⁽³²⁾

En tal virtud encontramos en relación al sujeto pasivo que es en este en quien recae la conducta, por lo tanto en algunas ocasiones también se le conoce como víctima u ofendido. En relación a la víctima existe toda una ciencia que se encarga de estudiarla, la cual se conoce como VICTIMOLOGIA y en la misma se detallan sin numero de situaciones en donde una persona se convierte en víctima, también, en algunos aspectos se considera a la víctima como provocadora, cosa por demás significativa; ya que haciendo un análisis, nos damos cuenta que es verdad que en muchas ocasiones la persona ofendida provoca la conducta delictiva; pero la victimología es una ciencia que requiere un estudio especial.

32.- Jiménez Huerta Mariano. "Derecho Penal Mexicano ". Primer tomo Editorial Porrúa Méx. Pág. 94

1.5 BIEN JURÍDICO TUTELADO

Debemos recordar nuestros primeros cursos de Derecho en donde se nos explicaba que existen varios tipos de normas: las sociales, las religiosas, las morales y las normas de derecho; es decir la Ley Penal vigente. De todas y cada una de las normas se desprende que cada una tiene sus principios y regulaciones diferentes, además de que debemos considerar que no todas son de observancia obligatoria, a lo que me quiero referir con la pequeña introducción anterior, es en relación a que cada una de las normas protege o tutela valores que considera importantes, es decir considera que determinadas conductas no deben de suceder, así mismo el derecho a través del Código Penal tutela ciertos valores a los cuales se les conoce como BIENES JURÍDICOS TUTELADOS, los mismos que además de ser importantes para el derecho son importantes para la sociedad, ya que mantienen un equilibrio en la misma.

En relación a este aspecto Zafaroni establece: " Hemos visto que hay ciertos entes, por los que el Legislador se interesa expresando su interés en una norma jurídica, los que los hace ser considerados jurídicamente como bienes (bienes jurídicos) y que cuando el Legislador Penal quiere tutelar esa sancionando su violación con una Pena " Penal " los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurídicos penalmente tutelados ".⁽³³⁾

Sin duda alguna es verdad que existen entes o valores que son importantes para la humanidad y desde un punto de vista mas concreto para la sociedad, y esta misma a través de los legisladores tratar de proteger a estos entes o valores, pero los legisladores no los tutelan por ellos mismos, si no que lo hacen mediante las normas jurídicas.

Ahora bien tratar de dar un concepto en relación con el bien jurídico tutelado, es bastante subjetivo, ya que nos encontramos con valores, mas sin en cambio el autor antes mencionado nos da una definición al respecto, la cual señala: " Bien Jurídico penalmente tutelado en la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto,

33.- Dr. Raúl Zafaroni, Eugenio. * Manual de Derecho Penal *. Edit. Cárdenas. México, 1986 Pág. 409

protegida por el Estado, que revela un interés mediante la tipificación penal de conductas que le afecten. "(34)

Desde otro punto de vista, debemos considerar que no puede existir una conducta típica sin que afecte un bien jurídico tutelado, ya que las normas o tipos no son otra cosa que la manifestación de la protección o tutela que ejerce el estado sobre ciertas conductas, bien desde este punto de vista debemos entender que es de suma importancia el bien jurídico tutelado, para configurar la conducta delictiva, partiendo de la primicia de que todas las normas fueron creadas en función a la protección de los bienes.

Considero que también debemos hablar sobre los bienes que tienen mayor valía, entre ellos encontramos la vida humana, ya que podríamos establecer, por razón lógica, que es quizá lo más importante para el ser humano, a este respecto escribe Jiménez Huerta: " Es la vida humana el bien jurídico que ocupa el primer lugar entre los valores tutelados penalmente. Todos los bienes de que el hombre terrenalmente goza, preceden - ha escrito elocuentemente Arturo Rocco - de aquel bien supremo que es la vida humana ". Esta la condición primera de manifestación y desenvolvimiento de la misma personalidad humana, el presupuesto de toda humana actividad, el bien más alto, por consiguiente, en la jerarquía de los bienes humanos individuales, que el derecho penal, sobre cualquier otro protege. "

Razón bastante lógica, es que la vida humana sea considerada, el bien jurídico de mayor valía, por que al terminar con esta, ya no puede existir ningún valor jurídico, además de que considero que ninguna persona valora otro como esencial, es por ello que el delito más sancionado es el homicidio.

Como segundo bien jurídico en importancia, podemos encontrar a la integridad física, ya que esta se manifiesta en el cuerpo humano a través de lesiones en el mismo y por tanto puede dañar con peligro de la vida humana, y por tanto puede dañar con peligro de la vida humana, además de que no tan solo se trata de proteger al individuo si no que también a la colectividad, ya que al ser provocado por otro individuo, tiene que haber sido generado con violencia.

34.- Dr. Raúl Zaffaroni, Eugenio, Ob. Cit. Pág. 410

Podemos establecer que los tipos penales que encierran el peligro contra la integridad humana son : lesiones, contagio venéreo, abandono de familia; también podríamos señalar a la violación, pero a esta la tutela un bien jurídico distinto.

En relación a que bien jurídico es de mayor valía, el maestro Zaffaroni, establece: " En cuanto a la intensidad de afectación de los bienes jurídicos tutelados, los tipos se dividen en : Tipos calificados o cualificados, que pueden ser calificados agravados o calificados atenuados, siempre en relación a un tipo básico o fundamental. Algunos prefieren hablar de tipos calificados para designar a los calificados agravados y de tipos privilegiados para designar a los tipos calificados atenuados. Tipo básico es por ejemplo el del artículo 79 C.P.; tipo calificado agravado es el del artículo 167; tipo calificado atenuado es el del artículo 169; el tipo básico es el del artículo 168 ".⁽³⁸⁾

Como nos damos cuenta la definición anterior es demasiado confusa, además de que peca de dogmática en un profundo sentido, por que considero que en relación a la que se expresa en nuestro derecho positivo; queda muy atrás. pues nos referimos a bienes de los cuales esta inmersa nuestra vida y por lógica el aspecto Jurídico de la misma, por tanto preferimos la segunda por ser mas clara y actual.

A partir del punto anterior podemos hacer un enunciamiento de los bienes jurídicos en nuestro derecho positivo, en relación a los bienes que protegen:

- a).- Contra las personas
- b).- El honor
- c).- La honestidad
- d).- El estado civil
- e).- La libertad
- f).- La propiedad
- g).- La seguridad pública
- h).- El orden público
- i).- La seguridad de la nación
- j).- Los poderes públicos
- k).- La fé pública

Y así existen diversos bienes jurídicos, tal y como lo señalamos en la relación anterior, y sería de un estudio especial señala los a todos, por lo tanto solo hemos visto los mas importantes, aunque debemos considerar que todos son importantes, ya que estamos hablando de bienes que lesionan al ser humano o afectan su patrimonio.

En relación a los menores de edad podemos esclarecer que cuando estos cometen algún delito o infracción, están dañando los bienes jurídicos tutelados penalmente, al igual que un mayor de edad no podemos considerar que exista alguna diferencia en relación a la conducta finalista, es decir al momento de la producción del delito.

CAPITULO SEGUNDO

II.- ANALISIS DE NUESTRO DELITO EN ESTUDIO

- 2.1 ARTICULO 400 FRACCION Ia. DEL CODIGO PENAL**
- 2.2 TIPO Y SUS ELEMENTOS**
- 2.3 FUNCIONALIDAD DEL TIPO**
- 2.4 EL DELITO**

2.1 ARTICULO 400, FRACCION Ia. DEL CODIGO PENAL

CONCEPTO: Participación en las responsabilidades de un delito, con intervención posterior al mismo, para aprovechar sus efectos, impedir que se descubra, favorecer la fuga o la ocultación de los delincuentes.

El tipo penal en comento se encuentra regulado por el Código Penal vigente para el Distrito Federal, en el artículo 400 fracción I, que a la letra dice:

Se aplicará 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, adquiera reciba u oculte el producto de aquel 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 aquella, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la reciba tenía derecho para disponer de ella, en esta situación la pena se disminuirá hasta en una mitad.

De lo anterior, se desprende la necesidad de analizar por separado cada uno de los elementos del tipo penal en comento.

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL:

- A) El que con ánimo de lucro.
- B) después de la ejecución del delito.
- C) Y sin haber participado en este.
- D) Adquiera, reciba u oculte el producto de aquel.
- E) A sabiendas de esta circunstancia.

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL:

- A) Por **ánimo de lucro** debe entenderse la intención del sujeto activo tendiente a la obtención de un beneficio.
- B) En este delito, se requiere indispensablemente que la conducta del sujeto activo se manifieste posteriormente a la ejecución previa de un delito.
- C) Se requiere que el sujeto activo en este delito no haya participado en otro previamente.
- D) Es necesario que el sujeto activo adquiera, reciba u oculte el producto del delito que previamente se cometió y en el que no tuvo participación.
- E) La expresión "**A sabiendas de esta circunstancia**" implica que el sujeto activo tiene conocimiento de la procedencia ilícita del producto que adquirió, recibió u ocultó.

Cabe mencionar, que no es indispensable para que se sancione este delito, que esté demostrado quien es el autor del delito encubierto, si el acusado de encubrir reconoce expresamente que hubo el delito cuya existencia ocultó aunque no este seguro de la persona que lo cometió.

Un ejemplo práctico lo tenemos en el caso del encubrimiento en el delito de robo, cuyos presupuestos son los siguientes:

- A) Realización de un delito anterior de robo por parte del agente principal, sin que exista concierto previo entre éste y el encubridor;
- B) Prestar auxilio o cooperación al autor del delito consumado, ya sea ocultando los instrumentos del ilícito o al agente, y
- C) Receptación, que se traduce en la compra de los objetos materia del robo, sin tomar las precauciones de que quien los vende podía disponer de los mismos, si resultaren robados.

2.2 TIPO Y SUS ELEMENTOS

El tipo juega un papel muy importante en el Derecho Penal debido a la trascendencia de sus elementos conceptuales y a la importancia del mismo, siendo esta; una figura propia de la materia Penal que las diferencia de las demás ramas del Derecho; y para entrar a un estudio, comenzaremos por decir que la palabra tipo deriva del "...Latín tipos, que en su acepción trascendente para el Derecho Penal significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia. Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez es emblema o figura de ella..."⁽¹⁾

Por lo que respecta a sus orígenes, tenemos que la más profunda raíz histórica la tenemos en el concepto de *Corpus Delicti* contenida en las viejas Leyes y que aun perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos. Y así hall, citado por Jiménez Huerta, subraya que "...la doctrina del tipo ha surgido del concepto *Corpus Delicti* y Antolisei estima que hay una reminiscencia de este viejo concepto procesal..."⁽²⁾, al igual que Jiménez de Asua quien dice que el tipo "...es la versión a la lengua Alemana de los términos *corpus delictus*..."⁽³⁾

Estas afirmaciones se encuentran respaldadas por Pietro Ellero, pues al establecer los tres diversos sentidos y acepciones de la expresión del cuerpo del delito, es la acción punible; esto es el hecho objetivo. De tal manera que el tipo fue concebido en principio como conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infrección.⁽⁴⁾

La Teoría del tipo nace en sí en el Derecho Penal, por obra de Beling, cuando en 1906 publica su obra *Die Lehre von Vorbrechen*, surgiendo por primera vez la noción del tipo, al cual en esta primera concepción lo concibe como "...la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito e integra el núcleo de concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos..."⁽⁵⁾

1.- Jiménez Huerta. Ob. Cit. Pág. 27

2.- "La Tipicidad". Edit. Porrúa S. A México, 1955. Pág. 22

3.- Tratado de Derecho Penal. Edit. Losada, Buenos Aires, 1963 4a. Edic. Tomo III. Pág. 751.

4.- Cfr. Jiménez Huerta Mariano. La Tipicidad. Ob. Cit. Pág. 22

5.- Idem Ob. Cit. Pág. 24

Según esta concepción, el tipo Penal consiste en la descripción exterior de los elementos del tipo del delito, de manera que la conducta culpable antijurídica solo es punible con arreglo a las fórmulas de amenaza penal que influye de tal suerte en la definición del delito, que solo los tipos de conducta por ellas captadas, son objeto de penalidad y cada conducta típica solo es punible en adecuación precisamente a aquella pena abstracta que va unida al tipo en cuestión.⁽⁶⁾ Beling atribuye como indica Bettiol "...al principio por ella anunciado el puesto de primer orden en la jerarquía de elementos esenciales a la noción del delito..."⁽⁷⁾, en donde se demuestra no solo la separación, sino la superior unidad de todos los caracteres del delito, concatenados en el tipo Penal, de tal manera que el tipo tendrá un papel independiente, pero sirve para concretar en esa figura, abstracta y conceptual, todos los caracteres y elementos del delito.

Así podemos observar que en esta primera fase, el tipo tiene una función meramente descriptiva y absolutamente separada de la antijuricidad y la culpabilidad. Así por ejemplo, el tipo del Delito de homicidio es una mera descripción, y establecer si la muerte fue contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizó en legítima defensa, es función valorativa que se concreta en la característica del delito llamada antijuricidad. Finalmente, el juicio que permite la atribución a un ser imputable del acto cometido y de reprochárselo a título de dolo o culpa, se hace en virtud de la culpabilidad.⁽⁸⁾

En la concepción de Beling, el tipo es objetivo porque comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiera la valorización de los aspectos anímicos de Autor, pues todo suceso subjetivo, transcurrido en el interior anímico del mismo no corresponde al tipo legal; además en el no se da Juicio de valor alguno. El tipo es valorativamente neutro en el sentido de que el Juez solo debe comprobar los elementos contenidos en el tipo sin necesidad de valorar. Tal concepto del tipo penal se designa hoy como descriptivo, mientras que todos los elementos que requieren una valorización judicial para su determinación se caracterizan como normativos.

6.- Cfr. Jiménez Huerta Mariano. La Tipicidad Ob. Cit. Pág. 240.

7.- Jiménez Huerta Mariano. La Tipicidad. Ob. Cit. Pág. 24

8.- Cfr. Idem. págs. 753 y 754.

A este respecto, nos dice Claus Roxin que Beling en su teoría, no incluyó los elementos normativos porque en ese tiempo todavía no se habían descubierto,⁽⁹⁾ debido a que dentro del enfoque dogmático del Delito lo que se trata de saber es, cuales son las conductas que han de llevar una sanción, fue necesario disponer de un elemento para diferenciar el delito de las demás conductas antijurídicas ⁽¹⁰⁾ que cumplidas culpablemente se sustituye en el delito lo punible por típico , de ahí que a los cuatro principios que Beling destacaba en el Derecho Penal Alemán de su tiempo, agrego el de que no hay delito sin tipicidad.⁽¹¹⁾

Una vez que Beling elaboro esta teoría, surgieron numerosas criticas que hicieron que el mismo reconociera sus errores, que lo llevaron a la modificación de su originaria noción del tipo, publicando su obra llamada Die Lehre von Tatbestand en 1930, donde concibe al tipo del delito como parte de un todo, compuesto de diversos elementos que por muchos y distintos que estos sean, hacen referencia; sin embargo, conjuntamente a una imagen de pensamiento que fundamenta la unidad de este tipo de Delito (Deliktstypus) y sin la cual, dichos elementos perderían su sentido como característica de este tipo. Dicha imagen es el llamado Tatbestand legal para este Deliktstypus.

La idea medular de Beling es, ahora, la separación que establece entre el tipo y la especie delictiva, concebida como un todo compuesto de una pluralidad de elementos que se encuentran en la correspondiente descripción legal. Siendo estos, unos de naturaleza externa y objetiva (los que caracterizan la Antijuridicidad), y otros de naturaleza subjetiva como los que caracterizan la culpabilidad. Todos estos elementos orientados a una imagen unitaria que viene a ser el cuadro conceptual que funda la unidad de la especie delictiva.

Así en esta concepción, se ve que solo el Leitbild hace posible que se pueda reunir un typus de lo injusto y un typus de culpabilidad , en el sentido de constituir este determinado Deliktstypus. Con un typus de lo injusto " muerte de un hombre " y con el typus de culpabilidad " dolo de prevaricación " no llegaríamos a un Deliktstypus de asesinato o de prevaricación. Siempre es necesario que el lado objetivo y el subjetivo

9.- Cfr. Roxin Claus. Teoría del Tipo Penal. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1979. Pág: 57 y 59

10.- Cfr. Fontán Balestra Carlos. Tratado de Derecho Penal. Editorial Talleres Gráficos Duñau S.R.L. Buenos Aires, 1949. Tomo II. 2a. Edición Pág. 33.

11.- Cfr. Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 754.

A este respecto, nos dice Claus Roxin que Beling en su teoría, no incluyó los elementos normativos porque en ese tiempo todavía no se habían descubierto,⁽⁹⁾ debido a que dentro del enfoque dogmático del Delito lo que se trata de saber es, cuales son las conductas que han de llevar una sanción, fue necesario disponer de un elemento para diferenciar el delito de las demás conductas antijurídicas ⁽¹⁰⁾ que cumplidas culpablemente se sustituye en el delito lo punible por típico, de ahí que a los cuatro principios que Beling destacaba en el Derecho Penal Alemán de su tiempo, agregó el de que no hay delito sin tipicidad.⁽¹¹⁾

Una vez que Beling elaboró esta teoría, surgieron numerosas críticas que hicieron que el mismo reconociera sus errores, que lo llevaron a la modificación de su originaria noción del tipo, publicando su obra llamada Die Lehre von Tatbestand en 1930, donde concibe al tipo del delito como parte de un todo, compuesto de diversos elementos que por muchos y distintos que estos sean, hacen referencia; sin embargo, conjuntamente a una imagen de pensamiento que fundamenta la unidad de este tipo de Delito (Deliktstypus) y sin la cual, dichos elementos perderían su sentido como característica de este tipo. Dicha imagen es el llamado Tatbestand legal para este Deliktstypus.

La idea medular de Beling es, ahora, la separación que establece entre el tipo y la especie delictiva, concebida como un todo compuesto de una pluralidad de elementos que se encuentran en la correspondiente descripción legal. Siendo estos, unos de naturaleza externa y objetiva (los que caracterizan la Antijuridicidad), y otros de naturaleza subjetiva como los que caracterizan la culpabilidad. Todos estos elementos orientados a una imagen unitaria que viene a ser el cuadro conceptual que funda la unidad de la especie delictiva.

Así en esta concepción, se ve que solo el Leitbild hace posible que se pueda reunir un *typus* de lo injusto y un *typus* de culpabilidad, en el sentido de constituir este determinado *Deliktstypus*. Con un *typus* de lo injusto " muerte de un hombre " y con el *typus* de culpabilidad " dolo de prevaricación " no llegaríamos a un *Deliktstypus* de asesinato o de prevaricación. Siempre es necesario que el lado objetivo y el subjetivo

9.- Cfr. Roxin Claus. Teoría del Tipo Penal. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1979. Pág. 57 y 59

10.- Cfr. Fontán Balestra Carlos. Tratado de Derecho Penal. Editorial Talleres Gráficos Dulau S.R.L. Buenos Aires, 1949. Tomo II. 2a. Edición Pág. 33.

11.- Cfr. Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 754.

coincidan en un punto, de tal suerte que tanto aquel como este, estén dominados por un Leitbild o figura rectora idéntica. Solo la muerte real de un hombre y el dolo dirigido a ella, hacen posible la representación de la especie delictiva homicidio.⁽¹²⁾

En esta segunda concepción, el tipo no es ya para Beling el hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito, sino "...la imagen rectora, cuadro dominante o tipo regens que norma y preside cada especie delictiva..⁽¹³⁾ De tal manera que viene a ser el tipo Penal una representación conceptual, es decir, un concepto puramente funcional que solo ejerce una función orientadora. La adecuación de la conducta al tipo no ha de ser adecuación a la especie delictiva, sino a lo que es imagen rectora o cuadro dominante de cada una de ellas. A si quería resolver Beling algunos problemas que en su primera concepción quedaban vagos, como la tentativa y la complicidad, habida cuenta que la conducta intentada y la de los partícipes no eran plenamente absorbidos en la descripción del tipo. Mezger rechaza esta segunda teoría, al afirmar que esta exposición de la materia, vuelve la espalda al mundo luminoso del puro pensamiento típico y se enfrenta con la cruda realidad del propio Derecho punitivo, también Jiménez de Azua en su crítica, opina que con esta obra trato con nueva terminología de resolver el problema sin resolver el importante extremo de la conciencia del dolo, que era uno de los principales defectos de su genial doctrina y que debió superar en este nuevo estudio.

Después de la elaboración de la primer teoría de Beling y en este y en parte como consecuencia de las críticas que la consideraban como inútil en una segunda fase, surge la Teoría del tipo, expuesta en el tratado de Derecho Penal de Mayer en 1915, sin la cual, expresaban algunos autores, no hubiera tenido ninguna trascendencia la Teoría de Beling, pues los tratadistas Alemanes no le daban importancia y la calificaban de inútil y es con Mayer con quien resurge la Doctrina del Tipo, considerándola ya como no una mera descripción pues le atribuye un valor indiciario,⁽¹⁴⁾ es decir que "...no toda conducta típica es indiciaria de Antijuridicidad..⁽¹⁵⁾

12.- Jiménez de Assúa Luis. La Ley y el Delito. Ob. Cit. Pág. 242.

13.- Jiménez Huerta Mariano. La Tipicidad. Ob. Cit. Pág. 27

14.- Cfr. Jiménez de Assúa Luis. " La Ley y el Delito ", Ob. Cit. págs. 237 -239

15.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 166

Esta Teoría tuvo como consecuencia, el descubrimiento de los elementos normativos, a los cuales atribuye un Juicio de valor que se da en la Antijuricidad y manteniendo la separación entre esta y la tipicidad. La exposición de los argumentos de Mayer respecto a su teoría, es la siguiente:

- a).- Los elementos del tipo se perciben mediante los sentidos;
- b).- Esta característica no se da en el caso de los elementos normativos, pues su determinación requiere una valorización;
- c).- Dicha valorización no pertenece a la antijuricidad..
- d).- Estos elementos no solo entran en el campo de la antijuricidad, aunque resulten ser cuerpos extraños dentro del tipo penal, valorativamente neutro, se les designa como elementos impropios del mismo, de tal manera que los elementos normativos apoyan uno de sus extremos en el tipo legal y el otro en la antijuricidad.

De esta manera, la conexión entre lo típico y lo injusto, se encuentra dentro de los elementos normativos, dotando al primero de un papel indiciario, debido a la relación que existe entre ambos, pues los tipos penales son elementos de cognición de la antijuricidad.⁽¹⁶⁾

En una tercera fase, aparece la teoría de Mezger dada a conocer en 1931 cuando publica su Tratado de Derecho Penal, donde manifiesta que "... El tipo, en el propio sentido jurídico Penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción Penal. Por lo tanto, no corresponde a este concepto aquellos presupuestos de la pena, aquellas características del Delito perteneciente, no a lo injusto sino a la culpabilidad..."⁽¹⁷⁾

16.- Cfr. Roxin Claus. Ob. Cit. págs. 60-63.

17.- Mezger Edmundo. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 300

De manera que, con esta concepción de Mezger, la creación Legislativa del tipo contiene directamente la declaración de su antijuricidad, es decir, la fundamentación de lo injusto pues el Legislador crea mediante la formulación del tipo penal la antijuricidad específica; de tal manera que, la adecuación típica de la acción no es mera radio cognocendi, sino autentica radio escendi, de la antijuricidad especial. La adecuación típica convierte a la acción en acción antijurídica no por si sola, sino en vinculación con la falta de especiales fundamentos que excluyen la antijuricidad, ⁽¹⁸⁾ de tal suerte, que el tipo jurídico - penal es fundamento real y de validez de la antijuricidad (a reserva de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión de la misma), es decir, que llega a constituir la base real del injusto y así para Mezger la antijuricidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo, puesto que puedan existir acciones que no son antijurídicas, pero en cambio es esencial a la antijuricidad la tipificación. ⁽¹⁹⁾

Por otra parte, podemos decir que en esencia de las tres fases del tipo a que hemos hecho mención, actualmente muchos autores recogen elementos de las definiciones que han dado los autores mencionados, para fundamentar su propio concepto respecto del tipo delictivo, así podemos mencionar a los siguientes:

Para Fernando Castellanos Tena, el tipo "... es la creación Legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales..." ⁽²⁰⁾

Mariano Jiménez Huerta, lo considera como "...el injusto recogido y descrito en la Ley Penal..." ⁽²¹⁾

Por su parte, Luis Jiménez de Assúa, nos dice que (...tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el Legislador, descartando todos los detalles innecesarios para la definición, del hecho que se cataloga en la Ley como delito..." ⁽²²⁾

18.- Cfr. Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa S.A 4a. Edic. Máx. 1983. Pág. 266.

19.- Cfr. Roxin Claus. Ob. Cit. págs. 64 y 65.

20.- Ob. Cit. Pág. 165

21.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 42

22.- Tratado de Derecho Penal. Ob. Cit. III Pág.747

Maurach puntualiza que, el "...tipo es la terminante descripción de una determinada conducta humana Antijurídica..."⁽²³⁾

Celestino Porte Petit lo considera como "...una conducta o hechos descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo además, según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos..."⁽²⁴⁾

En cuanto al tipo, en el sentido de la Teoría General del Derecho, es "...el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. En el Derecho Penal, dicha consecuencia es la pena..."⁽²⁵⁾

"... Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en el..."⁽²⁶⁾

En general, podemos decir que todas las definiciones dadas por los autores mencionados, coinciden en considerar al tipo como la descripción de una conducta, existiendo la diversidad de criterios en que algunos únicamente lo consideran como una descripción Legal como lo hacen Fernando Castellanos Tena, Jiménez Huerta y Luis Jiménez de Assúa; otro criterio agrega además, elementos subjetivos y normativos (Porte Petit); un criterio mas considera no solamente que hay una conducta descriptiva, sino además la aplicación de una sanción como la que da Mezger y la Teoría General del Derecho y un criterio mas, sostiene que el tipo no solo esta integrado por una conducta sino además, se agrega el resultado, de tal manera que la diversidad de criterios se presenta según el análisis que del tipo haga cada autor.

Por lo que a nuestra legislación se refiere, tenemos que al igual que en la mayoría de los países, se reconoce la necesidad de que se consignent en la Ley aquellos actos que el Estado considera delictuosos para que pueda ser sancionada su comisión. De tal manera, que nuestra Constitución toma como un principio rector el antiguo dogma "...

23.- "Tratado de Derecho Penal". Edic. Ariel. Vol. I. Pág. 267.

24.- Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal. Edit. Porrúa S.A. 3a. Edición, Méx. 1977 Págs. 423 y 424.

25.- Mezger Edmundo. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 299.

26.- Citado por Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. Pág. 166.

nullum crimen sine lege y correlativamente el de que no hay delito sin tipo al que corresponda la acción⁽²⁷⁾, en su artículo 14 al establecer que "... En los Juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una Ley exactamente aplicable al Delito de que se trata...", de manera que el Estado debe determinar exactamente los presupuestos necesarios para cada delito en concreto sin que esto quiera decir, que deba dar una amplia explicación de la conducta ilícita sino utilizando solamente los términos indispensables para dar la noción completa de la conducta prohibida y que esta no pueda dar lugar a confusiones.

Así tenemos, que todo lo que no esta comprendido en la Ley no es delictivo, y que, por el contrario, el concepto de ilicitud es imposible si no se le vincula con una definición Legal; de manera que para que pueda constituir delito, tiene que manifestarse en el mundo objetivo.⁽²⁸⁾

Dentro del precepto comentado, también podemos ver que la Ley prevee, que determinadas conductas deben ser sancionadas cuando cumplen las condiciones que la misma prevee con anterioridad a la realización del acto, de manera que exista un medio de fundamentación preciso, que es el tipo, que viene a ser un presupuesto del Delito por establecer antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta que fundamenta la existencia del Delito.

Retomando el tipo que venimos analizando, este se encuentra contemplado en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal en su Título Vigésimotercero Capítulo Único del Encubrimiento comprendido dentro del artículo 400, en el que se sitúan diversas descripciones de conductas; así vemos, que dentro de la connotación que requiere el encubrimiento, encontramos con distintas en la fracción I, la primera se refiere a adquirir el producto del Delito con conciencia de su realización sin haber participado en el, pudiendo realizar la conducta en una de tres posibilidades: adquirir, recibir u ocultar; la segunda conducta comprendida en esta fracción, se limita únicamente a la posibilidad de recibir, omitiendo la obligación de constatar la Legal posesión de la cosa; sin

27.- Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá Rivas Raúl, Ob. Cit. Pág. 407

28.- cfr. Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tipografía Editora Buenos A. 1963. Vol. II Pág. 152

embargo, la adquisición se establece también bajo diversas posibilidades como son: la venta, prenda o cualquier otro concepto. La segunda fracción del artículo que comentamos, hace una descripción de conductas de favorecimiento a los que han participado en la comisión del delito, comprendida en dos posibilidades mencionadas como : auxilio o cooperación; reservando para la fracción III el ocultamiento o cooperación de esta a los sujetos que han cometido delito, de objetos implicados con el delito o los instrumentos; comprendiendo una segunda conducta por medio de la cual, el sujeto obstaculiza el conocimiento del hecho delictuoso. La fracción IV , nos describe una conducta que lleva al sujeto a negar los datos de la comisión del delito, al ser requerido para ello por la autoridad. Por último, la fracción V, nos describe una conducta realizada por el sujeto, en donde no participa para impedir la consumación de los delitos que se van a cometer o se están cometiendo, cuando no corre ningún riesgo al proporcionar los datos o cuando debe afrontar estos riesgos, estableciendo dentro del contenido de esta fracción como excusa absolutoria a las conductas realizadas en estos lineamientos por ascendientes y descendientes consanguíneos o afines, por el cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo grado, así como los que tienen vínculos de amor, respeto, gratitud o estrecha amistad. Como podemos ver, el tipo delictivo de encubrimiento dentro de su descripción, contiene una multitud de conductas que podemos concluir son descripciones de conductas que conllevan a propiciar la realización del delito o convalidar este o a disfrutar del producto de la realización del delito.

Por otro lado, podemos ver que nuestro tipo no contempla en forma directa el resultado que provocan las diversas conductas que contiene al que hace alusión Alba Muñoz, pues es un delito que surge como consecuencia de otro distinto, al cual está ligado, de ahí que aun cuando no se establece un resultado, este se ve vinculado con el producido por la conducta principal resultante del delito que antecede al del Encubrimiento.

En cuanto a la sanción a que hace referencia en su concepto de tipo la Teoría General del Derecho, podemos observar que el tipo que nos ocupa, establece una sanción como indica Mezger, al decir que el tipo delictivo "... debe contener la pena asignada a la conducta descrita..." (29), sin embargo, aun cuando nuestro tipo incluye una sanción, consideramos que si la pena es la consecuencia del delito como dice

29.- Mezger Edmundo. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 301.

Ranieri, al establecer que "... los preceptos de la norma penal, vinculan la forma de todo hecho punible, de tal suerte que no existe delito que no sea típico, esto es, que no tenga una particular forma diferenciada, descrita en un precepto penalmente sancionado ..." (30), aparentemente el tipo no tiene porque determinar la pena, pues el delito solo enmarca la descripción de una conducta considerada como ilícita, de lo que resulta que la pena como tal, solo será aplicable cuando se determine como el caso que nos ocupa en la ley, implicando que las penas son medios de los cuales se vale el Estado para reprimir el delito.

En el estudio de cada delito en particular, se da como presupuesto necesario que deben concurrir las características necesarias que le dan existencia al mismo, de ahí se dan las normas para clasificar los elementos que integran la figura delictiva que en el tipo legal son a saber: objetivos, subjetivos, y normativos.

Iniciaremos en primer lugar, el estudio de los elementos objetivos que han sido definidos por diversos autores en la forma siguiente:

Los elementos descriptivos son: "...aquellos cuya realización ocurren en el mundo exterior o sea, que son perceptibles por medio de los sentidos..." (31)

Para Raúl Carranca y Trujillo son referencias a cosas, a personas o a modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos..." (32)

Francisco Pavón Vasconcelos dice que por "...elementos objetivos debemos entender aquellos susceptibles de ser captados por el simple conocimiento y cuya función es, describir la conducta o el hecho que puede ser materia de imputación o de responsabilidad penal..." (33)

30.- Citado por Mezger Edmundo. Ob. Cit. Pág. 300

31.- Roxin Claus. Ob. Cit. Pág. 61

32.- Ob. Cit. Pág. 408

33.- Manual de Derecho Penal. Edit. Porrúa S.A 2a. Edic. Méx. 1967, Pág. 248.

