



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ACATLÁN

EL ROBO ENTRE CONYUGES

CONDUCTA FACTIBLE DE SER  
SANCIONADA EN EL CODIGO PENAL  
PARA EL ESTADO DE MEXICO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

VICTOR HERNANDEZ JIMENEZ

ASESOR LIC. JUANA INES CHAVARRIA CASTORENA



ACATLÁN, ESTADO DE MEXICO

1996

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

# TESIS CON FALLA DE ORIGEN

A la Lic. Juana Inés Chavarría Castorena,  
a quien agradezco su valiosa ayuda y  
asesoría para la realización de este trabajo,  
que representa alcanzar uno de mis principales  
objetivos en la vida, lo cual implica dar inicio  
a otros más.

A la Lic. Remedios Velázquez Cetina,  
amiga a la cual agradezco todo lo que  
hizo para que este trabajo culminara,  
y con ello que su esfuerzo no fuera en  
vano.

Lic. Alfonso Garduño Vázquez,  
amigo que en todo momento me  
brindó su experiencia para no  
decaer y poder llegar a la meta.

Gracias Amigos

A mis Padres, como un reconocimiento  
a quienes siempre me han dado los  
mejores ejemplos y a los cuales debo lo  
que soy. Gracias por todo.

A mis hermanas: Alicia, Mary, Yolanda,  
Iva, Natalia y Alma Lilia, las cuales  
siempre han estado presentes en mi vida,  
y me han apoyado en todo momento y con  
su valiosa ayuda han hecho que logre  
mis objetivos.

A Marco Antonio Ipiña Hernández,  
mi sobrino que más que eso ha sido  
el hermano que no tuve esperando  
y espero que la culminación de  
este trabajo lo motive a seguir adelante,  
para que también alcance las metas  
deseadas.

"LOS PRECEPTOS DEL DERECHO SON  
ESTOS: VIVIR HONESTAMENTE, NO  
PERJUDICAR A OTRO Y DAR A  
CADA UNO LO SUYO"

LEPIANO

## INTRODUCCION

Dentro del conjunto de problemas sociales que atañen específicamente a cada entidad, encontramos un sin fin de circunstancias particulares, tendencias internas y bien diferenciadas, principalmente en lo que se refiere a la justicia penal, la cual vada día va encaminada al ámbito de la seguridad social y a la tutela y protección de bienes jurídicos individuales y colectivos. Nuestra sociedad contemporánea, refleja las condiciones actuales de vida dentro del marco económico, social y político, y la misma, consciente de ello, exige y reclama el respeto a los derechos humanos, concretamente en lo que se refiere a una correcta aplicación, justa y equilibrada, del Derecho Penal. A tal fin, el presente trabajo pretende llevar a cabo un análisis concreto del contenido del artículo 303 del Código Penal del Estado de México y la posible abrogación con el ánimo de sancionar la conducta desplegada por un conyuge que comete el delito de robo en agravio del otro, pues, como se estudiará, consideramos que la excusa absoluta contenida en dicha disposición legal si lesiona y afecta los intereses patrimoniales y, por el contrario, ni se contempla en razón de una coexistencia familiar que en el último de los casos presentaría la atipicidad de la conducta, ni tampoco surge a consecuencia de una probable afectación al vínculo del parentesco por tratarse exclusivamente de una relación por afinidad, no obstante que si se llegara a contemplar la punibilidad en dicha conducta, no precisamente esto constituiría un factor de disolución familiar si se deja a criterio, arbitrio y conveniencia del particular la represión mediante la querrela de dicho delito.

CAPITULO I  
ANTECEDENTES HISTORICOS  
DEL DELITO DE ROBO



## I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE ROBO.

### I.- EL DELITO DE ROBO EN ROMA, GRIECA Y ESPAÑA.

El Derecho Romano como base jurídica de nuestro estudio, es sin lugar a dudas, el comienzo de toda investigación encaminada a resolver ciertos problemas del Derecho que han surgido a consecuencia de nuestra revolución social.

En el presente estudio, el concepto de "*furtum*" aparece dentro del Derecho Romano como uno de los delitos más remotos y que atentan contra la posesión de las personas hacia determinado objeto, comprendiéndose dentro de éste concepto el robo, propiamente dicho, el abuso de confianza y el fraude, por lo tanto se puede afirmar que el *furtum* se hallaba comprendido dentro del marco de los "*delicta privata*".

Remontándonos a los primeros siglos de Roma, veremos que se hacía una distinción entre los "*delicta privata*" y "*delicta publicas*". Los delitos privados consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden público. La Ley de las Doce Tablas preveía y castigaba cierto número de estos hechos y en otros casos se limitaba a regular la venganza que ejercía la víctima del delito sobre la persona del culpable. "El ladrón, cogido en el hecho era vapuleado o azotado y atribuido como esclavo al robado"<sup>1</sup>. Se consideraban delitos públicos aquellos que atacaran ya fueran directa o indirectamente al orden público y daban lugar a una persecución criminal, ejercida según las reglas propias, frente a una jurisdicción especial.

Las Instituciones de Justiniano definen al "*furtum*" o "*hurto*" de la siguiente manera: "*furtum est contrectatio rei fraudulosa, hinc faciendi gratia, vel ipsius rei, vel*

<sup>1</sup> Ortolan, "Explicación Histórica de la Instituta del Emperador Justiniano". Tomo IV Pág. 7

*etiam usus possessionisve quod lege naturae prohibitum est admittere*<sup>2</sup>. " Hurto es la sustracción fraudulenta de una cosa con el objeto de aprovecharse de ella, de su uso o posesión, acto contrario a la ley natural"<sup>3</sup>.

En este orden de ideas podemos advertir los siguientes elementos del *furtum*.

- a) "*Contracta rei*" o sea el arte de coget la cosa y en consecuencia mudarla de sitio; sin esta sustracción no hay hecho, aunque tal fuera su intención
- b) "La cosa", que debería ser mueble incluyéndose los objetos desprendibles de los inmuebles. "Ortolán dice por ejemplo, que aunque un hombre se introduzca para robar abriendo o aún fracturando una puerta, en tanto que no haya asido la cosa, no hay hurto. De donde se deduce que las cosas inmuebles no son susceptibles de ser robadas"<sup>4</sup>
- c) "Fraudulosa". Para constituir hurto, la sustracción es preciso que sea fraudulenta, con "dolo malo" ya que el ejemplo que cita Ortolán es muy claro, dice que aquél que tomara cosa ajena creyendo tener derecho para ello como heredero o usufructuario, no comete hurto. Es además necesario que la intención del ladrón al llevarse la cosa sea no solo la de causar perjuicio a otro, sino también la de sacar provecho de lo robado, pues sin la intención del lucro, puede hacerse culpable de cualquier otro delito, pero no hay hurto.
- d) "El perjuicio". Para que haya hurto es preciso que la sustracción indebida cause perjuicio a otro.

<sup>2</sup> Ortolán. Op. Cit. Tomo IV Pág. 6.

<sup>3</sup> Ortolán. Op. Cit. Tomo IV Pág. 6.

Por lo que hace al significado etimológico de la palabra "*furtum*" o "*hurto*" viene de "*furvum*" que significa negro, porque se hace clandestinamente en la oscuridad, y por lo regular en la noche; o bien "*fraus*" (fraude) o de "*ferre*" (llevar); o del Griego "*faris*" que significa ladrón y que a su vez viene de "llevar"<sup>4</sup>

En el Derecho Romano se distinguieron dos clases de hurto: el manifiesto y el no manifiesto, basándose en que el ladrón fuera o no sorprendido "*in flagrante delicto*". Había hurto manifiesto cuando el ladrón era sorprendido en el acto, en el sitio del robo o teniendo todavía la cosa hurtada en la mano; pero una vez conducida ésta a su destino, aún cuando se encontrara la cosa en su poder, ya no había hurto manifiesto.

La diferencia fundamental entre estas dos clases de hurto, radicaba en la pena. Las Doce Tablas establecían para el hurto manifiesto, la pena capital, entendiéndose por tal no sólo la pena de muerte, sino también toda pena que llevara consigo la "*capitis diminutio*" del culpable. La misma ley autorizaba también a la víctima a matar al ladrón sorprendido por la noche, o de día si trataba de defenderse con armas. Este rigorismo fue atenuado después por el pretor, introduciéndose para el hurto manifiesto la misma pena contra el hombre libre que contra el esclavo, implantando la acción penal del cuádruplo. Respecto a la pena del robo no manifiesto, era la acción del duplo que fue conservada por el pretor.

La acción *furti* se da: a).- Contra el autor del delito, si hay varios ladrones cada uno de ellos está obligado por el todo y la multa es debida tantas veces como culpables hay. b).- Contra cada uno de los cómplices.

---

<sup>4</sup> Ortolán Op. Cit. Tomo IV Pág. 7

La acción es dada primero al propietario de la cosa robada que es el primer interesado, pero puede pertenecer a otras personas que sólo tenían la posesión, o aun la detención de la cosa hurtada, tales son: a)- El poseedor de la buena fe; b)- El que la usufructuaba. Cada uno de ellos tiene el duplo o el cuádruplo del daño que le ha causado el hurto según sea éste manifiesto o no.

En base a las consideraciones anteriores podemos deducir que en los Orígenes del Derecho penal Romano aparecen como en las legislaciones de otros pueblos, huellas de la venganza, del talión, de la composición, de la pena sacra y religiosa, hasta llegar a la pena pública, impuesta con la predominante finalidad de conservar la tranquilidad pública. Este derecho distinguía los *crimina publica*, que violaban intereses colectivos, de los *delicta privata*, que como ya hemos mencionado en líneas anteriores, solamente lesionaban derechos de los particulares, siendo la diferencia que en éstos la pena tendía a la satisfacción de la víctima del delito y a la reparación del daño causado, en aquéllos ora la intimidación, ora a la enmienda, ora a la expiación, pero encaminados a un fin último y supremo: la defensa de la sociedad.

El Derecho Penal Romano no llegó a alcanzar la elevación de su derecho civil, considerándose como causas de esta menor perfección la distinción entre los delitos públicos y los privados, a consecuencia de la cual éstos, que eran verdaderos delitos, fueron regulados con meras injusticias de derecho civil, las numerosas lagunas en época del imperio dieron lugar al arbitrio, la diversa penalidad que, en los tiempos posteriores a Adriano, se imponía a los "*honestiores*" y a los "*humiliores*", y el diverso procedimiento. Sin embargo, siempre conserva gran importancia, y de igual manera que los griegos, los romanos arrancaron el derecho a los dioses y lo trajeron sobre la tierra<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Cuello Calón, Eugenio, "Derecho Penal", Parte general. Pág. 66.

Del primer monumento del derecho penal romano conocido son las Doce Tablas pertenecientes al siglo y antes de la era cristiana. En la época clásica el derecho penal está principalmente contenido en las "Leyes Cornelia" y en las "Leyes Juliae", también en los "Senatusconsulta", en los "Edicta" y en los "Responsa Prudentium". Gran cantidad de este material sólo se conoce fragmentariamente, parte de él hallase en el Digesto (libros 47 y 48). El derecho penal de la época imperial contenido en las constituciones imperiales, ha llegado parcialmente hasta nosotros por el Código Teodosiano, por el Justiniano y por las novelas.

Atendiendo a las normas previstas para el hurto en los libros 47 y 48 del Digesto se resalta el hecho de que tiene la acción de hurto el que tuviera interés en que la cosa no fuera hurtada... y la tiene cuando su interés es por una causa honrada", resultando apropiado el ejemplo de Justiniano al referirse al batiaco que recibió unos vestidos para repararlos y limpiarlos siempre tiene la acción (de hurto si le sustraen aquellos vestidos), pues debe responder por custodia; si no es solvente, la acción vuelve al propietario, pues el que no tiene que perder, nada tiene a su riesgo. Y como en párrafos anteriores se decía, dentro del hurto se comprendía el abuso de confianza y el fraude: "Se ha preguntado que acción del hurto es la que se da al comodatario, y yo creo que a todos aquellos a cuyo riesgo se hallan cosas ajenas, como lo dado en comodato, en arrendamiento o en prenda, en caso de sustracción, compete a todos ellos la acción (penal) de hurto. Y de la misma forma refiere que: "el propietario que ha sustraído una cosa sobre la que otro tiene el usufructo responde frente al usufructuario con la acción de hurto"<sup>6</sup>.

Por lo que hace al hurto entre parientes dice: "Que un padre pueda reclamar por hurto contra su hijo no lo impide un principio de derecho, sino la naturaleza misma de la cosa, pues no podemos ejercitar una acción contra los que tenemos bajo nuestra potestad como tampoco contra nosotros mismos". No obstante se excluye del reclamo a persona

---

<sup>6</sup> Justiniano, "El Digesto", TomoII, Libro 47, Págs. 603 y 604

distinta que participa en este tipo de hurto. "Se admite también que responde por hurto el que ayuda a un hijo, esclavo o mujer cuando cometen un hurto a su padre, dueño o marido, respectivamente, aunque aquellos no queden sujetos por este acto a la acción de hurto"<sup>7</sup>.

El hurto entre cónyuges lo define de la siguiente manera: "Responde de hurto el que hubiera prestado ayuda o consejo a una mujer para sustraer algo a su marido. Y si hizo el hurto con ella, responderá de hurto, aunque ella misma no responda por hurto. Tampoco responde con la acción de hurto cuando ella prestó ayuda a un ladrón (de su marido), sino por la de cosas anovidas. Pero no hay duda de que responde por el hurto que su esclavo haga (al marido)"<sup>8</sup>.

De lo anteriormente expuesto podemos deducir que no obstante que en el Derecho Romano el *furtum* es considerado dentro de los delitos privados, la sanción impuesta al ladrón, además de severa, encaminada a la reparación del daño causado a la víctima. Dice Justiniano: "Convendrá recordar que hoy suele reclamarse por hurto criminalmente, y el demandante debe formular denuncia, no porque este juicio se considere público, sino porque ha parecido que la temeridad de los demandantes debía ser sancionada con una represión extraordinaria; pero no se impide por ello, que, el que quiera, ejercite la acción civilmente"<sup>9</sup>.

2.- Las noticias que poseemos sobre el Derecho Penal de Grecia son escasas y nada precisas, además, se tropieza con la falta de unidad del Derecho Griego, pues como algún autor sostiene no puede hablarse propiamente de un Derecho Griego, sino del Derecho de Creta, del Derecho de Esparta, del Derecho de Atenas. Los pocos datos que

---

<sup>7</sup> Justiniano, Op. Cit. Tomo II, Pág. 609.