Por su parte, Fernando Castellanos Tena, dice que "...si la Ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos..."⁽³⁴⁾

Emilio Prado Aspe, los define como "...estados y procesos externos perceptibles por los sentidos..."⁽³⁵⁾

Villalobos "... considera que por el hecho de ser el tipo una forma descriptiva, todos los elementos participan de esa forma descriptiva y la ley menciona un solo dato que puede ser conocido por los sentidos..."⁽³⁶⁾

Haciendo alusión a los elementos objetivos, Mezger dice que se trata "...de estados y procesos externos susceptibles de ser determinados especial y temporalmente perceptibles por los sentidos " objetivos " en forma descriptiva y que han de ser apreciables por el Juez mediante la simple actividad de conocimiento..."⁽³⁷⁾

Porte Petit manifiesta que "...la doctrina se refiere a elementos típicos objetivos o descriptivos del tipo:

a).- Estados y procesos anímicos en otras personas que no son precisamente el autor..."⁽³⁸⁾

Carlos Fontan por su parte, considera que los elementos objetivos "... Son referencias a cosas, a personas o modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos..."⁽³⁹⁾

Por su parte, Sergio Rosas Romero dice que "...la descripción del tipo esta redactada en un lenguaje humano. Encontrando es símbolo de la conducta de la acción

34.- Ob. Cit. Pág. 168.

35.- Citado por De P. Moreno Antonio, Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa S.A Tomo I, Méx. 1968, Pág. 31.

36.- Ob. Cit. Pág. 269.

37.- Ob. Cit. Tomo I Pág. 386.

38.- Ob. Cit. págs. 431 y 432.

39.- Ob. Cit. Tomo II, Pág. 51

humana exterior, que se traduce ampliamente en el verbo de la descripción. La descripción es extensiva, pudiendo abarcar conductas de terceros, objetos, horas, lugares, resultados, etc. "(40)

Como se puede observar de la lectura de estas definiciones, todos los autores coinciden en considerar que el elemento objetivo del tipo, es aquello que puede ser captado por los sentidos lo cual, trasladado al mundo exterior es la conducta y partiendo de esta base y tomando en consideración, que por elemento debe entenderse el "...fundamento o parte esencial de alguna cosa..."(41), y por objetivo el "... fundamento en causas externas o materiales..."(42), por lo que consideramos, que en todos los tipos es indispensable el elemento objetivo, por ser la parte medular del tipo pues se presenta en forma latente en todos los tipos penales de la parte especial de cada Código, de ahí que Bling considero que en el tipo solo se encontraban estos elementos, en su primer teoría.

Por la relevancia que representan estos elementos, se les ha considerado como indispensables; así Mariano Jiménez Huerta manifiesta que "...en el tipo penal se detalla con la máxima objetividad posible, la conducta antijurídica que recoge. De ahí que la mayoría de los tipos de la parte especial tenga como contenido una descripción objetiva de conducta..."(43)

En otro aspecto, encontramos que puede hacer la descripción legal en algunos casos como expresa Mariano Jiménez Huerta "...por razones técnicas, una especial referencia a una de terminada finalidad, dirección o sentido que el Autor ha de imprimir a su conducta o a un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta..."(44), es decir, a elementos subjetivos, los cuales han sido definidos por diversos autores de la siguiente manera:

40.- Consideraciones Jurídicas en tomo al Corpus Delicti. Edit. U.N.A.M, E.N.E.P Aragón. Pág. 3.

41.- Cabanellas, Guillermo. Enciclopedia de Derecho Usual. Ob. Cit. Tomo III. Pág. 400.

42.- Ibidem. Tomo V. Pág. 610.

43.- La Tipicidad. Ob. Cit. Pág. 64.

44.- Idem. Pág. 85

Para Fernando Castellanos Tena, esos elementos se presentan cuando "...contienen conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto..."⁽⁴⁵⁾

Por su parte, Baumann Jurge manifiesta que los elementos subjetivos se presentan en "...ciertas características del tipo, referentes a una actitud interna o dirección de la voluntad o sentimiento del autor..."⁽⁴⁶⁾

José Argibay Molina los define como "...ciertos contenidos interiores que debe de mostrarse existen en el Autor, de naturaleza intelectual, cognoscitivo como el hecho de "saber" que se mato al ascendiente... de naturaleza afectiva como el "estado de emoción violenta"... o de naturaleza volitiva, cuando se refiere a una dirección intencional como las miras deshonestas en el rapto..."⁽⁴⁷⁾

En cuanto a Carlos Fontan, distingue dentro del elemento subjetivo las siguientes especies principales:

- a).- Caso en que el tipo requiere un determinado propósito o finalidad de la acción. En estos supuestos el autor se propone lograr un fin o resultado.
- b).- Casos en que el fin perseguido tiende a ser alcanzado con la acción típica misma, y no existe en el autor el propósito de cumplir una actividad posterior;
- c).- Casos en que la acción va acompañada de un animo determinado; y
- d).- Casos en que el tipo requiere en el autor, el conocimiento de circunstancias que dan al hecho carácter antijurídico o determina con el un mayor desvalor. Ese conocimiento debe ser abarcado por el dolo para que el hecho sea subjetivamente típico.⁽⁴⁸⁾

45.- Ob. Cit. Pág. 168.

46.- Derecho Penal. Edit. De Palma. Buenos Aires, 1981. Pág. 80.

47.- Argibay Molina José. Derecho Penal. Edit. Edier. Argentina, 1972. Tomo 1 . págs. 203 y 204.

48.- cfr. Ob. Cit. págs. 52-54

Luis Carlos Pérez considera que los elementos subjetivos se refieren a tres aspectos, que son a saber:

- 1o. A la culpabilidad, como son las expresiones " el que a sabiendas ", " el que sin el propósito de matar ":
- 2o. A los móviles, como cuando dice el precepto "el que con animo de lucro":
- 3o. A ciertos estados de conciencia, como ocurre con la atenuante por ira o dolor provocados injustamente.⁽⁴⁹⁾

Del análisis de las definiciones anteriormente citadas, podemos concluir que los autores mencionados, al referirse a un estado anímico, actitud interna, o dirección de la voluntad, a un propósito, finalidad o bien a los móviles, todos coinciden en esencia en que los elementos subjetivos se representan en el tipo legal como aquellos que se encuentran dentro de la psiquis del sujeto y que al contrario de los elementos objetivos, estos no pueden ser captados por los sentidos.

Por ultimo en el tipo se pueden presentar otros elementos llamados normativos, a los cuales, Ignacio Villalobos ha concebido como aquellos "...cuya concurrencia en un caso concreto solo pueden ser establecidos mediante una valoración"⁽⁵⁰⁾

Por su parte, Luis Carlos Pérez dice que los elementos normativos "... se tienen en cuenta en algunos casos en que la Ley exige condiciones contenidas de valoración Jurídica, por lo que es indispensable que el Juez realice una apreciación Jurídica o un Juicio de valor..."⁽⁵¹⁾

Baumann considera que los elementos normativos son "... características que exigen del interprete de la Ley, una valoración"⁽⁵²⁾, de tal manera que los elementos normativos se refieren a aquellos aspectos que requieren de una apreciación del

49.- cfr. Pérez Luis Carlos. Tratado de Derecho Pena. Edit. Temis. Bogotá Colombia, 1967. Tomo I. Pág. 487 y 488.

50.- Ob. Cit. Pág. 278.

51.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 488

52.- Ob. Cit. Pág. 78

Legislador " ...sobre el hecho, que obliga al interprete a efectuar a una especial valoración de la licitud de la conducta tipificada..."⁽⁵³⁾, y al cual se le asigna ya sea expresa o tácitamente, la labor de llevar valorativamente determinados términos con ayuda de los métodos de interpretación disponibles..."⁽⁵⁴⁾, dicha valoración , dicen algunos autores como Porte Petit y Castellano Tena, puede ser jurídica o culto

La presencia de elementos normativos es necesaria en algunas descripciones para una mejor adaptación al caso concreto, al igual que la de los elementos subjetivos; así tenemos, que la mayoría de los autores coinciden en que se pueden presentar en forma variable, al contrario de los elementos objetivos cuya presencia es de tal relevancia que en ocasiones solo basta con la presencia de los mismos para describir la figura legal, sin embargo, en otros casos es importante la presencia de los elementos subjetivos y normativos para darle sentido a la descripción, pues sin ellos no estaría bien precisada la conducta y por tanto se caería en confusión.

Trasladados los elementos a que hemos hecho mención --al tipo que venimos analizando sobre el delito de encubrimiento, contenido en el artículo 400 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, haremos mención en primer lugar a los aspectos que se presentan no en forma variable en cada una de las fracciones, para después aludir a aquellos que se presentan en forma general en todas sus fracciones y así mismo de los que no se presentan.

Así tenemos, que la descripción típica del delito en estudio en la primera hipótesis de su fracción I, puntualiza como elemento objetivo, un presupuesto de la conducta activa contenida en la frase " el que adquiera, reciba u oculte", aspectos estos que hacen alusión a una cosa, también se hace una referencia temporal, puesto que dicha actividad se debe presentar después de la ejecución del ilícito por el modo de obrar de una persona cuya característica esta dada por el hecho de no haber tomado participación en el delito. Como elemento subjetivo, tenemos que la acción descrita esta acompañada de un móvil que se manifiesta en el animo de lucro que constituye su finalidad y así mismo, hace referencia al contenido de naturaleza cognoscitiva que se da en el intelecto del

53.- Jiménez Huerta. Ob. Cit. Pág. 73.

54.- Maurach Reinhart. Ob. Cit. Pág. 285.

sujeto puesto que sabe la procedencia de las cosas. Dentro de esta hipótesis, no se presenta un contenido de naturaleza afectiva, volitiva ni tampoco un estado de conciencia; en lo que al elemento normativo se refiere, aquí no se establece.

En la segunda hipótesis de la fracción en cuestión, el elemento objetivo esta dado por la omisión en que incurre el sujeto al " no haber tomado las precauciones indispensables " y como podemos ver, el elemento normativo en esta frase participa junto con el objetivo en la integración de la parte medular del tipo legal, puesto que dicha conducta a la vez es motivo de apreciación legal ya que se requiere una valorización de parte del juzgador en el caso de que el sujeto haya tomado o no alguna precaución y en el caso de hacerlo, si estas fueron las necesarias para asegurarse de que la cosa que recibió si poseía al sujeto de quien la recibió. Dentro de esta hipótesis no se hace alusión al aspecto temporal en forma expresa, pero esta se infiere del establecido en la primera hipótesis por ser continuación de la misma; por lo que al elemento subjetivo se refiere, al no tener el sujeto conocimiento de la ilegal procedencia del objeto, no se puede hablar de que exista un contenido interior de naturaleza cognoscitiva, afectiva, volitiva ni de un móvil; sin embargo, a pesar de la circunstancia de no conocer la procedencia cuando se adquiere la cosa, se puede hacer con motivo de un propósito o fin determinado. Por ultimo, en esta fracción no se requiere una valoración cultural.

En la fracción II, la descripción objetiva se presenta en forma de acción que se ubica en la frase " presta auxilio o cooperación " , con una referencia temporal puesto que se debe realizar con posterioridad a la ejecución del delito y en este caso se menciona a las personas, al referirse al autor del delito que además es una característica normativa en virtud de que en este supuesto, le corresponde al juez desentrañar el sentido jurídico que se debe dar a dicha expresión; en cuanto al elemento subjetivo, se presenta un contenido de naturaleza cognoscitiva pues se conocen las circunstancias de la acción y con ello se puede deducir que se persigue un fin determinado. En esta fracción no se presenta un contenido interior de naturaleza afectiva, volitiva ni existe el móvil o ánimo.

En lo tocante a la fracción IV, la descripción objetiva esta representada por no dar auxilio para la investigación de los delitos y como se puede observar, aquí el elemento normativo participa con el objetivo de la forma descriptiva de la parte medular del tipo puesto que se requiere de una valoración judicial que determine en que ha de consistir el auxilio, otra condición objetiva es que el sujeto haya sido requerido por una autoridad,

presentándose aquí un aspecto temporal pues el auxilio se debe prestar en el momento en que lo requiera la autoridad. En esta fracción no se hace referencia a cosas sino únicamente al sujeto; el elemento subjetivo no se presenta en esta situación pero se puede inferir de la finalidad que persigue el sujeto o los motivos por los cuales no coopera con las autoridades.

Por último, en la fracción V se presenta una omisión que esta dada en la descripción objetiva de no procurar impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, presentándose aquí varios aspectos; así tenemos, que se presenta una referencia temporal pues la imposición que marca la ley debe hacerse antes de la consumación del delito o concomitante al mismo. También se establece en esta frase al elemento subjetivo, este se presenta participando conjuntamente con el objetivo en el primer aspecto que se menciona de la descripción de la parte principal de esta fracción, pues se da un contenido interno de naturaleza cognoscitiva que consiste en el hecho de "saber" cierta circunstancia, no estableciéndose un contenido de naturaleza afectiva, volitiva ni tampoco un móvil determinado; como elemento normativo, se debe dar un criterio de valoración tomado de la norma jurídica que determina cuales son los medios lícitos que tiene a su alcance el sujeto que se encuentra en esta situación y quienes son los sujetos que tienen obligación de afrontar el riesgo.

En esta fracción, el tipo establece además una excepción para los ascendientes, descendientes, consanguíneos o afines, el cónyuge, la cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo grado y a los que están ligados con el delincuente por amor, respeto o estrecha amistad, aun cuando se integre la conducta que describe este tipo, constituyendo este aspecto el elemento normativo jurídico.

En lo relativo al aspecto general, el tipo que analizamos dentro del elemento objetivo, es el resultado de estados que son situaciones en que se encuentra una persona, cosa o asunto y de un proceso que implica una serie de hechos que se producen con la conducta, de tal manera que los estados y procesos (a que hacen mención Prado Aspe, Porte Petit y Mezger en sus definiciones) participan en la descripción objetiva en cada una de las fracciones analizadas, cuyos aspectos se dan en el mundo exterior y son captados por el simple conocimiento.

Por lo que respecta a los aspectos que en forma general no se presentan en ninguna fracción, tenemos el elemento espacial al cual Mezgar considera que " ... la ley fija como típicos determinados locales de comisión del delito..."⁽⁵⁵⁾, pues el ilícito que marca la ley, se puede realizar en cualquier lugar (este aspecto como elemento objetivo). Dentro del elemento subjetivo que no se presenta en ninguna fracción, tenemos el propósito de la acción que persigue un resultado, pues como ya dejamos establecido, el tipo motivo de este análisis no es un delito que tenga resultado en virtud de que este se infiere del delito principal; y como elemento normativo que no se presenta en ninguna fracción, tenemos la valoración cultural, la cual se toma de un concepto cultural.

Consideramos que el tipo legal es la descripción que hace el Legislador de una conducta que considera, es ilícita como resultado de una serie de circunstancias de hecho que ha apreciado se presentan en forma repetitiva perjudicando a la sociedad y así proveen la comisión de esa conducta de tal manera que elabora el tipo legal, unas veces únicamente mediante elementos objetivos cuya presencia es indispensable (porque no podría concebirse el tipo penal si carecería del mismo) pues sin ellos sería difícil su comprobación; así tenemos que del análisis que sería difícil su comprobación; así tenemos que del análisis realizado al Artículo 400, se desprende que esta descripción objetiva se presenta en forma latente en cada una de sus fracciones.

Por otro lado, aun cuando en otros tipos la presencia de los elementos subjetivos y normativos es variable puesto que pueden existir o no en ellos, en lo tocante al tipo Penal motivo de nuestro análisis son necesarios para dejar mejor precisada la conducta que se describe, toda vez que de no estar establecidos se podría caer en confusión e incluso como se pudo observar en ocasiones, el elemento subjetivo o el normativo forma parte de la misma descripción objetiva.

55.- Citado por Jiménez Huerta Mariano, Ob. Cit. Tomo I. Pág. 201.

2.3 FUNCIONALIDAD DEL TIPO.

Una vez que el Legislador ha considerado ciertos aspectos de la convivencia humana que perturban a la sociedad y por ello realiza la descripción del hecho para que sea considerada como infracción, es entonces cuando adquieren vida jurídica las figuras delictivas y por ello "...resulta claro que el estudio de los tipos diseñadores de cada particular delito no es otra cosa que el resultado de las circunstancias y elementos de cada concreto delito..."⁽⁵⁶⁾, y a partir de esto, nos damos cuenta de que la funcionalidad del tipo presenta diversas situaciones en las cuales puede hacerse presente y estas pueden ser tan variantes como hechos están previstos en la Ley, así podemos ver que dicha función del tipo se patentiza no solamente por establecer diversidad de elementos que lo integran, pues además se pueden presentar otros aspectos, como la aplicación con independencia de los demás tipos penales, lo que crea la autonomía del tipo a que se refiere Fernando Castellanos Tena al establecer, que "...son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo..."⁽⁵⁷⁾; por su parte Luis Jiménez de Azua señala que "...hay en las Leyes tipos que por estar solos y no tener relación con otros, en referencia de fundamento, poseen absoluta autonomía" ⁽⁵⁸⁾ y Celestino Porte Petit, por su lado considera que tienen autonomía los "... tipos fundamentales o básicos, como los especiales (sean privilegiados o cualificados)..."⁽⁵⁹⁾, siendo los primeros, aquellos cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo y los segundos son aquellos que se forman autónomamente, agregando al tipo fundamental otra circunstancia que modifica la pena, atenuándola a disminuyéndola (privilegiado), o bien aumentándola o agravándola (cualificados). Los tipos en razón a la función de autonomía pueden ser subordinados, siendo aquellos que "...dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de este..."⁽⁶⁰⁾

56.- Fontan Balestra Carlos. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 50.

57.- Ob. Cit. Pág. 170.

58.- Tratado de Derecho Penal Ob. Cit. Tomo III. Pág. 914.

59.- Ob. Cit. Pág. 449.

60.- Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. Pág. 170.

En torno a los aspectos anteriormente mencionados, consideramos que el tipo, motivo de nuestro estudio, no es autónomo en virtud de que para su existencia depende y se relaciona necesariamente con otro delito; tampoco es fundamental o básico, por que no depende de el ningún otro tipo; así mismo no se puede decir que sea un tipo especial ni privilegiado ni cualificado por que no se trata de un tipo que tenga como base otro distinto al cual se agrega un elemento normativo, de tal manera que con ello adquieran autonomía con la finalidad de agravar o disminuir la sanción; por otro lado, se trata de un tipo subordinado pues el delito de encubrimiento adquiere vida en razón de la previa existencia de otro tipo.

En otro aspecto de la funcionalidad del tipo, en ocasiones podemos ubicarnos en el problema a que da lugar la concurrencia de delitos que derivan de la acción de un mismo sujeto dando lugar a la aparición de varios delitos, de ahí que si examinamos la acción del sujeto activo del delito en relación con el resultado que de la misma se deriva, puede haber una o varias acciones y así mismo pueden haber uno o varios resultados. De ahí que se puedan presentar diversas hipótesis al respecto:

- a) Unidad de acción y pluralidad de resultado (concurso ideal);
- b) Pluralidad de acciones y unidad de resultado (delito continuado);
- c) Pluralidad de acciones y de resultado (concurso material).

Por lo que se refiere a la primera hipótesis, existe el concurso formal cuando con una conducta se producen varias violaciones a la Ley y así tenemos que Eugenio Cuello Calón, al hablar del concurso ideal dice que este se presenta "...cuando con una sola acción se producen varias infracciones de la Ley Penal..."⁽⁶¹⁾

Florian manifiesta que "...cuando con un mismo hecho se cometen varias lesiones Jurídicas"⁽⁶²⁾

61.- Ob. Cit. Tomo I, Pág. 537.

62.- Ob. Cit. Tomo I, Pág. 372.

José Argibay Molina por su parte, manifiesta "...que un mismo hecho puede constituir la materia de varios tipos Penales verdaderamente diferentes entre si..."⁽⁶³⁾ es decir "...cuando en un solo acto se violan varias disposiciones penales..."⁽⁶⁴⁾

Mariano Jiménez Huerta puntualiza que "...existe un efectivo concurso formal o ideal de figuras típicas cuando la conducta enjuiciada es penalísticamente encuadrable en varios tipos que se encuentran los unos frente a los otros en una situación de neutralidad armónica"⁽⁶⁵⁾, es decir, que la conducta realizada presenta aspectos relevantes compatibles entre si.

En una forma mas amplia, Ignacio Villalobos nos dice que "... cuando solo por su aspecto ideal, de antijuridicidad o de valoración, se puede decir que hay una doble o múltiple infracción. No debe haber sino una sola actuación del agente, con la cual resulten cumplidos varios tipos penales, realizándose varias lesiones jurídicas o afectados varios intereses protegidos; y esta clase de concurso puede, a su vez, tener lugar a dos maneras diferentes: cuando por una sola acción se producen dos resultados antijurídicos (cuando un solo disparo lesiona a dos personas); otra cuando el acto ejecutado, sin pluralidad en sus efectos materiales corresponde a dos o mas estimaciones jurídicas diferentes o puede ser considerado bajo dos o mas estimaciones jurídicas diferentes o puede ser considerado bajo dos o mas aspectos, y conforme a cada uno de ellos merezca una sanción diversa..."⁽⁶⁶⁾, pudiéndose ubicar en este ultimo aspecto, el ejemplo que se da de las relaciones sexuales que se tienen con la hermana casada en su domicilio conyugal.

El concurso ideal se da cuando con una sola conducta realizada por un solo agente, se violan varias disposiciones legales, es decir que la conducta produce varios resultados de manera que con ello se da lugar al encuadramiento en varios tipos, que es a lo que en particular se refiere Mariano Jiménez Huerta y además Ignacio Villalobos agrega dos supuestos que se pueden presentar: uno cuando hay dos resultados; otro

63.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 64.

64.- Pavón Vascónceles Francisco. Ob. cit5. Pág. 470.

65.- Ob. Cit. Pág. 340.

66.- Ob. Cit. Pág. 505.

cuando no se puede hablar propiamente de pluralidad de efectos. Así tenemos que para la existencia del concurso ideal, se precisan los siguientes requisitos:

- a) Una conducta, es decir, de una actuación de parte del sujeto activo del delito, pero además algunos autores como Eugenio Cuello Calón⁽⁶⁷⁾ y Sebastián Soler⁽⁶⁸⁾ consideran que debe haber unidad en el fin, o intención de ese sujeto;
- b) Pluralidad de delitos.- Con la acción realizada se violan infracciones jurídicas o producen varios efectos;
- c) El carácter compatible entre las normas en concurso, es decir que habiendo un encuadramiento pueden compenetrarse en otro.

También encontramos que en este concurso se puede dar la homogeneidad y heterogeneidad, "...En el primero, como expresa Maurach, la misma conducta (acción) cumple repetidamente el mismo tipo, en tanto que en el concurso ideal heterogéneo, la única conducta infringe varios tipos Penales..."⁽⁶⁹⁾ en el primer caso mencionado se puede dar como ejemplo el que con un disparo mata a dos personas y en el segundo, el caso que mencionamos de incesto y adulterio.

Porte Petit, al tratar sobre el concurso ideal ve como requisito del concurso ideal homogéneo:

- "..... a) Una conducta
- b) Varias lesiones jurídicas iguales; y
- c) Compatibles entre sí.

En cambio, son requisitos del concurso ideal heterogéneo:

- a) Una conducta

67.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 537.

68.- Ob. Cit. Tomo II. Pág. 300.

69.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pág. 471.

- b) Varias lesiones jurídicas distintas; y
- c) Compatibles entre sí...⁽⁷⁰⁾

Por su parte, nuestro Código Penal en su artículo 18 establece:

"...existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos...", lo cual se apega a las consideraciones doctrinarias al ser interpretada la Ley.

En lo tocante a la aplicación de sanciones, el artículo 64 dispone que "...En caso de concurso ideal, se aplicara la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar en una mitad mas del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero...". De manera que la agravación de la sanción que resulta como consecuencia del concurso ideal, se da sobre la base del delito que reine penalidad mas grave la cual, a criterio del juez y tomando en consideración algunos aspectos como la peligrosidad del sujeto y los daños que origine con su conducta, podrá aumentar la sanción hasta la mitad como máximo de la que hubiera fijado por el delito que merezca pena mayor.

En lo relativo al concurso real o material, este se presenta cuando "...una misma persona realiza dos o mas conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de este, si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no esta prescrita..."⁽⁷¹⁾

Por su parte Miguel Angel Cortes Ibarra, dice que esta figura se presenta "...cuando el sujeto realiza pluralidad de conductas independientes entre si, integrando cada una de ellas un hecho delictivo, sin que el agente por las mismas, le haya recaído sentencia ejecutoria ..." ⁽⁷²⁾ y en los mismos términos, Fernando Castellanos Tena dice que se da cuando "...un sujeto comete varios delitos mediante acciones independientes, sin haber recaído sentencia por alguno de ellos..."⁽⁷³⁾

70.- Citado por Pavón Vasconcelos Francisco, Ob. Cit. Pág. 471.

71.- Pavón Vasconcelos Francisco, Ob. Cit. Pág. 468.

72.- Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa S.A. México, 1971, Pág. 279..

73.- Ob. Cit. Pág. 297.

Ignacio Villalobos, al referirse al concurso material comenta que "...existe siempre que un mismo sujeto comete dos o mas delitos, integrando cada uno de ellos plenamente por todos sus elementos de acto humano, antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, sin que importe su menor o mayor separación en el tiempo y con el solo requisito de que la responsabilidad por todos ellos se halle viva, es decir, que no haya prescrito ni haya sido juzgada..."⁽⁷⁴⁾

Gustavo Labatut Glena, manifiesta que el concurso material "...consiste en la ejecución simultanea o sucesiva por un mismo agente, de dos o mas delitos de la misma o de distinta especie, objetiva y subjetivamente, independientes entre si y siempre que no haya recaído sentencia condenatoria sobre ninguno de ellos."⁽⁷⁵⁾

Por otro lado, Cuello Calón puntualiza que el concurso real existe cuando se han realizado uno o varios hechos encaminados a fines distintos que originan diversas infracciones independientes..."⁽⁷⁶⁾

De los conceptos anteriormente enunciados , podemos concluir que todos los autores coinciden en que es un mismo sujeto el que realiza los delitos, aún cuando Cuello Calón no lo dice en su definición, pero sí posteriormente menciona que para la existencia del concurso material es preciso que "...un individuo sea autor de uno o más hechos encaminados a la obtención de diversos fines delictuosos..."⁽⁷⁷⁾, también la realización de diversas infracciones y que ninguna de ellas les haya recaído una sentencia. Además Pavón y Vasconcelos habla de que se efectúen dos o mas conductas independientes entre sí, agregando el último de los autores mencionados, que para ello no importa la mayor o menor separación en el tiempo; por su parte Labatut Glena menciona que la ejecución puede ser simultánea o sucesiva, es decir que puede ser en un sólo momento o en varios y así tenemos que Sebastian Soler se expresa en el mismo sentido al puntualizar que "...Es perfectamente posible un concurso real simultáneo, cuando con una sola acción se realizan varios hechos objetivos y subjetivamente independientes. El caso común sin embargo está constituido por una serie de hechos

74.- Villalobos Ignacio. Dinámica del Delito. Edit. Jus. México, 1955 Pág. 241.

75.- Derecho Penal. Tomo I. 7a. Edic. Edit. Jurídica de Chile, 1967, Pág. 165.

76.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 539.

77.- (77) Ib Idem.

cometidos por el mismo sujeto (concurso real sucesivo)...⁽¹⁷⁸⁾, de tal manera que el hecho no es único ya que puede ser resultado de una acción, como dice Cuello Calón pero subjetivamente debe haber pluralidad de fines o una doble intención como el clásico ejemplo que dan los tratadistas, de un sujeto que quiere matar a dos personas y con un solo disparo logra su fin (lo cual es más factible hacerlo en tiempos diferentes e incluso en lugares distintos) y así le dan gran relevancia al elemento subjetivo, los autores mencionados explicando además que esto es lo que diferencia al concurso material del formal y no propiamente la pluralidad de acciones.

Un aspecto más que consideran Pavón Vasconceloy Villalobos es que la acción no haya prescrito, pues en éste caso no está presente la responsabilidad. Por su parte nuestra ley define el concurso material en su artículo 18 diciendo que "...Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se producen varios delitos..."de lo que se puede inferir que en nuestra legislación se toma en cuenta la teoría que determina que estas conductas pueden ser producidas por varios agentes y no sólo por uno.

Tomando en cuenta los aspectos de que se ocupan los autores mencionados, tenemos como supuestos relevantes del concurso material los siguientes:

- a) Uno o varios sujetos activos.
- b) Generalmente, la existencia de dos o más acciones pero en su caso de que sea una la acción, que ésta persiga fines distintos;
- c) La comisión de varios delitos incompatibles entre sí, es decir, que sean independientes pudiendo darse la homogeneidad y heterogeneidad, y
- d) Que no haya recaído una sentencia firme por cualquiera de los delitos cometidos.

Este último aspecto es de gran importancia porque de existir una sentencia ejecutoriada respecto de alguno de los ilícitos cometidos saldríamos del concurso material y estaríamos en presencia de la figura denominada reincidencia, la cual es

concedida en su artículo 20 del Código Penal "...siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma un término igual al de la prescripción de la pena. salvo las excepciones fijadas por la ley..."

En cuanto a la aplicación de las sanciones en caso de concurso real, los tratadistas señalan tres diversos sistemas de represión que son los siguientes:

1. Sistema de la acumulación material o aritmética; que consiste en la aplicación del principio *quot delicta tot poena*, por medio del cual se suman las penas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos. Este sistema ha sido objeto de múltiples críticas, pues con él se llega al absurdo de imponer penas para cuyo cumplimiento es físicamente imposible realizar por su larga duración.⁽⁷⁹⁾
2. Sistema de absorción.- En el cual se considera que únicamente es aplicable la pena que corresponde al delito mayor considerando a los demás como circunstancias agravantes, criticándosele a este sistema que al no permitir que exceda el límite máximo de la pena correspondiente al delito mas grave, puede dejar en impunidad algunos delitos.
3. Sistema de acumulación jurídica.- En este sistema, se considera la aplicación de las sanciones aplicables a todos los delitos que haya cometido, considerando una reducción de los mismos. Este sistema dentro de la practica, se ha aplicado de dos formas : en una de ellas se impone la pena correspondiente al delito mas grave y aumentando una proporción respecto de los demás delitos (en esta situación se toma en consideración aspectos como la personalidad del culpable); y en otra forma, se aumentan todas las penas disminuyendo la que resulte. Algunos autores como Soler, consideran que esta es una variante de la responsabilidad única, expuesta por Impallomeni el cual "... observa que los delitos concurren, pero no se

79.- Florian Eugenio. Parte General de Derecho Penal. Traducido de la 3a. Edic. Italiana. Edit. La Propagandista. La Habana, 1929. Tomo I. Pág. 88.

acumulan; lo que aumenta es la responsabilidad del delincuente al aumentar el numero de los delitos.... "(80)

En cuanto a la sanción, nuestro Código Penal en el segundo párrafo del art. 64, establece "...En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al Delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma correspondiente por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el título segundo del libro primero..."