<sup>8</sup> Justiniano, Op. Cit. Tomo II, Pág. 614.

<sup>9</sup> Justiniano, Op. Cit. Tomo II, Pág. 625.

posemos apenas provienen de las legislaciones, proceden en su mayoría de los filósofos, de los oradores, de los poetas y especialmente de los trágicos. En cuanto a las legislaciones, en Esparta encontramos la legendaria figura de Licurgo, cuyas leyes remontarían a la mitad del siglo IX antes de Cristo. La tradición conserva aún algunas particularidades de estas leyes, como la impunidad del hurto de objetos alimenticios realizado diestramente por adolescentes, la prohibición del celibato, el delito consistente en sentir piedad por el propio esclavo. También la legislación de Atenas es poco conocida, su principal legislador fue Dracon (siglo VII antes de Cristo). Es probable que sus leyes fueran las primeras leyes escritas en Atenas. En ellas se limitó el derecho de venganza, se distinguían los delitos que ofendían a la comunidad de los que lesionaban intereses meramente individuales y mientras aquellos se penaban con extrema severidad, estos se castigaban con apenas muy suaves, dicha distinción es una de las características más típicas del derecho penal griego<sup>20</sup>

Este atravesó un primer momento en el que dominó la venganza privada, venganza que no se detenía ante el ofensor, sino que irradiaba en el grupo familiar, un segundo período de carácter religioso surgió al nacer el estado, quién dictó las penas, actuando como ministro de la voluntad divina, entonces el que comete un delito ofende a la comunidad y a la divinidad y debe purificarse, religión y patria se identifican y los delitos contra la una y contra la otra son los más atroces. De la misma forma Mommsen refiere: "Comienza el Derecho Penal en aquél mismo momento en que la ley del Estado (comprendiendo dentro de ella a la costumbre con fuerza legal), pone limitaciones al arbitrio del depositario del poder penal, esto es, del juez sentenciador. La ley designa objetivamente cuáles sean las acciones inmorales contra las que hay que proceder por causa y en beneficio de la comunidad, y por lo tanto, prohíbe a la vez el empleo de tal procedimiento contra todas las demás. La ley organiza de un modo positivo el

---

<sup>20</sup> Cuello Calón, Eugenio - Op. Cit. Parte General. Pág. 64

procedimiento para la persecución de aquellas. Esa misma ley señala de un modo fijo la reparación que corresponde imponer para cada uno de los delitos<sup>11</sup>.

El derecho penal griego atravesó por un tercero y último momento, en el que poniendo en tela de juicio la justicia de los dioses pierde la pena su base religiosa y se asienta sobre fundamentos cívicos y morales. Mas entre uno y otro período no existen profundas diferencias, los conceptos nuevos surgen junto a los antiguos, que no desaparecen repentinamente, pero se van debilitando en la conciencia jurídica del pueblo. A este último momento que debe llamarse político, por contraposición al religioso, se refería Thomssen al decir que el Derecho Penal Griego, que sirve de transición entre las legislaciones de Oriente y las de Occidente, se halla en el confin de dos mundos y constituye una página trascendental en los anales del desarrollo del espíritu humano<sup>12</sup>.

3.- La vaguedad de referencias históricas al período de la España primitiva, se pone de manifiesto con las palabras de Cuello Calón: "respecto a la historia de los primeros pobladores no poseemos mas que vagas noticias, referencias de referencias, meras conjeturas"<sup>13</sup> o bien tal y como cita Sainz: "había desde tribus que no habían perdido la feroz costumbre de la antropofagia a pueblos que mantenían extensas relaciones comerciales, poseían marina propia y cultivaban antiquísimas leyes escritas en verso"<sup>14</sup>.

En cuanto a los hechos considerados como delictuosos, uno de ellos era el parricidio; el hurto de la cosecha que se ponía en común, se castigaba entre la tribu primitiva de los vacceos con la muerte; el hurto y el robo, según noticias relativas a la región de Extremadura y Portugal, no se penaban por el poder social, se consideraban

<sup>11</sup> Mommsen, Teodoro. Derecho Penal Romano. Pág. 53.

<sup>12</sup> Cuello Calón, Eugenio. - Op. Cit. Pág. 65.

<sup>13</sup> Cuello Calón, Eugenio. - Op. Cit. Pág. 96.

<sup>14</sup> Sainz, José A. El Delito de Apropiación Indebida. Pág. 21.



como un asunto privado entre delincuente y víctima, por lo que esta acudía al auxilio de cierta divinidad para descubrir y vengarse del delincuente; parece que el robo de ganados era muy frecuente, mas no se miraba como hecho afrentoso, sino como acción hazarosa, de guerra o cacería. Es digno de mención el hecho de la responsabilidad colectiva a que estaban sometidas las tribus por cuyo territorio cruzaba la carretera de Hércules que iba desde Pirineo a Cádiz por el litoral, las cuales debían responder de los agravios sufridos por los caminantes que por ella transitaban. Esto no obstante, el desarrollo que alcanzó la clientela hace pensar en la gran diferencia con que el poder social miró los delitos que solamente afectaban a los intereses privados<sup>14</sup>.

La Lex Visigothorum, denominada más tarde Fuero Juzgo (641-652), se consagra en gran parte al Derecho Penal, en donde si alguna vez aparecen principios generales es en forma muy rudimentaria, y entre los cuales se pueden citar: la pena tiene como fin ora la intimidación ora la prevención de los delitos, las penas son personales, deben recaer sobre el autor del delito, no sobre otras personas, a diversos delitos deben corresponder diversas penas; la ignorancia de la ley penal no puede alegarse como excusa. Mucho han discutido los historiadores sobre el valor y mérito de este Código, en el se encuentran preceptos de gran dureza, el talión, la bárbara penalidad, la desigualdad ante la ley, etc. – y aun se podría alargar esta enumeración, pero esta inhumana severidad, esta injusticia, eran propias de la época y se hallan, cuando no mayores, en las leyes de otros países; por el contrario, hay disposiciones en las que domina un vigoroso sentido de justicia, como aquella en que se establece que la responsabilidad será estrictamente personal, pero el aspecto más progresivo de este cuerpo legal está sin duda alguna en la organización pública y oficial de la función penal, que absorbe por completo la represión sin dejar intervención alguna a la venganza de la sangre, de la que aquí no se encuentra la menor huella<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Cuello Calón, Eugenio - Op. Cit. Pág. 101

Por lo que hace a los fueros municipales de la antigua España los delitos contra la propiedad se castigan con gran severidad, como en Cáceres y en Abage, donde se pena con la horca al que robe arvas de noche; en Salamanca se ahorca a los ladrones y a los jugadores; en Palenzuela se arrancan los ojos al ladrón, en Béjar se les despena o mutila; en Madrid los ladrones moros son muertos o mutilados; en cambio en otros fueros los atentados contra la propiedad se penan solamente con penas pecuniatias<sup>16</sup>.

Otra legislación local, de interés para la historia del Derecho Penal en Cataluña, son las costumbres de Lérida (Consuetudines Ilerdenses), recopiladas por Guillermo Botet en 1227, quien reunió todas las normas que regían de esta Ciudad, tanto de procedencia real como consuetudinaria (140-141). En estas, los hurtos y robos originaban el pago de un múltiplo de lo robado o la mutilación de un miembro en caso de insolvencia<sup>17</sup>.

En virtud de que estos y otros fueros regían en la mayor parte de las ciudades y villas, y con el objeto de unificar esta legislación, Alfonso X da a sus reinos un Código único, el fuero real (1255), "cuya autenticidad no puede negarse, estaban tomadas en gran parte de los mejores Fueros precedentes. Esta especie de Código se hallaba destinada a reemplazar a todos los demás; diósele diversos nombres: Fuero del libro, Fuero Castellano, Flores de las Leyes, pero prevaleció el nombre de Fuero Real"<sup>18</sup>.

El Fuero Real se halla dividido en cuatro libros, donde están bien distribuidas y metódicamente colocadas las materias: el primer libro del Fuero Real contiene una serie de prescripciones relativas a la doble majestad de la religión y de la monarquía; el libro segundo trata de los juicios y del procedimiento; el tercero de las materias civiles tales

---

<sup>16</sup> Cuello Calón, Eugenio - Op. Cit. Pág. 121.

<sup>17</sup> Cuello Calón, Eugenio - Op. Cit. Pág. 121

<sup>18</sup> Du Boys, Alberto. Historia del Derecho Penal. Págs. 116 y sigs.

como los matrimonios, sucesiones y contratos; el cuato es relativo a la legislación criminal.

El Fuero Real castigaba los delitos contra la propiedad con penas pecuniarias, pero en el caso de insolventes se imponen mutilaciones y en el de reincidencia hasta la muerte; péñase también con esta al ladroñ de caminos y de iglesias.<sup>19</sup>

Posteriormente, con la creación de las Siete Partidas la legislación penal de España se perfecciona llegándose a definir el delito, se enumeran causas de exención, de atenuación y de agravación de la penalidad, mátese de modo rudimentario las materias de la tentativa y de la complicidad y no se olvida el problema de la prescripción. La pena tiende a la reparación pecuniaria del daño causado y al escarmiento, que es la pena propiamente dicha, el escarmiento tiene dos fines: uno el escarmiento en sentido estricto, es decir, la expiación, la retribución, otro es la intimidación, el que los demás se guardan de delinquir por miedo a la pena. En nuestro tema de estudio, los delitos contra la propiedad en algunos casos se castigan solamente con la pena pecuniaria: los hurtos con una multa del doble o cuádruplo de la cantidad hurtada, en caso de robos, además de estas se imponen también penas corporales; a los piratas, ladrones de caminos, y a los que roban con violencia en perjuicio de la iglesia y del fisco real, pena de muerte.<sup>20</sup>

La nueva recopilación (1567) de Felipe II, consagra en su Libro XII a la materia penal, y no es más que una compilación del derecho existente analoga a las anteriores en la que se hallan reunidas un enorme número de disposiciones de todo género. Sin embargo, en el orden penal encuéntranse algunas, especialmente de Carlos III, que denotan un influjo del sentido de humanización de la legislación ya manifiesto en ciertos países. Entre estas deben citarse las que suprimen las penas perpetuas, introduciendo, para los reos más

<sup>19</sup> Cuello Calón, Eugenio - Op. Cit. Pag. 124

<sup>20</sup> Cuello Calón, Eugenio - Op. Cit. Pag. 127

graves, la llamada *cláusula de retención* que se rima por nuestros penalistas como un precedente de la sentencia indeterminada. Entre las disposiciones de extrema crueldad está aquella en la que se ordena que todo individuo mayor de diecisiete años, que dentro de la Corte y en las cinco lenguas de su castro y distrito robe a otro con o sin acometimiento, con o sin muerte o heridas, se le imponga, como también a sus cómplices, pena capital. Esta penalidad por pragmática posterior extendiéndose a los hurtos domésticos. Mas, ahora aún son las penas conminadas por Felipe IV contra ladrones y saltadores de caminos, estas eran ahorcados y descuartizados y también podían ser muertos libremente por cualquier persona y el que los matara tenía derecho a cobrar un premio o ralla señalada para el que lograra entregarlos vivos o muertos.<sup>21</sup>

En los comienzos del siglo XIX la legislación penal española estaba contenida en la Novísima Recopilación. Entre y como Derecho Supletorio las Partidas, constituían las normas aplicables en materia criminal. Y como ambos cuerpos legales estaban integrados, casi por completo, o por disposiciones que provenían de la Edad Media o por leyes más modernas cronológicamente, pero absolutamente medievales por su severidad y dureza, resultaba que, cuando en otros países comenzaba a abrirse paso un derecho penal humanitario que representaba una completa ruptura con la bárbara legislación criminal anterior, nosotros poseíamos y aplicábamos aún un sistema represivo que ya por entonces se miraba inhumano e indigno de un pueblo culto. La pena de muerte seguía aplicada a los que robasen en cualquier parte del Reino cinco ovejas, o valor de una peseta en Madrid, y en este punto no solo estaba la aplicación en las leyes, sino que pocos años se ejecutaban éstas con una severidad draconiana.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Cuello Calón, Eugenio - Op. Cit. Pág. 131

<sup>22</sup> Cuello Calón, Eugenio - Op. Cit. Pág. 136

Después de varios proyectos de Código criminal se sancionó en 1838 un código que entró en vigor el 1.º de julio del mismo año. Este está dividido en tres libros, en el primero se desarrolla lo que llamamos parte general, en el segundo definimos los delitos y las penas correspondientes y en el tercero las faltas y sus penas. El libro primero define el delito y la falta, determinando los estados posibles de su vida, las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, las que la atenúan y las que la agravan, declara quienes son las personas criminal y civilmente responsables de los delitos y de las faltas, especifica las penas que pueden imponerse, así como su contenido; detta reglas para aplicarlas, determina los modos de su ejecución, regula la materia de la responsabilidad civil, establece las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias y los que durante una condena delinquen de nuevo, y por último, regula la prescripción de las penas.

El libro segundo define los delitos y establece sus penas. Aquellos están agrupados en catorce título (delitos contra la religión, contra la seguridad interior del mismo y contra el orden público, vagancia y mendicidad, juegos y rifas, delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, delitos contra las personas, delitos contra la honestidad, delitos contra el honor, contra el estado civil de las personas, delitos contra la libertad y seguridad, delitos contra la propiedad)<sup>24</sup>

La reforma penal de mayor trascendencia fue la promulgación de un nuevo Código Penal aprobado el 8 de septiembre de 1928, entrando en vigor el 8 de septiembre de 1929. Conservada una estructura análoga a los del Código del año 1830, y como éste constaba de tres libros, el primero consagrado a los preceptos fundamentales referentes a la ley penal, al delito (grados de responsabilidad criminal, irresponsabilidad, causas de justificación, atenuación y agravación de la responsabilidad, etc.), a la pena y a las medidas de seguridad (sus clases, su duración y efectos, aplicación y ejecución, etc.). El libro segundo definía los delitos y establecía sus penas y el libro tercero trataba de las faltas y sus penas. Por tanto

<sup>24</sup> Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. Pág. 141.

puede decirse que en realidad son las que legalmente tienen aplicación introducidas en el artículo de 1870 con su primer contenido idéntico al del artículo primero y las mismas ideas directrices<sup>21</sup>.