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia numero Diez, relativa a la acumulación dice "...En los casos de acumulación (concurso real), de acuerdo con el artículo 64 del Código Penal para el Distrito Federal, es cierto que puede el Juez imponer únicamente pena por el Delito de mayor cantidad pero se trata de una facultad potestativa y el Juez puede imponer otras sanciones por los demás delitos cometidos, por estimar que la peligrosidad del Sentenciado así lo amerita..."(81) y en la tesis relacionada con esta Jurisprudencia considera que "...el artículo 64 del Código Penal adopta el sistema de la acumulación jurídica de las distintas penas, de acuerdo con el cual se aplica la pena del delito mas grave, pero con un aumento potestativo del Juez proporcionado al numero y a la gravedad de las penas absorbidas, correspondiente a los otros delitos y a la facultad del Juez para aplicar ese aumento, esta determinada por la temibilidad del sujeto, apreciada en función del arbitrio judicial. Por ende, es inadmisibile el criterio en el sentido de que debe imponerse la pena del delito mayor sin agravar esa pena, pues este criterio es diverso al que sigue nuestra legislación..." (82)

Por nuestra parte, consideramos que en nuestra ley se sigue un sistema mixto en el cual puede ser aplicado el sistema de acumulación jurídica o el de absorción pero existiendo inclinación hacia el sistema de la acumulación jurídica porque el supuesto que marca la ley es que se aplique la sanción correspondiente al delito mayor y el Juez tomando en consideración el numero y gravedad del delito, aumentara la sanción de acuerdo a su criterio pero además, se puede ver que se puede dar el sistema de la

80.- Citado por Florian Eugenio, Ob. Cit. Tomo I, Pág. 89.

81.- Ob. Cit. Pág. 22.

82.- Ob. Cit. Pág. 24.

absorción pues se otorga al juzgador una facultad potestativa de aumentar o no la sanción del delito mayor de manera que si el considera no aplicar un aumento a la pena mayor es aquí donde se ubica el sistema de absorción.

En cuanto al tipo penal, motivo nuestro estudio y relativo al delito de encubrimiento, contenido en el artículo 400 del código penal y aplicándolo a las dos situaciones que se presentan en la concurrencia de delitos (que se da en forma general cuando en un sólo sujeto recae la responsabilidad que existe de dos o mas delitos) podemos observar lo siguiente:

Si tomamos en consideración la primera hipótesis que refiere al concurso ideal o formal, el cual se presenta cuando por una sola conducta producida por un mismo agente se violan diversas disposiciones, tenemos que ésta situación no se puede presentar en ninguna de las hipótesis que se contemplan en el encubrimiento, en virtud de que en ninguna de ellas sería factible producir varias infracciones pues es propio de cada una de las situaciones planteada en el mismo, vislumbrar una sola violación.

En lo concerniente al concurso material, si tenemos en cuenta que además de presentarse cuando con varias conductas independientes entre sí, se producen diversas infracciones o la misma pero en diferentes ocasiones, realizada por el mismo sujeto, "...EL más acabado caso de no concurrencia de tipos penales en la misma conducta es el llamado concurso real, en que hay pluralidad de acciones independientes que pueden encuadrar en varios o en el mismo tipo, ⁽⁸³⁾es decir, que dichas acciones pueden llevarse a cabo por diferentes sujetos, situación a la que se refiere el código penal en la segunda parte de su artículo 18 al establecer "...Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos ..."

Aplicando lo anteriormente dicho al tipo penal, motivo de nuestro estudio, podemos ver que las hipótesis contempladas en el artículo 400 están en relación con cualquiera de los delitos contemplados en el código penal, por tanto se puede inferir que existe una pluralidad de delitos diferentes e independientes entre si, de tal manera que el concurso real se encuentra presente en forma latente en cada uno de los supuestos planteados en el delito de encubrimiento.

83.- Zaffaroni Eugenio Raúl. Teoría del Delito, Edit. Ediar. Buenos Aires Pág. 714.

En el tipo delictivo, como otra figura que hace patente la funcionalidad del mismo, tenemos el concurso de leyes o concurrencia de normas incompatibles entre si en cuya situación legal aplicable en una determinada situación de hecho regulada al mismo tiempo por dos o más normas penales ...⁽⁸⁴⁾ Ignacio Villalobos, al tratar el tema dice que "... Resulta de la existencia de varios tipos o preceptos penales que, por sus términos parecen convenir en lo común a lo sucedido, pero atendiendo a la naturaleza de las cosas o al contenido de antijuricidad de cada tipo, no pueden coexistir porque llevan consigo elementos de destrucción, de absorción de uno por el otro, de eliminación por preferencia de la ley en que uno se haya formulado ..."⁽⁸⁵⁾

Por su parte, Celestino porte petit determina que "... se puede decir que estamos frente a la concurrencia de normas incompatibles entre si, cuando se encuentra una materia o un caso, disciplinado o reglamentado por dos o más normas, incompatibles entre si..."⁽⁸⁶⁾

Eugenio Raúl Zaffaroni por su lado, estatuye que esta figura "...tiene lugar cuando solo en apariencia se produce una concurrencia de dos o mas tipos penales, pero en realidad un análisis mas cercano revela que uno de ellos excluye la aplicación de los restantes..."⁽⁸⁷⁾

Fernando Castellanos Tena estatuye que "... un mismo hecho punible puede quedar tipificado en preceptos diferentes; existe un aparente concurso de dos o mas leyes que parecen disputarse la tipicidad del acto, esto es, bajo las cuales queda aparentemente comprendido el mismo hecho, una sola conducta; por eso se habla de concurso aparente de Leyes o conflictos de Leyes..."⁽⁸⁸⁾

84.- Labatut Glens Gustavo. Ob. Cit. Pág. 167.

85.- Ob. Cit. Pág. 507.

86.- Ob. Cit. Pág. 220.

87.- Ob. Cit. Pág. 713.

88.- Ob. Cit. Pág. 298.

En cuanto a Gustavo Labatut Glenda, este autor, considera que el concurso de Leyes "...existe toda vez que es necesario establecer cual es la disposición legal aplicable en una determinada situación de hecho regulada al mismo tiempo por dos o mas normas penales..."⁽⁸⁹⁾

De los conceptos anteriores, podemos ver que el concurso aparente de normas incompatibles entre si, la posible problemática que se puede presentar al darse ésta figura, es la de determinar en el caso de existir dos normas aplicables a una conducta determinada cuál de ellas es la conveniente, sin embargo, "...al considerar las figuras penales de un código, se advierte que el contenido de esas descripciones da lugar a que entre las distintas incriminaciones no exista siempre una disyuntiva perfecta, de manera que cuando un hecho cae bajo una figura, las demás figuras se encuentran en una situación de neutralidad o indiferencia ..." ⁽⁹⁰⁾, de tal manera que si tomamos en consideración lo que dejamos establecido al definir el tipo, podemos observar que al hacer el legislador la descripción de aquella conducta que constituirá una infracción, para poder hacerlo a tiende a aspectos peculiares no descritos anteriormente que es lo que la diferencia de las demás normas, pues aún cuando en ocasiones llegan a tener elementos comunes nunca podrán ser iguales porque siempre obra un punto de diferencia ya que de lo contrario se podría determinar que el orden jurídico penal se presenta en forma incongruente e imperfecta por descubrir el mismo comportamiento para asignar penas diferentes, además si tomamos en cuenta que se habla de un concurso aparente es porque sólo en apariencia hay encuadre de la conducta en dos tipos diferentes, pero en si se viola una sola disposición pues la infracción es una, de manera que no existe concurso, más que la problemática de determinar a cuál tipo corresponde el hecho punible.

Para la solución del problema, en caso de existir normas incompatibles entre sí se han planteado una serie de soluciones por medio de principios que son a saber :

- a).- Principio de alternidad.

89.- Ob. Cit. Pág. 167.

90.- Soler Sebastián. Tomo II. Ob. Cit. págs. 175 y 176.

- En donde la pena que las figuras tienen asignada es frecuentemente la misma y entonces resulta indiferente el encuadre en una o en otra ⁽⁹¹⁾ aún cuando las normas protejan el mismo interés jurídico y sus elementos constitutivos no sean iguales;

b).- Principio de especialidad.

- Se presenta cuando la norma especial contiene la materia o el caso de la norma general
- Más una nota o elemento específico ⁽⁹²⁾ de manera que la norma especial excluye a la general.

c).- Principio de subsidiariedad.

- En éste caso la ley principal o primaria prevalece sobre la subsidiaria o supletaria
- La que sólo se aplica en defecto de aquella.⁽⁹³⁾ Se trata de delitos que violan el mismo bien jurídico, pero en diversos grados de punibilidad; así por ejemplo la consumación elimina la aplicación de la tentativa.

d).- Principio de Consunción o de Absorción.

- Se da cuando la situación regulada en una norma, queda comprendida en otra de alcance mayor, de manera que está última se aplica con exclusión de la misma.⁽⁹⁴⁾

91.- cfr. Argibay Molina José. Ob. Cit. Pág. 207.

92.- cfr. Porte Petit Candaudat Celestino. Ob. Cit. Pág. 225.

93.- cfr. Labatut Glens. Ob. Cit. Pág. 168.

94.- cfr. ibidem. Pág. 169.

Al tratar el concurso aparente de normas incompatibles entre dentro del delito de encubrimiento , se pueden presentar situaciones en las que se pueden dar: la primera de ellas se presenta en la fracción segunda del artículo 400 que estatuye que es encubridor el que "...preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de ésta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito..." y la fracción séptima del artículo 13 que dice--"...los que con posterioridad a su ejecución auxiliar al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito..."- En ambos casos se habla de un auxilio que se presenta al autor de un delito, siendo en éste aspecto en el que coinciden, y su incompatibilidad se presenta en que en el primer caso hay un acuerdo que es posterior a la consumación del ilícito y en el segundo caso, éste acuerdo es anterior a su ejecución.

2.4 EL DELITO

Antes de entrar al estudio del delito, estimamos conveniente entrar al estudio de un aspecto muy importante que lo constituye que es, el objeto del delito, en el cual doctrinariamente se ha distinguido que se ubican dos objetos: siendo uno de ellos el objeto jurídico también denominado bien jurídico tutelado que viene a constituir el interés protegido por la norma; y el otro es el objeto material que es, la persona o cosa sobre la cual recae la lesión.

En cuanto al objeto jurídico de la infracción, Luis Jiménez de Azúa dice que "... está constituido por el interés tutelado jurídicamente..."⁽⁹⁵⁾

Antonio de P. Moreno considera que "... el bien jurídico protegido en el interlesionado o comprendido por el hecho delictivo..."⁽⁹⁶⁾

Celestino Porte Petit estatuye que "... se entiende por bien jurídico, el valor tutelado por la ley penal..."⁽⁹⁷⁾

Luis Cousiño concluye que "... la noción más generalizada entiende por objeto jurídico del delito, el objeto mismo de la protección penal, o sea, los bienes jurídicos tutelados por el derecho..."⁽⁹⁸⁾

Eugenio Cuello Calón estima que "... es la norma o precepto violado o puesto en peligro por el hecho delictuoso ..." ⁽⁹⁹⁾

Por su parte, Francisco Pavón Vasconcelos puntualiza que, - por objeto jurídico se entiende "... el bien jurídico tutelado, através de la ley penal, mediante la amenaza de sanción..." ⁽¹⁰⁰⁾

95.- Tratado de Derecho Penal. Ob. Cit. Tomo III, Pág. 105.

96.- Ob. Cit. págs. 27 y 28.

97.- Ob. Cit. Pág. 443.

98.- Der. Penal Chileno. Parte Gral. Tomo I. Edit. Jurídica de Chile, 1975. Pág. 288.

99.- Ob. Cit. Tomo I, Pág. 249.

100.- Ob. Cit. Pág. 149.

Tomando en cuenta los aspectos a que hacen mención los autores citados al hablar del objeto jurídico, por éste entienden al bien jurídico que viene a ser el interés tutelado, el cual constituye el objeto mismo de la protección, siendo además la norma o precepto motivo de la violación, lesión o puesta en peligro, la cual implica como consecuencia una sanción.

Haciendo un análisis de ésta definición, tenemos que Antonio de P. Moreno y Porte Petit en vez de hablar de objeto jurídico, lo hacen de bien jurídico, en cambio Cousiño y Pavón Vaconcelos mencionan al segundo como integrante del concepto del primero, pero ya sea que lo denominen de una u otra forma, consideramos que en sí tratan de lo mismo, es decir, de un interés protegido por una norma, como una protección y así cuidar que no sea motivo de infracción. Así tenemos que ya sea con unas u otras palabras en esencia todos coinciden en lo fundamental,-- con excepción de Cuello Calón, el cual en nuestro concepto, tiene una idea errónea de lo que es el objeto jurídico, porque éste en sí no es la norma violada aún cuando representa la razón de ser de la misma- porque si tomamos en cuenta que para la elaboración de la ley, se atiende a diversas situaciones tomadas- de una realidad que va encaminada a la protección de un interés que puede ser individual o colectivo y así "... La convicción jurídica conduce a la formación de un sistema de mandatos dirigidos a la colectividad, destinados al mantenimiento del bien..."⁽¹⁰¹⁾. De esto se puede concluir que el bien jurídico tutelado constituye un presupuesto esencial y necesario y por tanto debe existir antes que el delito, de esta manera se infiere que representa el núcleo de la norma y la razón del ser del delito, de ahí que todo lo ilícito amenace un bien jurídico, y la fundamental importancia que representa el objeto jurídico para la elaboración de la ley, situación después de la cual ya se puede hablar de la violación de la norma y no antes.

Ahora bien en cuanto al objeto material del delito, por este se entiende "... el lente físico - cosa o persona- en quien recae la acción u omisión que configura legalmente el delito de que en cada caso se trata ..."⁽¹⁰²⁾

101.- Maurach Reinhart. Ob. Cit. Vol. I, Pág. 258.

102.- Enciclopedia Jurídica Orbea. Edit. Driskill S.A Buenos Aires, Argentina 1978. Tomo XX, Pág. 65.

Eugenio Cuello Calón considera que "...es la persona o cosa sobre la que recae el Delito, por tanto pueden ser objetos - materiales del delito el hombre vivo o muerto, las personas colectivas, el Estado.- en estos casos, el objeto material del Delito no puede distinguirse del sujeto pasivo del mismo también pueden ser objetos materiales del delito los animales y los objetos inanimados..."⁽¹⁰³⁾

Por su parte Francisco Pavón Vasconcelos, estima que el objeto material "...es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, no debiéndose confundir con el sujeto pasivo, aun cuando en ocasiones este último no pueda al mismo tiempo constituir el objeto material del delito..."⁽¹⁰⁴⁾

Luis Jiménez de Assúa determina que el objeto material"... lo constituye evidentemente la cosa o la persona sobre la que se produce el Delito. Es decir, todo hombre vivo o muerto, consciente o inconsciente, toda persona jurídica, toda colectividad y particularmente el Estado y toda cosa animada o inanimada, con la sola diferencia de que si las personas tienen capacidad suficiente, según los casos pueden ser sujetos y objetos, en tanto que las cosas y los animales nunca pueden ser mas que objetos del delito..."⁽¹⁰⁵⁾

Luis Cousiño por su parte, puntualiza que "... es objeto material del Delito la persona o cosa sobre la cual se materializa el hecho ejecutado o, como dice Mezguer aquel objeto corporal sobre el cual la acción típicamente se realiza..."⁽¹⁰⁶⁾

Gustavo Labatut Glens estatuye que "... representa la materialidad misma del delito, la persona o cosa sobre la que recae, el cadáver en el homicidio, la cosa apropiada en el robo o en el hurto Pueden serlo tanto quienes invisten la calidad de sujeto pasivo o víctima- caso en el cual ambos conceptos de ordinario se confunden

103.- Ob. Cit. Pág. 249.

104.- Ob. Cit. págs. 149 y 150.

105.- Tratado de Derecho Penal, Ob.Cit. Tomo III, Pág. 102.

106.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 286.

como también los animales y cosas inanimadas entre las que se comprenden los cadáveres...⁽¹⁰⁷⁾

De los anteriores conceptos, en términos generales se advierte que todos coinciden en que el objeto material del delito es la persona o cosa que recibe el daño o sobre la que recae la acción delictuosa, agregado además Luis Jiménez de Azúa y Eugenio Cuello Calón, quienes pueden ser las personas y las cosas, de lo cual, en lo único que no estamos de acuerdo es en que consideran al cadáver como una persona, pues pensamos que es más apropiado el criterio que determina que el hombre al morir pasa a ser una cosa inanimada, como dice Gustavo Labatut.

Otro aspecto que tratan Eugenio Cuello Calón, Pavón Vasconcelos, Luis Jiménez de Azúa y Gustavo Labatut, es que no debe confundirse el objeto material con el sujeto pasivo, pues aun cuando coinciden estos dos cuando se trata de personas, ello no significa que sean lo mismo, en virtud de que el objeto material es en estos casos la persona sobre la cual recae la acción delictuosa, en cambio el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado.

Además de la idea de cosa o persona sobre la que recae la actividad física del culpable, ésta debe ser comprendida con la idea de que ese objeto forme parte de la descripción legal, por que si tomamos en cuenta que hay objetos que reciben el daño, como el clásico ejemplo de la caja fuerte que es forzada para sustraer los valores en que ella contenidos, no sería adecuado considerar que ésta represente el objeto material del delito.

Retomando el análisis de nuestro estudio, tenemos que el bien jurídico tutelado dentro de las hipótesis del artículo 400 del Código Penal, lo encontramos en la primera parte de la fracción primera el interés tutelado es la posesión que se viola por el que adquiere, recibe u oculta el producto de un delito - que en este caso, al tratarse de objeto se puede inferir en términos generales que es el producto de lo obtenido con motivo de un delito patrimonial-, y con ello se dedica a especular.

En la segunda parte de la fracción mencionada sigue siendo la posesión el objeto jurídico aún cuando ésta se presentara por la omisión de verificar la legítima procedencia de las cosas para no incurrir en esa infracción . En la tercera parte de la fracción en cuestión también el interés protegido es la posesión.

Por lo que toca a la fracción segunda, tercera, cuarta y quinta, el bien jurídico protegido está en relación a la administración de justicia pues quien auxilia al delincuente, lo hace con la intención de que no se descubra y por tanto impide que se le aplique la sanción que le corresponde por el ilícito que cometió, ésta misma situación se presenta si se oculta al responsable, si no auxilia a la autoridad para la investigación de los delitos la persecución de los delincuentes o no hace nada para impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, situaciones todas que impiden que se lleve a cabo la administración de justicia, siendo éste el interés que protege la norma en cuestión.

Otro interés que se sigue protegiendo además en la fracción tercera es la posesión de lo que es el objeto o efecto del delito, es decir, de los bienes protegidos en los delitos patrimoniales que en éste aspecto se observa una doble protección de los mismos.

En lo concerniente al objeto material del delito, éste se representa por cosas en la fracción primera y tercera, siendo aquellas que se obtienen por motivo de un delito y se adquieren, reciben u ocultan con conocimiento de esa circunstancia; aquellas que se reciben en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, si no se tomaron las precauciones necesarias para averiguar su legítima procedencia; y, aquellos efectos u objetos motivo de un ilícito que se ocultan.

El objeto material se refiere a personas en las fracciones segunda, tercera, cuarta y quinta, siendo aquellas a quienes se presenta auxilio, cooperación, a las que se oculta o favorece su ocultamiento, aquel a quien requiere la autoridad y aquellas personas a las que no se les impidió realizar el ilícito que se sabía iba a cometer o estaba cometiendo.

Entrando al estudio de lo que es el delito, en primer término tenemos que en cuanto a la palabra delito, ésta "... deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley..."⁽¹⁰⁸⁾

A través del tiempo, diversos estudiosos del derecho han tratado de elaborar una noción filosófica y general del delito, de ésta manera tenemos que unos lo han considerado como la violación de un deber, otros como la transgresión de un derecho, también se le determinó como un ente social, como un hecho jurídico, etcétera; sin embargo, los intentos para dar un concepto con valor universal para todos los tiempos y grupos sociales fueron vanos, porque en síno se llegaba a definir al delito como tal pues en ocasiones sólo se referirán a determinados aspectos; lo que incluso sucede en las definiciones jurídicas, como en el caso de nuestro país, en que se ha definido al delito en su artículo 7 como "... la acción u omisión sancionada por las leyes penales... " estando constituida con dos aspectos únicamente; el primero de ellos consiste en una acción u omisión; y el segundo es que esa acción u omisión este sancionada por la ley, lo cual resulta insuficiente y denota la simplicidad de la misma e incluso José Angel Ceniceros, integrante de la comisión redactora del Código Penal que nos rige, determina que "... Los elementos apuntados nos demuestran que los autores del Código no pudieron encontrar una fórmula que proyectara la verdadera naturaleza del delito - y para cubrir esa deficiencia argumenta porque todas las escuelas penales han pretendido definir al delito sin lograr hacerlo satisfactoriamente, no obstante que el Código se inspira en la idea de que la culpabilidad es la base de una infracción de carácter penal..."⁽¹⁰⁹⁾

De ésta manera se han elaborado múltiples definiciones no siendo sino hasta la actualidad que la dogmática jurídica ha creado una definición (la cual ha sido aceptada cada día más), integrada por los elementos que constituyen al delito, con el único problema de que no hay uniformidad al considerar dichos elementos.

108.- Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. Pág. 125.

109.- Ob. Cit. Pág. 39.

Por nuestra parte , para efectos del estudio que realizamos, nos adherimos a la definición que da Zaffaroni al decir que en estricto sentido el delito es la "... conducta, típica, antijurídica y culpable..."⁽¹¹⁰⁾

110.- Ob. Cit. Pág. 52.

CAPITULO TERCERO

III.- ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO

- 3.1 CONDUCTA**
- 3.2 TIPICIDAD**
- 3.3 ANTIJURIDICIDAD**
- 3.4 CULPABILIDAD**

Iniciaremos el estudio de los elementos positivos del delito siendo necesario para ello, dejar establecido que éstos se presenten guarde entre sí cierta relación que los une, de tal manera que si faltára alguno de ellos no se podría integrar el delito, así que para la existencia del mismo es requisito indispensable que se colmen íntegramente todos y cada uno de sus elementos positivos.

3.1 CONDUCTA

Como primer elemento del delito se encuentra la conducta "... reconocida por la gran mayoría de los especialistas como elemento objetivo o elemento material, denominado así, por constituir aquella parte de la realización de la figura delictiva que se expresa mediante manifestación en el mundo exterior..."⁽¹⁾

La primer problemática con que nos encontramos al entrar al estudio de la conducta, se presenta al tratar de hallar la palabra adecuada que exprese en su contenido tanto a la acción como a la omisión (elementos que conforman su integración); realizados por un ser humano (por ser el único dotado de inteligencia) mediante su voluntad que se propone un fin (no debiendo confundir el fin propuesto aquí con el dolo que se presenta en la culpabilidad), por esto, se han dado diversas denominaciones a éste primer elemento que son a saber: acción, conducta o hecho a más de otras . Por nuestra parte , consideramos más adecuado llamarlo conducta pues si tomamos en cuenta las críticas que han recibido los otros dos términos, tenemos en primer lugar que a la acción se le censura de pretenciosa por querer incluir a la omisión, determinándose que acción es un término restringido donde sólo puede presentarse la acción propiamente dicha porque ésta implica movimiento, actividad y no así la omisión en cuanto a llamar a la conducta como hecho se le critica que está calificación es demasiado amplia ,pues dentro del mismo" ... se entiende todo acontecimiento de la vida, provenga o no del hombre ..."⁽²⁾, es decir que en este sentido puede contener tanto sucesos de la naturaleza como conductas humanas (voluntarias o involuntarias), abarcando así más de lo que se quiere significar, además de que al hecho se le ha definido por los tratadistas de derecho procesal penal en sentido amplio como aquel que

1.- Trujillo Campos Jesús Gonzálo.La Rel. Mat. de Causalidad en el Delito.Edit. Porrúa S.A.Méx. 1976 Pág. 9

2.- Labatá Gustavo. Ob. Cit.tomo I, Pág. 76.

"... debe comprender todos los elementos que componen la hipótesis legal"⁽³⁾, por tanto, la palabra hecho es más amplia de lo que con ella se quiere significar. por su parte, Cestino Porte Petit dice que "... la conducta o el hecho según el caso, vienen a constituir un elemento esencial general material de todo delito..."⁽⁴⁾. De manera que cuando se presenten las formas de acción u omisión estaremos en presencia de la conducta y cuando a ésta se agregue un resultado como efecto de la conducta estaremos en presencia de un hecho, dando esto lugar a los delitos de mera actividad y de resultado material. a grandes rasgos está es la problemática que se presenta en torno a la denominación del primer elemento del delito, la cual sólo es una cuestión terminológica.

Visto lo anterior procederemos a tratar las definiciones que han dado los tratadistas acerca de la conducta. así tenemos que para Luis Cousiño "... es la realización, mediante una actividad o una inactividad de un acontecimiento trascendente, que produce una modificación o una quietud en el mundo exterior ..." ⁽⁵⁾

Luis Carlos Pérez opina que "... la acción no es cualquier comportamiento humano sino solo la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior..." ⁽⁶⁾

Fernando Castellanos Tena determina que "... la conducta es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito ..." ⁽⁷⁾

Francisco Antolisei estatuye que la acción es "aquel comportamiento que se concretiza en un hecho que puede ser reconocido exteriormente, en un hecho físico." ⁽⁸⁾

Gustavo Labatut manifiesta que "... la acción en sentido amplio es la exteriorización de la personalidad de su Autor, que se manifiesta en forma positiva, por

3.- Carnelutti, F. Principios del Procedimiento Penal. tomo II Ed. Jur. Europa Am. B. Aires. 1971. Pág. 130

4.- Ob. Cit. pág. 289.

5.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 325.

6.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 465.

7.- Ob. Cit. Pág. 149.

8.- La Acción y el resultado en el Delito. Trad. del Italiano por José Luis Pérez Hdz. Edit. Jca. Méx. 1959 Pág. 34.

un movimiento corporal que produce o tiende a producir un cambio en el mundo exterior (comisión o acción en sentido estricto), en forma negativa mediante una inacción (omisión) ...⁽⁹⁾

Hans Kelsen destaca que la acción "...es una conducta dirigida a un fin, un acontecer finalista..."⁽¹⁰⁾

Raúl Carrancá y Trujillo dice "...la conducta consiste en un hecho material exterior positivo o negativo producido por el hombre Si es positivo, consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico; y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperando, lo que también causara un resultado..."⁽¹¹⁾

Por su parte Carlos Fontan define a la conducta como aquella que "constituye una manifestación de voluntad de su autor, que la domina o dirige hacia un resultado"⁽¹²⁾

Por nuestra parte consideramos que la conducta es el comportamiento humano voluntario de producir un cambio en el mundo exterior mediante un movimiento o abstención. Decimos que es un comportamiento humano por que se ha considerado en la actualidad que solo al hombre, por estar dotado de discernimiento de que querer y entender se le puede atribuir responsabilidad y no así los animales, las cosas, ni las personas morales, a los cuales por no contar con voluntad, no pueden realizar una conducta, sin embargo a las personas morales "...únicamente puede exigirse responsabilidad a los individuos que funcionan como representantes pero nunca el cuerpo colectivo a quien representan..."⁽¹³⁾

9.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 75.

10.- Citado por Labatut Gustavo. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 76.

11.- Ob. Cit. Pág. 261.

12.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 431.

13.- Von List Franz. Tratado de Derecho Penal. Trad. por Luis Jiménez de Assúa de la 20a. Edic. Alem. Tomo II. Edit. Reus S.A Madrid, 1927. Pág. 287.

La conducta además es voluntaria "...La Doctrina es una unánime en requerir la voluntariedad en la conducta cuando no es un mero resultado mecánico o sea, cuando hay una decisión por parte del sujeto. Esto es independiente de que la decisión sea tomada libremente por el sujeto, o de que éste lo tome motivado por coacción o circunstancias extraordinarias; este es problema de culpabilidad y no de conducta que en tal caso existirá igualmente voluntad no implica voluntad libre ..." (14)

De la conducta volitiva del ser humano, se infiere que hay una manifestación de voluntad "...que debe entenderse como ejercicio de la capacidad de movimiento - o de quietud - que el ser humano está normalmente en condiciones de tener sobre su organismo y de proyectar sus efectos en el mundo exterior.." (15). Para que se patentice esta manifestación de voluntad, encontramos dos aspectos que son a saber: uno psíquico que se encuentra en el exterior del sujeto y "...consiste en una actitud de la personalidad humana..." (16), representada por la voluntad del sujeto; y, uno físico, donde esa voluntad debe manifestarse en el mundo exterior por un hacer o no hacer.

Esta conducta activa u omisiva, en ocasiones se concretiza por la mera actividad o abstención y en otras ocasiones requiere además de esa acción u omisión, un resultado. Por lo que se refiere a resultado, algunos autores han considerado que este no forma parte de la conducta y lo ubican como problema de la culpabilidad, argumentando que la voluntad en algunos delitos no se presenta porque no se lleva consigo un fin, sin embargo "... la expresión "voluntad" debe entenderse como ejercicio de la capacidad de movimiento..." (17) de realizarla u omitirla."... Por ello no se confunde esa manifestación de voluntad con el contenido de la voluntad, que pertenece a la culpabilidad, una cosa es que el movimiento corporal responda a la decisión del hombre - libre o coacto, imputable o inimputable-- y otra que se realice conociendo y queriendo o aceptando algo..." (18)

14.- Zaffaroni Eugenio Raúl. Ob. Cit. págs. 95 y 96.

15.- Fontan, Carlos. Ob. Cit. tomo I, pág. 424.

16.- Antolisei Francisco. Ob. Cit. pág. 31.

17.- Fontan Balestra Carlos. Ob. Cit. pág. 424.

18.- Idem. págs. 423 y 424.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

El resultado es considerado como "... el efecto del acto voluntario en el mundo exterior, o mas precisamente la modificación del mundo exterior, por efecto del la actividad delictuosa..."⁽¹⁹⁾ de tal manera que el resultado es todo cambio que se presenta en el mundo exterior, por la manifestación voluntaria del sujeto de obrar o abstenerse de realizar cierta conducta vinculada con esa modificación.

Por otro lado, en ocasiones la "...acción puede conducir con el resultado en los delitos de pura actividad... pero eso no significa que el resultado sea la actividad manifestación de voluntad, sino la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico puede ser resultado en sentido jurídico-- penal si queremos ser consientes con el fin que hemos fijado a nuestro deseo..."⁽²⁰⁾

Franz Von Liz por su parte dice que todos los delitos tienen un resultado atribuyendo un resultado material a los delitos en que se patentiza objetivamente el resultado y un resultado jurídico a los delitos de manera actividad.⁽²¹⁾

Un aspecto que se presenta entre la conducta y el resultado es, el nexo de casualidad que es la conexión entre ambos para poder atribuir un resultado a la conducta del hombre.

Giuseppe maggiore al respecto, señala que "...Cuando decimos que la acción consiste en un hacer o en un no hacer, que produce un cambio en el mundo exterior, sugerimos al mismo tiempo la idea de una relación existente entre la conducta (positiva o negativa) y el resultado, y no una relación estática, sino dinámica y productiva. No tenemos de un lado la acción y del otro el resultado sino que la acción produce el resultado, la acción debe causar el efecto, estamos pues, ante una relación casual, en donde la acción obra como causa..."⁽²²⁾ Es decir, que ese nexo de casualidad es la relación que existe entre la acción u omisión de la conducta y la producción material o cambio en el mundo exterior (resultado).

19.- Maggiore Giuseppe. Derecho Penal. Tomo I. Edit. Temis. Bogota, 1954. pág.357.

20.- Fontan Balestra Carlos. Ob. Cit. Tomo I, Pág. 426.

21.- cfr. Ob. Cit. Tomo II, Págs. 488 y 489.

22.- Ob. Cit. Tomo I, pág. 119.

Hay que tener presente que el nexo de causalidad solo existe en los delitos de resultado material (que se presenta en el mundo exterior, que pueden ser captados por los sentidos), y no así en los delitos de resultado jurídico.

Como otro aspecto de la conducta, encontramos que esta se puede presentar en dos formas: por una acción; y la otra, por una omisión que a su vez se subdivide en omisión simple y comisión por omisión. Concerniente a este aspecto, Mariano Jiménez Huerta nos dice que "... las conductas que describen las figuras típicas, consisten en hacer y en un no hacer. En el primer caso se tiene la acción positiva o en sentido estricto; en el segundo la acción negativa o inactiva..."⁽²³⁾

La acción, como una de las formas de la conducta viene a ser "... todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación..."⁽²⁴⁾

Por su parte, Luis Cousiño manifiesta que es "... un movimiento activo o positivo de carácter muscular o también glandular, y lleva implícitas las ideas de hacer accionar, mover obrar, secretar, gesticular, hablar y, en general, de actuar ..." ⁽²⁵⁾

Para Franz Von Litz, "...consiste en causar (mejor dicho provocar) un resultado. la manifestación de la voluntad aparece aquí como movimiento corporal voluntario, es decir, motivado por representaciones..."⁽²⁶⁾

Ignacio Villalobos determina que, la acción "...es siempre la manifestación de una facultad en movimiento, facultad que se ejerce o se pone en juego para la realización que le es propia..."⁽²⁷⁾

Francisco Antolisei estatuye que "...lo que se llama ordinariamente acción es siempre sin excepciones, un movimiento corporal, en esta forma de acción la fuerza

23.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 107.

24.- Castellanos Tena Fernando. Ob.Cit. Pág. 152.

25.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 337.

26.- Ob. Cit. Tomo II. Pág. 292.

27.- Ob. Cit. Pág. 282.

psíquica actúa sobre los nervios motores, los cuales determinan movimientos musculares..."⁽²⁸⁾

En general, los autores citados coinciden en que la acción significa movimiento, actividad, en sí, un hacer voluntario, algunos agregan que se presenta un cambio o modificación en el mundo exterior por la realización de un daño, puesta en peligro o un resultado.

Nosotros consideramos que la acción se integra por una actividad humana voluntaria, que se manifiesta en la modificación del mundo exterior, produciendo un resultado material (delitos materiales) o no (delitos de mera actividad). Los tratadistas consideran que la acción contiene tres elementos, que son a saber: una es la manifestación de la voluntad; resultado; y, relación de causalidad.

1) La manifestación de la voluntad aquí consiste en la realización voluntaria de un movimiento presente en el mundo exterior"... pues para un acto externo se considere como acción en el sentido del derecho; es necesario el concurso de la voluntad. El acto externo debe reflejar, reproducir la voluntad del agente; no debe ser sino una externación, una manifestación de su querer..."⁽²⁹⁾, es decir, "... Este motivo, proveniente del mundo exterior, constituye uno de los factores de la manifestación de voluntad. El otro factor, está constituido por la naturaleza propia del agente en cuanto a su pensamiento, su sensibilidad y su voluntad..."⁽³⁰⁾. Por ello, basta que el sujeto haya querido los efectos de la acción, es decir, el actuar o realizar ese movimiento, pues las consecuencias pueden no ser queridas, lo que debe quererse el hecho externo.⁽³¹⁾

2) Resultado.- El resultado en la acción consiste "... en la producción del evento inmediato que de ella deriva o en el peligro de que eso ocurra..."⁽³²⁾. Siendo el resultado la consecuencia derivada de la conducta que realiza el sujeto mediante una actividad que produce una mutación en el mundo exterior (resultado material).

28.- Ob. Cit. Pág. 36.

29.- Antolisel Francisco, Ob. Cit. Pág. 54.

30.- Von Litz Franz, Ob. Cit. Tomo II. Pág. 285.

31.- cfr. Antolisel Francisco, Ob. Cit. Pág. 58.

32.- Labatut Gena Gustavo, Ob. Cit. Tomo I. Pág. 77.

3) **Nexo Casual.**- "... Existe una relación casual entre el movimiento corporal y el resultado, cuando éste no hubiere tenido lugar sin aquél..."⁽³³⁾, es decir, que la actividad realizada por la manifestación de la voluntad fue lo que trajo como consecuencia ese cambio en el mundo exterior como resultado de ese hacer.

Como la otra forma en que se puede presentar la conducta, tenemos a la omisión que consiste en "... una abstención de todo movimiento, momento durante el cual el sujeto es pasivo y negativo por relajación, inercia, ablandamiento, debilitación, quietud o inactividad muscular o glandular..."⁽³⁴⁾

Fernando Castellanos Tena determina que la omisión "... radica en un abstenerse de obrar; simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar..."⁽³⁵⁾

Eugenio Cuello Calón estatuye que "... consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado..."⁽³⁶⁾

Para Gustavo Labatut, la omisión es "... la no realización del acto esperado (del Rfo) en la no ejecución de un acto positivo que se tiene el deber jurídico de efectuar..."⁽³⁷⁾

Eugenio Raúl Zaffaroni dice que en los delitos de omisión "... hay una conducta ordenada... Lo que se requiere es que haya una conducta que no se dirija al fin ordenado..."⁽³⁸⁾

33.- Von Litz Franz, Ob. Cit. Tomo II, Pág.292.

34.- Cousiño Mac Iver Luis, Ob. Cit. Tomo I, Pág.337.

35.- Ob. Cit. Pág. 152.

36.- Citado por Castellanos Tena Fernando, Ob. Cit. Pág. 152.

37.- Ob.Cit. Tomo I, Pág. 153.

38.- Ob. Cit. Pág. 369.

Celestino Porte Petit por su lado dice que "... la omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva, y produciendo un resultado típico..."⁽³⁹⁾

En sí la omisión más que un no hacer es algo que se deja de hacer voluntariamente o no, cuando se tiene la obligación de realizar una conducta, produciendo un resultado que se manifiesta en un cambio en el mundo exterior. Como elementos de la omisión tenemos:

1) Manifestación de voluntad.- Consiste "... aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debería haberse realizado; el omitir, el no hacer, sólo puede ser voluntario en los delitos dolosos y en los culposos con culpa consciente...pero en los delitos omisivos culposos con culpa inconsciente-en los delitos llamados de olvido- no puede haber ninguna voluntad de omitir, de no hacer ..." ⁽⁴⁰⁾ impallomeni afirma también que "...la causa del delito puede ser involuntaria si consiste en una omisión, voluntaria si procede de una determinada voluntad de no hacer e involuntaria si procede de un mero descuido de lo que conviene hacer para evitar un daño, de un mero olvido de la norma de conducta..."⁽⁴¹⁾

2) Deber Jurídico de obrar.- algunos autores hablan de que éste deber forma parte de la conducta omisiva; sin embargo, esto no es así, pues como vimos en el punto anterior, el bien jurídico representa un presupuesto del delito, sin embargo, en el delito omisivo aún cuando no forma parte de él, se debe de tomar en consideración.

3) Resultado.- El resultado se presenta "... sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo ..." ⁽⁴²⁾, es decir, que en la omisión el resultado se presenta por la abstención voluntaria de producir un cambio en el mundo exterior.

39.- Ob. Cit. Págs. 305 y 306.

40.- Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. Pág. 123.

41.- Citado por Antolisei Francesco, Ob. Cit.- Pág. 70.

42.- Von Litz Franz, Ob. Cit. Tomo II, Pág. 304.

4) **Nexo Causal.**- Aquí el nexo de causalidad consiste o está en relación directa con el no hacer la conducta omitiva voluntaria que produce una mutación en el mundo exterior, perceptible por los sentidos (resultado material), o no perceptible (delito de mera actividad).

La omisión impropia, según Celestino Porte Petit, "... se presenta por un resultado típico y material, por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una prohibitiva..."⁽⁴³⁾

Fernando Castellanos Tena opina que "... hay una doble violación de deberes: de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva..."⁽⁴⁴⁾, en la omisión impropia.

Para Francisco Pavón Vasconcelos, la comisión por omisión se da "... en la inactividad voluntaria que al infringir un medio de hacer, acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo tanto típico como jurídico o material..."⁽⁴⁵⁾

En la comisión por omisión en sí, se produce una doble violación resultante de infringir una norma preceptiva y una norma prohibitiva.

Concerniente a los elementos integrantes de la omisión impropia, conforme al criterio de Celestino Porte Petit, son:

- 1) **Una voluntad o no voluntad (culpa).**- Consistente en la actividad de un no hacer voluntario o no, cuando se tiene el deber jurídico de obrar.
- 2) **Deber.**- El deber se traduce en dos: un deber jurídico de obrar y un deber jurídico de abstenerse.

43.- Ob. Cit. Pág. 311.

44.- Ob. Cit. Pág. 153.(45) Ob. Cit. Págs. 202 y 203.

45.-

- 3) **Resultado.-** El resultado que produce el cambio será el resultado típico o material. Aquí el resultado típico viene a ser el jurídico, que se da en la mutación del bien jurídico.

Retomando el estudio del delito de encubrimiento para aplicarle lo anteriormente estudiado, podemos ver que en la primera parte de la fracción primera, en la fracción segunda y tercera del artículo 400, nos encontramos frente a una conducta positiva que se presenta al adquirir, recibir u ocultar el producto de un delito a sabiendas de esa circunstancia, cuando se presenta auxilio o cooperación al autor del ilícito, al ocultar o favorecer el ocultamiento del mismo, los efectos, objetos o instrumentos del delito; y al impedir que se averigüe. En tanto que en la segunda parte de la fracción primera, se presenta una conducta negativa por no tomar las precauciones necesarias para asegurarse de que la persona de quien recibió la cosa en venta o prenda tenía derecho para disponer de ella

En cuanto a las fracciones cuarta y quinta del citado artículo, en ellas se verifica la comisión por omisión, en tanto que existe el deber jurídico de obrar y se omite esa obligación cuando se es requerido por una autoridad y no presenta auxilio para la investigación de los delitos y al no impedir por los medios lícitos que se tengan al alcance, la consumación de los delitos que se sabe van a cometerse o se están cometiendo.

Por lo que se concierne al resultado, si lo consideramos en un sentido amplio, tenemos que la palabra "... resultado, es usada como sinónimo de "suceso" y designa cualquier hecho que se haya producido en la realidad fenoménica. En éste sentido general la palabra "resultado" comprende la acción humana, porque también la acción es un hecho, un "suceso"... (48); de tal manera que entendido en éste sentido y aplicando así al delito de encubrimiento, el resultado se presenta en cada acción u omisión de las planteadas en el artículo 400 del Código Penal-, siendo éste resultado al que se ha denominado jurídico.

Ahora bien, si consideramos al resultado material podemos ver que en el delito de encubrimiento, éste no se presenta pues se infiere del delito principal.

46.- Antolisei, Francisco. Ob. Cit. Págs. 131 y 132.

3.2 TIPICIDAD

El segundo elemento del delito a estudiar es la tipicidad, que también constituye un elemento necesario para la existencia del derecho delictuoso, pues si únicamente considerara éste a la conducta sería demasiado simple y carecería de sentido, de ahí la necesidad de que exista otros elementos que la complementen.

Como ya dejamos asentado al estudiar el tipo legal, éste es la descripción que hace el legislador de una conducta que considera es ilícita, como resultado de una serie de circunstancias de hecho que perjudican a la sociedad y así prever la comisión de esa conducta elaborando el tipo legal, de tal manera que "... Las leyes penales prevén las acciones punibles a través de abstracciones que condensan en fórmulas estrictas, las características que deben reunir los actos que se cumplen en la vida real..."⁽⁴⁷⁾, situación ésta que se diferencia de la tipicidad en que ésta última ha sido considerada en general por diversos autores como el encuadramiento de la conducta al tipo legal, así ha sido definido por Fernando Castellanos Tena como "... el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley..."⁽⁴⁸⁾ Raúl Carrancá y Trujillo, al tratar el tema dice que "... la acción ha de encajar dentro de la figura del delito creada por la norma penal positiva..."⁽⁴⁹⁾

Por su parte, Carlos Fortán determina que "... la cualidad de típica está dada por la identificación de una conducta con la prevista en una figura del delito..."⁽⁵⁰⁾

Luis Jiménez de Assúa considera que "... la tipicidad, en cuanto carácter del delito, se emplea aquí como la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción..."⁽⁵¹⁾

47.- Fortán Balestra Carlos, Ob. Cit. Tomo II. Pág. 25..

48.- Ob. Cit. Pág. 166.

49.- Ob. Cit. Pág. 406.

50.- Ob. Cit. Tomo II. Pág. 25.

51.- Tratado de Derecho Penal. Ob. Cit. Tomo III. Pág. 746.

Mariano Jiménez Huerta estatuye que la "... adecuación típica, significa, pues, encuadramiento subsanación de la conducta principal en un tipo de delito, subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias..."⁽⁵²⁾

Francisco Blasco conceptúa a la tipicidad como "... aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar en la generalidad de los casos, un precepto, una norma penalmente protegida..."⁽⁵³⁾

Como se puede ver, en general los autores mencionados hablan de que existe una adaptación de la conducta al tipo legal, sin embargo considerada únicamente así, resultaría demasiado restringida pues la tipicidad no sólo es el ajuste de la conducta a la descripción legal sino en sí, viene a ser la adecuación de todos los elementos integrantes del tipo cuya existencia requiere el tipo legal. Así pues, la tipicidad es "... una expresión propia del Derecho punitivo, equivalente técnico del apotegma político "nullum imen sin lege"... como garantía de libertad consignada en la parte dogmática de las constituciones políticas, la tipicidad ha sido, desde el inicio de los regímenes de derecho, el fundamento del hecho punible..."⁽⁵⁴⁾, de manera que, tomando en consideración lo establecido en el artículo 14 Constitucional ya transcrito con anterioridad, se puede determinar que no existe delito sin tipicidad, de lo cual se desprende que la tipicidad en nuestra Constitución la considera como una garantía individual.

Ahora bien, considerada la conducta como parte integrante del ajuste a la hipótesis legal, es necesario observar que la conducta se puede agotar en uno o en varios momentos presentándose esa conducta conforme al resultado, en forma instantánea, con efectos permanentes, o continuada. Y así el delito se considera en el artículo 7 del Código Penal, de la siguiente forma:

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

52.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 207.

53.- Citado por Porte Petit Celestino. Ob. Cit. Pág. 470

54.- Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 22.

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

3.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola al mismo precepto legal..."

En cuanto al delito instantáneo, Fernando Catellanos Tena nos dice que "... éste se presenta cuando la acción que lo consume se perfecciona en un sólo momento..."⁽⁵⁵⁾

Mariano Jiménez Herta por su lado, estima que éste se da "... cuando el comportamiento humano al propio tiempo que viola la norma legal, destruye el bien jurídico que la norma protege o pone en marcha las condiciones que después producen su destrucción, sin que dada la naturaleza del bien protegido, resulte factible prolongar la conducta..."⁽⁵⁶⁾

Celestino Porte Petit, estatuye que se considera al delito instantáneo a aquel "... en que tan pronto se produce la consumación, se agota..."⁽⁵⁷⁾

Los criterios para la elaboración del concepto de delito instantáneo, la doctrina los refiere a :uno que atiende a la consumación del delito;y, otro que se refiere a la destrucción del bien jurídico.

Como se puede apreciar, el criterio legal toma como base la consumación del delito ya que el delito no se determina por la instantaneidad del proceso seguido en la ejecución, es decir, de la serie de actos que conforman la conducta, sino por la consumación que se da al realizarla, de tal manera, que el delito instantáneo se presenta cuando una vez agotada la conducta, se han concretizado todos los elementos constitutivos del tipo.

55.- Ob. Cit. Pág. 137.

56.- Ob. Cit. Tomo I, Pág. 153.

57.- Ob. Cit. Pág. 380.

Por lo que se refiere al delito instantáneo con efectos permanentes, es "... aquel cuya conducta destruye el bien jurídico tutelado en forma instantánea, en un sólo momento pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo..."⁽⁵⁸⁾

Fernando Castellanos Tena expresa que el delito instantáneo con efectos permanentes, "...es aquél cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las nocivas del mismo..."⁽⁵⁹⁾

Celestino Porte Petit determina que, "...es aquel en que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos..."⁽⁶⁰⁾. Cavallo los define como "...aquel en cual el bien jurídico destructible revela la consumación instantánea del delito, pero permaneciendo las consecuencias nocivas de este..."⁽⁶¹⁾

Ignacio Villalobos considera que, los delitos continuados "...son aquellos en que hay varios actos de una misma naturaleza antijurídica, que corresponde a un mismo tipo penal o que afectan a un mismo bien jurídico, pero todos los cuales se ha convenido en reunir en una sola unidad; bien por corresponder a un solo propósito, o mejor por la similitud de elementos, condiciones o circunstancias que objetivamente concurren en su ejecución y los ligan para formar la unidad de un solo delito..."⁽⁶²⁾

Eugenio Cuello Calvon los define como, "...aquellos en los que después de su consumación, continua interrumpida la violación jurídica perfeccionada en aquella..."⁽⁶³⁾

58.- Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. Pág. 138.

59.- Ob. Cit. Pág. 138.

60.- Ob. Cit. Pág. 383.

61.- Citado por porte Petit Celestino. Ob. Cit. Pág. 383.

62.- Ob. Cit. Pág. 24.

63.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 262.

Edmundo Moger sostiene que, son aquellos que "...mediante la manifestación de voluntad punible del sujeto activo cuando se crea un estado antijurídico duradero ..."⁽⁶⁴⁾

En conclusión, el delito instantáneo con efectos permanentes son aquellos en cuya conducta se presenta el resultado que perdura en el tiempo, y el delito continuado, aquel en que habiendo unidad de propósito legal presentándose en este, tres elementos a saber: "...a) la unidad de resolución; b) la pluralidad homogénea de acciones; c) la unidad de lesión jurídica..."⁽⁶⁵⁾

Aplicando lo anterior al tipo que nos ocupa, podemos concluir que la conducta típica se presenta en las fracciones primera, segunda, cuarta, y quinta del artículo 40, en forma instantánea, pues la acción y omisión se consuma en el momento en que se adquiere, recibe u oculta el producto de un ilícito; cuando se recibe en venta o prenda un objeto sin tomar las precauciones necesarias para asegurarse de su ilegítima procedencia; en el instante en que se presenta auxilio o cooperación al autor del ilícito; en el caso en que; requerido por la autoridad, no se le preste auxilio para la averiguación del delito o la perpetración del delincuente; y el último caso que se agota al no impedir la consumación del delito que se sabe va a cometerse o se esta cometiendo, por los medios que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona.

En cuanto a la fracción tercera, la conducta se puede tipificar en una de dos posibilidades: una de ellas se puede presentar en forma instantánea en el caso en que se favorece la ocultación del delincuente; y la otra, representada en forma instantánea cuando se oculta al delincuente, los objetivos, instrumentos, los efectos del delito, se presentan en forma permanente por el tiempo en que se realiza esta acción.

Como podemos observar, en nuestro delito en estudio la conducta se puede tipificar en forma instantánea en las fracciones sancionadas al principio y en forma instantánea con efectos permanentes en la fracción tercera y no encontramos en ningún caso la posibilidad de que se presente el delito continuado.

64.- Ob. Cit. Tomo I Pág. 395.

65.- Soler Sebastian. Ob.Cit.Tomo II.Pág. 308.

3.3 ANTIJURIDICIDAD

Una vez analizada la conducta y la tipicidad, corresponde ahora enfocar nuestro estudio a la antijuridicidad, por ser esta un elemento necesario para la existencia del delito puesto que para que una conducta humana sea considerada "como delictiva, necesario es que sea antijurídica "...⁽⁶⁶⁾, de ahí la importancia de este elemento del delito.

Previamente a las concepciones que sobre la antijuridicidad se han dado, cabe mencionar que a esta le han denominado diversos autores como injusto e ilicitud en forma indistinta, sin embargo, otros consideran que estos términos tienen distintos significados, así tenemos que al respecto José Argibay Molina considera que "... la antijuridicidad es la relación de conflictos entre la acción (conducta) humana y el orden jurídico; mientras que la ilicitud, es la conducta ya declarada antijurídica..."⁽⁶⁷⁾, por su parte, Binding determina que lo injusto"... es solo no-derecho y que lo antijurídico es ya un anti..."⁽⁶⁸⁾, es decir, un concepto que se opone al derecho, de tal manera que la antijuridicidad esta contemplada dentro de la ilicitud y lo injusto, representando estos dos aspectos mas de lo que se quiere significar por antijuridicidad como elemento del delito, de ahí que estos autores opinen que no debe usarse en forma indistinta estos conceptos.

Ahora bien, entrando en lo que es antijuridicidad tenemos que se han formado diversas concepciones al respecto, dentro de las cuales tenemos la que concibe a la antijuridicidad como lo contrario a derecho, y la que determina que es aquella conducta que se ajusta por lo establecido por la norma.

Así tenemos que es con Francisco Carrara, con quien se da una concepción en su forma mas simple estimando que la antijuridicidad es lo contrario a la ley del Estado, de tal manera que existe una "... relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley..."⁽⁶⁹⁾

66.- Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 208.

67.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 236.

68.- Citado por Jiménez de Azua Luis. Tratado de Derecho Penal Ob.Cit. Tomo III. Pág. 960.

69.- Programa de Derecho Criminal. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 50

Posteriormente, "Binding descubre que el delito no es lo contrario a la ley, sino mas bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal...se quebranta la norma mas no la ley, y sigue diciendo, la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o dicho de otra manera mas exacta, la norma valoriza , la ley describe..."⁽⁷⁰⁾

Para Mayer " ... es antijurídica la acción que lesiona las normas de cultura, reconocidas por el Estado ..." ⁽⁷¹⁾

Por su parte, Raúl Carranca y Trujillo estima que "... es la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado ..." ⁽⁷²⁾

Delitala establece que la antijuridicidad es "... la no conformidad de un estado de hecho con un estado querido por el derecho, la lesión no solo de un deber jurídico, sino también de un bien, o de un interés que el Derecho protege, la violación no solo de la obligación jurídica, sino además de la norma jurídica ..." ⁽⁷³⁾

Fernando Castellanos dice que la antijuridicidad "... radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo..." ⁽⁷⁴⁾

Mariano Jiménez Huerta estatuye que para que una conducta "... pueda considerarse delictiva, necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad..." ⁽⁷⁵⁾

Celestino Porte Petit manifiesta que para que exista antijuridicidad, debe haber "... Adecuación o conformidad a un tipo legal, y que la conducta no este amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de ilícitud..." ⁽⁷⁶⁾, al respecto, José Argibay

70.- Citado por Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. Págs. 176 y 177.

71.- Citado por Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl. Derecho Penal. Méx. Ob. Cit. Pág. 355.

72.- Idem. Pág. 353.

73.- Citado por Jiménez de Auzé Luis. Tratado de Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 961.

74.- Ob. Cit. Tomo III, Pág. 176.

75.- Derecho Penal. Ob. Cit. Tomo I, Pág. 207.

76.- Ob. Cit. Pág. 484.

Molina dice que el encuadre de la tipicidad "... no presupone que esa misma conducta sea antijurídica, se tendrá que tomar en cuenta que es lo que contraria al Derecho y si aquella no es también susceptible de subsumirse en una causa de justificación. Esto quiere decir que aunque en ocasiones una conducta sea típica, no por ello tiene que ser inevitablemente antijurídica, ya que podrá adecuarse perfectamente a una causa de justificación ..." (77)

De los autores mencionados, podemos decir que la antijuridicidad en principio, solo era considerada como lo contrario a Derecho (Carrara) reconocida por la generalidad como tal en esa época, sin embargo, aparece una nueva concepción que cambia el sentido de la anterior, pues estima que la antijuridicidad se presenta cuando la conducta se da conforme a lo que establece la norma (Binding) surgiendo de esta manera la discrepancia en torno a la definición de antijuridicidad y apareciendo después la antijuridicidad como la violación o lesión de un bien jurídico, tutelados por el Estado, surgiendo como complemento que la conducta no esta amparada por una causa de justificación.

Aun cuando se ha considerado que la antijuridicidad constituye un concepto unitario, doctrinariamente se ha determinado una doble concepción de la misma, estimando la existencia de una antijuridicidad formal, representada por la oposición a la ley, y un material que representa por el daño causado a la colectividad con la conducta.

Es con Litz con quien aparece esa concepción dualista de la antijuridicidad. de tal manera que para el, se presenta la antijuridicidad formal "... cuando implica transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto significa contradicción a los intereses colectivos..."(78)

Para Eugenio Cuello Calón "... la antijuridicidad presenta un doble aspecto, uno formal, constituido por la conducta opuesta a la norma, y otro material, integrado por la lesión o peligro para los bienes jurídicos..."(79)

77.- Ob. Cit. Tomo I Pág. 196

78.- Citado por Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. Pág. 178

79.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 311.

Ignacio Villalobos estima que es formal "... por cuanto se opone a la ley del Estado y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley ..."⁽⁸⁰⁾

A pesar de existir el criterio que concibe dos antijuridicidades, en realidad no existen dos conceptos de ella "... pues la antijuridicidad siempre es material, en el sentido de que implica una efectiva afección del bien jurídico, para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino, que remitirse a pautas sociales de conducta. La antijuridicidad, siempre es formal, porque su fundamento (a veces no así su determinación) no puede partir mas que del texto legal ..."⁽⁸¹⁾ de tal forma que la antijuridicidad representa un concepto unitario siendo formal cuando implica transgresión a una norma establecida por el Estado, y material cuando se traduce en una lesión de los bienes protegidos por el mismo. Así para Beling, "...en toda antijuridicidad están unidos lo formal y lo material..."⁽⁸²⁾

En otro aspecto de la antijuridicidad, debe tenerse presente que se "... discute muy frecuentemente la naturaleza objetiva o subjetiva de la antijuridicidad, pero lo que por "objetividad " o "subjetividad " se puede con ello connotar es por demás equivoco..."⁽⁸³⁾

Así Fernando Castellanos Tena determina que, "...el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal, ello corresponde a la culpabilidad..."⁽⁸⁴⁾

Por su parte, Celestino Porte Petit, opina al respecto que la "...antijuridicidad es objetiva, y existe cuando una conducta o un hecho, violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse del elemento subjetivo de la culpabilidad, la circunstancia de que la antijuridicidad tenga naturaleza objetiva, tan solo significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o del hecho..."⁽⁸⁵⁾

80.- Ob. Cit. Pág. 259.

81.- Zaffaroni Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 454.

82.- Citado por Porte Petit Celestino. Ob. Cit. Pág. 496.

83.- Zaffaroni Eugenio Raúl-. Ob.Cit. Pág. 452.

84.- Ob. Cit. Pág. 176.

85.- Ob. Cit. Págs. 486 y 487.

En torno a este aspecto objetivo "... es preciso subrayar que no se especifica en un elemento material susceptible de percepción sensorial de igual naturaleza que la conducta, por el contrario, su existencia surge de un juicio de valoración de la conducta en relación con el orden jurídico-cultural, y por consiguiente, en relación a los valores..."⁽⁸⁶⁾

De lo anterior, se desprende que a la antijuridicidad solo le interesa la expresión de la conducta externa con relación a lo establecido en el precepto legal para la valoración de dicha conducta, pues los aspectos internos del sujeto son situaciones que se reservan para la culpabilidad.

Podemos concluir, que la antijuridicidad como elemento del delito, es un concepto unitario de carácter objetivo, es decir, es el resultado de un juicio de valoración de la conducta típica que esta en relación con la violación o lesión de un bien jurídico tutelado por el Estado, siempre que no este amparado por una causa de justificación. De tal suerte, que en el delito en estudio, la antijuridicidad se presenta en cada una de las fracciones del artículo 400 del Código Penal cuando se viola el bien jurídico tutelado por este precepto, que en el caso de las fracciones primera y tercera se traduce en la protección del patrimonio y de la fracción segunda a la quinta en impedir la correcta administración de justicia, siempre y cuando no exista una causa que justifique la conducta.

86.- Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal, Ob. Cit. Tomo I, Pág. 210.

3.4 CULPABILIDAD

Una vez que hemos analizado, tanto la conducta como la tipicidad y la antijuridicidad, corresponde ahora entrar al estudio del cuarto elemento del delito denominado culpabilidad pues como ya dejamos asentado en páginas anteriores, ninguno de los elementos antes mencionados representan por sí solos una jerarquía de valores distintos porque es necesaria la concurrencia de todos ellos para la integración del hecho delictuoso.

Previamente al estudio de la culpabilidad, cabe señalar que para que un sujeto sea culpable antes debe ser imputable, de ahí que iniciemos nuestro estudio con la Imputabilidad.

IMPUTABILIDAD

En principio podemos decir, que respecto a su ubicación, doctrinariamente no ha habido unificación de criterios, de ahí que algunos autores consideren a la imputabilidad como elemento del delito, como forma integrante de la culpabilidad o como presupuesto del delito o de la culpabilidad, Por nuestra parte, hemos adoptado la teoría que coloca a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad cuyos orígenes se basan en "... la corriente doctrinaria alemana que tiene como base sustentadora la formulación del juicio de reproche relativo a la culpabilidad en función de un hecho concreto del que se pretende responsabilizarse al autor de la conducta enjuiciada..."⁽⁸⁷⁾

Por lo que se refiere a la palabra imputabilidad, esta "...significa "calidad de imputable", así como imputable es "que se puede imputar". Pero , cuando el Diccionario de la lengua española define lo que debe entenderse por imputar, dice ya : "atribuir a otro una culpa, delito o acción ": Por lo demás, la evolución semántica en la esfera de las ciencias penales hñ dado ese termino el sentido de la facultad o capacidad de un sujeto para que puedan serle atribuidos a sus actos como a su causa moral. (Responsabilidad moral)..."⁽⁸⁸⁾

87.- Vela Treviño Sergio. Culpabilidad. Primera Parte. Edil. Trillas. Méx. 1977. Pág. 28

88.- Jiménez de Azua Luis. Tratado de Derecho Penal. Ob. Cit. Tomo V. Pág. 80.

En cuanto a la definición de la Imputabilidad, tenemos que Luis Jiménez de Azua considera que es el "...presupuesto psicológico de la culpabilidad, es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente y sigue diciendo - lo primero indica madurez y salud mentales, lo segundo, libre determinación, o sea posibilidad de inhibir los impulsos delictivos..."⁽⁸⁹⁾

Para Sergio Vela "... es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta..."⁽⁹⁰⁾

Gaitan Mahecha por su parte estima que "... por imputabilidad entendemos precisamente la capacidad de entender y querer, es decir, la posibilidad de atribuirle a una persona un resultado a título de dolo o culpa. En otros términos, es la capacidad de ser culpable de actuar dolosa o culposamente... siendo la imputabilidad el juicio sobre la capacidad, ya que solamente es culpable el que es imputable..."⁽⁹¹⁾

Raúl Carranca determina que "... será imputable, todo aquel 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 social humana..."⁽⁹²⁾

Fernando Castellanos estatuye que "... es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal ..." ⁽⁹³⁾

Gustavo Labatut dice que "... es una aptitud, condición o capacidad personal del sujeto, determinados por ciertas calidades biológicas o psicológicas, permanentes o temporales..."⁽⁹⁴⁾

89.- Ob. Cit. Pág. 86.

90.- Ob. Cit. Pág. 18.

91.- Citado por Ibarra Carlos, Ob. Cit.Pág. 521.

92.- Ob. Cit. Pág. 415.

93.- Ob.Cit. Pág. 218.

94.- Ob. Cit. Tomo I. Pág. 109.

Cesar A. Osorio estima que es "... la capacidad de entender y querer, consideradas dentro del ámbito del derecho penal. Como se aprecia, esta capacidad tiene dos elementos: uno intelectual referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza y otro de índole volitivo, es decir, desear un resultado...." (95)

De la lectura de las anteriores definiciones, podemos inferir que todos los autores mencionados coinciden en la esencia de lo que debe entenderse por imputabilidad, así tenemos que un sujeto es imputable si al momento de la acción u omisión, reúne las condiciones psíquicas y biológicas requeridas por la ley, es decir, que posea la capacidad de entender pero además de ello, es necesaria la libre determinación de sus actos, de manera que con esto posee la capacidad de querer el hecho para que le pueda ser imputable.

Como podemos observar, para que un sujeto sea imputable son requisitos necesarios poseer las condiciones biológicas representadas por la edad que marca la ley las psicológicas, que constituyen la salud mental del sujeto y la libertad de dirigir su conducta hacia el hecho delictuoso.

La imputabilidad es una figura abstracta que representa el aspecto psicológico de la culpabilidad y cuyo estudio debe ser previo de la misma, porque para que un sujeto sea culpable primero necesita ser imputable luego la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad.

Por lo que al fundamento de la imputabilidad se refiere, doctrinariamente se han seguido dos tendencias, que son a saber: la primera de ellas, sustentada por la Escuela Clásica cuyo principal exponente es Francisco Carrara, el cual al hablar del tema, manifiesta "... No me ocupo de cuestiones filosóficas, por lo cual presupongo la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre..." (96) estableciendo que la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de manera que una no puede existir sin la otra, de ahí que el sujeto al tiempo de la acción deba tener capacidad de entender y querer, dando lugar a una responsabilidad penal, consecuencia de una moral, así la imputabilidad moral solo tiene como condición que el hombre que fue causa material de

95.- Trillas. México, 1984. Pág. 62.