## 2.- EL DELITO DE ROBO EN MEXICO.

### 2.1.- EPOCA PREHISPANICA.

Los datos que la historia nos proporciona y los juicios que sobre ellos se formulan nos inducen a pensar que los pueblos indígenas en la época precortesiana, estaban estructurados desde un punto de vista mayoritario en verdaderas organizaciones políticas, jurídicas, afirmación que nos lleva a la conclusión de que en dicha época había múltiples estados, aunque no un "estado unitario" en la acepción neta del concepto. Precediendo de las tribus nómadas que se desplazaban en la porción norte del territorio nacional, casi todos los pueblos descendientes de las grandes civilizaciones maya y náhuatl o emparentadas con ellas, tenían una organización política y jurídicamente establecida por su derecho consuetudinario, traducido en una variedad de usos y prácticas sociales cuya técnica primordial era la religión y su culto.

La idea de soberanía entre los antiguos mexicanos era de tipo personal, depositada en el tlatoamí o tlacatecuhtli (rey), que no sólo se imponía las demás autoridades, militares, administrativas, judiciales o sacerdotales y a su propio pueblo, sino a numerosos pueblos sometidos y tributarios. Cua Flores García que en las narraciones de Díaz del Castillo se describe la manera y persona del gran Moctezuma y que de cuán grande señor era. Era un soberano, un gobernante con atribuciones vastas para tomar decisiones sin necesidad de consultar opiniones ni propias de sus súbditos ni extrañas, a quien se le respetaba al grado de la sumisión y reverencia. Tenía sobre docientos principales de su guarda en ornas, sabas patio

<sup>21</sup> Cuello Calón, Eugenio • Op. Cit. Pág. 143

a las suya, y éstos no para que hablasen todos con él, sino cuál y cuál, y cuando le iban a hablar se habían de quitar las mantas ricas y ponerse otras de poca valia, mas habían de ser limpias, y habían de entrar descalzos y los ojos bajos, puestos en tierra, y no mirarle a la cara, y con tres reverencias que le hacían, le decían en ella: " Señor, mi señor, mi gran señor, primera que a él llegasen"<sup>25</sup>.

Por lo que hace a la noción de justicia de los indígenas, cita Flores García: " para poder cumplir con su misión, el Estado tiene que poseer supremo poder, el poder supremo capaz de imponerse incondicionalmente a todo individuo y a todo grupo particular. Por eso, el Estado tiene el monopolio del poder físico, incluso el poder de matar. Sobre este monopolio del poder de matar descansa la esencia del Estado. Con este monopolio tenemos el Estado, sin tal monopolio, el Estado no existe. Con esto no solo tenemos el fundamento de la pena de muerte, sino también el fundamento del derecho y del poder de romper o aplastar toda resistencia, incluso mediante la muerte, en caso necesario"<sup>26</sup>.

Tomando las versiones de los principales historiadores, comencemos por el pueblo maya, quienes tenían principios normativos de carácter consuetudinario que regulaban con gran detalle, materias que actualmente se consideran en la temática del Derecho Civil, y acerca de la regulación de delitos y las correspondientes sanciones aplicables a los infractores, el pueblo maya se amoldaba al rasgo característico de los pueblos de su nivel cultural que denota una severidad estricta, que se traducía en caso de faltas, en el resarcimiento del daño ocasionado y, tratándose de delitos graves, podía llegar a la esclavitud y a la muerte. En cuanto al sistema de administración de justicia, entre los mayas se observa que la forma de designación de justicia, entre los mayas se observa que la forma de designación de los jueces

---

<sup>25</sup> Flores García, Fernando. La elevada concepción e impartición de justicia en algunas organizaciones Estatales de Mesoamérica. Pág. 730

<sup>26</sup> Flores García, Fernando. Op. Cit. Págs. 730y 737

a los que se denominaba Batab, los que tenían también atribuciones y facultades políticas, era por delegación que el soberano o cacique les confería. Todo lo anterior consolida nuestro parecer de que entre los aztecas, los toltecas, los mayas, se reunían fácticamente los elementos que en el mundo occidental y años más tarde, se habían de reclamar doctrinariamente para constituir un Estado. Condiciones que hemos pretendido demostrar existían entre dichas civilizaciones indígenas, que conjugaron una población numerosa, organizada y asentada sobre un territorio definido una clase directora que asumía el poder público y encargada de las funciones generales; que se regieron por un sistema jurídico consuetudinario y que captaron la idea de mando soberano de autodeterminarse.<sup>27</sup>

Por lo que respecta al pueblo texcocano, ellos compilaron las antiguas costumbres, añadieron nuevas disposiciones, formaron, diríamos así, los códigos civil y criminal, determinando la categoría y atribuciones de los jueces, reglamentando la administración de justicia y el número y la importancia de los tribunales. Y no pocas veces los reyes de México, sometieron a los tribunales y reyes de Texcoco, la resolución de los casos arduos que ante los primeros se presentaban; que tanta fama así habían adquirido estos de inteligencia y equidad en la resolución de las contiendas jurídicas.<sup>28</sup>

Refiriéndonos a la Organización y Legislación azteca podemos afirmar que los reyes y los jueces eran los legisladores; unos y otros, al castigar algún delito o al fallar en algún negocio, sentaban una especie de jurisprudencia, pues el castigo en materia penal se sentía como un ejemplo que era repetido más tarde en idénticas circunstancias y el fallo en cuestiones civiles, como una ley que se observaba fielmente en posteriores ocasiones. La legislación azteca tenía que responder a la situación social y política de los mexicanos, así como a su propia teogonía, los delitos eran múltiples, con especial referencia al desacato o

---

<sup>27</sup> 27 - Flores García, Fernando Op Cit Pág. 740

<sup>28</sup> 28 - Flores García, Fernando Op Cit Pág. 777.



desobediencia al superior. Dos eran sus principales fuentes: la violación a una regla de vida antigua y tradicional, que representaba el fundamento moral de aquella sociedad, y la ofensa al soberano, ya fuera directa o implícita en la usurpación de sus funciones.<sup>29</sup>

Efectivamente, desde un punto de vista objetivo, las penas de los aztecas fueron crueles e inhumanas. Nadie en sus cabales se atrevería a negar esa verdad que hoy es evidente. Mas, esa verdad considerada en su momento histórico, cambia las perspectiva y hace el juicio diferente. Continúa señalando Salvador Martínez y Martínez: "Pero pues los romanos por algún tiempo tuvieron ley de las Doce Tablas de las cuales ellos tanto se jactaron, que hurtando de noche, y aún pisando o cortando las espigas de los sembrados en los campos, si era mancebo de edad lo mandaban matar, sacrificándolo a la diosa Ceres con mas rigor que si hubiese sido homicida, y si era menor de edad, por albedrío del pretor era azotado y pagaba lo hurtado y daño hecho con el doble; no era maravilla que otras gentes bárbaras usasen de aquel rigor que por cualquier cética cosa que hurtasen, fuesen con pena de muerte punidos... Menos deben ser juzgadas por rigurosas estas nuestras indianas gentes por aquella ley que hacia esclavo al que hurtase algunas mazorecas de maíz, antes parecen haber tenido mas discreción y equidad que las otras naciones, y con ellas los romanos, pues permitian que la primera ringlera de sus trigos o maizales junto al camino, pudiesen coger y gozar de ellas los caminantes"<sup>30</sup>.

Los antiguos mexicanos no tuvieron de la propiedad individual el amplio concepto que de la misma llegaron a formarse los romanos. El triple atributo de que estos investían el derecho de propiedad, o sea la facultad de usar, de gozar y de disponer de una cosa (uti, frui, abuti) la plena in re potestas, correspondía solamente al monarca. Sin embargo, cronistas e

<sup>29</sup> Flores García, Fernando - Op. Cit. Pág. 743

<sup>30</sup> Martínez y Martínez, Salvador - Las XII Tablas - Un argumento a favor de la Legislación Penal Azteca - Pág.93 y sigts.

historadores nos indican las costumbres observadas en los reinos de Acapulcanco, México y Tacuba, en materia criminal, puesto que la pena que se aplicaba a los autores del delito de robo variaban según era la cosa robada, el valor de la misma y el lugar en donde se había verificado el robo. El que hurtaba cosa de poco valor era condenado a restituirlo o pagarla, en caso de que no pudiese restituirla, ni pagarla, quedaba como esclavo del dueño de la cosa que había robado. El que robaba en un mercado era muerto a pedradas por los señores mercaderes. El robo en un templo merecía la pena capital y sufría el mismo castigo quien robaba armas e insignias militares. El hurto de mazorecas de maíz, en número menor de veinte, se castigaba con multa, y si eran más de veinte, con la pena de muerte.<sup>11</sup>

Las Ordenanzas y las Ochenta leyes de Nezahualcóyotl, que nos hace conocer su descendiente Don Fernando de Alva Ixtlilxochitl, contiene una exposición detallada de los delitos y de las penas en el derecho azteca. Específicamente, por lo que hace al delito de robo, podemos mencionar las siguientes disposiciones: "si alguna persona hurtaba en cantidad y se averiguaba, el tal ladrón fuese esclavo de la persona cuyo era lo que hurtó, y si la persona no lo quería, fuese vendido a otra parte para pagarle su robo"<sup>12</sup>. "El que en el mercado hurtaba algo, era ley que luego públicamente en el mismo mercado lo mataren a palos". Ahorocaban a los que hurtaban cantidad de mazorecas de maíz o arrancaban algunos mazorcales, excepto si no era de la primera ringleta que estaba junto al camino, porque de esta tenían los caminantes licencia de tomar algunas mazorecas para su camino.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Mendieta Nuñez, Lucio. El Derecho Precolombio. Pág. 259

<sup>12</sup> González de Cossío, Francisco. Apuntes para la Historia del Jur. Pujendi en México. Págs. 44 y sigts.

## 2.2. EPOCA COLONIAL.

Establecida la autoridad española en los campos del Anahuac, comenzó a ejercerse esta de acuerdo con las necesarias normas jurídicas. Los ordenamientos de Cortes y leyes reales, el Fureo Real y el Liber Iudiciorum, y las Partidas. Aplicábanse asimismo las Leyes de Toro, que incluían algunas disposiciones del Ordenamiento de Alcalá de 1348, promulgadas aquellas en 1503, y el Ordenamiento de Toledo, vigente desde el año de 1480. El derecho romano, por otra parte, aunque no oficialmente, servía de fuente de interpretación, y a veces informaba algunas reglas prácticas y fundaba los alegatos de los juristas. Sin embargo, la nueva situación que representaban las tierras descubiertas y la diferencia de usos y costumbres de sus habitantes hicieron inaplicable poco a poco el derecho castellano y dieron nacimiento y desarrollo al nuevo derecho indiano, que en rigor nació su vida apenas descubierto el mundo occidental<sup>33</sup>

Por lo que hace al ejercicio de la acción penal, la iglesia concurre en aquellos tiempos con el Estado en la persecución y castigo de los delitos y a consecuencia de ello los delitos y los pecados se confundían con tanta más. Apartejadas a las nuevas doctrinas venían también, entre otras, las distinciones entre la filosofía y la teología, entre la razón y la fe. Durante mil años lo civil y lo político estuvo absorbido en lo religioso, lo natural en lo sobre natural, y el Estado en la Iglesia. Habituaado el mundo a vivir bajo el estricto régimen de esta, cuyo poder se hacía sentir en todos los ámbitos de la sociedad, era inexplicable se considerara como una necesidad indiscutible y clara la existencia de una autoridad superior y única, a quien por delegación de los poderes de Cristo le estaba reservada la jurisdicción espiritual y temporal del orbe. La potestad sacerdotal podía ser únicamente juzgada por Dios, y por ello el poder de los reyes y emperadores, aunque verdadero, se entendía como delegado por la iglesia<sup>34</sup>

<sup>33</sup> González de Cossío, Francisco - Op. Cit. Pág. 71

<sup>34</sup> González de Cossío, Francisco - Op. cit. Pág. 209

De conformidad con la exposición doctrinaria de Solórzano, citado por González de Cossío, aparecen ante nosotros los fundamentos concretos de la acción pública enderezada a la administración de la justicia y a la persecución y castigo del crimen en el cuerpo legislativo publicado bajo el nombre de Leyes de Indias (1681). En esta compilación los delitos se castigaban con toda severidad por tres causas: a) para pena y escarmiento del que los cometa; b) para satisfacción de los que por causa de ellos se hallaren damnificados, y c) para ejemplo de quienes se atrevieran a perpetrarlos.<sup>35</sup>

En materia específicamente penal, los fiscales tenían a su cargo la prosecución de los procesos penales, con la prohibición de acusar sin proceder delator, salvo hecho notorio, o cuando fuese hecha pesquisa, en la inteligencia de que dicho funcionario no tenía necesidad de dar fianza de calumnia, ni para costas, la pesquisa consistía en la averiguación que el juez hacía del delito y del delincuente, excitado por delegación judicial o por noticias extrajudiciales, cuyo modo de proceder se llama "de oficio". Los jueces ordinarios podían hacer pesquisas, así como también los especialmente diputados al efecto, sobre hechos y personas determinadas. De todo ello podemos concluir que el régimen que privó en dicho período, a pesar del idealismo contenido en su legislación, se caracterizó por el absolutismo de los monarcas españoles, cuyo poder no estaba limitado por norma jurídica alguna.<sup>36</sup>

### 2.3 EPOCA INDEPENDIENTE.

México nació jurídicamente a la vida independiente con el Decreto del 6 de octubre de 1821, publicado por acuerdo de la Soberana Junta Imperial Provisional Gubernativa, instalada en la Ciudad de México el 28 de septiembre del mismo año, como parte complementaria al Plan de Iguala y al Tratado de Córdoba. No obstante que desde la iniciación de la

---

<sup>35</sup> González de Cossío, Francisco.- Op. cit. Pág. 220.

<sup>36</sup> González de Cossío, Francisco.- Op. cit. Pág. 226.

independencia en el año de 1810 no se contaba con las condiciones adecuadas para conducir al país con madurez jurídica y se conservaba en vigor la legislación heredada de la colonia y que no era otra que la misma de España, con las adaptaciones propias del coloniaje. España empleó para con sus colonias, inclusive la Nueva España, un régimen asimilador, las consideró como parte integrante del territorio nacional; pero al mismo tiempo permitió ir dibujándose un esbozo de personalidad particular en cada uno de sus virreynatos, lo que dio por resultado el nacimiento de normas jurídicas propias de cada uno, de acuerdo con sus particulares problemas.<sup>47</sup>

México independiente se encontró con las disposiciones contenidas en las principales leyes de uso en España como la Novísima Recopilación (1805) y la Recopilación de Indias (1869), la que siguió aplicando durante varios años, aun cuando, como ya hemos dicho, se desvió sensiblemente de la legislación española. Por lo que se refiere a la materia penal, las reformas fueron lentas, ya que nuestro país estaba dedicado fundamentalmente a resolver las crisis constantes que se le presentaban, por lo que hubo de prestar atención especial a sus Constituciones, en las que aparecen, sin embargo, jirones de libertad en los artículos relacionados con nuestra materia y las aspiraciones de nuestro pueblo contenidas en las leyes que expidieron los insurgentes, que si bien no tuvieron vigencia, expresan sus anhelos y esperanzas.<sup>48</sup>

Son los constituyentes de 1857 los que establecen en forma sistematizada las bases del Derecho Penal Mexicano, y en 1900 cuando se lleva a cabo una reforma al artículo 96 de la Constitución, adicionándola de un elemento de suma importancia: "La ley establecerá y organizará los Tribunales de Circuito, los juzgados de Distrito y el Ministerio Público de la

---

<sup>47</sup> González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado y la Reforma de las Leyes Penales en México. Págs. 18 y 19.

<sup>48</sup> Cárdenas, Raúl F. El Derecho Penal en México desde la Independencia hasta la República restaurada. Pág. 327.

Federación", por lo que en base a este principio no podemos dejar de mencionar la Ley Penal de San Luis Potosí contra Ladrones y sus cómplices, del 18 de septiembre de 1851. El texto de dicho documento dice así: "Título Primero de las penas. Art.- 1. El culpable de robo con violencia en la persona, será sentenciado a muerte; Art.- 3. El culpable de robo con violencia en las cosas será condenado de uno a dos años de presidios; Art.- 4. El culpable de hurto en el que no hubiere violencia ni en las cosas ni en las personas será condenado a obras públicas desde por cuatro meses hasta por seis años". Por lo que hace al procedimiento penal del citado cuerpo de leyes, podemos referirnos al artículo 17, que prevé que la calificación de los delitos de robo se hará por un jurado compuesto por cinco individuos, y por lo que respecta al destino de las cosas robadas, dice el artículo 33 que las mandará al juez que se depositen en persona segura, previo el inventario respectivo, para entregarse a los legítimos dueños oportunamente, bajo las pruebas de su preexistencia y propiedad<sup>29</sup>.

Por otra parte, el Código Penal para el Estado de Veracruz llave 1835, se refería al robo, en su artículo 687 de la siguiente manera: "La simple sustracción fraudulenta de cualquier cosa ajena, no habiendo circunstancia alguna agravante de las que después se expresarán, será castigada por una pena que ni baje de dos meses de trabajo de policía, ni exceda de cuatro años de trabajos forzados"; y continúa en su artículo 705 "Si la cosa robada fuere algún vaso sagrado o cualquier efecto formalmente consagrado, sufrirá el ladrón la pena de trabajos perpetuos sin lugar a conmutación; a no ser que al verificarse el robo se cometieran escandalosos desacatos o profanaciones con las especies sacramentales, en cuyo caso se le impondrá la pena capital..."; y concretamente en nuestro tema de estudio se refiere en su artículo 710, el robo entre parientes de la siguiente forma: "El marido que ataca la propiedad de su mujer, la mujer que ataca la de su marido, el viudo o viuda que ataca la que hubiere pertenecido a su difunto cónyuge, el padre o madre que ataca la de sus hijos o descendientes; los hijos o descendientes que atacan la de sus padres o madres u otros

<sup>29</sup> González de Cossío, Francisco. Op. Cit. Págs. 283 y sigts.

ascendientes, el hermano que ataca la de su hermana, no quedan sujetos sino hasta la restitución y resarcimiento. Pero todos aquellos que hubieren participado a sabiendas de la cosa hurtada, o que los hubieran auxiliado, serán castigados como reos de robo, o como auxiliares<sup>40</sup>

El proyecto del código Criminal y Penal de 1851-1852 define ya en su artículo 632 el delito del hurto de la siguiente manera: "Son reos de hurto con los que con ánimo de lucrarse para sí o para otros y sin violencia, ni intimidación a las personas, ni fuerza en las cosas, toman o se apoderan de las cosas, muebles o semovientes sin la voluntad del dueño", concibiendo igualmente la idea del hurto en el artículo 633. "Son también reos de hurto los que con ánimo de lucrarse negaren maliciosamente haber recibido dinero u otra cosa, mueble o semoviente que se les hubiera entregado el préstamo, depósito o por otro título que obligue a la devolución o restitución", y por lo que respecta al robo entre parientes, no lo concibe como tal en su artículo 650, que en la letra dice: "La sustracción fraudulenta que un cónyuge hiciere a su cónyuge, un viudo o viuda a los bienes de su consorte difunto, los ascendientes a sus descendientes, o un hermano a su hermano, no será juzgado ni castigado como hurto o robo y los responsables solo quedaran sujetos a la restitución o resarcimiento de daños y perjuicios. Pero los cómplices o auxiliares serán castigados como reo de hurto o robo según su clase". Podemos notar que este proyecto de Código Penal diferenciaba el robo del hurto, ya que el primero era definido en el artículo 638: "Es robo la sustracción de una cosa ajena hecha con violencia, o usándose de armas, o intimidando al tenedor de ella, o a los que existan en el local en que se hallare"<sup>41</sup>

La misma concepción anterior adopta al Código Penal para el estado de Veracruz Hlave de 1869, decretado por el Congreso Estatal el 18 de Diciembre de 1868 y proyectados por el

<sup>40</sup> Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leyes Penales Mexicanas. Tomo I. Págs. 98 y sigs.

<sup>41</sup> Op. cit. - Tomo I Págs. 172 y sigs.

C. Magistrado Fernando J. Corona, que varía únicamente en cuanto a su forma en la redacción<sup>42</sup>

Es en el año de 1868 cuando el polímico de Don Benito Juárez encargó a los abogados Antonio Martínez de Castro, Manuel Ortiz de Montellano y algunos otros la elaboración de un proyecto definitivo del Código Penal, dando como resultado el Código Penal promulgado en Diciembre de 1871, aplicable a los delitos comunes del Distrito Federal y Territorios de la Baja California y en toda la nación en materia de delitos federales. Este Código fue la manifestación lógica y bien coordinada del estado de los conocimientos científicos de la época acerca de la función punitiva del Estado y "supo el señor Martínez de Castro dar a cada delito su fisonomía especial, y salvar pudo, con tino maestro, el abismo peligrosísimo de las definiciones de cada infracción punible"<sup>43</sup>

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871 define, en su artículo 386, al delito de robo así: "Comete el delito de robo: el que se apodere de una cosa ajena mueble, sin derecho, y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley", y prevé desde un punto de vista diferente al Código Penal para el Estado de Veracruz Hlave de 1869, el concepto de robo entre parientes: " Artículo 373 El robo cometido por un cónyuge contra el otro, si no están divorciados, por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquel; no produce responsabilidad criminal contra dichas personas"<sup>44</sup>

Posteriormente la Comisión Revisora del Código Penal de 1871, presenta un Proyecto de Reformas al Código Penal publicado en febrero de 1914 por el Presidente de la Comisión Revisora del Código Penal, Licenciado D. Miguel S. Macedo, el cual tuvo como base de su

<sup>42</sup> Op. cit.- Tomo I Págs. 187 y sigts.

<sup>43</sup> González de Cossío, Francisco. Op. cit. Pág. 300

<sup>44</sup> Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tomo I Pág. 410.



labor respetar los principios generales del Código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones, y limitarse a incorporar en él nuevos preceptos, o a las nuevas instituciones cuya bondad se puede estimar ya equitativa, y cuya admisión es exigida por el estado social del país al presente, y a enmendar las obscuridades, las incoherencias, las contradicciones, aunque sólo sean aparentes, y los vacíos que han podido notarse en el texto del Código, por más que no afectan su sistema". Tales manifestaciones son vertidas en la exposición de motivos del proyecto de reforma al Código Penal, quien sustenta las bases para la creación del Código Penal para el distrito y territorios Federales de 1929<sup>45</sup>.

El Código Penal de 1929, derogatorio del de 1871, promulgado por el entonces Presidente Portes Gil, nació bajo el desideratium de aplicar en toda su pureza la doctrina del estado peligroso, fundándose en el principio de "no hay delito, sino delincuentes". No obstante que tal era la inspiración bajo cuyo signo nació el Código de 1929, éste no cumplió su objeto, ni técnicamente ni en la práctica de su aplicación, debido a sus omisiones, contradicciones y yuxtaposiciones de definiciones teóricas, inoportunas para la persecución de los delitos, pero que dificultaban la aplicación sencilla de sus principios sustantivos<sup>46</sup>.

Podemos hacer notar lo anterior en la exposición de motivos cuando se refiere al delito como acto ilícito: "El delito cae bajo el dominio de un grupo de problemas psíquicos: los de la voluntariedad. Problema es este de los más complejos de la contienda filosófica. En libertad, el delito es voluntad desplegada contraria a la libertad. Pero ¿qué es lo voluntario y a qué categoría pertenece la voluntariedad criminal? Lo voluntario es: lo que procede o depende de nosotros, en proyecto o en realización, en desecho o en logro. Lo voluntario criminal es: el mal intentado o consumado que procede o depende de nosotros"<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tomo II. Pág. 10.

<sup>46</sup> González de la Vega, Francisco. Op. cit. Pág. 27.

<sup>47</sup> Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tomo III. Pág. 22.

Substancialmente el Código de 1929 proponía un criterio objetivo del crimen, como el Código derogado, toda vez que la pena se aplicaba, no en razón de la mayor o menor gravedad del peligro, sino de las circunstancias atenuantes y agravantes, que eran las que en realidad regulaban su duración y alcance.

En otro orden de ideas, obedeciendo a un deseo generalmente manifestado en diversos sectores del pensamiento mexicano, el propio licenciado Portes Gil organizó una comisión que se encargara, no de llevar adelante una simple depuración del Código de 1929, sino de su total revisión. Así fue como nació el Código Penal de fecha 14 de agosto de 1931, vigente en la actualidad. Entre las orientaciones que normaron la Comisión Redactora fue la fórmula: "no hay delitos, sino delinquentes" y no hay delinquentes sino hombres; "el delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son múltiples, es un resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc., pero fundamentalmente, por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público y de seguridad y de orden".<sup>38</sup>

El Texto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931, señalaba en su artículo 378 el robo entre cónyuges definiéndolo de la siguiente manera: "El robo cometido por un cónyuge contra otro, por un suegro contra su yerno o su nuera, por el cónyuge contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano, produce responsabilidad penal, pero se podrá proceder contra los delinquentes sino a petición del agraviado".<sup>39</sup>

<sup>38</sup> González de la Vega, Francisco— Op. Cit. Pág. 30.

<sup>39</sup> Leyes Penales Mexicanas Tomo III— Op. Cit. Pág. 352.

Para no hacer intervenir a la autoridad oficialmente en los conflictos de la intimidad familiar, prefiere la ley dejar a la decisión de conyuge o parentes ofendidos, el juicio de la conveniencia de la persecucion

CAPITULO II  
ANTECEDENTES HISTORICOS  
DEL MATRIMONIO.

## II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO.

### L.- EL MATRIMONIO EN LA ANTIGÜEDAD.

En los albores del derecho antiguo, cuando la vida tiende a una mayor organización, bajo el imperativo de la conservación de la concordia y de la paz, puesto que el orden social tiene que prevalecer para la conservación de la tribu y del pueblo, encontramos una legislación primitiva, dictada siempre ante la necesidad del logro de formas pacíficas de convivencia, todo ello determinado por el Derecho Natural.

En algún tiempo y por diversos investigadores, se sostuvo la teoría de que en las primeras etapas de la humanidad, los seres humanos vivieron en hordas en las cuales imperaba una absoluta promiscuidad sexual y el hombre más fuerte poseía el harem más grande. No obstante, analizando dichas teorías, se puede afirmar que no existe ninguna evidencia ni en los seres paleolíticos, ni en los grupos sociales más primitivos que en la actualidad subsisten, de que jamás hayan existido tales condiciones.<sup>1</sup>

Entre las leyes hebreas encontramos el respeto al vínculo matrimonial, que consideraban instituido por Dios (Gen. 2: 23-24) y protegido por sus mandamientos (Ex. 20:14-17) y por la ley (Lev. 20:10). Pese a lo anterior el matrimonio, bajo la antigua ley, no era un sacramento ni existe mención alguna sobre un ritual especial, sino se trataba simplemente de un compromiso. Posteriormente la costumbre estableció ciertos ritos, tales como la procesión matrimonial y la fiesta de boda, que adquirieron aparentemente un carácter ritual, estableciéndose inclusive, ciertas prestaciones prenupciales, condicionadas al feliz éxito de la unión. El mismo derecho hebreo prevé determinadas sanciones a la infidelidad marital y a la violación de la mujer no desposada (Ex. 22:16-17) (Deut. 22:28-29), lo que establece un

---

<sup>1</sup> Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Evolución Histórica del Derecho Penal Familiar. Tomo IV. Pág. 3501

principio institucional a la unión en matrimonio, con el tiempo de la unión libre, no sancionada por la ley.<sup>2</sup>

Las leyes hebreas establecieron diversas normas sobre los matrimonios, limitándolos y prohibiéndolos dentro de ciertos grados de parentesco, instituyéndose, entre otras, la norma del Levitico y aunque en la época de los patriarcas se permitió la poligamia y se le habia dado reconocimiento en la Ley de Moisés (Ex. 21:9-10) no se fomentó, más que entre los nobles y los reyes. Estos cuadros del derecho hebreo vienen a presentar ya un principio de orden a diferencia de otros pueblos que aún vivían en la promiscuidad, época esta en que aún no había realmente familia. Dichas sociedades primitivas se estructuraban en función al matrimonio pues la existencia de la promiscuidad, excluía la posibilidad de considerar al matrimonio con las características que le son propias. La integración genética se formaba por la búsqueda por el hombre, de mujeres de otros grupos y muchas veces, insatisfecha la proporción, hubo de recurrirse a las uniones colectivas, lo que excluyó la idea de la paternidad y determinó la filiación únicamente en función de la madre.<sup>3</sup>

Con el tiempo, el matrimonio hebreo adquirió un ritual especial consistente en dos etapas: los esponsales o desposorios y las nupcias. Los esponsales era el matrimonio propiamente dicho, esto es, la parte contractual, la aceptación recíproca de darse uno al otro en matrimonio. Posteriormente e esta fase, los desposados permanecían cada uno en su casa dando tiempo para que el marido adquiriera el meñaje de casa y los bienes necesarios para el establecimiento en común, comprados con el dinero de la dote. Transcurrido ese lapso se llevaban a cabo las nupcias en casa del esposo, que incluían una celebración pública que se prolongaba por varios días y culminaba con la exhibición de las ropas ensangrentadas de la virgen desposada, para probar su virtud. Giuseppe Riccicotti, en su obra " Vida de Jesucristo "

<sup>2</sup> Capetillo Robles Gil, Alberto. Estudio sobre los Regímenes de bienes en el matrimonio. Pág. 12

<sup>3</sup> Capetillo Robles Gil, Alberto - Op. Cit Págs. 14 y sigts.