96.- Programa de Derecho Criminal. Ob. Cit. Pág. 82.

un hecho, haya sido además su causa moral⁹⁷⁾ y la segunda sostenida por los deterministas que niegan el libre albedrío, fundamentándose "... en que si es verdad que el querer es el motor de la conducta, a su vez esta determinado por otros motivos naturales, sociales e individuales..."⁹⁸⁾ y sostienen que "... el hombre que delinque esta necesariamente sometido a un determinismo que le imponen las desgraciadas condiciones de su organismo y el conjunto de causas circundantes que impelen al delito, en medio de las cuales se encuentra abandonado..."⁹⁹⁾ de tal manera que el hombre ya no es responsable moralmente sino socialmente, pues al vivir en sociedad, esta relacionado con ella e influido por el medio ambiente que lo hacen así responsable socialmente.

Una vez que ha quedado asentado lo que es la imputabilidad, ahora trataremos un caso que se presenta cuando una vez que el sujeto ha entendido y querido una acción antijurídica, se coloca en un estado de inimputabilidad y en tales circunstancias se produce el resultado, siendo esa acción libre en su causa pero determinada en sus efectos, presentándose así las acciones libres en su causa en las cuales se ha considerado que existe responsabilidad porque el actura fue entendido y querido independientemente del momento en que se produjo, pues incluso se estima que el sujeto dolosamente se coloca en ese estado para producir el resultado y por tanto existe responsabilidad respecto de tal hecho.

CULPABILIDAD

Dejando asentada la noción de imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, corresponde ahora determinar a esta como el ultimo elemento positivo del delito pues no es suficiente que una conducta sea típica y antijurídica sino que además se requiere que sea culpable para que se le pueda reprochar su conducta.

A la culpabilidad, Sergio Vela la concibe como "... el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable, haber realizado un comportamiento típico y

97.- *id.* Págs. 34 Y 35.

98.- Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl. Ob. Cit. Pág. 416.

99.- Vela Treviño Sergio. Ob. Cit. Pág. 9.

antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento adecuado a la norma...⁽¹⁰⁰⁾

Por su parte, Luis Jiménez la define como la "... reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídica, fundado en el nexa espiritual que liga al sujeto en su acto."⁽¹⁰¹⁾

Betliol concibe a la culpabilidad, desde un punto de vista normativo, como "... un juicio de reproche personal por la perpetración de un hecho lesivo, de un interés penalmente protegido. Los elementos sobre los cuales se basa el juicio son, la capacidad de comprender y de querer, la voluntad del hecho, en los respectivos límites del dolo y de la culpa y la posibilidad de una motivación moral de la voluntad..."⁽¹⁰²⁾

Por culpabilidad, para Luis Carlos Pérez, "... debe entenderse una relación psíquica entre el agente y su obra. Este vínculo entre lo que quiere hacer y lo que en realidad resulta, puede ser directo o indirecto, y aun referido a un no hacer, como ocurre en ciertas infracciones culposas, pero de todos modos el producto está vinculado con la acción antijurídica..."⁽¹⁰³⁾

Francisco Pavón considera que la culpabilidad "... supone un juicio de referencia y de valoración mediante el cual se determina que el autor del hecho típico y antijurídico lo ha ejecutado culpablemente..."⁽¹⁰⁴⁾

Zaffaroni entiende a la culpabilidad como reprochabilidad, esto es, como "... el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea reprochable jurídicamente a su autor ..." ⁽¹⁰⁵⁾

100.- Ob. Cit. Pág. 201.

101.- Tratado de Derecho Penal. Ob. Cit. Tomo V. Pág. 86.

102.- Citado por Pérez L. Carlos. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 99.

103.- Idem. Pág. 499.

104.- Citado por Jiménez Huerta M. Ob. Cit. Tomo I, Pág. 435.

105.- Ob. Cit. Pág. 506

Para Ignacio Villalobos, es "... el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por impotencia o desatención, nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos..."⁽¹⁰⁶⁾

En general, la culpabilidad como aspecto subjetivo del delito, es el juicio de reproche que vincula al sujeto con su conducta típica y antijurídica, es decir, con el aspecto material del ilícito, de tal manera que para que un sujeto sea culpable es necesaria la existencia de los siguientes elementos:

- a) Que el sujeto se encuentre en las condiciones psíquicas y biológicas necesarias al momento de realizar el acto.
- b) Que se encuentre vinculado a su acción psicológicamente, por su libre y consciente voluntad.
- c) Que le pueda ser reprochada su conducta, regido dicho reproche por determinadas normas valorativas que han sido violadas.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la culpabilidad, se han elaborado dos teorías que son a saber:

1.- Teoría Psicológica

Para esta teoría, la culpabilidad "... se reduce a un problema de vinculación psíquica entre el sujeto y su acción punible, y todo el contenido de ella está representado según se trate de un delito o un caso delicto..."⁽¹⁰⁷⁾ Esta teoría predominó propiamente en el siglo pasado en donde se consideraba al estudio de la culpabilidad en el de la psiquis del sujeto para determinar cual ha sido su conducta con relación a l resultado objetivo, dejando toda valoración jurídica a la antijuridicidad, siendo criticable esta teoría, porque al ser aplicada se encontraron "... varias dificultades sistemáticas, entre las que podemos mencionar la

106.- Ob. Cit. Pág. 272.

107.- Ibidem, Pág. 109.

impresión respecto de cuales son las relaciones psicológicas que tienen relevancia penal, la falta de explicación respecto de la ausencia de culpabilidad en los en que la relación psicológica existe (como en el estado de necesidad) y la imposibilidad de hallar un fundamento a la culpa inconsciente...⁽¹⁰⁸⁾

2.- Teoría Normativa.- Para esta teoría, la culpabilidad no se reduce a un aspecto "... puramente psicológico, Su contenido es un juicio de reprobación del acto respecto de su autor, que se funda en la exigibilidad de la conducta ordenada por la ley... la simple relación psicológica no basta para darla por establecida, si no es reprobatorio el juicio de valor que se emita sobre la motivación psíquica del acto ejecutado por la ley...⁽¹⁰⁹⁾ es decir, que requiere poder resolver de conformidad con la ley si se le puede ser reprochada dicha conducta.

En esta teoría, existe una norma que exige determinada conducta y de cuya violación se fundamenta el juicio de reproche al sujeto capaz que ha obrado con dolo o culpa.

En cuanto a la posición adoptada por la ley en vigor, algunos autores como Raúl Carranca y Trujillo⁽¹¹⁰⁾ y Fernando Castellanos Tena⁽¹¹¹⁾ sostienen que el sistema seguido por nuestro Código es el psicológico, argumentando como fundamento para ello que en el artículo 8o. se habla de "intención", la cual requiere solamente el estudio de la conducta del sujeto en relación con su resultado. Por su parte, Mariano Jiménez manifiesta que el sistema seguido por la legislación mexicana es el normativista porque si se siguiera el psicológico, no se podrían incluir determinadas situaciones de inculpatibilidad marcadas por la ley, diferenciándose en que aquella se presenta no obstante el claro nexo psicológico entre el sujeto y la conducta típica y antijurídica a el reprochable.

En base a lo anterior, consideramos que en el Código en vigor se determinan tanto los aspectos psicológicos como los referentes a la norma, existiendo un vínculo

108.- Zaffaroni E. Raúl. Ob. Cit. Pág. 510.

109.- Labatut Gustavo. Ob. Cit. Pág. 109

110.- Ob. Cit. págs. 118 y 119.

111.- Ob. Cit. Pág. 235.

entre la libre determinación del sujeto con su resultado por realizar un acto que viola el bien jurídico previamente establecido.

Entrando al estudio de las formas en que se exterioriza la culpabilidad, la ley establece las siguientes al decir:

"... Artículo 80.- Los delitos pueden ser :

- I.- Intencionales,**
- II.- No intencionales o de imprudencia, y**
- III.- Preterintencionales..."**

De esta manera, cuando el sujeto tuvo un propósito determinado surgió la figura del dolo, si no hubo un deseo pero por negligencia se produjo un resultado, estaremos en presencia de la culpa, y si el resultado causado no coincide con el presupuesto por ir mas allá de lo querido, se presenta la preterintencionalidad.

Pasando al estudio de cada una de las formas en que se presenta la culpabilidad, en particular iniciaremos por el dolo el cual para Maurach "... es el querer, regido por el conocimiento de la realización del tipo objetivo..."⁽¹¹²⁾

Para Mezger "... actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado..."⁽¹¹³⁾

Sergio Vela estima que "... cuando el autor de una conducta se presenta el resultado de ella y encamino su comportamiento hacia la producción del resultado o cuando menos lo acepto como posible..."⁽¹¹⁴⁾

Luis Jiménez determina que "... es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídico, cuando se realiza con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente

112.- Ob. Cit. Tomo I, Pág. 302.

113.- Citado por Vela Treviño Sergio, Ob. Cit. Pág. 211.

114.- Idem. Pág. 216

entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior , con conciencia de que quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto y con representación del resultado que se quiere, o consciente...⁽¹¹⁵⁾

Luis Carlos Pérez, considera que "... es el conocimiento, que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias de hecho que rodean la descripción legal..."⁽¹¹⁶⁾

Por su parte, Fernando Castellanos dice que "... consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico..."⁽¹¹⁷⁾

Gustavo Labatut estatuye que es "... la voluntad de realizar una acción cuyo resultado ilícito, previsto como seguro, probable o posible, es querido o al menos asentido por el sujeto..."⁽¹¹⁸⁾

En cuanto al Código penal se refiere, este lo define en su artículo 9o. en su primera parte diciendo "... obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley...", además es concebido en forma genérica como la "intención" que viene a constituir el aspecto psicológico conforme al cual el sujeto dirige su voluntad hacia un fin determinado que a la vez es querido por el mismo. Por otra parte, se requiere además que el sujeto conozca que su conducta es antijurídica, pues es suficiente que el este consciente de que viola un deber que sabe perjudica a la sociedad, aun cuando no conozca en si el contenido de la norma y no obstante, esto dirija su conducta hacia la producción del resultado.

En cuanto a los elementos que integran al dolo, doctrinariamente existen diversos criterios siendo los mas aceptados los siguientes:

- a) El Elemento Intelectual.- Que se presenta en la mente del sujeto en tanto que conoce las circunstancias de hecho, aun cuando no conozca las de

115.- Ob. Cit. Tomo V, Pág. 417

116.- Ob. Cit. Tomo I, Pág. 547

117.- Ob. Cit. Pág. 239.

118.- Ob. Cit. Tomo I, Pág. 111.

derecho que con su conducta viola la norma que le impone un deber de obrar o abstenerse, es decir, la conciencia de que actúa ilícitamente.

- b) **Elemento Volitivo.-** Este elemento representa la voluntad del sujeto de la cual ya hemos hablado con anterioridad al tratar la conducta, en la cual tiene una acepción diferente a la que aquí se quiere significar pues la voluntad en el dolo se entiende "... como el contenido de intencionalidad de la conducta, cuando le impone a esta una dirección determinada que viene a ser la contraria a la norma y marcha hacia un resultado antijurídico ..." ⁽¹¹⁹⁾, de tal manera que además de la conciencia de que con su proceder viola un deber impuesto, es necesario que exista la intención dirigida hacia su producción.

Respecto a las especies de dolo, varios tratadistas han dado su clasificación del mismo pero aquí solo veremos las mas frecuentes, que son las siguientes:

- Dolo Directo.-** En este, el sujeto quiere la conducta y el resultado y lo produce, es decir, que la conducta "... cae sobre el fin y los medios ... en que el autor quiere directamente la producción de sus resultados ..." ⁽¹²⁰⁾
- Dolo Indirecto.-** En este, el sujeto tiene un fin determinado pero sabe que para alcanzar dicho objeto, necesariamente resultaran otras consecuencias pero comprendiendo dicha situación no retrocede en su propósito y para alcanzar su logro, produce otro resultado en forma indirecta.
- Dolo Eventual.-** En este, el sujeto quiere un resultado pero conoce la posibilidad de producir otras consecuencias no deseadas y no obstante realiza su conducta esperando que estas no se realicen.

119.- Vela Treviño Sergio. Ob . Cit. Pág. 221.

120.- Zaffaroni E. Raúl. Ob. Cit. Pág. 295.

Dolo Indeterminado.- Aquí, el sujeto se propone delinquir sin la intención determinada de producir un resultado concreto.

Como la segunda forma de la Culpabilidad esta la culpa a la que Miguel A. Cortes determina que se da en la conducta de "... quien sin preveer el resultado, siendo previsible y evitable, o habiéndolo previsto confiando en que no ocurre, produce un daño (típico penal... "(121)

Para Luis Carlos Pérez "... hay culpa cuando el agente previo los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto confío imprudencialmente en poder evitarlos ..."(122)

Por su parte, Mezger dice que es "... la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe, pudiendo preverse la aparición del resultado..."(123)

Sergio Vela estatuye que es "... la forma de manifestación de la culpabilidad, mediante una conducta casualmente productora de un resultado típico que era previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta del sentido necesario para cumplir el deber de atención y cuidado exigible al autor, atendiendo las circunstancias personales y temporales concurrentes con el acontecimiento..."(124)

Ignacio Villalobos estima que "... una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión de pericia, de precaución o de cuidado necesario, se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente, ni consentida por su voluntad, pero que el agente previo o pudo prever y cuya situación era evitable por el mismo ... "(125)

121.- Ob. Cit. Pág. 224.

122.- Ob. Cit. Tomo I, Pág. 540.

123.- Carrancá y Trujillo Raúl, Ob. Cit. Pág. 439

124.- Ob. Cit. Pág. 245.

125.- Ob. Cit. Pág. 247.

La culpa esta definida en el articulo 9o segundo párrafo, al decir que "... Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen... "

En conclusión, existe culpa cuando el sujeto actúa voluntaria y conscientemente previendo o no las circunstancias de su actuar, por no tomar las debidas precauciones produce un resultado lesivo no deseado, como consecuencia de su negligencia.

En la culpa podemos distinguir dos especies, que son a saber:

Culpa Consciente también denominada con representación o previsión.- En ella, el sujeto prevee la posibilidad de producir un resultado que no desea y tiene la esperanza de que no ocurra y se da.

Culpa Inconsciente sin previsión o representación a la que también se le denominaba leve o levisima.- En esta, el sujeto no prevé el resultado que es susceptible de ser previsto, pero por falta de precaución en el actuar produjo una consecuencia penalmente tipificada.

Podemos observar que los elementos que se presentan en la culpa son :

- a) Una conducta que se manifiesta voluntariamente en forma positiva o negativa.
- b) Que no exista intención.
- c) La producción de un resultado típico no deseado que se pueda prever y evitar.
- d) Que dicho resultado se deba a la imprudencia, negligencia o falta de cuidado por no tomar las precauciones necesarias.

La tercera forma en que se presenta la culpabilidad es la preterintencionalidad, la cual para Maurach se presenta cuando "... la representación del actuar va mas allá del suceso objetivo..."⁽¹²⁶⁾

Para Gustavo Labatut, la preterintencionalidad surge cuando "... la acción del agente, encaminada a producir un determinado resultado dañoso, causa un mal vinculado casualmente a ella, de mayor gravedad que el previsto y querido..."⁽¹²⁷⁾

Maggiere dice que "... en este caso no falta la voluntad dirigida a un fin (intención), pero es sobrepasada por el resultado, por eso se habla de delito mas allá de la intención..."⁽¹²⁸⁾

En la ley sustantiva en vigor, esta determinada la preterintencionalidad en el tercer párrafo del artículo 9o que se presenta cuando "... el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia..."

Respecto a la preterintencionalidad, algunos estudiosos del derecho la han considerado como dolo eventual y otros como una combinación de dolo y culpa, siendo este el criterio que se sigue por nuestra legislación y el cual consideramos mas adecuado porque en esta figura, el sujeto realiza una conducta con el interés de causar un resultado dañoso pero produce una mayor, el cual no es querido, es decir, el resultado va mas allá del querer del sujeto.

Por otro lado, como un límite a la culpabilidad se puede presentar un supuesto en el que un sujeto sin intención ni imprudencia, con el cuidado debido por una acción imprevisible, produce consecuencias dañosas de su actuar, estando fuera de su alcance preverlas, de tal manera que cuando dicha consecuencia no pueda imputarsele, estaremos en presencia de un caso fortuito. El Código Penal incluye el caso fortuito dentro de las causas de exclusión de responsabilidad en su artículo 15 fracción X, que a la letra dice "... Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho ilícito con todas las precauciones debidas ... "

126.- Ob. Cit. Pág. 331.

127.- Ob. Cit. Tomo I, pág. 123.

128.- Citado por Labatut G. Gustavo, Ob. Cit. Tomo I, Pág. 423.

Para Fernando Castellanos "... En el caso fortuito la conducta nada tiene de culpable, se trata de un problema de metaculpabilidad, en virtud de no ser previsible el resultado..."⁽¹²⁹⁾

En tanto que para Gustavo Labatut menciona que son tres los elementos que integran el caso fortuito, que son a saber:

- a) Una conducta inicial lícita,
- b) La acción debe realizarse con la debida diligencia, y
- c) Que el mal sobrevenga por mero accidente.⁽¹³⁰⁾

Responsabilidad

La responsabilidad ha sido objeto de diversas interpretaciones, así hay quienes al hablar de responsabilidad, lo hacen como sinónimo de imputabilidad o culpabilidad, en otras ocasiones, como aquello que involucra las formas de aparición del delito con su consecuencia y en un concepto mas, como el resultado de la violación a la ley. Al respecto, Ignacio Villalobos concibe que la "... responsabilidad es la relación entre el sujeto y el Estado, relación esta ultima que puede tomarse en tres momentos: el relativo a la imputabilidad, que es solo capacidad o potencialidad y entonces significa también obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir sus consecuencias, el que se refiere a la materia procesal, que se deriva de la ejecución de un acto típico y somete al juicio respectivo y el correspondiente a la culpabilidad que como forma de actuación, significa ya un lazo jurídico real y concreto entre el delincuente y el Estado..."⁽¹³¹⁾

Luis Jiménez por su parte, determina que la responsabilidad "... es la consecuencia de la causalidad material del resultado, de la injusticia del acto (noción

129.- Ob. Cit. Pág. 224.

130.- cfr. Ob. Cit. Tomo I, Pág. 125.

131.- Ob. Cit. Pág. 280.

valorativa objetiva), del reproche de culpabilidad (noción normativa y subjetiva), y de la prohibibilidad de la acción u omisión, típicamente descrita en la ley...⁽¹³²⁾

Para Enrique Pessina, la responsabilidad se presenta cuando en "... aquel en quien se presenta concentrada, como su propia causa, la esencia toda del hecho criminoso: aquel que quiere y realiza el delito, es el sujeto del mismo y el que debe responder de él ante la justicia penal..."⁽¹³³⁾

Zaffaroni considera que la responsabilidad "... es el conjunto de caracteres del objeto que hacen que a un autor le sea reprochable..."⁽¹³⁴⁾

Por lo que hace a la responsabilidad penal, el Código no da una definición de la misma y únicamente menciona quienes incurrir en ella por sus actos en el artículo 10, y señala un límite a la misma al establecer:

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

La responsabilidad penal se presenta cuando el sujeto imputable realiza una conducta dañosa tipificada por la ley y por el cual debe responder ante el estado, sufriendo las consecuencias de su actuar delictuoso.

En cuanto a la aplicación objetiva del estudio que antecede al delito de encubrimiento que venimos analizando, tenemos que en las diversas fracciones del artículo 400, se requiere de un sujeto que tenga la capacidad de entender y querer el resultado que con su conducta provoca. La imputabilidad a la que nos hemos referido con anterioridad, justifica la valoración que permite vincular la conducta antijurídica y por ello típica, con el sujeto imputable mediante lo que es mencionado como juicio de reproche, determinando la participación o no en la comisión del delito y respecto de sujetos determinados y fundamentando la precisión del elemento de la culpabilidad que

132.- Tratado de Derecho Penal, Ob. Cit. Tomo V, Pág. 88

133.- Ob. Cit. Pág. 488.

134.- Ob. Cit. Pág. 521.

corresponda al respecto, las cuatro primeras fracciones, en forma de dolo directo y la fracción V del artículo mencionado, en dos posibilidades, siendo la primera de ellas como dolo directo en cuanto al contenido de dicha fracción y la segunda posibilidad como dolo directo, indirecto, eventual o indeterminado, en razón y dependiendo del delito que se encubra, excluyéndose en todas y cada una de las fracciones (del artículo mencionado) en forma definitiva, la presencia de culpa o preterintencionalidad. De la situación planteada se complementa el Juicio de Reproche y por tanto queda justificada la responsabilidad penal.

Elementos Negativos del Delito.

Una vez que hemos analizado los elementos positivos del ilícito penal y que dejamos establecido que solo cuando se integran todos y cada uno de ellos podemos hablar de que existe un delito, corresponde ahora entrar al estudio del aspecto negativo del mismo, donde únicamente analizamos los elementos que tengan posibilidad de presentarse dentro del delito de encubrimiento, impidiendo con su presencia que se integre el hecho delictuoso.

Atipicidad

La tipicidad considerada como la adecuación de todos los elementos integrantes del tipo cuya exigencia requiere el mismo, "... es el medio de que dispone la ley penal para delimitar el grupo de las acciones antijurídicas que son punibles. De modo que toda acción que no reúna las características contenidas en alguna de las figuras de la parte especial..."⁽¹³⁶⁾, representa el aspecto negativo de la tipicidad.

La atipicidad ha sido definida por Celestino Porte Petit, como aquella que existe "... cuando no hay adecuación al tipo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma..."⁽¹³⁶⁾

135.- Fontán Balestra Carlos. Ob. Cit. Tomo I, Pág. 59

136.- Ob. Cit. Pág. 475.

Zaffaroni por su parte, determina que hay atipicidad "... cuando se pone en cuestión la existencia de algunos de los elementos del tipo..."⁽¹³⁷⁾

Carlos Fontan considera que la "... ausencia de tipicidad puede resultar de que no concorra un elemento particular (específico) de la figura legal ..." ⁽¹³⁸⁾

Luis Jiménez de Azua menciona que no se puede dar la adecuación típica cuando "... falta alguno de los caracteres o elementos típicos..."⁽¹³⁹⁾

Podemos concluir que la atipicidad como aspecto negativo de la tipicidad, se presenta por la ausencia de adecuación de la conducta al tipo legal, por la falta de alguno de los elementos que la integran porque aun cuando existe un tipo específico no hay adecuación al mismo, por no realizar la conducta bajo todas las condiciones establecidas por el mismo, de ahí que dependiendo del contenido del tipo, será la extensión de la atipicidad.

Así podemos ver que la atipicidad se puede presentar:

- a) Por falta de objeto jurídico o material.
- b) Por falta del elemento objetivo, es decir, por falta de la conducta o alguna de sus modalidades, que en el caso específico solo se puede presentar la temporal.
- c) Por falta de algún elemento subjetivo o normativo.

A falta de cualquiera de las características mencionadas, "... nos hallaremos ante casos específicos de atipicidad y por ende, no se puede proceder contra el autor de la conducta en que los elementos del tipo faltan ..." ⁽¹⁴⁰⁾

137.- Ob. Cit. Pág. 393.

138.- Fontán Ba/estra Carlos. Ob. Cit. Tomo I, Pág. 60.

139.- La Ley y el Delito. Ob. Cit. Pág. 263.

140.- La Ley y el Delito. Luis Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Pág. 263.

En cuanto al tipo que nos ocupa, podemos observar lo siguiente:

- a) Se presenta la ausencia de objeto jurídico cuando el bien jurídico tutelado, la continuidad de proteger la posesión o con la conducta realizada, no se viola la correcta administración de justicia.
- b) Cuando la conducta realizada no se hace patente después de consumado el delito y por acuerdo posterior al mismo en los casos de las fracciones I a la IV , no habrá encubrimiento sino participación, como ya quedo asentado en páginas anteriores, o en el caso de la fracción V que debe ser en el momento en que se sabe va a cometerse o se esta cometiendo el ilícito.
- c) Por ultimo, se presenta el aspecto negativo de la tipicidad cuando no se dan todos y cada uno de los elementos subjetivos o normativos que ya determinamos al realizar el estudio del tipo .
Inculpabilidad.

Una vez que ha quedado determinado que para la existencia de culpabilidad se requiere de un sujeto que al momento de realizar su conducta, entienda y quiera el resultado que con ella surge, de manera que le sea reprochable en virtud del nexo que existe entre este y la conducta típica y antijurídica, que resulta de la violación a la obligación de conducirse conforme al derecho cuando deba y pueda hacerlo, se presenta como aspecto negativo la inculpabilidad cuando al sujeto imputable, no le sea exigible que actúe conforme a derecho cuando no tenga el deber de hacerlo o no pueda cumplir con esa obligación. Al respecto, Sergio Vela estima que " en los casos en que no es posible precisar la obligación de acatar el mandamiento de la norma porque el sujeto particular y respecto del hecho aislado no se le puede exigir normativamente ese comportamiento adecuado a la pretensión del Derecho..."⁽¹⁴¹⁾

Por su parte, Mezger manifiesta que "... no actúa culpablemente la persona a quien no puede ser exigida una conducta distinta de la exigida..."⁽¹⁴²⁾

141.- Ob. Cit. Pág. 280.

142.- Idem. Pág. 285.

Ignacio Villalobos determina que "... Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia solo a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por los cuales resulta humano, excusable o no punible, que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y con el orden social..."⁽¹⁴³⁾

De lo expresado por los autores mencionados, se puede inferir que se ha considerado como un caso de inculpabilidad la situación en que se coloca al sujeto, respecto de las circunstancias personales que lo rodean cuando la ley impone un deber, en cuyo caso no le es exigible conducirse conforme a derecho, presentándose así la no exigibilidad de otra conducta. De esta manera, se ve como la ley exime de responsabilidad a aquel sujeto que se encuentra en una situación en que no puede obrar conforme a lo establecido por la ley. Así, se puede observar que un caso de no exigibilidad de otra conducta, el Código Penal lo contempla en la fracción V del artículo 400, el cual transcribimos con anterioridad y de cuya redacción pasaremos a realizar un breve análisis.

En principio, se tiene que la redacción de la fracción mencionada se determina bajo un aspecto subjetivo, pues se trata de una conducta cuyos móviles están en relación a un interés noble el cual, la Ley vincula en razón del parentesco o motivos afectivos; de tal manera, que quedan excluidos de responsabilidad los casos de las fracciones III y IV del artículo 400 si entre el autor del hecho que se encubre y quien realiza la conducta, existe un vínculo de los que se mencionan en los incisos a), b) y c) del mismo artículo fracción V.

Ahora bien, tratando el parentesco, éste a decir Antonio de Ibarrola es "...existen entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común o el establecido por la Ley civil. O dicho de otro modo, el parentesco el lazo permanente que existe entre dos o mas personas que por razón de tener una misma sangre, o de un acto que emita el engendramiento y cuya similitud con esta se halla reconocido por la ley..."⁽¹⁴⁴⁾

143.- Ob. Cit. Pág. 437.

144.- Derecho Familiar. Edit. Porrúa S.A Méx., 1963. Pág. 75.

En tanto que Rafael de Pina dice que el "... vínculo jurídico que liga a varias personas entre sí, bien por proceder unas de otras, bien por creación de la ley, se le llama parentesco..."⁽¹⁴⁴⁾ Por su parte, Ignacio Galindo Garfias estima que "... es el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes de otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado..."⁽¹⁴⁵⁾. De esta manera, se puede ver que el parentesco existe en forma natural cuando se da la relación por un vínculo de sangre y legal, que es el que fija la ley creando un vínculo que liga a varios sujetos entre sí.

En el Código Civil vigente, se establece en el artículo 292 los tipos de parentesco al decir: "... La ley no reconoce más parentesco que por consanguinidad, afinidad y el civil..."

El parentesco por consanguinidad se presenta por el vínculo jurídico que existe "... entre personas que descienden unas de otras o que reconocen un antecesor común..."⁽¹⁴⁷⁾

El parentesco por consanguinidad se da entre personas que descienden unas de otras (en línea recta), o que no teniendo dicha descendencia, proceden de un tronco común (línea transversal). En línea recta, el parentesco puede ser ascendente o descendiente, es ascendente cuando se da entre una persona y su progenitor y es descendente la que liga al progenitor con los que de él proceden (el computo de los grados aquí se realiza contando cada miembro de la generación, sin incluir el tronco común), en tanto que la línea transversal se presenta entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor común (aquí los grados se cuentan subiendo por una línea y bajando por la otra, sin contar al progenitor).

En cuanto al parentesco por afinidad, el artículo 294 del Código Civil determina que "... es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón..."

145.- Derecho Civil. Edit. Porrúa S.A. Méx. 1984. Pág. 306.

146.- Derecho Civil. Edit. Porrúa S.A. Méx. 1985. Pág. 431.

147.- Rojas Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Edit. Porrúa S.A. Méx. 1979, Pág. 256.

La última forma de parentesco que reconoce nuestra ley es el parentesco civil, el cual está definido en el artículo 295 del Código Civil al establecer que "... nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado..."

De las tres formas de parentesco legalmente reconocidas, se puede desprender que el Código Penal en su artículo 400 fracción V incisos a) y b) exime de responsabilidad (aún cuando se favorezca con su conducta al delincuente) a los parientes por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente sin establecer ninguna limitación respecto al grado, en tanto que en la línea transversal se contempla un límite hasta el cuarto grado por consanguinidad (formando el segundo grado los hermanos, el tercero los tíos y sobrinos y el cuarto los primos), y otro hasta el segundo grado por afinidad (existiendo el primer grado entre un cónyuge y los parientes del otro y el segundo entre un cónyuge y los hermanos del otro).

Por lo que toca al parentesco civil, la ley penal no hace mención expresa de ésta forma de parentesco, sin embargo como la adopción "... crea parentesco civil entre el adoptante y el adoptado de primer grado en línea recta..."⁽¹⁴⁸⁾ y "... Por virtud del mismo se crea entre el adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo"⁽¹⁴⁹⁾ "... nace así una relación paterno filial que aunque ficticia es reconocida por el derecho..."⁽¹⁵⁰⁾ de tal manera que se puede inferir que el parentesco civil está incluido en el inciso a) fracción V del artículo 400.

El favorecimiento como causa de inexistencia del ilícito penal también se da entre cónyuges los cuales aún cuando la ley no los contempla dentro del parentesco, es indudable que existe entre ellos un vínculo de unión que podría ubicarlos dentro de alguna de las situaciones planteadas dentro del artículo 400, también se exime de responsabilidad en éste precepto a la concubina y al concubinario por existir entre ellos un lazo afectivo que podría orillarlos a encubrir a su pareja.

148.- Montero Duhalt Sara. Derecho de Familia, Edit. Porrúa S.A. 2a. Ed. México, 1985, Pág. 329.

149.- Rojas Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 259.

150.- Galindo Garfias Ignacio. Ob. Cit. Pág. 449.

Por último el inciso c) de la fracción V del artículo mencionado hace referencia a los lazos afectivos que se dan por amor, respeto , gratitud o estrecha amistad, conceptos todos ellos, que dan origen a un sentimiento que tendrá que determinar el juzgador para otorgar éste beneficio a quienes se encuentren en ésta situación.

CAPITULO CUARTO

IV.- EL ROBO

4.1 ROBO CONCEPTO

4.2 PENALIDAD DEL ROBO

4.3 ROBO: SIMPLE Y CALIFICADO

4.4 ROBO CON VIOLENCIA

4.1 ROBO CONCEPTO

Los antecedentes históricos que pueden ser utilizados para la explicación retrospectiva de nuestros preceptos legales vigentes en materia de robo son, principalmente, los principios del Derecho Romano acerca de las diferentes sustracciones de la propiedad (*furtum*) y las reglamentaciones francesa y española, la primera relativa al delito de robo y la segunda referente a hurto y robo.