(Trad. de Juan G. de Frances, Editada por Luis Miralles, hace un amero relato de las Bodas de Caná, en donde se refiere a la ceremonia nupcial hebrea, en la que el pueblo y aún los sacerdotes participaban con los desposados en la fiesta, teniendo esta una secuela largamente prevista, que incluía la preparación especial de los vinos y manjares.<sup>4</sup>

Por otra parte en los primeros tiempos de las civilizaciones egipcias y mesopotámicas, la familia había logrado su organización de tipo neolítico o sea una pareja conyugal a la que se unían miembros consanguíneos, descendientes en línea recta con sus cónyuges e hijos, en el Código Babilónico de Amurabi, se establecía en alguna forma cierta igualdad entre cónyuges, la mujer retenía el dominio sobre su dote, podía obtener el divorcio y pensión alimenticia. En la familia asiria el marido era dueño de su mujer e hijos y podía darlos en prenda, solo el podía darlos en prenda e igualmente solicitar el divorcio y en este caso, la mujer no era objeto de ninguna pensión.

De acuerdo con estudios realizados, las antiguas familias egipcias eran de tipo matriarcal, evolucionando gradualmente al patriarcado, en antiguos documentos, el descendiente lleva el nombre materno, destacándose la relación materna y filial. También es importante observar que en la mitología egipcia la relación familiar era frecuentemente incestuosa; Isis, era a la vez esposa y hermana de Osiris; ya en la realidad la familia gobernante en Egipto generalmente se basaba en el matrimonio entre hermanos, en razón, suponemos, de que en esta forma la familia conservaba el poder. En Grecia, inicialmente, la familia era un grupo patriarcal derivada de la primitiva organización de pastores y cazadores. Posteriormente el grupo familiar se componía de padre, madre, en algunas ocasiones, segunda mujer, hija soltera e hijos con sus esposas, los hijos de éstos, sirvientes y esclavos. El padre concentraba un gran poder, puede afirmarse que absoluto, tenía facultades para abandonar a los hijos recién nacidos, prestar mediante remuneración el servicio de sus hijos menores e

---

<sup>4</sup> Capetillo Robles Gil, Alberto. Op. Cit. Pág. 23.

hijas solteras, dar a las hijas en matrimonio y elegir el marido a su mujer para el caso de viudez; no podía vender a sus hijos y éstos, al casarse, escapaban a la autoridad paterna y establecían su propio hogar patrifocal.

La sociedad espartana familiarmente tenía una organización compleja sujeta a un vasto sistema eugenésico. El niño se criaba en el seno familiar hasta la edad de siete años, siendo colocado por el Estado posteriormente en una comunidad de varones dirigida por un "paidónomo", dando especial importancia, en la formación de los varones, a la salud física y mental, a la aptitud para las actividades bélicas y al espíritu de lucha y temeridad, en la educación de las niñas se hacía hincapié en su salud para que pudiesen procrear hijos sanos, fuertes y aptos física y mentalmente. Los hombres se casaban a los treinta años, las mujeres a los veinte; era frecuente que los maridos compartiesen sus esposas con los hermanos solteros, así mismo se instaba a los maridos para que prestasen sus esposas a hombres apuestos y talentosos con el fin de mejorar la raza espartana, se ridiculizaba el monopolio sexual y los celos.

Justiniano representaba, en Roma, la evolución culminante del derecho, evolución que abarca entre otras instituciones la del matrimonio. Al igual que el pueblo hebreo, el Romano da al matrimonio una doble proyección, esto es, la divina y la humana. Modestino define al matrimonio diciendo: "El matrimonio es la unión del hombre y la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de bienes, de Derechos Divinos y Humanos". Es necesario hacer resaltar el elemento de igualdad que establece la definición. Se trata del establecimiento de una comunidad de vida y de una comunidad espiritual y la primera, como finalidad jurídicamente reconocida, distingue al matrimonio de otras uniones sexuales que sin embargo son también reconocidas por el derecho. Existieron dos situaciones diversas del matrimonio en Roma, según fuera la mujer sui juris o alieni juris, cuando el matrimonio se celebraba cum

<sup>2</sup> Osorio y Nieto, Cesar Augusto = Op. Cit. Pag. 3563 - Tomo IV



manu; pues bien, si el matrimonio se celebraba con mujer sui iuris los bienes de su patrimonio eran absorbidos por el patrimonio de su esposo o de el ascendiente de este, en cambio si se trataba de una mujer alieni iuris no tenía patrimonio<sup>6</sup>

El matrimonio, como uno de los actos más importantes de la vida humana, ha sido naturalmente en todas las naciones colocado bajo una protección superior, y acompañado de invocación a la Divinidad. Así entre los romanos intervenían los dioses del paganismo en su celebración; y cuando la religión cristiana llegó a ser la religión del Estado, no pudo dejar de santificarlo con sus ceremonias, pero en todos los tiempos, y aun en el de Justiniano, fue esta intervención puramente religiosa y sin ningún carácter legal. El matrimonio no fue considerado sino como un contrato civil, y pasó mucho tiempo antes que la iglesia creyese, a título de sacramento, deber apoderarse de él exclusivamente. El matrimonio no se hallaba sujeto a ninguna solemnidad. Los romanos no habían constituido su celebración en un acto público con intervención de la sociedad; habían dejado completamente este contrato en la clase de los actos privados. La opinión generalmente recibida es que el matrimonio entre ellos se hacía por el solo consentimiento. Era necesariamente preciso que la mujer hubiese sido puesta a disposición del marido, hasta entonces solo había matrimonio proyectado. La tradición de la mujer en el matrimonio se hallaba sometida a las reglas ordinarias del derecho, pues era preciso que el mando, de cualquier manera, fuese puesto en posesión de la mujer. Comúnmente esta tradición tenía lugar cuando el acreedor tomaba el objeto que se le debía, o cuando el deudor le entregaba el mismo a su acreedor. Esta última forma era la que las costumbres habían aplicado al matrimonio: la mujer con su pompa nupcial, con cantos y guirnaldas, era conducida a casa de su marido. Pero la tradición tiene también lugar sin que la cosa haya sido puesta en manos o en la casa del acreedor cuando de cualquier otro modo se la ha puesto a su disposición. Aún basta, nos dice una ley, que las partes consentan la tradición en presencia de la cosa (si in presenti consenserit); la posesión se toma entonces, no por el

<sup>6</sup> Capetillo Robles Gil, Alberto, Op. Cit. Pág. 16

cuerpo y por el tacto, sino con los ojos y con la intención (*sed oculis et affectu*). En virtud de estos principios generales, no era indispensable para que tuviese lugar la nupcias de la mujer que el marido se apoderase de ella corporalmente, o que ella fuese conducida a su casa. Bastaba que la mujer hubiese sido puesta, o (si fuese sui iuris) se hubiese puesto ella misma en la posesión del marido<sup>7</sup>.

Ulpiano de acuerdo de un todo con las Instituciones, indica tres condiciones indispensables para que haya justas nupcias: la pubertad, el consentimiento y el *connubium*. Se designa pubertad el estado físico en que por el desarrollo de su cuerpo se hace un hombre capaz de unirse a una mujer, y recíprocamente aquel en que la mujer se hace capaz de unirse a un hombre, consultando en esto a la naturaleza solamente, los jefes de la familia no casaban a sus hijos sino cuando veían sus cuerpos suficientemente desarrollados. En adelante se fijó legalmente la pubertad para las hembras a los doce años y para los varones a los catorce. Por lo que hace al consentimiento, se aplica a un mismo tiempo a los cónyuges y a los jefes de familia, bajo cuyo poder se hayan; el consentimiento de los esposos debía ser libre, y el poder del jefe de familia no se extendía hasta obligar a casarse a los que se hallaban bajo su poder. El *connubium* significa la capacidad relativa para unirse a tal o cual persona, así, para que un matrimonio sea legítimo es preciso primero que cada uno de los cónyuges sea individualmente capaz de casarse, pero es preciso además que sean también capaces de casarse el uno con el otro, por ejemplo el parentesco natural, la cognación propiamente dicha, es decir, el vínculo que existe entre personas unidas por la sangre (*cognati*), y que descienden una de otra o de un tronco común, es en muchos casos un impedimento para el *connubium*<sup>8</sup>.

De igual forma señala el Digesto de Justiniano en su libro XXIII, Título II que " El padre natural no puede casarse con su hija ilegítima, por que para contraer matrimonio debe

<sup>7</sup> Ortolán, M. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Tomo I. Págs. 26 y sigts.

<sup>8</sup> Ortolán M. Op. Cit. Págs. 104 y sigts. Tomo I.

respetase el derecho natural y la moral, y es inhumano casarse con una hija". En su artículo 17 explica: "La fraternidad producida por la adopción impide el matrimonio mientras subsiste la adopción. También nos está prohibido el matrimonio con las tías paternas y maternas, y también con las hermanas del abuelo y la abuela, aunque estas estén en cuarto grado. Ciertamente también se nos prohíbe el matrimonio con la tía paterna y con la hermana del abuelo, aunque estemos emparentados por la adopción. Continúa en su artículo 36 que "El tutor y el curador no pueden casarse con su pupila", señalando además el impedimento de matrimonio entre aquellas personas que son entre sí ascendientes y descendientes de cualquier grado, así como la prohibición del matrimonio entre el tutor o curador de su pupila: "Por derechos de pence come incerto el que se casa con la que está en línea ascendente o descendiente; pero el que se hubiere casado con una colateral en grado prohibido, o con la pariente por afinidad con que se le impide el matrimonio, se le castigara levemente si lo hace abiertamente, y con más rigor, si lo hace clandestinamente. La razón de la diferencia está en que respecto al matrimonio que no se debe contraer con colateral, los infractores públicos se excusan de la pena mayor como a causa de error, y los que obran clandestinamente son castigados como contumaces".

## 2.- EL MATRIMONIO EN MEXICO

En nuestro país y tomando como ejemplo que consideramos válido, a la civilización azteca, encontramos que la base de la organización social de esta civilización descansaba sobre una estructura netamente familiar. Un individuo era miembro de una familia que a su vez pertenecía a un grupo de familias o clan, veinte de estos clanes constituían una tribu; cada uno de los clanes regulaba y resolvía sus propios asuntos, pero en cuestión de especial trascendencia se reunía con las otras tribus en un consejo integrado por los caciques o jefes de cada tribu. En razón de que la nación azteca era eminentemente guerrera, con frecuencia

---

\* Justiniano, El Digesto de Justiniano, Tomo II Pág. 107 y sigs.

existía escasez de varones, por lo cual se practicaba la poligamia, sin embargo, la primera mujer tenía prioridad sobre las otras y solo los hijos de aquellas tenían derecho a heredar. Estaba permitido el tener concubinas y el divorcio, que en general no era socialmente aceptado, podía considerarse por un tribunal cuando la mujer era estéril, si sufría de mal carácter continuo o era negligente en los deberes del hogar. La mujer podía asimismo obtener el divorcio cuando el marido no pudiese sostenerla a ella y a sus hijos.

Durante la colonia la familia adoptó las formas provenientes de España y se rigió por el Derecho Canónico, la Legislación de Castilla y por ordenamientos particulares que son las Cédulas del 19 de octubre de 1541, 23 de octubre de 1556 y las disposiciones del 23 de marzo de 1776. Característica de la Época Colonial fue el propósito de nivelar a los nativos con los colonizadores y no obstaculizar las uniones matrimoniales entre españoles e individuos de otras razas.<sup>10</sup>

México independiente no pudo de inmediato elaborar su propia legislación civil y salvo ciertas leyes de tipo especial que modificaban la legislación española, ésta se mantuvo en vigor. En el año de 1865 en que se expidió la Ley del Registro Civil, promulgada por Maximiliano, se realizó el primer intento de constituir un cuerpo jurídico mexicano. En 1867 Don Benito Juárez designa una comisión para revisar el proyecto de Don Justo Sierra ya concluido en el año de 1861, y por decreto del 10 de marzo de 1870, entró en vigor el primer Código Civil mexicano, cuya redacción se inspiró indudablemente en el derecho romano, en la antigua legislación española, en el Código Albertino de Cerdania, así como en los de Austria, Holanda, Portugal, en el proyecto memorable del español Florencio García Goyena y en el del maestro Justo Sierra<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Osorio Nieto, César Augusto - Op. Cit. Pág. 336 Tomo IV.

<sup>11</sup> Capetillo Robles Gil, Alberto - Op. Cit. Pág. 25.

Hacia el año de 1883 se autorizó la redacción de las reformas del Código anterior, concluidas en el año de 1884, habiendo disminuido el número de sus artículos de 4126 a 3823 e incluye la innovación de la libertad al testar. Hasta la promulgación del Código de 1870 había perdurado en lo concerniente al régimen de bienes en el matrimonio, el sistema español de gananciales, pero con la aparición del Código de 1870 y el de 1884, se modificó la situación, instituyéndose como regímenes opcionales la sociedad conyugal o la separación de bienes, pero estableciéndose un régimen supletorio de sociedad legal de gananciales a falta de capitulaciones expresas por parte de los contrayentes.

Como consecuencia de la Promulgación de la Constitución General de la República de 1917 y siguiendo las tendencias del constituyente, se promulgó la Ley de Relaciones Familiares, la que abrogó el Código Civil de 1884 en todo aquello que lo contraximera, estableciéndose entre otras innovaciones, dictadas la mayor parte de ellas por las tendencias socialistas imperantes, el régimen de separación de bienes como forma obligatoria, según se expone en la exposición de motivos de la citada Ley: "Que cada uno de los cónyuges conserve la administración y propiedad de sus bienes personales, así como de los frutos de estos, y la completa capacidad para contratar y obligarse, pero sin perjuicio de la unidad de la familia y sin excluir la ayuda mutua, pues se deja en libertad a ambos consortes para conferirse mandato y para comunicarse los frutos de sus bienes, aunque aceptándose, como medidas de protección en favor de la mujer, que ésta no reciba del marido menos de lo que ella le da, que no pueda otorgar fianza en favor de aquel y que no se obligue jamás solidariamente con el marido en negocio de éste"<sup>12</sup>.

Las ideas anteriores se concretaron en sus artículos 45, 270 al 284 fundamentalmente, cuyo texto pasamos a transcribir:

---

<sup>12</sup> Pallares, Eduardo - Ley sobre Relaciones Familiares comentada y concordada con el Código Civil vigente en el Distrito Federal y leyes extranjeras. Págs. 303 y sigs.

" Art. 235.- El marido y la mujer tendrán plena capacidad, siendo mayores de edad, para administrar sus bienes propios, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que les competan, si que al efecto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni esta de la autorización o licencia de aquel." Art. 270.- El hombre y la mujer, al celebrar el contrato de matrimonio, conservarán la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, y, por consiguiente, todos los frutos y acciones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo de la persona a quien aquellos correspondan. Art. 272.- El hombre y la mujer, antes o después de contraer matrimonio, pueden convenir en que los productos de todos los bienes que poseen o de algunos de ellos, especificándolos en todo caso, serán comunes; pero entonces fijaran de una manera clara y precisa la fecha en que se ha de hacer la liquidación y presentar las cuentas correspondientes. Art. 284.- La casa en que esté establecida la morada conyugal y los bienes que le pertenezcan, sean propios de uno de los cónyuges o de ambos, no podrán ser enajenados si no es de consentimiento expreso de los dos; y nunca podrán ser hipotecados ni de otra manera gravados, ni embargados por los acreedores del marido o de la mujer, o de ambos, siempre que dichos objetos no tengan en junto un valor mayor de diez mil pesos". Podemos concluir que el anterior ordenamiento expedido por el primer jefe de la Nación, Venustiano Carranza, concede a ambos conyuges plena capacidad y aptitud para administrar sus bienes propios y disponer de ellos sin requerir el consentimiento recíproco, así como la facultad de conservar individualmente la propiedad y la administración de los bienes que respectivamente les pertenecen.<sup>11</sup>

Con fecha 10 de octubre de 1932, entro en vigor un nuevo Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la Republica en materia del fuero federal. Al entrar en vigor el nuevo Código Civil y de acuerdo con su artículo noveno transitorio quedó derogada toda la legislación civil anterior, incluyéndose desde luego el Código de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

<sup>11</sup> Pallares, Eduardo - Op. Cit. Págs. 46, 79, y sigts.

Este Código actualmente vigente en el Distrito Federal pertenecen en esta materia a las legislaciones que consagran un sistema económico del matrimonio de los llamados restringidos por Fernández Córigo, ya que la ley lo impone irrevocablemente, con la única alternativa a las partes, de escoger, de entre los dos regímenes existentes: sociedad conyugal o separación de bienes, aquel que más les convenga, aun cuando, como lo veremos en el apartado al Régimen Económico del Matrimonio del presente trabajo, en cualquier tiempo se puede variar dicho régimen, cambiándolo por el otro, sin existir limitación a las oportunidades en que la sustitución pueda ser realizada.

### 3.- CONCEPTO DE MATRIMONIO

Comenzaremos por definir primeramente el concepto de familia si partimos desde el punto de vista que esta se concibe fundada en el matrimonio y la filiación legítima. Sociológicamente, la familia se define como "Institución social básica. Uno o más hombres que viven con una o más mujeres en una relación sexual, socialmente sancionada y más o menos permanente, con derechos y obligaciones socialmente reconocidos, juntamente con su prole". Desde un punto de vista antropológico de la familia se concibe como aquella que se compone de una pareja casada y de su prole, no casada, y en los mismos términos se define el hogar, como afín a la familia, como "grupo de personas que viven juntas y forman una unidad doméstica en funciones". Desde un enfoque etnológico se puede definir a la familia como "la célula primaria de la comunidad que en su forma originaria de familia estricta, se compone de padres, hijos y eventualmente nietos". Jurídicamente se concibe a la familia como "conjunto de personas que descendiendo de un tronco común, se hallan unidas por lazos de parentesco". También se afirma que la palabra familia "tiene una connotación más restringida y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos que viven bajo un mismo techo". La familia, en un sentido amplio de parentesco, es el conjunto de parientes con los cuales existe un vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos,

diferente según la persona a quien se la refiere. Cita Otero y Saez, que también se le ha definido como "Institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos, emergentes de la relación intersexual y de la filiaci<sup>15</sup>

Existen varias clasificaciones relativas a las formas que puede adoptar la familia, según una de estas, los dos tipos básicos de familia son el polígamo, en el cual un hombre adulto vive con dos o más mujeres y sus respectivos hijos y el políandrico en el cual una mujer adulta tiene dos o más maridos. Según otra clasificación la familia es patriarcal cuando tiene como base la autoridad y dirección del padre y matriarcal en el caso que la autoridad y organización familiar provengan de la madre.

Por lo que respecta a la definición de matrimonio, Orolán nos dice lo siguiente: "Nuptis, matrimonium, son comúnmente palabras genéricas, que indican la unión del hombre y de la mujer en una sociedad indisoluble y que pueden aplicarse a todos los matrimonios, y aún a los de los extranjeros". "Justis nuptis, justum matrimonium, significa que solo de las justas nupcias procedían la patria potestad, el parentesco civil (agnatio), y los derechos de la familia; en una palabra, ellas formaban el único matrimonio civil; la mujer tomaba el nombre de uxor y el marido de vir".<sup>16</sup>

El Digesto de Justiniano, en su libro XXIII, Título II, define al matrimonio como: "La unión de hombre y mujer en pleno consorcio de su vida y comunicación del derecho divino y humano".<sup>16</sup>

El matrimonio entendido jurídicamente como la unión formal, solemne, conforme a las disposiciones legales correspondientes, de dos personas de distinto sexo, realizada

<sup>15</sup> Otero y Saez, César Augusto - Op. Cit. Pág. 3500. Tomo IV

<sup>16</sup> Orolán M. - Op. Cit. Tema I Pág. 98

<sup>16</sup> Justiniano - Op. Cit. Tomo II Pág. 102



voluntariamente con propósitos de convivencia permanente y para el cumplimiento de determinados fines, según opiniones autorizadas, es el elemento creador de la familia lo cual tiene carácter general, ya que no obstante la existencia en todos los tiempos y en todos los lugares de uniones libres, estas carecen de una serie de elementos que se encuentran en el matrimonio, tanto en el religioso como en el legal. El matrimonio canónico, tal como se practica dentro del catolicismo, contiene un elemento que santifica el vínculo natural elevado a sacramento; el matrimonio laico, legal, contiene precisamente este elemento de orden jurídico y es público, o sea, social, pues debe presentarse como tal frente a los demás. El matrimonio es un contrato social, en tanto que la unión extramatrimonial es un pacto exclusivamente entre dos personas.

Dadas las características y solemnidades que contiene el matrimonio, generalmente es una institución sólida en la que pueda fundamentarse la creación de la familia, ya que de la unión de estas dos personas pueden procrearse hijos, con lo cual se integra una familia; por tanto, el matrimonio es fuente de la familia<sup>17</sup>.

#### 4.- REGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO.

Los efectos del matrimonio en relación de los bienes de los conyuges, originaron numerosas cuestiones relativas a esos bienes y de ahí se formó una rama especial, la del régimen matrimonial, que tiene por objeto el dictar las reglas correspondientes para resolver todas las cuestiones económicas del matrimonio. En Roma comúnmente se constituía a la mujer una dote, por medio de un contrato dotal (*instrumentum dotale*); se llamaban de aquel modo los bienes entregados al marido para sostener las cargas del matrimonio. El marido era reputado propietario de la dote, de la que tenía el goce, que podía enajenarla si consistía en objetos fungibles o si se le daba precio por el contrato, pues si no, debía conservarla en su

---

<sup>17</sup> Osorio y Nieto, César Augusto - Op. Cit. Tomo IV Pág. 3507

misma naturaleza, no podía enajenar ni hipotecar los inmuebles dotales, ni aún con el consentimiento de su mujer. A la disolución del matrimonio debía restituir la dote, y había para obligarlo a ello, a una acción. Los demás bienes de la mujer, no comprendidos en la dote, se llamaban parafernales (parapherna); la mujer era propietaria de ellos, y el marido no tenía sobre los mismos más derechos que los que ella le daba. Por su parte el marido hacía comúnmente una donación (donatio propter nuptias), que tenía por objeto asegurar la suerte de la mujer y de los hijos, y compensar de algún modo y garantizar la dote. La mujer no tenía derecho sobre de esta donación sino la disolución del matrimonio, o bien durante el, si el marido se veía obligado por el mal estado de sus negocios a hacer sesión de sus bienes a sus acreedores, entonces la mujer tomaba para sí y para sus hijos la donación que se le había dado por causa de las nupcias<sup>18</sup>.

El origen del régimen matrimonial es, pues, la institución de la dote que creaba relaciones obligatorias de orden patrimonial entre el marido y la mujer.

En Francia fueron formándose sistemas de derecho consuetudinario fundado en las costumbres de los habitantes de las distintas regiones del país aun cuando subsistió el dotal derivado del Derecho Romano. La elaboración doctrinal francesa ha aportado cuatro distintos regímenes matrimoniales, la "Comunidad legal", consistente en la integración de una masa común de bienes aportados al matrimonio y caracterizada por su indivisibilidad, "Régimen sin comunidad", en el que cada uno de los esposos conserva la propiedad de sus bienes, aun cuando el marido es legítimo administrador, "Separación de bienes", igual que el sistema anterior, cada uno de los cónyuges conserva sus bienes propios, pero ampliándose la aptitud de la mujer para el manejo de los bienes y; "Régimen dotal", inspirado en el sistema de Roma con protecciones adicionales dirigidas a proteger el patrimonio de la mujer convirtiéndolo en inalienable<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Ortolán M - Op. Cit. Pág. 18 y 19

<sup>19</sup> Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Pág. 311 Tema V

Por lo que hace a nuestra legislación, podemos decir que las leyes mexicanas del siglo pasado (Códigos Civiles de 1870 y de 1884) concebían el régimen patrimonial del matrimonio dentro de una clasificación bipartita, sea sociedad conyugal o separación de bienes, que hasta la fecha subsiste, aún cuando con distintos caracteres y funciones, a excepción de la ya referida Ley de Relaciones Familiares que considero como único régimen el de separación de bienes.

El Código vigente en el Distrito Federal pertenece en esta materia a las legislaciones que consagran un sistema económico del matrimonio de los llamados "restringidos", ya que la ley lo impone indeclinablemente, con la única alternativa a las partes, de escoger, de entre los dos regímenes existentes (sociedad conyugal o separación de bienes), aquel que más le convenga, aun cuando, como lo veremos más adelante, en cualquier tiempo se puede variar dicho régimen, cambiándolo por el otro, sin existir limitación a las oportunidades en que la sustitución pueda ser realizada. El Artículo 178 del Código Civil, determina el sistema de regímenes, estableciendo el artículo 179, la forma de adopción, mediante las capitulaciones matrimoniales. Llámese en esta forma a los pactos que los esposos celebran para constituir tanto la sociedad conyugal o la separación de bienes, así como para reglamentar su administración. Esto significa esencialmente un acto jurídico en que las partes son los pretendientes (si aun no se ha celebrado el matrimonio) o los cónyuges cuyo objeto es la constitución de la sociedad conyugal o de la separación de bienes y reglamentar la administración de estos en uno y otro caso.<sup>24</sup>

El régimen de sociedad conyugal, como lo designa el Código implica la obligación recíproca de los cónyuges de poner en común algunos o todos sus bienes a los productos de estos, tal y como se desprende de las consideraciones que al respecto hace en su obra la autora

<sup>24</sup> Magallón Ibarra, Jorge Mario - Op. Cit. Pág. 315 Tomo V

María Josefa Méndez Acosta.<sup>23</sup> En verdad, la denominación "sociedad conyugal" es aceptable y no por fuerza de la metáfora ni por su sencillez: es aceptable por una razón de fondo: la idea de sociedad es la idea de esfuerzo común para obtener un resultado a disfrutar en común, compartiendo igualmente riesgos y desventajas. Trasunta una concepción del matrimonio que proyecta sobre lo patrimonial la comunidad de vida asumida al celebrarlo y no es controvertible que la Ley Argentina acoge tal esfuerzo común, establece responsabilidades comunes aún cuando el patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer sean administrados por separado. Fundamentalmente, consagra la igualdad ogetante al disponer que los beneficios sean compartidos en la forma más adecuada al respeto de las dos personalidades que se han conjugado sin confundirse en la nueva comunión.<sup>24</sup>

En el Código Civil vigente se establece que el régimen de separación de bienes rige mediante capitulaciones anteriores al matrimonio o durante este por convenio de los consortes, señalando además que en el Régimen de separación de bienes los cónyuges conservarán la propiedad y la administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, y por consiguiente, todos los frutos y accesos de dichos bienes no serán comunes sino del dominio exclusivo del dueño de ellos, quedando perfectamente definido con lo anterior del régimen de separación. Por lo que siendo la característica fundamental de la separación de bienes que cada uno de los cónyuges conserve la propiedad de sus propios bienes y sus rentas o frutos, es consecuencia que en el caso de que los bienes que resultan cada uno por herencia, donación o bien de la fortuna, les pertenecían. En base a lo anterior podemos transcribir la cita que al respecto hace en su obra Jorge Mario Magallón Ibarra respecto al régimen de separación de bienes: "En él, cada esposo conserva para sí la propiedad de todo su patrimonio, y no se establecen entre ellos ninguna sociedad de bienes; sus deudas permanecen separadas, y los bienes que por cualquier título adquiere cada uno de

<sup>23</sup> Méndez Acosta, María Josefa. *Estudios Sobre Sociedad Conyugal*, Pág. 83.

ellos durante el matrimonio le son propios. O sea es el régimen de la comunidad, menos la comunidad íntima.<sup>22</sup>

Para concluir con este capítulo, nos referiremos a las formas de terminación del régimen patrimonial del matrimonio, el tratadista J. Mario Magallán Ibarra cita en su obra las siguientes: "de manera natural, el Collocamiento de alguno de los cónyuges; en segundo lugar, el divorcio como consecuencia legal de la disolución del vínculo matrimonial y, en último término, en forma voluntaria o necesaria, requiriendo el segundo caso la acción para demandar."<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Magallán Ibarra, Jorge Mario - Op. Cit. Tomo V, Pág. 311.