Resumiendo las explicaciones de Mommsen⁽¹⁾ en su Derecho Penal Romano, podemos decir que los Juristas latinos llamaban en general *furtum* a los delitos consistentes en apropiarse las cosas ajenas, distinguiéndose las siguientes clases:

1. Hurto en general; 2. Hurto entre cónyuges; 3. Hurto de bienes pertenecientes a los dioses (*sacrilegium*) o al estado (*peculatus*); 4. Hurto de cosechas; 5. Hurtos cualificados de la época imperial (para los cometidos con armas, para los ocultadores de ladrones, para los abigeos o ladrones de ganado, para los fracturadores, para la circunstancia de nocturnidad, etc.) y 6. Hurto de herencias.. El hurto violento, sin quedar excluido del concepto general de *furtum*, se consideraba como un delito de coacción.

Dentro de la noción amplísima del hurto romano se incluían, sin tipificarlas especialmente, las modernas nociones diferenciadas de robo, abuso de confianza, fraudes y ciertas falsedades, por estimarse su elemento común el ataque lucrativo contra la propiedad. Según sentencia del juriconsulto Paulo, recogida por el Digesto y las Institutas, *furtum est contractatio fraudulosa, lucri faciendi causa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve.*

Los elementos del *furtum* eran :

- a) **La cosa.**- Que debería ser mueble, incluyéndose los objetos desprendibles de los inmuebles, también quedaban comprendidos los esclavos, y en la época antigua, ciertos hombres libres por estar sometidos a la potestad doméstica. La causa de haberse limitado el concepto del *furtum* a las cosas muebles derivaba de que en un principio no era conocida la propiedad privada de los inmuebles.

1.- El Derecho Penal Romano. Trad. esp. Madrid, sin fecha. Tomo II, págs. 199 y sigs.

- b) **La contractatio**, o sea el manejo, tocamiento o, en tiempos posteriores, la sustracción de la cosa. Cuando se hacían manejos sobre la cosa de otro con ánimo de apropiación, se cometía el *furtum rei*. Cuando, teniendo un derecho sobre la cosa, se cometía un manejo que sobrepasaba ese derecho, sin ánimo de hacerse propietario, se cometía el *furtum usus*. Cuando el propietario violentaba derechos de otro, que había consentido sobre sus cosas, el manejo se llamaba *furtum possessionis*. Se reputaba haber apropiación de una cosa, cuando se apoderaba alguno de las que se hallaran en posesión legítima de otro, y también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que le correspondiera, por eso las modernas nociones de abuso de confianza y de ciertos fraudes quedaban involucrados en el *furtum*.
- c) **La defraudación**, consistente en que la apropiación había de ir encaminada al enriquecimiento ilegítimo del que la llevaba a cabo, tomándose la idea de enriquecimiento en un sentido amplio. Siempre que la apropiación se hubiese efectuado sin la debida conciencia de que era ilegítima, aun por error, quedaba excluido el hurto.
- d) Por último, **el perjuicio**, la apropiación indebida no era punible sino cuando hubiese causado algún daño en los bienes de otro.

El hurto en Roma era, en términos generales, un delito privado, la acción de llevar ante los tribunales al autor se concedía únicamente al perjudicado, pudiendo ser éste el propietario, el poseedor o el que tuviere interés en que no se distrajera la cosa.

Debido a la influencia romana, el primitivo Derecho penal francés no pudo definir específicamente un especial delito de robo, involucrando en él otros delitos de distinta naturaleza jurídica. En el Código penal de 1810 ya se tipificó claramente el delito especial diferenciado de otros que, como el abuso de confianza y las estafas, tienen como elemento de semejanza la apropiación indebida.

El Código napoleónico divide los delitos que llama contra las propiedades en tres grupos: el primero constituido por el robo, el segundo incluyendo las estafas, las quiebras y otros fraudes, y dentro de éstos el abuso de confianza, y el tercero las destrucciones

o perjuicios a las cosas, definiendo en cada delito las maniobras o acciones materiales que les son constitutivas.

El artículo 379 del Código francés citado describe el delito de robo así: Qui conque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol. "Cualquiera que sustraer fraudulentamente una cosa que no le pertenece es culpable de robo ". De esta manera el Derecho galo disminuyó la extensión del antiguo furtum romano. El robo se limitó a un único caso, el de la sustracción fraudulenta, el del manejo por el cual se quita una cosa a su legítimo tenedor o propietario sin su consentimiento.

La jurisprudencia y la doctrina francesas descomponen la infracción en tres elementos: la cosa mueble, la sustracción fraudulenta y el hecho de que la cosa sustraída pertenezca a otro.

El sistema francés difiere del mexicano especialmente porque el concepto de sustracción es más restringido que el elemento " apoderamiento" de nuestro Código. En efecto, entre nosotros, para la consumación del robo es suficiente que el ladrón realice la aprehensión de la cosa, aun cuando inmediatamente la abandone o lo desapoderen de ella, en cambio, la sustracción fraudulenta, elemento del delito en Francia, supone dos movimientos distintos ; en primer lugar, el apoderamiento, es decir, la aprehensión, el manejo o la maniobra sobre la cosa, y en segundo lugar, el enlèvement, o sea el desplazamiento de ésta, su movilización , que da por resultado la consumación del cambio de la posesión del legítimo detentador al autor del delito.

Tanto el derogado Código español de 1928 como el de 1870 reformado, actualmente vigente, mencionan al robo y al hurto como dos infracciones distintas, en consideración a la diversidad de procedimientos empleados para lograr el apoderamiento de las cosas. Son reos del delito de robo los que con ánimo de lucrarse se apoderan de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas. (art. 493 del Código penal español vigente). Son reos de hurto : los que con ánimo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño (párrafo primero del art. 505 del mismo Código penal español).

La distinción española entre hurto y robo proviene de las Partidas, en las que el robo consistía en el apoderamiento por la fuerza y el hurto en la substracción astuta . La diferencia con nuestro Derecho consiste principalmente en la nomenclatura, ya que en los Códigos mexicanos de 1871, 1929 y el vigente de 1931 el robo en general presenta dos modalidades según sus circunstancias de realización, será robo ordinario el realizado sin violencia física o moral, será robo con violencia aquel en que se logra el apoderamiento por la fuerza física o por intimidaciones morales, según estudiaremos en capítulo posterior .

Con las anteriores nociones históricas y de Derecho comparado, procederemos al estudio del delito en nuestra legislación.

La Comisión Redactora del Código de 1871,⁽²⁾ queriendo acomodarse al lenguaje común, en el cual no se conoce la distinción legal entre hurto y robo, la desechó, admitiéndose en la redacción de la ley únicamente la denominación de robo. El Código vigente conservó el mismo sistema.

Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley (art. 367 del Código penal vigente, igual al 368 del Código penal del 1871).

Los elementos materiales y normativos del delito de robo, según su estructura legal, son : I Una acción de apoderamiento, II De cosa mueble, III Que la cosa sea ajena, IV Que el apoderamiento se realice sin derecho, y V Que el apoderamiento se realice sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la ley.

Examinaremos por separado cada uno de estos elementos jurídicos en la inteligencia de que se necesita la reunión de todos los enumerados para la existencia del robo, sin que sea menester en la práctica procesal la demostración del propósito subjetivo o intencionalidad delictiva, por presumirse ésta, juris tantum, conforme al artículo 9o del Código penal.

- I.- El apoderamiento.** Apoderarse de la cosa significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal . En el robo, la cosa no se entrega voluntariamente al autor, éste va hacia ella, la toma y la arranca de la tenencia del propietario o detentador legítimo. La noción de apoderamiento en el delito de robo se limita a la acción de aprehender o tomar directa o indirectamente la cosa. Habrá aprehensión directa, cuando el autor, empleando físicamente su energía muscular, utilizando sus propios órganos, tangiblemente, se adueña de la cosa, así diremos que existe robo por apoderamiento directo cuando el ladrón toma con sus manos el bien ajeno, sin derecho y sin consentimiento. El apoderamiento es indirecto cuando el agente por medios desviados logra adquirir, sin derecho, sin consentimiento, la tenencia materia de la cosa, por ejemplo, cuando la hace ingresar a su control por procedimientos tales como el empleo de terceros, de animales amaestrados o de instrumentos mecánicos de aprehensión. La tangibilidad de la cosa por el ladrón no es, en consecuencia, requisito indispensable del robo.

Por dos razones diversas el apoderamiento es el elemento principal del delito de robo, a saber: a) el apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la constitutiva típica del robo, que permite diferenciarlo de los otros delitos de enriquecimiento indebido, y b) la acción de apoderamiento es la consumativa del delito de robo.

- a) **El apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido** es la constitutiva típica del robo, que permite diferenciarlo de los otros delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido, En efecto, en el abuso de confianza, al cometerse la infracción, no existe un apoderamiento de la cosa, puesto que el autor la ha recibido previamente y en forma lícita a título de tenencia, la infracción abusiva radica , no en el acto material del apoderamiento, puesto que ya se tiene la posesión, sino en la disposición indebida, es decir, en el cambio ilícito del destino de la cosa en provecho del autor o de tercera persona. En el fraude tampoco el apoderamiento es el elemento constitucional, porque la infracción se efectúa por la entrega voluntaria que el defraudado hace de la cosa al defraudador, como resultado de engaños, maquinaciones, artificios o del simple aprovechamiento del error. No es menester establecer diferencia con los delitos

cometidos por comerciantes concursados porque, como ya lo expresamos y confirmaremos más adelante, éstos no son sino especiales delitos de fraude en que el beneficio indebido se obtiene por las ocultaciones, maniobras o arbitrios tendientes a la disminución de la masa de los bienes. Como excepción, existe la de aquel delito de despojo de inmuebles o de aguas en que el agente consuma su propósito en la forma de ocupación violenta o subrepticia del bien, en cuyo caso existe un verdadero apoderamiento, por eso los despojos en que la ocupación no se obtiene por el engaño se llaman en la doctrina robo de inmuebles.

- b) En nuestro Derecho el apoderamiento es la acción consumativa del delito de robo. Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella.

Al redactarse el anterior precepto del Código vigente, se mejoró técnicamente el viejo artículo 370 del Código de 1871, que daba por consumado el robo en el momento que el ladrón " tiene en sus manos la cosa robada ". Como esta última disposición limitaba literalmente el robo a aquella forma de apoderamiento directo y físico en que el ladrón asía la cosa con sus propios órganos corporales de aprehensión, el Código vigente, con mejor técnica, substituyó esa frase por la de " tiene en su poder la cosa robada ", que permite incluir los apoderamientos desviados o indirectos.

La redacción del artículo 369, anteriormente transcrito, revela sin lugar a dudas que basta el manejo sobre la cosa, la aprehensión de la misma , para que se consume el delito, por supuesto, siempre que estén reunidos los demás elementos de la infracción. Este sistema mexicano es diferente, según expresamos en párrafos precedentes, al del Código francés, en el que el elemento substracción fraudulenta, según la doctrina y la jurisprudencia, se descompone en dos movimientos sucesivos: la aprehensión o apoderamiento de la cosa y el enlèvement, o sea el desplazamiento o movilización de la cosa que trae como consecuencia hacerla salir materialmente de la esfera de acción del autor. Usando el lenguaje jurídico francés, por desplazamiento no debe entenderse cualquier movimiento físico sobre la cosa ligado directamente a su aprehensión, sino aquel movimiento mecánico que retira la cosa del alcance material en que la tiene su dueño o poseedor legítimo, para llevarla al pleno dominio ilícito del ladrón.

Según Garraud,⁽³⁾ la sustracción fraudulenta es la maniobra por la cual un individuo quita o se lleva un objeto cualquiera contra la voluntad de su legítimo propietario, la sustracción es, pues, a la vez, una aprehensión y un desplazamiento. En otras palabras, "la aprehensión no es una manifestación completa de la voluntad del ladrón sino hasta que por el desplazamiento se consuma el acto material incriminado".

La solución francesa tiene el grave inconveniente de sembrar dudas en gran número de casos sobre el momento preciso en que se consuman determinados robos, los límites entre la tentativa y el delito completo son imprecisos por la ambigüedad del criterio de enlèvement, Nuestra legislación, desde 1871, tuvo gran fortuna al precisar en un acto único el momento consumativo del robo, el apoderamiento ilícito y no consentido, estableciéndose así delimitación clara entre la forma incompleta y la completa de la infracción, por eso, de acuerdo con la parte final del precepto que comentamos, el abandono o el desapoderamiento inmediato de la cosa no destruyen la consumación del delito.

Si apoderarse es desposesionar a otro de la cosa, tomarla para sí, privarle de ella, claro ésta que la mecánica de la acción implica cierta movilización, por mínima que sea, del objeto, no basta que se toque con las manos la cosa, ya que la aprehensión indica la necesidad de tomarla, pero este movimiento de posesión en nuestro derecho no requiere llegar a una total sustracción o alejamiento del bien.

En resumen, daremos por consumado el robo en el preciso momento de la aprehensión directa o indirecta de la cosa, aun en los casos en que el ladrón, por temor a ser descubierto, la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar de donde la tomo, o en que, al ser sorprendido en flagrante delito, se vea al mismo tiempo desapoderado del objeto antes de todo posible desplazamiento. Esta conclusión está más de acuerdo con las doctrinas modernas del Derecho penal, para las que importa principalmente, más que el daño final, la estimación de la peligrosidad en las acciones delictivas.

II.- La cosa mueble.- Por determinación expresa del artículo 367 del Código penal, las cosas muebles son los únicos objetos materiales en que puede

3.- *Traité. Ob. Cit. tomo IV, párrafo 2373.*

recaer la acción delictiva de robo. La palabra "mueble" puede tener diversas significaciones según se la examine:

- a) desde el punto de vista puramente material o gramatical,
 - b) de acuerdo con la clasificación, en muchos casos utilitariamente ficticia, que el Derecho privado hace de los bienes en general dividiéndolos en muebles e inmuebles. Precisa examinar por separado estas dos significaciones para determinar con exactitud lo que el legislador penal quiso entender por cosas muebles al describir el delito de robo.
-
- a) De acuerdo con la naturaleza física intrínseca de las cosas, es decir, atendiendo exclusivamente a su naturaleza material, se llaman muebles---movibles--- a las cosas que tienen la aptitud de ser transportadas de un lugar a otro sin que se altere su substancia, en otras palabras, las cosas muebles no tienen fijeza y son susceptibles de moverse de un espacio a otro por sí mismas, como en el caso de los animales semovientes, o por la aplicación de fuerzas extrañas. A contrario imperio, según su naturaleza material, serán inmuebles ---inmóviles--- las cosas fijas, permanentes en el espacio, no transportables de un lugar a otro, tales como los terrenos y las edificaciones asidas fijamente a los mismos.
 - b) De acuerdo con el Derecho privado, son bienes muebles, en primer lugar, los que tienen esa naturaleza física, o sea los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior. En segundo lugar, 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. De estas reglas del Derecho privado deben exceptuarse aquellos bienes que, aun cuando tienen naturaleza mobiliaria, son estimados legalmente como inmuebles, sea por respeto al destino que les ha dado su propietario, o sea por simple disposición de la ley, tales como las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo, los palomares, colmenares, estanques de peces, o criaderos análogos, cuando el propietario los

consERVE con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente, las máquinas, vasos, instrumentos, o utensillos destinados por el propietario de la finca directa y exclusivamente a la industria o explotación de la misma, los abonos destinados al cultivo de una heredad que estén en las tierras donde hayan de utilizarse, las semillas necesarias para el cultivo de la finca, los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de estos, salvo convenio en contrario, los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca, mientras estén destinados a ese objeto, y el material rodante de los ferrocarriles, las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radio-telegráficas fijas. (fracs . IV, V, VI, VII, VIII, X y XIII del art. 750 del Código civil). De acuerdo con el mismo derecho privado, estos inmuebles por ficción--- verdaderos muebles por su naturaleza--- recobrarán su calidad legal de muebles cuando el mismo dueño (y no otra persona) los separe del edificio o heredad.

Algunos de nuestros tribunales han aplicado indebidamente el criterio ficticio de distinción entre muebles e inmuebles del Derecho civil, fundándose en que el Código penal, al no hacer una explicación de lo que entiende por cosa mueble, ha remitido el problema a la solución del Derecho privado. Conforme a esta opinión habría de considerarse a los apoderamientos de frutos pendientes de recolección, de ganados pie de cría o de ciertos objetos destinados al servicio de un inmueble, como lavabos, homillas, tinacos, llaves de agua, etc., no como constitutivos del delito de robo, sino, en todo caso, como integrantes de delitos de daño en propiedad ajena o de despojo de inmuebles, resultado absurdo, puesto que estas últimas infracciones presentan características diametralmente opuestas a las de la verdadera acción ejecutada por el delincuente. La sensibilidad jurídica de Jacinto Pallares,⁽⁴⁾ lo hizo exclamar que "el Código civil no es un criterio de la legislación penal respecto de la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles, pues si lo fuera, resultarían monstruosidades jurídicas, como la de que no hay robo de sementeras, de estatuas de los edificios, de ganado ". Demetrio Sodi,⁽⁵⁾

4.- Estudio citado por Demetrio Sodi, Nuestra ley Penal 2a. Ed. Bouret, Méx. 1918. Tomo II, Pág. 13.

5.- Nuestra Ley Penal, citada, tomo II, Pág. 15

en el mismo sentido, protesta contra el trasplante al campo penal de la clasificación civil entre muebles e inmuebles.

Carrara, en el párrafo 2027 de su Programa, dice: " Aunque la cosa sea inmóvil en manos de su propietario, puede haber hurto cuando el culpable moviliza una parte. ¿ Qué cosa más inmóvil que la tierra? No obstante es hurto sustraer del campo ajeno piedras o arenas para usarlas en provecho propio."

Por nuestra parte, con ocasión del informe rendido por el autor de este libro al XI Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Berlín acerca de "La reforma de las leyes penales en México"⁽⁶⁾ expresamos : "Otro de los propósitos que presidió la reforma, fue el de eliminar sistemáticamente del Código los conceptos ficticios, los valores convencionales, las definiciones abstractas alejadas de la realidad, que en muchas legislaciones suelen traducirse en artificiosas creaciones, tan frecuentes en el Derecho privado. Se pretendió hacer del Código penal un manual legislativo sencillo y sincero en que se atendiera preferentemente a la realidad del delincuente, a la realidad del delito y a la realidad de sus repercusiones antisociales, eliminando fórmulas ficticias. Especialmente en el Libro Segundo del Código, destinado a la enumeración de los elementos constitutivos de los delitos en particular y a sus sanciones, se tuvo presente el criterio de eliminación de lo convencional." Aplicando la anterior doctrina al problema que nos ocupa debe concluirse que la única interpretación posible para la frase "cosa mueble" empleada en la descripción del delito de robo, es la de atender a la real naturaleza del objeto en que recaiga el delito. Todos los bienes corpóreos de naturaleza intrínseca transportable pueden servir de materia a la comisión de un robo. En cambio los bienes o cosas incorpóreas, tales como los derechos, créditos, acciones jurídicas, pensamientos, como no pueden ser susceptibles de apoderamiento o aprehensión, no pueden servir de objeto material de robo, pero cuando esos derechos se hacen constar en documentos, entonces deben incluirse entre las cosas corpóreas, posible materia de apoderamiento, como en el caso de actuaciones judiciales, títulos de crédito y demás documentos con obligatoriedad jurídica.

- III.- **La cosa ajena.**- Que la cosa sea ajena es un elemento del delito de robo indispensable de demostrar en los procesos, aun cuando sea por pruebas indiciarias o confesional, porque el robo, como los otros delitos de

6.- El Código Penal Comentado, Méx. 1939, Pág. 50

enriquecimiento indebido, constituye en su esencia jurídica un ataque dañoso a los derechos patrimoniales de cualquiera persona.

Nadie puede robarse a sí mismo, nadie puede cometer robo en sus bienes propios, estas conclusiones son evidentes, a pesar de que en el mismo capítulo de robo la fracción I del artículo 368 sanciona la disposición o destrucción de una cosa mueble, ejecutadas 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 propiamente 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". Más adelante haremos el estudio de este especial delito.

La locución "cosa ajena", empleada por la ley al tipificar el robo, sólo puede tener una interpretación racional: la de que la cosa objeto del delito no pertenezca al sujeto activo. Para que se dé por comprobado este elemento normativo e imprescindible del robo, basta que se demuestre por cualesquiera de los sistemas probatorios procesales que el objeto mueble materia de la infracción no pertenece al autor. Para la configuración del delito, poco interesa determinar con exactitud quien es su legítimo propietario o poseedor; este dato tendrá sumo interés para determinar quienes son los perjudicados a los que se deba reparar el daño causado por el ladrón, pero no es necesario para la demostración del delito.

De todas maneras, conviene examinar algunas hipótesis que pueden registrarse con motivo del apoderamiento de cosas ajenas, porque de ellas derivan especiales reglas jurídicas:

- a) Existen ciertos bienes pertenecientes a la Federación, a los Estados o a los Municipios que se denominan bienes del dominio del poder público, y se dividen en bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y bienes propios del poder público. Generalmente los bienes del dominio del poder público son inmuebles, pero también pueden formar parte de ellos cosas muebles en las que recaiga un posible delito de robo, tales como libros, manuscritos, documentos, cuadros, estatuas, objetos de arte de los archivos, bibliotecas o museos del Estado, mobiliario y enseres de los establecimientos o servicios públicos, dinero o títulos del tesoro de las entidades públicas, etc., etc. Si del robo resulta perjudicada a la Federación,

el asunto será de la competencia del orden federal, de acuerdo con el inciso "e" de la fracción I del artículo 41 de la novísima Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. A contrario imperio, dado nuestro sistema constitucional en que las facultades que no están expresamente concedidas a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados, si el robo recae en bienes muebles pertenecientes a las Entidades Federativas o a los Municipios, la competencia será de los tribunales comunes.

- b) El apoderamiento puede efectuarse en bienes mostrencos que, de acuerdo con el art. 774 del Código Civil, son los muebles abandonados y los perdidos cuyo dueño se ignora.

Indudablemente las cosas mostrencas son ajenas al autor de su hallazgo porque no le pertenecen en propiedad; sin embargo, creemos que su apoderamiento no puede estimarse como constitutivo del delito de robo por ausencia del elemento antijuridicidad, ya que el mismo Código civil lo autoriza indirectamente al imponer como obligación al autor del hallazgo entregarlo dentro de tres días a la autoridad municipal, lo que hace imprescindible la aprehensión de la cosa. El que se apodere materialmente del bien mostrenco y no cumpla el mandato legal, habrá incurrido en un incumplimiento simple de sus obligaciones civiles, pero si posteriormente procede como dueño de la cosa y la enajena, empeña o grava, podrá estimarse el caso como constitutivo del delito de fraude a que se refiere la fracción III del artículo 386 del Código penal, por haber dispuesto de la cosa con conocimiento de que no tenía derecho a ello. Por supuesto, las anteriores observaciones sólo serán aplicables cuando se demuestre plenamente que el bien era mostrenco y no cuando el imputado alegue esta circunstancia como un simple pretexto. Tampoco serán aplicables al caso en que el autor del apoderamiento lo realiza en bienes que él ignora a quien pertenecen, pero sabe, por la naturaleza misma de los hechos, que no están perdidos definitivamente ni abandonados.

El Código penal de 1871, en la fracción II del artículo 378, prescribía expresamente que la pena correspondiente al valor de lo robado se reduciría en una tercera parte: Cuando el que halle en lugar público una cosa que tenga dueño sin saber quien sea éste, se apodera de ella y no la presenta a la autoridad que corresponda dentro del término señalado en el Código civil. Esta regla fue suprimida en el Código vigente.

c) Problema muy interesante y difícil de dilucidar es la posibilidad de existencia del delito de robo entre copropietarios de un bien mueble corpóreo indiviso. La jurisprudencia francesa, en forma casi constante, se ha resuelto por la afirmativa al examinar casos concretos de "substracción fraudulenta " por copropietarios entre sí. tales como las cometidas por un heredero antes de la división de bienes; por un copropietario que se adueña los frutos de un inmueble indiviso o del título de propiedad del mismo; por el inventor de un tesoro que se apropia la parte del dueño del terreno en que efectúa el hallazgo; por el aparcerero que se lleva los frutos depositados en el almacén común, etc. La opinión de los tribunales franceses puede resumirse en la clara frase de Garraud:⁽⁷⁾ "Al apropiarse la cosa común, el copropietario comete robo respecto de la porción indivisa de esa cosa que no le pertenece. " En sentido contrario, el español Groizard ⁽⁸⁾ manifiesta que " las cosas poseídas en común de que un socio violentamente se apodera, las que pertenecen a un caudal hereditario y de que un albacea o un coheredero con fuerza en las cosas se posesiona, no tienen el carácter de ajenas para dar vida al delito de robo".

Ante tan encontradas opiniones, y si bien es cierto que la cosa indivisa es parcialmente ajena para cada uno de sus propietarios y que, por tanto, pudiera estimarse reunido el tercer elemento del delito de robo, se hace necesario un examen integral del problema para encontrar su justa solución conforme a las normas del Derecho mexicano, tanto en su rama civil aplicable al problema, porque es la que define los diversos derechos patrimoniales reconocidos y tutelados legalmente, como en su rama penal, que describe las acciones delictivas perjudiciales al patrimonio de las personas.

Existe indivisión cuando una cosa pertenece al mismo tiempo a varios copropietarios y el derecho de cada uno de ellos existe sobre el conjunto y no sobre una porción determinada, de la cosa común. Planiol⁽⁹⁾ dice " La parte de cada propietario no es una parte material, sino una parte proporcional que se expresa por una cifra; una tercera, una cuarta, una décima parte. La cosa no esta dividida, es el derecho de propiedad el que se divide. Se puede representar el derecho de cada propietario como refiriéndose a cada molécula de la cosa, en la cantidad proporcional que corresponde a

7.- Traité, Ob. Cit. tomo VI, párrafo 2384.

8.- El Código Penal Ob. Cit. tomo IV, Pág. 60.

9.- Traité de Droit Civil, Ob. Cit. tomo I, párrafo 2497.

cada uno." Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenece pro-indiviso a varias personas. La copropiedad se establece con tendencia transitoria, pues los que tienen el dominio común no pueden ser obligados a conservarla indivisa, y si el dominio no es divisible o la cosa no admite cómoda división y los partícipes no se convienen en que sea adjudicada a alguno de ellos, se procederá a su venta y a la repartición del precio.

En términos de generalidad, cuando un partícipe de la cosa indivisa se apodera materialmente de la misma aun sin consentimiento de los otros copropietarios, no puede estimarse el hecho como constitutivo de robo, porque el artículo 796 del Código civil autoriza indirectamente a los diversos copropietarios a la toma de posesión----apoderamiento del bien. Cuando varias personas poseen una cosa indivisa podrá cada una de ellas ejercer actos posesorios sobre la cosa común, con tal que no excluya los actos posesorios de los otros coposeedores. Así pues, por regla general, no es ilícito el acto de posesionarse de la cosa común cometido por uno de los titulares de su dominio; podrá sí acontecer que al realizarse este acto ilícito el copropietario abuse de su derecho, por lo que es menester examinar las diversas hipótesis de extralimitación penal posiblemente realizables.

- 1.- Si el copropietario tiene de antemano la tenencia material de la cosa, toda posibilidad de robo se desvanece por ausencia manifiesta del elemento apoderamiento; pero si el poseedor del bien común abusa de su derecho y dispone de la cosa indebidamente, sin consentimiento de los otros titulares, y la enajena, arrienda empeña o grava de cualquier modo, obteniendo un lucro, habrá cometido el fraude descrito en la fracción III del artículo 386 del Código penal, por haber dispuesto de la cosa con conocimiento de que no tenía derecho suficiente para ello. Por supuesto, esta solución no se aplica al caso en que el partícipe se limita a efectuar las citadas operaciones en su parte proporcional, porque a ello tiene derecho legal.
- 2.- Cuando el partícipe no tiene la posesión material o virtual de la cosa indivisa y para hacerse de ella, la toma sin consentimiento del que la tenía en su poder, evitando así intencionalmente y de hecho la posibilidad de que los otros propietarios efectúen sus actos posesorios, cometerá un robo liso y llano, porque conforme al artículo 796 del Código civil el apoderamiento

resulta ilícito . Aquí sí sería de estricta aplicación la frase : " Al apropiarse la cosa común, el copropietario comete robo de la porción indivisa de esa cosa que no le pertenece".

- 3.- En el caso de que el copropietario teniendo plenos derechos posesorios no tenga de hecho la posesión material de la cosa indivisa y la tome, aun sin consentimiento del detentador, pero respetando íntegramente los actos o derechos posesorios de sus copartícipes, el apoderamiento no habrá sido en sí mismo ilícito, en atención a que el Código civil le concede derecho a ejercer actos posesorios, no existiendo, consecuentemente, el delito de robo por ausencia del elemento "sin derecho ". Pero con motivo de esta forma de apoderamiento, puede el agente cometer otros tipos de delito, como en el caso de que para realizar actos posesorios se valga de un allanamiento de morada, un daño en propiedad ajena, amenazas, lesiones o violencias físicas sobre las personas o cualquier otro episodio delictivo, en cuyos casos deberá incriminársele, no por el robo, sino por la infracción emergente. Además, por el hecho de hacerse justicia por sí mismo, podrá incurrir en el delito de privación de garantías previsto en la fracción II del artículo 364 del Código penal, en relación con el artículo 17 de la Constitución.
- 4.- Por último, el partícipe no tiene la posesión material de la cosa, en virtud de una disminución obligatoria de sus derechos, como si la cosa se encuentra secuestrada, dada en prenda o depósito mediante obligación legal o contractual, y transgrediendo esas limitaciones obligatorias que disminuyen sus facultades, se apodera ilícitamente del bien, dispone del mismo o lo destruye. El hecho constituirá el delito previsto en la fracción I del artículo 368 del Código penal, que se equipara al robo y se sanciona como tal.
- IV.- El apoderamiento sin derecho.-- 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 general 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., etc. Jiménez de Asúa, ⁽¹⁰⁾ al tratar de definir el delito en general según su substancia 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 elemento sine qua non de la infracción criminal cuando el acto imputable a un hombre está tipificado especialmente en la ley y provisto 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 con derecho, por ejemplo, en virtud de un secuestro legal.

- V.- El apoderamiento sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la ley. La acción de apoderarse de las cosas sin consentimiento de la persona que puede disponer de ellas con arreglo a la ley puede manifestarse en tres diversas formas, según los procedimientos de ejecución empleados por el autor, a saber;
- a) Contra la voluntad libre o expresa del paciente de la infracción, lográndose el apoderamiento por el empleo de la violencia física o moral contra el sujeto pasivo. En esta forma de rapiña puede acontecer que la víctima, por el estado de miedo que la sobrecoge, entregue los bienes, pero esta voluntad ficticia de entregar la cosa no destruye el apoderamiento ilícito, si que agrava legalmente su penalidad.
 - b) Contra la voluntad indudable del paciente de la infracción, pero sin el empleo de violencias personales, como en el caso en que la víctima contempla el apoderamiento sin poderlo impedir por la rapidez o habilidad de la maniobra de aprehensión o circunstancias análogas.
 - c) Por último, en ausencia de la voluntad del ofendido, sin conocimiento ni intervención de éste, cuando el robo se comete furtiva o subrepticamente.

Las tres anteriores hipótesis de procedimientos de ejecución del apoderamiento tienen como rasgo común el de que se cometen sin consentimiento del paciente del delito, que es el elemento exigido por la ley. Cuando el apoderamiento se realiza con el consentimiento libre tácito o expreso del propietario o legítimo poseedor, desaparece la figura delictiva del robo por faltarle el elemento normativo a que nos estamos refiriendo.

Si el agente obtiene la entrega voluntaria de la cosa como resultado del aprovechamiento que hace del error del que la tiene, o mediante engaños, mentiras, falacias o maniobras y artificios dolosos, surge el delito de fraude. Carrara⁽¹¹⁾ dice que, siendo la propiedad un derecho alienable, puede intuirse que el consentimiento tácito o expreso, prestado libre y espontáneamente, para la toma del bien, elimina el hurto; y lo elimina al grado de que, cuando se ha prestado el consentimiento como consecuencia de un engaño, desaparece también el hurto, sin perjuicio de que el hecho sea punible bajo otro título (fraude).

Aparte de la descripción del delito y de la regla para determinar el momento de su consumación, ya comentadas, el capítulo de robo en el Código penal contiene diversas disposiciones, unas relativas a su penalidad ordinaria o agravada y otras a fijar normas especiales para ciertos casos de robo.

En este libro estudiaremos en capítulos separados: la penalidad del robo en general; el robo ordinario: simple y calificado; el robo con violencia, y las reglas especiales del robo y delitos que se le equiparan.

11.- Programa, Ob. Cit. tomo IV de la Parte Especial, párrafo 2034.

4.2 PENALIDAD DEL ROBO

Grave problema ha sido para todas las legislaciones, presentes y pretéritas, encontrar adecuado sistema punitivo para el delito de robo. El acentuado polifasismo de éste ha dificultado grandemente la solución del problema, independientemente de que las tácticas adoptadas no pueden reputarse definitivas, por la constante variación de las circunstancias que la motivan. Variados y complejos son : a) los derechos protegidos por la sanción del robo; b) las causas del delito; c) los móviles y finalidades que lo presiden ; d) las formas de su comisión ; e) las circunstancias personales del infractor y las de modo y lugar; f) los efectos dañosos que puede producir en la víctima.

- a) La represión de todos los delitos contra las personas en su patrimonio ha sido estatuida para proteger, en general cualquiera especie de derechos patrimoniales. Ahondando el tema concretamente para el robo, el análisis jurídico de sus constitutivas conduce a insistir en que la tutela penal del patrimonio no se limita a la propiedad, sino alcanza a cualquier derecho posesorio sobre las cosas muebles. Puede ser ofendido por el robo todo poseedor de la cosa (usuario, usufructuario, depositario, acreedor prendario, etc.,) ; es pues, un delito contra los muy variados derechos de posesión en el sentido más amplio del concepto, que se ven afectados injustamente por el apoderamiento ilícito.

- b) El robo es una manifestación material de la circulación ilícita de la riqueza mobiliaria en perjuicio de la colectividad. Se observa su evidente naturaleza económica porque, a pesar de que su etiología es muy compleja, reconoce como causa muy constante y preferente la desproporción patrimonial entre un escaso número de privilegiados y la masa de miserables, obstinándose los primeros en no ser desalojados, en mantener un feudalismo económico, mientras sobre la vida de millones de seres pesan la ignorancia, la insuficiencia de los alimentos, las habitaciones malsanas, el salario exiguo frecuentemente defraudado y el alcoholismo, que producen como infortunadas consecuencias los fenómenos de la mendicidad, de la vagancia y del crimen. Las grandes crisis económicas, tan frecuentes en el mundo entero después de la Gran Guerra, el acaparamiento de las fuentes de trabajo, la invasión del maquinismo y la especialización cada vez más acentuada en las diversas industrias, excluyen a un gran número de

individuos aptos de todo trabajo, por lo que buscan la satisfacción de sus necesidades en la detentación del caudal ajeno.

Ante la Convención Nacional contra la Delincuencia, diversos colaboradores en los trabajos de redacción de la legislación vigente expresamos:¹²⁾ No se puede intentar en forma simplista disminuir la acción represiva en contra de los delitos que atacan el patrimonio, porque se podría perjudicar a los pequeños propietarios que gozan de un patrimonio familiar, o dejar sin garantía el goce del producto del trabajo, o la propiedad comunal de los ejidos. Y aun la misma propiedad privada, según el concepto más radical, conserva la garantía de la defensa jurídica por medios penales, porque la socialización se refiere en primer término a los instrumentos de producción, y la sanción penal no es propiamente la defensa jurídica de la propiedad, sino una reprobación subjetiva, porque indica un estado peligroso de quien a su vez trata de convertirse en propietario individual por medios ilegítimos.

Dada la compleja causación del robo, preferentemente económica, la profilaxis social sólo puede obtenerse a través de la descomunal tarea de una más equitativa distribución de la riqueza. Actualmente, precisa reconocerlo, los intereses de clases del proletariado no pueden considerarse como suficientemente resguardados con las disposiciones de leyes preventivas o represivas que se aplican en casos de excepción y de anomalía. En este terreno la acción social no lo puede ser efectiva, en primer lugar y para contribuir a la profilaxis de los delitos patrimoniales, por el esfuerzo de los Departamentos y de las leyes especiales, y principalmente por la acción directa e inmediata de las autoridades supremas que tienen a su cargo la obra de renovación y de transformación revolucionaria de las instituciones. Como medidas legalistas complementarias debe favorecerse la inclusión en nuestros textos penales de nuevas figuras de delito tuteladoras de los derechos industriales de las clases laborantes tal y como se ha propuesto con diferencias de detalle por Raúl Carrancá y Trujillo y Carlos Franco Sodi.¹³⁾

12.- La unificación de las Leyes penales en México y el Congreso contra la Delincuencia. (Estudio presentado por Ceniceros, Teja Zabre, Luis Garrido, Carrancá y Trujillo y González de la Vega) Criminalia, año III, No. 1, p. 3

13.- Derecho Penal Mexicano. Parte General, 2a. Ed. Méx. 19411, Pág. 27

- c) Entre los móviles o motivos inmediatos que impulsan a los diversos ladrones, se encuentran variados matices, que van desde el simple deseo de satisfacer ocasionalmente necesidades más o menos imperiosas, hasta la exagerada codicia.
- d) Las formas o modos mecánicos de comisión, son también muy diversos. Todos los robos suponen la ausencia de consentimiento de la víctima para el apoderamiento ilícito; pero esta ausencia de consentimiento se manifiesta de distintas maneras: en el atraco o robo violento, por el empleo depredatorio de la fuerza física o del constreñimiento moral; en el robo astuto, por la habilidad o destreza en la maniobra y en el robo subrepticio, por el empleo de procedimientos furtivos que no permitan al ofendido la menor intervención ni conocimiento de los hechos.
- e) De la misma manera, pueden ser diversas las circunstancias personales del infractor o las de modo y ocasión objetiva del delito. El robo puede ser cometido aprovechando ciertas ligas personales entre la víctima y el ladrón, tales como el parentesco, la confianza, relaciones contractuales de prestación de servicios, etc., puede cometerse en variadas ocasiones: de día o por la noche, en tiempos normales o en épocas de calamidad pública; en diferentes lugares: poblado o despoblado, lugares de acceso público o de acceso privado, como edificios, casas habitadas o lugares cerrados; puede lograrse empleando instrumentos o medios mecánicos que faciliten la tarea: llaves falsas, ganzúas, escalamiento, fractura, etc.
- f) Por último, examinando objetivamente el importe del daño causado a la víctima, éste puede consistir en: desde la comisión de simples raterías de objetos de ínfimo valor, hasta los apoderamientos ilícitos de objetos preciosos; subjetivamente, también varía la importancia del daño causado a la víctima según el bienestar económico en que se encuentre, o el valor de uso que tengan las cosas de que se ve desposeído.

Las legislaciones de los distintos países, ante el complejo polifasismo del delito de robo a que nos hemos venido refiriendo-dado lo variado de su cuantía y de sus circunstancias concurrentes, han optado, para regular la penalidad, por un sistema minuciosamente objetivo y casuista en que la

pena se mide más o menos en proporción paralela al importe de lo robado y se agrava por la concurrencia de calificativas derivadas de circunstancias de modo o lugar de comisión o personales del infractor.

Este paralelismo métrico es el que, en general, sigue nuestro Código penal vigente, que, aun cuando disminuyó notablemente las reglas detalladas y meticulosas del clásico Código penal de 1871, conservó como base de la penalidad una métrica relativamente casuista. Afortunadamente, dada la amplitud de márgenes de la pena establecida para cada caso concreto, el uso prudente del arbitrio judicial puede dar un contenido elástico y subjetivo a las sanciones.

La clasificación detallada del robo, conforme a su penalidad, aparece en el cuadro analítico que insertamos en la página siguiente.

4.3 ROBO SIMPLE Y CALIFICADO.

Se llama robo ordinario, por exclusión, al que no se ejecuta con violencia física o moral. En el siguiente capítulo estudiaremos destacadamente la figura del robo violento y, al hacerlo, podrá observarse que su penalidad especial se limita a los casos en que la violencia física o moral se realiza en las personas, excluyéndose del concepto la violencia efectuada en las cosas, la que queda comprendida dentro de la penalidad del robo ordinario.

El robo ordinario se divide en : I Robo simple o no calificado, cuya penalidad se mide en proporción al valor de lo robado; y II Robo calificado, por circunstancias previstas en la ley, en atención al lugar en que se cometa el delito o a ciertas cualidades personales del ladrón; su penalidad se establece aumentando de tres días a tres años a las sanciones previstas para la cuantía del valor de lo robado.

ROBO SIMPLE.- La base para medir la penalidad en el robo simple, ausente de calificativas, es el valor en dinero de la cosa sustraída. Groizard,⁽¹⁴⁾ siguiendo casi literalmente las doctrinas de Carrara, funda clásicamente la necesidad de medir la pena en proporción al importe de las cosas robadas, diciendo : " La idea de que el valor de lo robado acrecienta la delincuencia, se presenta a nuestro espíritu con la certidumbre de una intuición instintiva. La fuerza moral del delito aumenta con la ostentación de una mayor perversidad en el agente, y también su daño material con el mayor valor de la cosa robada, porque implica un mayor desastre en el patrimonio del ofendido. Si no se graduase el castigo en relación al precio de los objetos sustraídos, se excitaría a los ladrones a cometer los más grandes robos, puesto que habrían de sufrir por ellos iguales penas que por los de escasa cuantía, reportando, en cambio, menos utilidades.

No parece del todo equitativo el anterior pensamiento clásico, porque en la mayor parte de los robos el ladrón, al realizar el apoderamiento ilícito, ignora el verdadero valor

14.- El Código Penal de 1870 concordado y comentado. 2a. Ed. Madrid 1914, Tomo VI. Pág. 236

de las cosas de que se apropia; acontece a menudo que proponiéndose el agente apoderarse de cosas que supone de gran valor, resulta defraudada su codicia ante la verdadera calidad inferior de los objetos; también puede suceder que habiéndose propuesto un apoderamiento de objetos de mínimo valor, éstos resulten preciosos. Macedo⁽¹⁵⁾ cita el ejemplo de dos carteristas que roban en idénticas circunstancias, " sin que haya más diferencia que la de que en un caso la cartera robada no contenga sino papeles sin valor y en el otro una cantidad considerable de billetes de Banco; los ladrones hablarán de buena o mala suerte según el resultado final de su acto. ¿ Pero la ley podrá dejar al acaso la pena? ¿Será admisible que de hecho a uno de esos carteristas se le imponga sólo arresto de meses en tanto que al otro se le impongan años? En rigor la culpabilidad de uno y de otro son iguales, sobre todo desde el punto de vista de la perversidad y de la temibilidad, y por lo mismo la pena debiera ser la misma o por lo menos semejante ".

Más acertado nos parece el criterio de la legislación francesa que menciona una sola penalidad con amplio margen entre su máximo y mínimo para el castigo de los robos simples, sin atender para nada al dato objetivo del precio de los objetos substraídos. Dentro de este sistema el juez puede, usando racionalmente de su arbitrio, atemperar o incrementar el rigor de la ley, pudiendo así establecer una verdadera individualización de la pena, especialmente necesaria en un delito como el robo, cuya gravedad depende de tantas condiciones diversas. Dicha individualización debe ser labor del juez y no de la ley (Garraud).⁽¹⁶⁾

Nuestro Código ordena que para estimar la cuantía del robo---- base de la penalidad----, se atenderá únicamente al valor intrínseco de la cosa robada. En consecuencia, se deberá considerar como valor el real de la cosa, no el anterior o posterior, sino su exacto precio en el momento de la apropiación, que en los procesos, deberá ser fijado por peritos. No sería correcto determinar el precio atendiendo al valor de uso o al efectivo que le otorguen los ofendidos; los lucros que haya dejado de percibir la víctima o los daños emergentes que le resulten, no podrán tomarse en cuenta para determinar la cuantía del robo, pero sí deberán estimarse para los efectos de la reparación del daño.

15.- Trabajos de Revisión del Código Penal, Méx. 1914. Tomo IV, Pág. 546.

16.- Traité, Ob. Cit. tomo, párrafo 2394.

Nuestro Código penal establece diversas especies de sanciones derivadas del valor de los objetos robados, a saber:

- a) Cuando el valor de lo robado no exceda de cincuenta pesos, se sancionará con la pena de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos. Si el robo no se presenta acompañado de calificativas agravadoras de la sanción o de violencia, esta penalidad, por ser menor a seis meses de prisión, corresponde al conocimiento de la justicia de la paz.
- b) Cuando el valor de lo robado exceda de cincuenta pesos, pero no de quinientos, la pena será de seis meses a dos años de prisión y multa hasta de quinientos pesos. Aquí se establecen amplios márgenes para el arbitrio del juzgador.
- c) Cuando excediere de quinientos pesos, por cada cincuenta de exceso, o fracción menor de cincuenta, se aumentará un mes a los dos años de prisión y veinte pesos a la multa, sin que el máximo de prisión pueda exceder de diez años ni la multa de diez mil pesos. Si se interpreta estrictamente el precepto, no permite ningún arbitrio al juzgador para elegir una sanción adecuada a la personalidad de los delincuentes; en efecto, no se señalan los extremos mínimo y máximo de la penalidad, determinándose ésta por una simple suma aritmética que da como resultado una pena estricta. Siguiendo este criterio, la Tercera Corte Penal ha resuelto : " No concede la ley arbitrio judicial para aplicar las sanciones cuando se trata de robo por mas de quinientos pesos, ya que en tales casos manda que se aumente un mes de prisión y veinte pesos de multa por cada cincuenta pesos o fracción de esta suma que excedan de aquella cantidad, y aunque en ocasiones la pena resultante sea excesiva, al juez no incumbe evitarlo, porque su misión es aplicar estrictamente la ley."

El error de forma cometido por el Código vigente proviene de que, salvo en la multa, se copió el precepto contenido en la fracción IV del artículo 376, reformado, del viejo código de 1871, olvidando que en aquel ordenamiento era lógico un precepto que determinara una pena concreta, porque conforme a sus artículos del 66 al 69, cuando la ley señalaba

exclusivamente el término medio, el mínimo y el máximo se formaban rebajando o aumentando una tercera parte.

Afortunadamente, una interpretación lógica del precepto permite solucionar el conflicto; así lo ha resuelto la Suprema Corte al afirmar: "No es exacto que la pena fijada en el artículo 371 sea fija e invariable, sino que fluctúa entre los mismos márgenes señalados en el primer párrafo, el cual lo rige. No es creíble a título ninguno que el legislador haya roto con el sistema de amplio arbitrio judicial en un delito en que, tal vez más que en otros, influyen múltiples circunstancias determinantes de la temibilidad o malicia del delincuente: su posición económica, el impulso de satisfacer apremiantes necesidades biológicas más o menos urgentes, la tendencia morbosa a la cleptomanía, la conciencia o inconciencia del valor de lo robado, la variedad del perjuicio que la víctima puede sufrir según la holgura de su patrimonio, la astucia y aptitudes para el mal que revele al ladrón, etc., circunstancias todas que en cada caso concurren en variada y distinta proporción y que hacen necesario dejar al juez un ancho margen para que, estimándolas en conciencia, aplique una sanción equitativa. En síntesis: para esta clase de robos el mínimo de la pena es de seis meses y el máximo de dos años más los meses que resulten por cada cincuenta pesos excedentes de quinientos. "

La anterior interpretación de la Suprema Corte en nada se opone a la prohibición contenida en el artículo 14 constitucional de imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, porque esta garantía de tipo rígido liberal, ha sido concedida a los particulares para asegurarles un mínimo de equidad frente de los organismos del Poder y se interpreta en el sentido de que no podrán imponerse penas por simple analogía y aun por mayoría de razón en perjuicio de persona alguna, no así en su beneficio, hecho esencialmente lícito; en otras palabras, está prohibido restringir el concepto de una garantía individual, pero no está prohibida su ampliación en beneficio de particulares siempre y cuando, con su aplicación favorable, no se violen derechos sociales o de terceras personas.

- d) Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco de la cosa robada. Si ésta no fuere estimable en dinero o por su naturaleza no fuere posible fijar su valor o cantidad, se aplicará prisión de tres días hasta dos años. Este precepto, complementario de los anteriores, sirve para llenar el vacío de penalidad en aquellos casos en que existe imposibilidad de determinar la valorización en dinero de los bienes sustraídos, sea porque la cosa no pueda estimarse peculiarmente o por cualquiera otra circunstancia que lo impida. Tendrá aplicación especialmente para el caso de robo de actuaciones judiciales o administrativas o de documentos cuyo valor no pueda reducirse a una suma en dinero; así se logra evitar indecisión en la aplicación de la penalidad..
- e) En los casos de tentativa de robo, cuando no fuera posible determinar el monto, se aplicarán de tres días a dos años de prisión. Miguel S. Macedo ⁽¹⁷⁾ fundamentando la necesidad de establecer penas especiales para los grados inferiores del robo no consumado, hacía notar: "Limitándonos por ahora al caso de robo , recordaremos la necesidad de encontrar la cosa robada y de hacerla valorizar, o por lo menos de comprobar en términos que no dejen lugar a duda cual haya sido esa cosa y su valor. ¿Pero qué hacer cuando el robo no se llegó a consumir, sino que se detuvo en uno de los grados inferiores, conato, delito frustrado, o delito intentado? ¿Como graduar entonces la pena que al responsable corresponda si, como generalmente acontece, no se trataba de apoderarse de una cosa determinada de antemano, sino que el ladrón pretendía apoderarse de lo que más pudiera, según las circunstancias y muy particularmente según el tiempo de que pudiera disponer sin ser descubierto? ¿Que hacer con un ladrón a quien se encuentra en un aposento o a quien se le impide que consume el robo de la persona a quien ha asaltado ? ¿Cómo determinar cual era el valor de la cosa de que iba a apoderarse? El mismo no lo sabe a punto fijo, y lo único que podría decir, si contestara con sinceridad, es que habría robado lo más que hubiera podido, quitando a su víctima todo lo que llevara de valor, hasta donde el tiempo y las demás circunstancias se lo hubieran permitido. ¿Qué pena aplicar entonces? " La Comisión de 1931, recogiendo las atinadas

observaciones del insigne maestro, solucionó el problema de la penalidad para la tentativa de aquellos robos en que no se pudiera determinar el monto de lo que el agente pretendía apoderarse,, señalando una pena especial concretamente derogatoria de la regla general de punibilidad de la tentativa a que se refiere el artículo 63 del Código penal.

ROBOS CALIFICADOS.- La penalidad del robo simple, determinada según la cuantía del valor de lo robado, se agrava aplicando además al delincuente de tres días a tres años de prisión, cuando el delito se cometa acompañado de ciertas circunstancias que enumera nuestro Código penal en su artículo 381.

Estas circunstancias calificativas las podemos clasificar en dos grupos:

- I.- Agravación por el lugar en que se efectúa el delito; y
- II.- Agravación por cualidades personales de los que lo cometan.

Estos son los dos únicos grupos de calificativas que contiene nuestro Código penal vigente. Otros Ordenamientos, como los Códigos francés y español y los derogados Códigos mexicanos de 1871 y 1929, admiten, además, como fuentes de agravación, circunstancias derivadas del tiempo en que se comete el delito, como la noche, *furtum nocturnum*, o de situaciones de conmoción o calamidad, *furtum calamitosum*; o derivadas de los medios de ejecución empleados, tales como fractura, horadación, escalamiento, uso de ganzúas o llaves falsas, ser los ladrones dos o más, empleo de armas, simulación de autoridad, etc.

En su tarea de disminución del casuismo, la legislación vigente suprimió de la lista de calificativas estas últimas circunstancias; sin embargo, es indudable que los jueces, dentro de las normas de los artículos 51 y 52, deberán tomarlas en cuenta para la medición de las penas conforme al arbitrio judicial.

- I.- Robos calificados por circunstancias del lugar.- En términos de generalidad, el derecho penal siempre ha concedido gran importancia al lugar en que se efectúa un delito de robo cuando el sitio influye en la intensidad o en la malevolencia de la acción ejecutada por el delincuente. Así, el Derecho Romano consideraba como hurto especial el realizado en los templos o en

los bienes de los dioses (sacrilegium), y como hurto caulificado o extraordinario el cometido en los balnearios u otros lugares públicos, así como el realizado en los domicilios por medio de la fractura.

El Derecho francés cualifica los robos en razón del lugar para los cometidos en casas habitadas o sus dependencias, parques u otros lugares de acceso prohibido, iglesias y caminos públicos, A su vez el Derecho español también atiende al lugar en que se comete el robo, estableciendo penalidad especial para los realizados en casa habitada, albergue, edificios públicos o destinados al culto religioso, etc. Nuestros anteriores Códigos seguían un sistema de cualificación muy semejante al del Código francés de 1810.

Dentro del vigente sistema legislativo, como circunstancias de cualificación del robo consistentes en el lugar donde se comete, sólo podemos distinguir dos casos:a) robo en lugar habitado o destinado para habitación ; y b) robo en lugar cerrado.

Además de la pena que le corresponda, conforme a los artículos 370 y 371, se aplicará al delincuente de tres días a tres años de prisión en los casos siguientes: I.- Cuando se cometa el delito en un lugar cerrado, o en edificio, vivienda aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, comprendiéndose en esta denominación, no sólo los que están fijos en la tierra, sino también los movibles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos.

- a) **Robo en lugar habitado o destinado para habitación.**-- La circunstancia calificativa de que el robo se cometa en edificio, vivienda aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, ha sido interpretada por la jurisprudencia mexicana en el racional sentido de que, para la agravación de la penalidad, no basta que se compruebe la consumación del delito en uno de esos lugares, sino que es menester que el ladrón no tenga libre acceso al mismo, es decir, que viole ilícitamente la seguridad o el resguardo de la habitación, introduciéndose en ella en cualquier forma, subrepticia, engañosa o violenta, sin autorización de sus moradores; en otras palabras, la calificativa requiere, además de la comisión del robo en la morada, una especie de allanamiento de la misma. El probo magistrado Don Carlos L.

Angeles, ⁽¹⁸⁾ que tan importante colaboración presto a los trabajos de redacción de la legislación vigente, afirma : "La ley, al establecer la calificativa de robo en casa habitada, tuvo por finalidad proteger de una manera amplia la inviolabilidad del domicilio con la fuerza psicológica de una sanción mayor, siempre y cuando los dueños de la casa habitación no franqueen voluntariamente las puertas al delincuente por cualquier circunstancia; en caso contrario, al cometer el delito de robo, el delincuente viola, más que la respetabilidad del domicilio, la confianza que el ofendido ha depositado en él; en este caso carece de razón de ser la protección que el legislador ha querido darle, puesto que voluntariamente ha renunciado a dicha protección, quedando a su incumbencia directamente la vigilancia de su hogar. El robo cometido en estas condiciones debe considerarse como simple."

Por edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, debe entenderse toda construcción, de cualquier material, que sirva, al cometerse el delito, de albergue, residencia u hogar a las personas, aun en el caso de que en el preciso instante del atrocinio estén alejados sus moradores. Nada interesa que el edificio o la construcción no hayan sido erigidos propiamente para habitación o que sean más o menos inadecuados para este uso; basta la circunstancia de hecho de que sirvan de morada a las personas para que merezcan la especial protección legal. Así será robo calificado el cometido en aquellas partes de los talleres, escuelas u oficinas en que de hecho habiten personas tales como porteros, veladores, etc. A la inversa, no podrá estimarse el robo cometido con la circunstancia de casa habitada, cuando el agente se introduzca en un edificio construído arquitectónicamente para servir de habitación, si de hecho se le distrae aun transitoriamente de este uso, como en las casas desocupadas, pendientes de arrendamiento o en reparación.

Nuestro Código no menciona especialmente las dependencias de los edificios, habitados, tales como corrales, azoteas, cocheras, lavaderos, jardines, etc. ; no obstante el silencio de la ley cuando estas dependencias forman parte del edificio o casa por estar encerrados en el mismo recinto,

18.- Anales de Jurisprudencia. Sección Segunda. Jurisprudencia penal. México, sin fecha, Páq. 245.

debe estimarse existente la calificativa, por formar un todo con el edificio habitado. Si no se estimare atinada la anterior interpretación, a lo menos, dichas dependencias constituyen lugares cerrados, como veremos en el número siguiente, y por esta circunstancia los robos cometidos en ellas merecen la misma agravación de penalidad.

- b) **Lugar cerrado.**- Los Códigos de 1871 y de 1929, atendiendo al lugar en que se cometa el robo, establecían reglas especiales de agravación para tres circunstancias diferentes: edificios habitados, edificios o piezas no habitados ni destinados para habitarse y lugar cerrado. Dentro de este sistema, se limitaba el concepto de parque o lugar cerrado a todo terreno que no tiene comunicación con un edificio ni está dentro del recinto de éste, y que para impedir la entrada se halla rodeado de fosos, de enrejados, tapias o cercas, aunque éstas sean de piedra suelta, de madera, arbustos, magueyes, órganos, espinos ramas secas o de cualquier otra materia. El Código vigente suprimió la mención especial de los edificios o cuartos no habitados ni destinados a habitación, porque gramaticalmente son lugares cerrados, y omitió también dar una definición ficticia de éstos, para abandonar su concepto al significado gramatical de la frase.

Algunos de nuestros tribunales, ante la ausencia de una definición legal de lugar cerrado, han afirmado que dentro del concepto no pueden comprenderse las edificaciones sino sólo los terrenos circundados en cualquier forma, afirmando que "cuando se trata de definir conceptos jurídicos no precisados por el Código vigente, debe acudir el juzgador a los códigos anteriores, a fin de determinar cuál era en ellos la definición del punto en cuestión y que, en consecuencia, debe entenderse por esos lugares exactamente lo que prescribía la segunda parte del artículo 386 del código penal de 1871 ". Esta interpretación, por respetable que sea, deja sin suficiente represión aquellos peligrosos robos en que el ladrón, sea furtivamente o por medio de la violencia en las cosas, se introduce en bodegas, establecimientos comerciales, fábricas, etc.

Por nuestra parte, pensamos que al no contenerse en el código vigente una definición jurídica de "lugar cerrado", el alcance de esta locución debe establecerse conforme a sus significados vulgar y gramatical. Lugar de

locus, sitio y cerrado lo que se encuentra interceptado en su entrada o salida, son las palabras que componen la frase usada por nuestros textos legales. Lugar cerrado será, por tanto cualquier sitio o localidad cuya entrada o salida se encuentren interceptadas. Gramaticalmente tienen ese carácter los edificios, cuartos aposentos o sitios en general a los que las personas no tengan libre acceso por estar interceptados; también tendrán ese carácter los simples parques, corrales o terrenos aislados por divisiones o valladares de cualquier material. Claro es que no basta que el delito se cometa materialmente en esos sitios, pues la costumbre jurisprudencial mexicana, con magnífico sentido interno de la calificativa, ha resuelto sistemáticamente que cuando el ladrón tiene libre acceso al lugar en que comete el robo, no habrá lugar a la agravación de penalidad, porque la calificativa, aparte del elemento objetivo: sitio en que se cometió el robo, supone un elemento de antijuridicidad, o sea que el ladrón se haya introducido ilícitamente, por decirlo así, allanando o violando el lugar previsto en la Ley.

Para una certera interpretación, no puede acudirse a una simple relación histórica de nuestros antecedentes legales, porque la actual legislación ha cambiado radicalmente el alcance de la calificativa, no pudiendo servir, para explicarla, derogados preceptos legales dictados en su tiempo para resolver reglamentaciones distintas. La definición ficticia de lugar cerrado de nuestros viejos textos - aparte de los defectos generales de todo sistema que dentro del Derecho penal se aparta de la realidad de los fenómenos - se justificaba en la época de su vigencia por que las mismas codificaciones reglamentaron por separado otros casos de lugar cerrado, no contenidos en su falsa definición; por ejemplo, los cometidos en edificios o cuartos no habitados ni destinados a habitación.

En resumen, la interpretación histórica a que han acudido algunas respetables Salas y Cortes penales no es aplicable al Código vigente, supuesto que éste, al disminuir el casuismo y al suprimir las definiciones convencionales, permitió ajustar la legislación a la realidad de los hechos o fenómenos en ella previstos, así, el concepto de lugar cerrado se restituyó a su verdadero alcance gramatical, quedando comprendidos en él los

edificios o cuartos no habitados ni destinados para habitación ni los terrenos cercados.

Nuestra moderna legislación no menciona como calificativa especial el hecho de que el robo se cometa en despoblado o en paraje solitario; sin embargo, debe recordarse que en el artículo 286 se tipifica un delito especial: "Al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de violencia sobre una persona con el propósito de causar un mal, obtener un lucro o de exigir su asentimiento para cualquier fin y cualesquiera que sean los medios y el grado de violencia que se emplee, e independientemente de cualquier hecho delictuoso que resulte cometido, se le castigará con prisión de uno a cinco años de prisión."

ROBOS CALIFICADOS POR CIRCUNSTANCIAS PERSONALES.-

Determina el Código Penal lo siguiente: "Además de la pena que le corresponda, conforme a los artículos 370 y 371, se aplicará al delincuente de tres días a tres años de prisión, en los casos siguientes...II.-Cuando lo cometa un dependiente o un doméstico contra su patrón o alguno de la familia de éste, en cualquier parte que lo cometa. Por doméstico, se entiende: el individuo que por un salario, por la sola comida u otro estipendio o servicio, gajes o emolumentos, sirve a otro, aún cuando no viva en la casa de éste; III. Cuando un huésped o comensal o alguno de su familia o de los criados que la acompañen lo cometa en la casa donde reciben hospitalidad o agasajo; IV Cuando lo cometa el dueño o alguno de su familia en la casa del primero contra sus dependientes o domésticos o contra cualquiera otra persona; V. Cuando lo cometan los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales en los lugares en que presten sus servicios al público y en los bienes de los huéspedes o clientes y VI. Cuando se cometan por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan, o en la habitación, oficina, bodega u otro lugar a que tengan libre entrada por el carácter indicado (artículo 381 del Código Penal).

Las anteriores fracciones enumeran limitativamente algunas posibles cualidades del titular del delito de robo, en presencia de las cuales procede

un aumento de las penas prefijadas para la cuantía del robo simple, por razones metodológicas estas calificativas las reduciremos a tres grupos diversos: robos cometidos por trabajadores (domésticos, dependientes, obreros, artesanos, aprendices y discípulos), robos cometidos por ciertos dueños (dueños contra sus asalariados y dueños de empresas contra sus huéspedes o clientes); y robos cometidos por huéspedes o comensales.

Hay una peculiaridad común a los robos cometidos con las características precedentes: en todos ellos se establece el supuesto de que el actor, aparte del atentado contra el patrimonio, ha faltado a la confianza que en virtud de sus vínculos personales se le ha dispensado; o dicho en otros términos: el aumento de sanción para los robos cualificados por condiciones individuales del autor, se justifica por el razonamiento de que en ellos se viola la fidelidad al apoderarse de objetos que el propietario deja confiadamente al alcance del infractor.

Las anteriores consideraciones no siempre resultan equitativas por que en muchas ocasiones el libre acceso del infractor a la cosa robada y el acopio de oportunidades para efectuar el robo, debilitan su resistencia psicológica y le hacen sucumbir a la tentación de ejecutarlo. Al respecto podemos citar el caso, tan frecuente en la práctica judicial, de los robos cometidos por domésticos u otros asalariados en perjuicio de sus patrones, cuando aquellos - diarios espectadores de su inferioridad económica - encuentran impulso poderoso para la comisión del delito ante la notoria desproporción de sus condiciones patrimoniales. Ciertamente que esto no puede justificar una apropiación indebida, pero si es evidente que estos trabajadores denotan un menor coeficiente de temibilidad comparados, verbigracia con los rateros que andan en busca de ocasión propicia para cometer sus depredaciones, aún cuando por su forma de realización integren casos de robo simple.

Al Código vigente cabe el acierto de haber establecido un amplio margen entre los límites de la agravación, que va desde los tres días, hasta los tres años de prisión, dentro del cual el Juez puede incrementar la pena; pero hubiera sido mejor solución optar por una total supresión de estas especiales calificaciones, reservando a la función judicial, mediante un más

amplio margen en las sanciones del robo simple, la libre apreciación de las circunstancias personales del infractor.