<sup>23</sup> Magallán Ibarra, Jorge Mario - Op. Cit. Tomo V, Pág. 313.

## CAPITULO III

### ESTUDIO DEL DELITO DE ROBO

### III.- ESTUDIO DEL DELITO DE ROBO.

#### I.- BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Atendiendo a los conceptos que señala Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho, se define a la propiedad como el Derecho de goce y disposición que una persona tiene sobre bienes determinados, de acuerdo con lo permitido por las leyes, y sin perjuicio de tercero; la posesión es el poder de hecho ejercido sobre una cosa y, en el Derecho Romano, era la consistente en la mera tenencia o detentación de la cosa que carecía de la protección judicial.<sup>1</sup>

En base a la concepción anterior podemos deducir que el derecho de propiedad es el Derecho Real por excelencia, distinguiéndose de los demás derechos reales, en que este caso se tiene el pleno dominio sobre la cosa, mientras que en los otros casos son parciales facultades jurídicas que recaen en cosa ajena si partimos de la clasificación general de los derechos reales que contiene por un lado, el derecho máximo, la propiedad, por otro, los derechos en cosa ajena, los cuales se agrupan en dos categorías distintas, los derechos reales de goce o disfrute y los de garantía, hechos por medio del cual el hombre goza total o parcialmente de la cosa que se encuentra en su poder y que la norma jurídica protege independientemente de la legitimidad de dicho poder, lo que constituye la posesión.

Por bien jurídico protegido entendemos aquellos presupuestos imprescindibles de la existencia social. En palabras de Calles, citado por José A. Sainz, los bienes jurídicos protegidos no son valores o bienes, sino la estructura social en general y las posibilidades

---

<sup>1</sup> D Pina, Rafael Diccionario de Derecho. Págs. 390, 391 y 401

de participación que supone en particular; y como decía Rosco, citado por el mismo autor, determinar el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito significa saber el fin que la Ley se propone.<sup>2</sup> Por su parte, José Guarnier refiere que en el campo de los intereses jurídicamente protegidos, el derecho penal interviene como *gendarme* para asegurar un complemento de seguridad a intereses para los que no basta la protección jurídica ordinaria.<sup>3</sup>

Después de haber examinado los conceptos anteriores previsualizamos el activo patrimonial protegido penalísticamente en la especie típica de nuestro estudio. Don Francisco González de la Vega al definir el robo como el apoderamiento ilícito no consentido de una cosa ajena mueble, añade que este puede cometerse en perjuicio no sólo del posible propietario, sino de cualquier otro titular de derechos patrimoniales sobre la cosa en que recae el delito, por ejemplo los poseedores a título propio, los usufructuarios legales o contractuales, etc.<sup>4</sup> Raúl F. Cardenas cita en su obra a autores como Impalloni y Maggiore, quienes sostienen que el interés jurídico tutelado es la propiedad y no la posesión, por cuanto esta no se lesiona, sino cuando a ella se tiene derecho. Maggiore, en su empeño de sostener que es la propiedad y no la posesión la lesionada con el robo, argumenta que si se roba al ladrón "opine lo que quiera la doctrina predominante que traslada arbitrariamente al campo penal los criterios de la acción (por el Derecho Civil), quien ve negado por segunda vez su derecho y comprometida su posibilidad de recuperar sus cosas, es el propietario, sujeto pasivo nuevamente del delito y no el ladrón".<sup>5</sup> Al respecto, el referido autor cita a don Jerónimo Díaz quien añade que "el sujeto pasivo pierde la posesión de la cosa, pero conserva el derecho a poseerla y a

<sup>2</sup> A Sainz, José. El delito de apropiación indebida. Pág. 67.

<sup>3</sup> Guarnier, José. Las influencias del Derecho Civil en el Penal. Pág. 29.

<sup>4</sup> González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Pág. 151.

<sup>5</sup> Cardenas, Raúl F. Derecho Penal Mexicano del robo. Pág. 91.



ejercitar las acciones legales que lo lleven a recuperarla, en cambio el ladrón es poseedor de la cosa, pero no tiene derecho a poseerla y puede ser judicialmente desposeído<sup>6</sup>.

Cárdenas por su parte sostiene que "lo que tiene relevancia para el derecho en el hurto, es sobre todo el estado de hecho, en tanto que le es indiferente que al estado de posesión corresponda a ese señorío absoluto que integra el derecho de propiedad por lo cual, también al ladrón, respecto al propietario o al precedente detentador, puede invocarse en el ordenamiento jurídico, aquella tutela prevista para el delito de hurto"<sup>7</sup>.

Ricardo C. Nuñez distingue el hurto de posesión como aquel que el mismo propietario de la cosa o de un tercero la sustrae a quien no era propietario, pero la tenía legítimamente o tenía derecho de tenerla frente al propietario, si el autor de la sustracción es el propietario se realiza la hipótesis de un hurto cometido por el mismo propietario<sup>8</sup>.

De los conceptos anteriormente vertidos adoptamos los criterios de González de la Vega y Cárdenas, quienes en lo substancial hacen hincapié de que el interés protegido genéricamente por el robo, es el patrimonio, específicamente, la parte que se afecta del mismo, con el tipo que estamos estudiando, es la posesión. Lo anterior resulta válido si partimos del concepto que se enmarca en los artículos 367 y 395 del Código Penal para el Distrito Federal y para el Estado de México, respectivamente, en el que se pone de relieve que la tutela penal en el delito de robo se proyecta sobre aquellas cosas de naturaleza mueble que integran el acervo patrimonial, en tanto en cuanto dichas cosas muebles están en poder del titular de dicho patrimonio, siendo por tanto el poder de hecho que se tiene sobre las cosas muebles o la posesión de las mismas, el interés

<sup>6</sup> Cárdenas, Raul F. Op. Cit. Pág. 98.

<sup>7</sup> Nuñez, Ricardo C. Delitos contra la propiedad. pág. 33 y sig.

patrimonial que se protege en este delito. En el delito de robo el alcance de la tutela penal abarca ampliamente toda posesión, esto es, todo poder de hecho que el sujeto pasivo tenga sobre cualquier cosa mueble que le interesa conservar.

## 2.- CARACTER GENERAL DEL DELITO DE ROBO.

Los elementos del tipo descrito en los artículos 367 y 295 del Código Penal para el Distrito Federal y para el Estado de México, respectivamente, son los siguientes: a) apoderamiento; b) cosa; c) mueble; d) ajena y; e) sin derecho y sin consentimiento.

Apoderamiento. Al señalar con anterioridad que el interés jurídicamente protegido por el robo es la posesión y no la propiedad, y entendido dicho concepto como el poder de hecho que ejerce una persona sobre alguna cosa, podemos resumir que “apoderarse” significa poner la cosa bajo nuestro poder, disponer de ella como dueño, aun cuando no lo sea. Apoderarse de una cosa requiere como necesaria condición que esa cosa se encuentre en poder de alguien, del sujeto pasivo. Al respecto dice Arizmendi: “Bastaría simplemente considerar que no siendo propia la cosa del que la toma, lo mismo da que su poseedor la tenga a virtud de un título o de una causa lícita o ilícita, inclusive proveniente de un hecho delictuoso”<sup>8</sup>.

Por su parte, Jiménez Huerta señala cuatro teorías referentes al momento en que la cosa queda en poder del agente: la primera y más antigua teoría es aquella que indica que el robo se perfecciona por el hecho de tocar el sujeto activo con la mano, la segunda teoría sostiene que el robo se consuma cuando la cosa ajena ha sido desplazada del sitio

---

<sup>8</sup> Cardona Arizmendi, Enrique. Código penal comentado del estado de Guanajuato. Pág. 549.

en que se hallaba y no va por el acto de ponerse la mano sobre ella; el tercer criterio exige que la cosa sea transportada por el ladrón a otro lugar fuera de la esfera en que estaba colocada en la de la acción del culpable y; finalmente la cuarta teoría refiere que solo puede considerarse integrado el delito, cuando la cosa ha sido transportada por el ladrón al lugar seguro donde se propuso, antes del robo, ocultarla.

No obstante, el mismo autor sostiene que no basta para integrar el elemento típico del apoderamiento, la simple remoción o desplazamiento de la cosa, sino que es necesario que dicha remoción o desplazamiento se efectúe con ánimo de apropiación, de hacerse dueño de ella de propia autoridad. Dice Cárdenas que este fin, este ánimo, este deseo de aprovechar para sí la cosa, es el elemento subjetivo que está anexo en el verbo rector del robo, "apoderar"<sup>49</sup>.

De lo anteriormente expuesto podemos dejar perfectamente esclarecido que para la existencia del robo no basta con el apoderamiento, sino que es necesario que concuerda el ánimo de apropiación por parte del sujeto activo ya que para que exista el robo se requiere necesariamente una conducta dolosa, pues en el caso de que el sujeto se apodera de una cosa con ánimo de destruirla y aunque la haya sacado de la esfera de su propietario, al estar ausente el ánimo de apropiación, no existirá robo sino daño en propiedad ajena.

Cosa. Podemos definir dicho elemento como todo objeto corporal susceptible de apoderamiento material y de apropiación. El Diccionario para Juristas define el término

<sup>49</sup> Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Pág. 28 y sigts.

<sup>49</sup> Cárdenas, Raul F. Op. Cit. Pág. 104.

como todo aquello que tiene entidad, natural o artificial, espiritual o espiritual, real o abstracta<sup>11</sup>.

Señala Jiménez Huerta que la palabra cosa indica todo lo que, delimitable exteriormente, puede quedar sometido al señorío del hombre, por ser susceptible de satisfacer sus necesidades. “Se sobreentiende que cuando la ley penal habla de cosa, emplea el vocablo no solo en su significado material, sino también jurídico, esto es, provisto de los atributos necesarios para indicar un bien”<sup>12</sup>.

Opina Cardona Arizmendi y Cárdenas que el delito de robo solo puede recaer sobre bienes muebles corporales y que deben reunir características físicas tales que permitan su aprehensión material y, sin aceptar las distinciones que hace el Derecho Civil, debe poseer los caracteres jurídicos que hagan posible, desde el punto de vista del Derecho Penal, una apropiación. Por ejemplo los gases, la energía eléctrica o electromagnética pueden ser objeto de aprovechamiento, pero no de apoderamiento físico pues, señala Jiménez Huerta “no es correcta la redacción de la fracción II del artículo 368, pues la frase “el aprovechamiento de energía eléctrica o de cualquier otro fluido, encierra la afirmación de que la energía eléctrica es un fluido, lo cual en la actualidad no es admisible, en atención a que se diferencia el término “apoderamiento” a que se refiere el artículo 367, que significa hacerse dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder, esto es, presupone la corporeidad del objeto y el “aprovechamiento” si bien indica la idea de utilizar o servirse con provecho de alguna cosa, no presupone el de hacerse como dueño de la cosa, ocuparla o ponerla bajo su poder. Las cosas incorpóreas, como la energía eléctrica o los fluidos, pueden ser objeto de aprovechamiento, pero no de

<sup>11</sup> Palomar De Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. Pág. 435.

<sup>12</sup> Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 58.

apoderamiento físico<sup>13</sup>

Mueble. En términos generales la movilidad de la cosa es lo que le dará la característica de mueble para los efectos del Derecho Penal, no importando que la cosa esté incorporada a un inmueble, si como consecuencia de la acción humana es posible el desprendimiento de la misma, sin embargo no todas las cosas que el Derecho Civil califica de "muebles" son susceptibles de ser removidas corporalmente del lugar en que se encuentran, por ejemplo las obligaciones, acciones y derechos de autor que son considerados bienes muebles, no pueden ser objetos del delito de robo dada su naturaleza incorporeal.

Ajena. Este concepto indica que la cosa no debe ser propia de quien realiza el apoderamiento, no obstante cuando el dueño se apodera de tal cosa sin consentimiento de la persona que la tenga en su poder por cualquier título o causa, lícito o ilícito, el Derecho Romano le ha denominado "furtum rei propriae" o robo en cosa propia, pues atinadamente señala Jiménez Huerta que "cuando el propietario toma la cosa dada en usufructo, prenda, arrendamiento, depósito mercantil o vendida con reserva de dominio, aun y cuando el sujeto activo ejerza la cosa un derecho de propiedad, existe un poder de hecho que sobre la misma cosa posee el sujeto pasivo, ora en virtud de un derecho real, ora en virtud de un derecho obligacional que tiene por objeto la cosa... Dicho interés jurídico no está tutelado penalísticamente frente a la conducta del propietario, la antijurídica conducta del dueño que toma la cosa de su propiedad en poder de un tercer a virtud de un vínculo jurídico, no es subsumible en el tipo del robo, en primer lugar porque la "confectatio" no la ejerce

<sup>13</sup> Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 41

sobre una cosa "ajena" como propia; y, en segundo término, porque el agente no obra con fin de apropiación.<sup>14</sup>

Sin embargo, nuestro Código Penal del Estado de México en su artículo 296 fracción V señala que es equiparable al robo y se castiga como tal la sustracción, disposición o destrucción de una cosa mueble, ejecutada intencionalmente por el dueño, si ésta se haya por cualquier título legítimo o por disposición de la autoridad, en poder de otro. De lo anterior podemos deducir que aún y cuando el elemento "ajenidad" a que se refiere el tipo genérico del delito de robo no se encuentre inmersa en la actitud dolosa del propietario de disponer del propio bien que se encuentra en poder de otro, el ordenamiento legal sí sanciona dicha conducta, pues a virtud de un título jurídico la cosa de su propiedad está en poder de otro y este legítimo poder de hecho que sobre la cosa de otro ejerce el sujeto pasivo es, sin duda alguna, un interés jurídico de naturaleza patrimonial.