Entre el primer grupo de calificativas por circunstancias personales - robo de trabajadores - legalmente se mencionan: a) robo de domésticos; b) robo de dependientes; y c) robo de obreros, artesanos, aprendices o discípulos.

- a) **Robo de domésticos.**-tres requisitos debe reunirse para la integración de esta clasificativa. El primero, que la persona que cometa el robo tenga el carácter de doméstico, es decir, de trabajador dedicado a las tareas del hogar o residencia de las personas y al servicio directo de los familiares que componen el domus. El siguiente requisito consiste en que el robo, con la plena existencia de sus diversas constitutivas, se cometa contra el patrón o alguno de sus familiares; el patrón es el contratador de los servicios del doméstico, utilizador principal de sus servicios, que se los paga en forma de salario u otras retribuciones; los familiares del padrón son los que con el conviven, formando su hogar ; no debe confundirse al familiar con el simple pariente, pues este por cercano que sea, puede ser ajeno al hogar; de las anteriores reglas se infiere que no podrá calificarse el robo cuando el doméstico se apodere, aun en el domicilio o lugar en que presenta sus servicios, de cosas pertenecientes a extraños a la agrupación familiar. Por ultimo, la agravación de la penalidad se aplicara, sin distinciones en cuanto al de ejecución del robo, en cualquier parte en que se cometa, siempre y cuando, por supuesto, estén reunidos los dos anteriores requisitos: prestación de servicios domésticos y robo contra el padrón o sus familiares.

El Código mexicano define concretamente la condición de doméstico, entendiéndolo por tal al individuo que por un salario, por la sola comida u otro estipendio o servicio, es decir, involucra y les presta calidad de domésticos no solo aquellos trabajadores dedicados a los menesteres de las familia que reciben una cierta retribución, sino admite la posibilidad de que sea exigua e ilegal por violatoria de las normas del derecho industrial. De acuerdo con esta definición, el doméstico indigente, aquel que sirve por la imperiosa necesidad de atender a su mezquino sustento, en quien es lógico suponer necesidades que superan a las de simple subsistencia, es reo de un delito agravado si se apodera de bienes pertenecientes a su padrón.

Indudablemente existen casos en que se justifica la agravación de penalidad, como aquellos en que el delincuente, con previa deliberación, escoge el lugar del delito y busca ser admitido en el como doméstico para su fácil comisión; o cuando domésticos justamente renumerados, por simple afán de codicia, desapropian a sus confiados patronos, Estos casos, poco frecuentes, podrían ser valorados por el juez, sin necesidad de emplear una calificativa especial, mediante una ampliación del arbitrio judicial, dando mayor elasticidad alas reglas del robo simple.

Ya Voltaire,⁽¹⁹⁾ en sus comentarios al libro de los delitos y de las penas, de Beccaria, criticaba la severidad de penas para el robo de domésticos, en los siguientes conceptos:

En los países en que un pequeño robo de doméstico es penado con la muerte, este castigo desproporcionado es muy peligroso a la justicia por un robo ligero y se quita la vida al desgraciado, los vecinos miraran a este padrón con horror ; se siente entonces la naturaleza esta en contradicción con la ley, y que, por consecuencia, la ley vale nada. ¿Que sucede entonces? Los patronos robado, no queriéndose cubrir de oprobio, se contentaran con regañar a sus domésticos, los que volverán a ser ladrones y se acostumbraran al bandidaje. Siendo la pena de muerte la misma para una pequeña ratería que para un robo considerable, es evidente que estos buscaran robar mucho. Y podrán asimismo transformarse en asesinos, cuando crean que este es un medio 'para no estar descubiertos. Mas si la pena es proporcionada al delito; si el robo de domésticos merece condena de trabajar en las obras publica, entonces el amo lo enunciara sin escrúpulos, y no siendo penosa la denuncia, el robo será menos frecuente. lo que prueba esta gran verdad: una ley rigurosa produce algunas veces crímenes."

- b) **Robo de dependientes.**- Siendo la noción de los dependientes estrictamente del Derecho mercantil, entendiéndose por tales a aquellos que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del trafico, en nombre y por cuenta del propietario de este (párrafo segundo del art. 309 del Código de comercio), la posible existencia de la calificativa se limita a aquellos empleados del comerciante sin independencia en su actuación, autorizados para la contratación de ciertas operaciones y

19.- *Comentaire sur le Livre Débits et des Peines.* Paris, 1821.

sometidos a las ordenes que reciban. Nuestro Código penal, en la misma fracción y conforme a igual reglamentación, menciona los casos de robos realizados por dependientes o por domésticos, en consideración a que los primeros, debido a la tradición española, actualmente perdida en gran parte, quedaban asimilados al hogar del comerciante a quien servirán,

- c) Robo de obreros, artesanos, aprendices o discípulos. Aparte de la liga o contrato de trabajo, tácito o expreso, que implican esas cualidades personales, se requiere que los citados asalariados cometan el robo en los lugares en que habitualmente trabajen o aprendan o en la habitación, oficina, bodega u otro lugar a que tengan libre entrada por el carácter indicado. Así pues, en la calificativa, coinciden dos circunstancias: que el agente sea asalariado y que cometa el robo en los lugares donde tiene acceso por razón del habitual trabajo. Sodri⁽²⁰⁾ endereza su crítica contra la reglamentación de la calificativa de la siguiente manera: "Lo que sí nos parece censurable, es la condición de que sea habitual el trabajo o aprendizaje de los operarios, artesanos o discípulos, para que les sea aplicable la pena especial cuando roben en el lugar en que trabajen. El adverbio habitualmente, de que se hace uso la ley, quiere decir 'por hábito', esto es, por costumbre, por repetición, y bien puede suceder que robe en el taller un operario al que sólo se le ocupa por breves momentos, o un artesano al que se llama para que se encargue, por una sola vez, de un trabajo insignificante. Para que el trabajo sea habitual, es necesario que sea cotidiano, o repetido sin largos intervalos de tiempo, y así es como la sentencia de casación francesa de 18 de julio de 1813 declaró que los servicios periódicos de pequeña monta, los prestados por salario accidental y de momento, no están comprendidos en la ley para el efecto de hacer procedente la agravación. Es cierto que la última parte de la fracción se encarga de corregir lo que ella misma dispone poco antes, cuando dice que se cometa el robo en la habitación, oficina, bodega u otro lugar a que los operarios tengan libre entrada por el carácter indicado: pero esto, que salva las dificultades en la práctica, no evita las justas críticas que se han hecho a la condición de trabajo habitual, que quiere y exige la Ley en el robo de los operarios, artesanos o aprendices".

20.- Nuestra Ley Penal. Ob. cit. Tomo II, Pág. 68.

En la práctica suelen confundirse el robo efectuado por domésticos u otros trabajadores con el Delito de abuso de confianza que los mismos pueden realizar contra sus patronos. El error proviene de que no se examina con propiedad jurídica la distinción entre el elemento característico y consumativo del robo - apoderamiento ilícito y no consentido - y la disposición indebida propia del abuso que supone la previa tenencia de la cosa.

Decimos que un asalariado ha robado a su patrón, cuando ha efectuado ilícitamente la toma de posesión de las cosas, las cuales, si bien estaban a su fácil alcance, no las había recibido en previa tenencia material. Ejemplo: el doméstico, sin consentimiento del dueño, toma un lote de alhajas; aquí, el infractor va hacia la cosa que no tenía y se hace de ella, cometiendo robo. En cambio, el trabajador responderá por el delito de abuso, cuando habiéndole sido confiadas materialmente las cosas, no las destina a su fin jurídico sino las disipa quedándose con ellas, enajenándolas o distrayéndolas de su correcto destino. Ejemplo: el doméstico recibe de su patrón para la compra de alimentos familiares y lo invierte en su personal provecho; este caso no puede ser robo por ausencia del apoderamiento ilícito, ya que en virtud de la voluntaria entrega la tenencia fue legítima; es abuso de confianza, por la posterior disposición indebida del bien. Sodi,⁽²¹⁾ preocupado por el problema, lo resuelve: "El abuso de confianza es típico en nuestra ley, preciso, sin las vaguedades que presenta en otros códigos, y, por tanto, no debemos entender que el abuso de confianza es el elemento cardinal de los robos consumados por el doméstico, dependiente, operario, etc., por más que en el lenguaje y concepto común abusen de la confianza que se les ha otorgado.

El abuso de confianza, como delito especial, implica una defraudación: la disposición o disposición de un objeto que se recibe con un fin determinado; en el robo, que radica en el apoderamiento, falta la entrega del bien mueble, siendo más digno de castigo porque más difícil mente puede ser evitado por la persona que lo sufre y porque éste descansa en la buena fe

y en la honradez de los que recibe en su casa o taller, como amigos, comensales, sirvientes, operarios o huésped

En resumen, como criterio diferenciador entre los robos y los abusos de confianza, podemos establecer didácticamente el siguiente: En el robo, el infractor va hacia la cosa que no tenía y la toma; el delito se consuma en el mismo instante del apoderamiento o toma de posesión material. En el abuso, la cosa va hacia el infractor en virtud de la voluntaria entrega que de ella se le hace; hasta esos momentos no existe el delito; éste surge después de la toma del bien, cuando el agente posteriormente lo disipa o distrae.

Dentro del segundo grupo que hemos establecido para las circunstancias personales del ladrón cualificadoras del delito --robos cometidos por ciertos dueños--, podemos enumerar: a) robo del patrón contra sus asalariados; y b) robo del dueño contra sus huéspedes o clientes.

- a) Robo cometido por el dueño o alguno de sus familiares en la casa del primero, contra sus dependientes o domésticos o contra cualquier otra persona (frac. IV del art. 381 del Código Penal). Aquí la palabra dueño, está empleada como sinónima de patrón, contratador de los servicios del dependiente o doméstico. Esta justa calificativa obedece a la doble consideración de que el delito se comete no solo con violación a la seguridad que de sus patrones esperaban los asalariados, sino, en nuestro concepto, a que el delito resulta especialmente censurable, porque lo efectúa una persona que disfruta de una situación patrimonial privilegiada en contra de sus servidores víctimas de inferioridad económica. Llama la atención que el Código no mencione entre los posibles pacientes, aparte de los domésticos y dependientes, a otros trabajadores como obreros, artesanos, aprendices o discípulos, que merecen idéntica protección legal. Por fortuna, la omisión se subsana en parte con la amplitud de la frase final del precepto: o contra cualquiera otra persona.

Precisa advertir que no es el robo descarado a lo que generalmente acuden los patrones codiciosos para expoliar a sus asalariados, porque obtienen mayor lucro y comodidad con menor riesgo en la defraudación del salario; a evitarlo tienden las iniciativas de establecer ciertos delitos típicos tuteladores de la justa retribución obrera y restrictivos de las diversas formas de defraudación inicu del trabajo humano,

presentadas a la Convención Nacional contra la Delincuencia por Carlos Francisco Sodi y Raúl Carrancá y Trujillo.⁽²²⁾

- b) Robo cometido por los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales en los lugares en que presten sus servicios al público y en los bienes de los huéspedes o clientes (frac. V del art. 381.). Entre las Empresas o establecimientos comerciales incluidos en la calificativa, podemos mencionar desde luego los destinados al hospedaje o albergue de las personas, como mesones, casas de asistencia y hosterías; debe examinarse con escrúpulo la naturaleza jurídica de los atentados patrimoniales cometidos por los dueños o sus representantes en bienes de los hospedados, porque si éstos han entregado sus valores al hostelero y se los adueña, la figura delictiva será el abuso de confianza por la distracción del depósito; en cambio, si el alojado conserva de hecho la tenencia de las cosas, sin perjuicio por supuesto de las simples funciones no posesorias de aseo, vigilancia o cuidado general contraídas por el personal alberguista, y alguno de éstos toma el bien ilícitamente, existirá el apoderamiento no consentido característico del robo. Estas explicaciones son aplicables a los delitos cometidos en las fondas, tabernas, empresas de espectáculos o de transporte de personas y otros establecimientos mercantiles.

Tratándose de empresas de transporte de cosas o mercancías por tierra, agua o aire, será difícil imaginar la comisión de un robo por el porteador en perjuicio de sus clientes, puesto que la naturaleza del contrato de transporte de objetos implica necesariamente para el porteador la tenencia de los efectos destinados a ser conducidos; la disipación de esos bienes por el depositario transportador constituirá abuso de confianza.

El tercer grupo de calificativas del robo por cualidades personales del protagonista se registra cuando un huésped o comensal o alguno de su familia o de los criados que lo acompañen lo cometa en la casa donde recibe hospitalidad, obsequio o agasajo (frac. III del mismo art. 381). En su acepción castiza, huésped es la persona que da o recibe alojamiento, sea en forma onerosa, por un contrato de hospedaje, o sea en forma

22.- Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit., Pág. 27.

gratuita, por virtud del generoso don de hospitalidad. Comensal es el que recibe en casa o en mesa de otro alimentación mediante apago o graciosamente. Pero como la calificativa se limita al robo cometido por el huésped o comensal o sus allegados en la casa en que reciben hospitalidad, obsequio o agasajo, implicando estas tres últimas palabras la donación desinteresada del servicio, serán robos simples los efectuados por los alojados o abonados en los establecimientos tales como fondas y hosterías en que se paga al servicio. La anterior tesis gramaticalmente interpretativa fue sostenida, con deficiente estilo en sentencia de nuestros tribunales (anales de jurisprudencia, tomo XIII, págs. 259 y sigs.).

El diferente tratamiento punitivo establecido por el Código Penal para los que pacten onerosamente su albergue o manutención personal y para los que reciben gratuitamente estos servicios, puede explicarse por la necesidad de más enérgica represión a los ladrones que en su acción delictiva muestran perversa ingratitud contra sus benefactores.

4.4 ROBO CON VIOLENCIA

El robo con empleo de violencia, llamado rapiña, reviste un carácter tan grave por el peligro que acarrea a las víctimas, que la mayor parte de las legislaciones hacen de del especial incriminación. Así, en Roma el hurto violento se consideraba como un especial delito público de coacción. El Código francés transforma el robo de delito a crimen cuando lo preside la violencia, mereciendo pena de trabajos forzados perpetuos si se causan heridas o contusiones, y pena de muerte en caso de homicidio. En España, el hurto se transforma en robo (infracción mas grave) cuando el apoderamiento se efectúa con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas; en ciertos casos extremos la penalidad será de muerte. El Código italiano distingue entre el hurto sin y el con violencia a las personas, colocando dentro de este la rapiña, la grassazione o saltamiento, y la extorsión. No es de extrañar la enérgica actitud de las legislaciones, porque la violencia física o moral transforma el robo en una especial figura compleja en que ocurren: el atentado contra el patrimonio, improbidad, característico de todo latrocinio, y el ataque directo a la persona de la víctima, sea disminuyendo su seguridad o libertad individual (por la amenaza o el constreñimiento), o sea ofendiendo su integridad bio-fisiológica (por causarle lecciones u homicidio). Además la temeraria acción de rapiña produce intensa alarma publica como indicio de inseguridad colectiva.

La especial complejidad del robo violento, en que se reúnen diversos tipos de graves atentados jurídicos, nos lleva a considerarlo mas que como un delito calificado, como un tipo especialmente destacado con lineamientos propios en que se yuxtaponen, para integrar la nueva figura, diversas infracciones formales,

Nuestro Código penal prescribe: Si el robo se ejecutara con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregarán de seis meses a cinco años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación (art. 372).

La violencia a las personas se distingue en física y moral. Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo (art. 373).

Para la imposición de la sanción, se tendrá también el robo con hecho con violencia: I. Cuando esta se haga a una persona distinta de la robada, que se halle en compañía de ella; y II. Cuando el ladrón la ejercite después de consumado el robo, para proporcionarse la fuga o defender lo robado (art. 374).

Para determinar con precisión el significado jurídico de los anteriores preceptos, debemos examinar los siguientes problemas: concepto jurídico de la violencia en el robo; sus formas; momentos de su ejecución, y penalidad del robo violento.

CONCEPTO JURIDICO DE LA VIOLENCIA EN EL ROBO.- Desprendiéndonos por el momento de nuestros textos legales, dentro del concepto gramatical de la frase "robos con violencia" pueden comprenderse, tanto los realizados con la intimidación amenazante o fuerza física en las personas, como los cometidos empleando fuerza en las cosas. Como ejemplos salientes de estos últimos, se pueden citar los facilitados mediante: fractura o rompimiento de objetos para llegar a la cosa que desea robar; horadación, o esa la ruptura de paredes, techos o divisiones; excavamiento; empleo de llaves falsas, ganchos o instrumentos de la misma naturaleza, etc.etc.

Se han emitido diversas opiniones relativas al alcance del concepto de violencia. Para algunos, la violencia comprende, además de la vertida en las personas, la fuerza que el ladrón ejerce en las cosas para facilitar su tarea criminal; fundan su aserto en que el artículo 372 emplea la palabra violencia sin distinciones, en su sentido genérico gramatical. Otros, por el contrario, afirman que la figura se limita a los robos con violencia en las personas, puesto que el siguiente artículo 373 se refiere expresamente a esta, definiéndola en sus aspectos físico y moral.

Nos inclinamos a la última opinión, en primer lugar, porque dentro de nuestra tradición jurídica, representada por las codificaciones de 1871 y de 1929, el delito de robo con violencia, como figura especial, se reducía a los efectuados con las circunstancias de fuerza física o intimidación moral en la persona de los pacientes; dentro de estos sistemas legales, las circunstancias de fuerza en las cosas (fractura, horadación, escalamiento, uso de llaves falsas ganchos, etc.) eran objeto de reglas especiales distintas a las de violencia y constituían más bien calificativas derivadas de la gravedad de los medios de ejecución empleados. El vigente código penal, en su afán de disminuir el casuismo, suprimió esta especie de calificativas, abandonando de hecho su estimación al buen arbitrio del juzgador dentro del marco del robo ordinario.

Además de ese razonamiento de elaboración histórico- jurídica, debemos insistir en que se ha creado la figura del robo violento, para solucionar la grave complejidad de los robos en que peligrosamente concurren el atentado patrimonial y el atentado contra la libertad, seguridad o integridad biológica de la persona humana. Sin negar importancia a los robos con fuerza en las cosas, estos se limitan en su antijuridicidad a la lesión de los derechos patrimoniales; no es indispensable involucrarlos dentro del robo violento, porque cuando la fuerza en las cosas causa su destrucción total o parcial como medio para apoderarse del objeto del delito, entonces basta acumular los tipos de robo y daño en propiedad ajena, conforme a las reglas generales.

FORMAS DE LA VIOLENCIA .- Nuestra legislación distingue dos formas de violencia en las personas: a) violencia física; y b) violencia moral.

- a) Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. -- Esta forma implica tal ímpetu en la acción del delincuente que obliga a la víctima, contra su voluntad, a dejarse robar por medios que no puede evadir. El comentarista español Groizard, ⁽²²⁾ citando la legislación mexicana, manifiesta que la violencia en su sentido jurídico es la fuerza en virtud de la cual se prueba al hombre del libre ejercicio de su voluntad, cumpliendo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar. la violencia es, pues, el aniquilamiento de la libertad de la libertad en la persona contra quien se emplea. En este sentido el Código belga, a semejanza del mexicano, ha dicho que " la ley entiende por violencia los actos de fuerza física ejercidos en las personas" (art.483 del código penal belga).

La violencia física en las personas puede consistir: en simples maniobras coactivas, como amordazamiento, atadura o sujeción de la víctima; o en la comisión de especiales infracciones, como golpes u otras violencias físicas (art. 344) (derogado), disparo de arma de fuego u otros ataques peligrosos (art. 306) (derogado), asalto (art. 286), plagio o secuestro (art. 366), lesiones (art. 288) u homicidio (art. 302).

- b) **Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo. El mismo Groizard⁽²⁴⁾ comenta: "También la intimidación aniquila la Libertad; su esencia consiste en causar o poner miedo en el ánimo de una persona o en llevar a él una perturbación angustiosa por un riesgo o un mal que realmente amenaza o se fiñe en la imaginación. Así como la violencia física domina el cuerpo del hombre y le priva del libre ejercicio de sus miembros o movimientos, la intimidación destruye, suspende o impide el libre ejercicio de su voluntad y produce análogos efectos que la fuerza física. En virtud de esta, los ladrones arrebatan las cosas contra la voluntad y resistencia de sus dueño; en virtud de aquella otra, las substraen, obligándolo por la coacción moral a entregárselas o a no resistir el que ellos por sí mismos las tomen".**

Los delitos formalmente concurrentes al robo con violencia moral son los de amenazas (arts. 282 y sigs.) Es fácil percibir que las vías del hecho o maniobras materiales, características de la violencia física, pueden coincidir con la intimidación moral del paciente, ello en virtud de que la frecuente reacción psíquica por la coacción física se traduce en el que la sufre en una fuerza de carácter moral, como el miedo o terror que sobrecoge al violentado.

MOMENTOS DE COMISION DE LA VIOLENCIA --Tres son los momentos en que puede efectuarse la acción física o moral en relación con el robo, a saber : a) antes del apoderamiento, como medio preparatorio facilitador del robo; b) en el preciso instante del robo, cuando el agente arranca los bienes a su víctima; y c) con posterioridad a la desposesión, cuando el ladrón ejercita la violación después de consumado el robo, para proporcionarse a la fuga o defender lo robado. El último caso, a diferencia del Derecho Francés que lo excluye, el Código Penal mexicano lo menciona en la fracción II del artículo 374. Las hipótesis a) y b) se infieren de la redacción del artículo 372, porque ambas constituyen medios mas o menos inmediatos de ejecutar del latrocinio.

PENALIDAD DEL ROBO VIOLENTO-- En el mismo artículo 372 se distinguen dos hipótesis para formar la penalidad del robo efectuado con violencia. El aumento señalado al principio del respecto, racionalmente debemos entender, es aplicable a los casos en que la violencia no integra por sí sola otro delito formal, porque el supuesto

24.- El Código Penal de 1870. Ob. Cit., tomo IV, Pág. 106.

contrario esta previsto en la segunda hipótesis legal. Como ejemplos de violencia no constitutiva de otras infracciones podemos citar el amordazamiento, atadura o sujeción del robado.

La segunda hipótesis mencionada en la parte final del precepto, la contemplamos cuando la violencia constituye otro delito, en cuyo caso se aplicaran las reglas de acumulación. Los delitos concurrentes pueden ir desde la simple amenaza (coacción moral), hasta el disparo u otros ataques peligrosos, plagio o secuestro, asalto, lesiones u homicidio (coacciones físicas).

La comparación de los dos sistemas de sanciones puede resultar incongruente; en efecto, si el ladrón, además del robo, causa un delito leve, merecería por acumulación menor pena que si su violencia no constituye otra infracción, hecho menos grave que el anterior.

BIBLIOGRAFIA

Antolisei, Francisco. *La Acción y el Resultado en el Delito. Traducido del Italiano.* Edit. Jca. Mexicana. México, 1959.

Argibay Molina, José. *Derecho Penal.* Edit. Edier. Buenos Aires, 1972. Tomo I.
Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* Edit. Heliasta. S. de R. L. 17a. Edición . Tomo I y VI.

Camelutti, Francisco. *Principios del Procedimiento Penal.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971. Tomo II.

Carrara, Francisco. *Programa de Derecho criminal.. Parte General.* Edit. Temis. Bogotá Colombia ,1971. Tomo I.

Carranca y Trujillo Raúl. *Carranca y Rivas, Raúl. Derecho Penal Anotado.* Edit. Porrúa. S. A. México 1974.

Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal.* Edit. Porrúa. S: A: México ,1977.

Cousiño Mac Iver, Luis. *Derecho Penal Chileno, Parte General.* Edit. Jurídica de Chile. 1975. Tomo I

De Ibarrola , Antonio. *Derecho Familiar.* Edit. Porrúa. S. A. México, 1985.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Edit. Driskil S. A. Buenos Aires. 1978. Tomo XX
Florian, Eugenio- *Parte General de Derecho Penal. Traducido de la Tercera Edición Italiana.* Edit. La Propagandista. La Habana, 1929. Tomo I.

Fontán Balestra Carlos. *Tratado de Derecho Penal.* Edit. Talleres Gráficos Dulau, S. R. L. Buenos Aires. 1949. Tomo I y II.

Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil.* Edit. Porrúa. S. A. 7a. Edición. México, 1985.

- Jiménez de Azúa, Luis. Derecho Penal. Edit. Reús. Madrid, 1929. Vol. I.**
- Jiménez de Azúa, Luis. La ley y el Delito. Edit. Sudamericana, 5a. Edición. 1967.**
- Jiménez de Azúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Edit. Losada. 4a. Edición Buenos Aires, 1963. Tomo II y V**
- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. S. A. México 1980. Tomo I**
- Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad. Edit. Porrúa S. A. México, 1955.**
- Labatut Gléna, Gustavo. Derecho Penal . Edit. Jurídica de Chile 7a. Edición. 1976. Tomo I.**
- Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal Edit. Témis. Bogota, 1954. T. I.**
- Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Ediciones Ariel. Vol. I.**
- Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Edit. Rev. de Derecho Privado. Traducido de la 2a.Edición Alemana. Madrid, 1935. Tomo I y II.**
- Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Edit. Porrúa S. A. 3a. Edición México, 1985.**
- Osorio y Nieto , Cesar A. Síntesis de Derecho Penal. Edit. Trillas México, 1984.**
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. Edit. Porrúa 2a. Edición. México, 1967.**
- Pérez, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Edit. Temis. Bogota Colombia, 1967. Tomo I.**
- Porte Petit, Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.Edit. Porrúa S.A. 3a. Edición. México, 1977.**

Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Edit. Porrúa S. A. México, 1979.

Roxin Claus. Teoría del Tipo Penal. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1979.

Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tipografía Editora. Buenos Aires, 1963. Vol.- II

Trujillo Campos Jesús Gonzálo. La Relación Material de Causalidad en el Delito. Edit. Porrúa S.A. México, 1976.

Vela Treviño Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Primera Parte Edit. Trillas. México 1977.

Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa S.A. 4a. Edición. México, 1963.

Von Litz Franz. Tratado de Derecho Penal. Traducido de la 20a. Edición. Alemana. Edit. Reús S.A. Madrid. 1927. Tomo II.

Zaffaroni Eugenio Raúl. Teoría del Delito. Edit. Edier. Buenos Aires 1973.

CONCLUSIONES.

SE CONCLUYE QUE RESULTA JUSTA, LOGICA Y EFECTIVA; EL PROPONER UNA " REFORMA JURIDICA" DESPUES E HABER ANALIZADO LOS CODIGOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL Y EL DEL ESTADO DE MEXICO AMBOS VIGENTES, ESTO EN LO RELATIVO A LA ADQUISICION DE OBJETOS PRODUCTO DE LA COMISION DEL DELITO DE ROBO, POR LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES:

EL ARTICULO 400 FRACCION I DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL A LA LETRA DICE:

" SE APLICARA PRISION DE TRES MESES A TRES AÑOS Y DE QUINCE A SESENTA DIAS DE MULTA AL QUE:

CON ANIMO DE LUCRO DESPUES DE LA EJECUCION DEL DELITO Y SIN HABER PARTICIPADO EN ESTE ADQUIERA, RECIBA U OCULTE EL PRODUCTO DE AQUEL A SABIENDAS DE ESTA CIRCUNSTANCIA.

SI EL QUE RECIBIO LA COSA EN VENTA, PRENDA O BAJO CUALQUIER OTRO CONCEPTO, NO TUVO CONOCIMIENTO DE LA PROCEDENCIA ILICITA DE AQUELLA, POR NO HABER TOMADO LAS PRECAUCIONES INDISPENSABLES PARA ASEGURARSE DE QUE LA PERSONA DE QUIEN LA RECIBIO, TENIA DERECHO PARA DISPONER DE ELLA, LA PENA SE DISMINUIRA HASTA EN UNA MITAD."

EL ARTICULO 153 DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO A LA LETRA DICE:

" SE IMPONDRAN DE TRES A OCHO AÑOS DE PRISION Y MULTA IGUAL A CINCO VECES EL VALOR DE LOS BIENES, SIN QUE EXCEDA DE UN MIL DIAS MULTA, AL QUE RECIBA O ADQUIERA, MEDIANTE CUALQUIER FORMA O TITULO, COSAS QUE PROCEDAN DE LA COMISION DEL DELITO DE ROBO. LOS ADQUIRIENTES O DETENEDORES NO SERAN SANCIONADOS CUANDO ACREDITEN FEHACIEMENTE BUENA FE EN LA ADQUISICION O TENENCIA DE LAS COSAS."

TANTO EN EL SUPUESTO DEL C.P.D.F. COMO EN EL SUPUESTO DEL C.P.E.M. SE HABLA DE LA ADQUISICION DEL PRODUCTO DE UN DELITO YA CONSUMADO; PERO ES NECESARIO SEÑALAR QUE DICHO SUPUESTO EN EL CODIGO PENAL DEL D.F. LO CONTEMPLA COMO ENCUBRIMIENTO, MIENTRAS QUE EL CODIGO PENAL DEL E.M. LO CONTEMPLA Y CONSIDERA COMO ROBO EQUIPARADO.

CABE MENCIONAR, QUE EL HECHO DE QUE EL SUPUESTO JURIDICO REFERIDO, SE REGULE EN UN ORDENAMIENTO COMO ENCUBRIMIENTO Y EN OTRO ORDENAMIENTO JURIDICO COMO EQUIPARACION DEL ROBO ES IRRELEVANTE, YA QUE LO VERDADERAMENTE CRITICABLE ES LA DIFERENCIA TAN MARCADA QUE EXISTE EN CUANTO A LA PENA QUE SE IMPONE EN UNO Y OTRO ORDENAMIENTO JURIDICO, PUES MIENTRAS QUE EN EL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL SE IMPONE SOLAMENTE UNA PENA DE TRES MESES A TRES AÑOS DE PRISION Y DE QUINCE A SESENTA DIAS DE MULTA, EN EL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO SE IMPONE UNA PENA DE TRES A OCHO AÑOS DE PRISION POR ESE MISMO SUPUESTO JURIDICO.

POR LO ANTERIOR, SE DEDUCE QUE EN EL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO NO SE GOZA DE LA LIBERTAD BAJO FIANZA, TODA VEZ QUE EL TERMINO MEDIO ARITMETICO ES SUPERIOR A CINCO AÑOS, MIENTRAS QUE EN EL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL SI SE GOZA DE BENEFICIO DE LA LIBERTAD BAJO FIANZA, TODA VEZ QUE EL TERMINO MEDIO ARITMETICO ES INFERIOR A CINCO AÑOS.

POR ULTIMO, ES NECESARIO QUE EL PRESENTE ANALISIS LOGICO - JURIDICO - COMPARATIVO TIENE COMO FINALIDAD PRINCIPAL PROPONER LO SIGUIENTE:

QUE EL SUPUESTO JURIDICO DEL ARTICULO 400 FRACCION I DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL SE SUSTRAYA DEL ARTICULO REFERIDO Y SE INSERTE EN EL ARTICULO 377 (QUE ESTA DEROGADO) DEL MISMO CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL, PERO YA NO REGULADO COMO ENCUBRIMIENTO, SINO CONSIDERADO COMO ROBO EQUIPARADO Y CON UNA PENALIDAD EQUIVALENTE A LA QUE SEÑALA EL ARTICULO 153 DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO, CONSISTENTE EN PRISION DE TRES A OCHO AÑOS.

SI BIEN ES CIERTO, QUE LO ANTERIOR NO VA A IMPEDIR QUE EN EL DISTRITO FEDERAL ALGUNAS PERSONAS SIGAN VENDIENDO BIENES QUE SON PRODUCTO DE ILICITOS, TAMBIEN ES CIERTO, QUE LA DEMANDA PARA ADQUIRIR DICHOS BIENES, DISMINUIRA, TODA VEZ QUE LOS POSIBLES ADQUIRENTES, YA NO ESTARAN BASANDO SU TRANQUILIDAD EN LA SITUACION DE QUE SI SON UBICADOS COMO RESPONSABLES DE DICHO DELITO VAN A GOZAR DE LA LIBERTAD BAJO FIANZA, YA QUE EN ESTE CASO LA PENALIDAD REBASARA EL TERMINO MEDIO ARITMETICO DE 5 AÑOS, Y POR LO TANTO NO GOZARAN DE DICHO BENEFICIO.