Una situación similar podemos hallar en la sociedad en la que si alguno de los socios se apodera de un bien que forme parte del capital social cometerá robo, pues sabido es que el patrimonio de la sociedad es distinto del de los socios, de tal manera que si alguno de ellos se apodera de alguna cosa, si estará quebrantando la posesión de un bien ajeno y por ende estaremos en presencia del delito que hemos venido estudiando.

Sin derecho y sin consentimiento. Opinamos al igual que González de la Vega que es superfluo especificar como tercer elemento integrante del delito de robo, que el apoderamiento deba realizarse sin derecho, puesto que la antijuridicidad va implícita en todos los delitos como elemento "sine qua non" de la infracción criminal cuando el acto

<sup>14</sup> Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 50

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.<sup>15</sup>

Por otra parte, son varios los métodos que el agente puede emplear para apoderarse de la cosa sin el consentimiento del sujeto pasivo. Entre otros, la violencia física o moral sobre el sujeto pasivo, la fuerza física que ejerce el activo sobre las cosas, o bien, sin emplear la fuerza ni la violencia sobre la cosa o sobre el sujeto pasivo, apoderarse de la cosa furtivamente, sin la voluntad del ofendido. Cárdenas refiere al consentimiento como un hecho que elimina no el delito, sino una de las características del mismo, de tal suerte que al faltar uno de los extremos requeridos por la ley, bien sea en su aspecto subjetivo u objetivo, la acción no debe reputarse delictuosa.<sup>16</sup>

### 3.- NOCIÓN JURÍDICA DEL DELITO DE ROBO.

Estudiados los elementos del tipo de robo, resulta conveniente hacer el análisis respectivo de su estructura jurídica.

Por lo que se refiere a la conducta como elemento objetivo del delito, podemos señalar que en su atención a su clasificación como delito de acción, el término "apoderamiento" expresa la acción del sujeto, es decir, la expresión de la conducta del sujeto consistente en aquella actividad expresada voluntariamente mediante el apoderamiento de la cosa ajena mueble con independencia de un resultado material inexistente en la descripción típica. Si partimos del concepto de resultado que hace el Maestro Pavón Vasconcelos: "el resultado es la consecuencia de la acción, que la ley

<sup>15</sup> González de la Vega, Francisco. Op. Cit. Pág. 177

<sup>16</sup> Cárdenas, Raúl S. Op. Cit. Pág. 158

considera decisiva para la realización del delito, o lo que es lo mismo, la realización del tipo fijado por la ley. Es el efecto de la acción relevante para el Derecho Penal.<sup>17</sup>

En base a lo anteriormente expuesto podemos afirmar que la conducta en el robo consiste en el apoderamiento y aquella por sí misma agota el primer elemento objetivo del delito al momento de su consumación, que a su vez ha sido estudiado en el presente capítulo cuando hablamos de los elementos materiales que constituyen el tipo penal de nuestro estudio.

Si como ya hemos dicho, el robo en orden a la conducta se identifica como un delito de acción, es además un delito instantáneo, por cuanto se consuma al tener lugar el apoderamiento al remover la cosa y hacerla entrar en su esfera de acción.

Para Pavón Vasconcelos, el delito de robo es además unsubsistente, "ya que la aprehensión de la cosa, que implica colocarla en la esfera de poder del ladron, con el consiguiente desapoderamiento para el sujeto pasivo, es una acción que no permite, por su esencia, fraccionamiento en varios actos, sino que por sí sola expresa en el plano subjetivo la voluntad criminal"<sup>18</sup>.

En orden al tipo, el robo podemos clasificarlo como un tipo independiente o autónomo, por cuanto no requiere para tener vida de ningún otro tipo penal y en atención a la definición que subraya el artículo 295 del Código Penal del Estado de México, mismo que se toma como punto de partida para la formulación de tipos específicos, el robo tiene el carácter de tipo básico con relación a los a él subordinados.

---

<sup>17</sup> Pavón Vasconcelos, F. Comentarios de Derecho Penal, Pág. 25.

<sup>18</sup> Pavón Vasconcelos, F. Op. Cit. Pág. 34.



El robo es un tipo simple si tomamos en consideración que el bien jurídico que tutela es el patrimonio se cita en el Título Cuarto, Libro Segundo del Código Penal del Estado de México, a diferencia del tipo complejo, en el cual se lesionan varios bienes jurídicos. Pavón Vasconcelos clasifica además del robo como un tipo anormal, por cuanto solo contiene elementos objetivos, uno además el elemento normativo ya señalado.<sup>19</sup>

Por otra parte, sólo puede presentarse antijudicial en el delito en estudio por ausencia en el objeto jurídico o material como sucedería en el apoderamiento de cosa propia, o cuando exista el consentimiento del pasivo.

La antijudicialidad en el robo aparece en el momento en que la conducta no se encuentra justificada en la ley, es decir, cuando no se opera a favor del agente ninguna causa de justificación de las empuñadas en el Artículo 10 de nuestro Código Penal para el Estado de México.

En orden a la culpabilidad, el delito de robo es necesariamente doloso, pues no es posible la existencia del robo culposo, aun y cuando es el tipo penal no se haga referencia al dolo o al ánimo del agente, ya que como acertadamente aduce Pavón Vasconcelos: "en la entraña de los tipos se agita el elemento intencional, que consiste en el conocimiento de las circunstancias de hecho, que son la ajenidad de la cosa mueble, el apoderamiento y la ilegitimidad del acto, así como la voluntad de acción y coronando, el fin de obtener un provecho, cosa distinta del provecho mismo, que no es solamente económico, sino también religioso, intelectual, etc."<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Pavón Vasconcelos, F. Op. Cit. Pág. 45

<sup>20</sup> Pavón Vasconcelos, F. Op. Cit. Pág. 53

La punibilidad en el robo no es sino la amenaza de la pena que se asocia al mandato o precepto contenido en la norma penal. Nuestro Código establece como medida para fijar la pena del robo el valor de la cosa que constituye el objeto, puesto que si el bien jurídico que se tutela es el patrimonio, cuanto mayor es la gravedad de la lesión a la misma altura debería punirse, o bien, se estima de mayor peligrosidad el sujeto que se apodera de un objeto de mayor valor que aquel que se apodera de escasos valores, teniendo el juzgador la facultad de finar la sanción que estime justa de acuerdo a las circunstancias en términos de los artículos 59 y 60 del Código Penal del Estado de México.

En orden al sujeto activo, podemos decir que el robo es un delito monosubjetivo es decir, que no requiere necesariamente la intervención de dos o más personas para su ejecución y admite que en su comisión intervengan varias personas con el carácter de autores o partícipes, en su aplicación a lo dispuesto por el Artículo 11 del multicitado ordenamiento legal.

## CAPITULO IV

### ANALISIS DEL ARTICULO 305 DEL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO.

#### IV. ANALISIS DEL ARTICULO 305 DEL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO.

##### I. LINEAMIENTOS LEGALES QUE PLANTEAN LA CUESTION DEL PATRIMONIO.

El concepto de patrimonio podemos entenderlo de de un punto de vista económico o jurídico. El primer criterio lo define como el conjunto de los bienes mediante los cuales el hombre satisface sus necesidades, y en sentido jurídico, es el conjunto de relaciones jurídicas económicas valiables. En estricto sentido, el patrimonio de la familia ha sido una de las instituciones que se ha criticado no solo por los juristas, sino también por los economistas. El patrimonio de la familia, dice Magallón Ibarra, consiste en apartar del comercio, en apartar de la libre transacción, determinados bienes tendientes a constituir una unidad que venga a satisfacer las necesidades de la familia<sup>1</sup>. En nuestro sistema positivo, tanto en el vértice constitucional, como en la ley secundaria, sí existe la institución que conjuga un patrimonio familiar en primer término la fracción XVII del Artículo 27 Constitucional establece que "Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo, ni gravamen alguno"<sup>2</sup>, y, en segundo lugar el artículo 123 de nuestra Carta Magna dispone en su fracción XXVIII que "Las leyes determinarán los bienes que constituyen el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales, ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios"<sup>3</sup>. Ahora bien, el Código Civil del Estado de México, en el Título Duodécimo del Libro Primero reglamenta los anteriores preceptos constitucionales y delimita en su artículo 760

<sup>1</sup> Magallón Ibarra, Jorge Mario Instituciones de Derecho Civil, Tomo V. Pág. 570

los objetos que pueden comprender el patrimonio de la familia: a) La casa habitación de la familia y, b) en algunos casos, una parte de cultivable.

En base a las consideraciones anteriores debemos diferenciar la noción civilista ya expuesta con la doctrina del patrimonio dentro del Derecho Penal, ya que este persigue diversa finalidad que el Derecho Civil o Familiar, pues, en principio, el patrimonio entendido desde el punto de vista civil, según Coviello, puede "denotar el conjunto de relaciones jurídicas de una persona estimables en dinero y por lo tanto el conjunto no sólo de los derechos sino también de las deudas, y se habla entonces de activo y de pasivo del patrimonio."<sup>2</sup> y, "dentro del marco penal entendido como el conjunto de cosas y derechos destinado a satisfacer las necesidades humanas y sujeto al senorio de su titular", según definición de Jiménez Huerta, quien además refiere que la tutela penal contenida "los artículos del Título denominado "Debitos contra las personas en su patrimonio", se proyecta rectilíneamente sobre las cosas y derechos que integran el activo de la concepción civilista, sin que deje huella en la tutela penal aquel plexo de relaciones jurídicas activas y pasivas que constituye, según Derecho privado, la idea del patrimonio", pues en tanto que la común doctrina privativa noción de patrimonio entra sólo las cosas o derechos susceptibles de ser valuados en dinero, la tutela penal del patrimonio se extiende también a aquellas cosas que no tienen valor económico.<sup>3</sup>

Al respecto, Pavón Vasconcelos nos señala dos teorías: la denominada de la "identidad" de la noción penal del patrimonio con la del Derecho Civil y que le reconoce al Derecho Penal exclusivamente su carácter sancionador y autónomo en relación a otros derechos, por ser creador de normas mediante la determinación de los hechos punibles y, la teoría de la "autonomía" del concepto del patrimonio en el Derecho Penal, puesto que resulta inaceptable en sentido absoluto la concepción sancionadora del Derecho Penal ya

<sup>2</sup> Magallón Ibarra, Jorge Mario. Tomo IV. Pág. 37

<sup>3</sup> Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV, Pág. 11

que no siempre es posible transferir los conceptos civiles en la esfera amplia o restringida, señalada por la necesidad de la tutela penal, pues las necesidades de la administración de justicia no permiten siempre la estricta observancia de los preceptos civiles, sino en ocasiones obran a reformarlos.<sup>4</sup>

Por su parte, Jiménez Huerta concluye que “no solo se ataca el Derecho de propiedad, en la aceptación del Derecho Civil o en su significado académico, sino también el derecho de posesión y aun la mera tenencia de la cosa, hasta los derechos pecuniarios y los bienes inmateriales de valor económico, todos los bienes jurídicos que forman parte del patrimonio de una persona son objeto de tutela”<sup>5</sup>

Respecto de los bienes tutelados en el Derecho Penal, podemos diferenciarlos de dos formas, bienes patrimoniales reales y bienes patrimoniales personales, los cuales están protegidos penalmente en su calidad de derechos subjetivos, es decir, en cuanto la conducta antijurídica que los lesiona se efectúa sin la voluntad de su titular, y ambos consisten en un señorio sobre una cosa o en la exigencia de una prestación y susceptibles de valoración pecuniaria, siendo diferente el sentido y alcance de la tutela penal en ambos, pues mientras que los bienes patrimoniales reales son en común tutelados en los clásicos tipos de robo (art. 295), abigeato (art. 309), abuso de confianza (art. 313), fraude (art. 316), despojo (art. 319), los bienes patrimoniales personales sólo son protegidos, por vía de excepción, en algunas especies del delito de fraude (art. 317) contenidos en el Código Penal del Estado de México. La lesión a un bien patrimonial de naturaleza real está subrayada en los artículos antes mencionados de un modo que circunscribe el caso a determinadas circunstancias y guarda armonía con la cualidad corporal del bien patrimonial tutelado, por ejemplo, en el tipo específico materia del presente estudio el término “apoderarse” de la cosa ajena mueble, lleva implícita la

<sup>4</sup> Pavón Vasconcelos, F. Comentarios de Derecho Penal. Págs. 14 y sigs.

<sup>5</sup> Jiménez Huerta, M. Op. Cit. Tomo IV. Pág. 12.

naturaleza real del bien patrimonial con el objeto que, por su materialidad, pueden ser apreciados por nuestros sentidos, y más apropiadamente por la vista o por el tacto. La lesión a un bien patrimonial de naturaleza personal está recogida en abstractas referencias al concepto de "lucro indebido" por ejemplo, si se trata del delito de fraude, en el que el derecho a la cosa se ve lesionada a través de la conducta del sujeto activo del delito.

## 2. INCONVENIENTES DE LA EXCUSA CONTEMPLADA EN ESTE PRECEPTO.

Las excusas absolutoras constituyen el aspecto negativo de la punibilidad. El Código Penal del Estado de México admite tres causas especiales de exclusión de la pena en relación al delito de robo: 1) El artículo 303 consagra una excusa absolutora al señalar: "Cuando el valor de lo robado no pase de cinco veces el salario mínimo de la zona económica donde se cometa el delito, sea restituido el bien por el ladrón espontáneamente y pague éste los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se le impondrá pena alguna si no ejecutó el robo concurriendo alguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 300 (violencia en las personas)"; 2) El artículo 305 dispone que "No se sancionará el robo cometido por un ascendiente contra su descendiente, o por éste contra aquél, o por un cónyuge contra otro. Si además de las personas de las que habla este artículo, tuviera intervención en el robo alguna otra, no aprovechará a ésta la excusa absolutoria pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido" y; 3) El artículo 307 del citado ordenamiento legal dice: " No se impondrá pena al que sin emplear los medios de violencia física o moral, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".

La justificación que contiene la primera excusa absoluta se funda en principio en el escaso valor que debe consignar el objeto materia del delito, en la restitución obtenida quizo por el arrepentimiento activo del agente, el realizar actos pendientes o disminuir o reparar el daño causado restituyendo espontáneamente el objeto del que se apoderó y tal restitución deberá verificarse antes de que la autoridad tome conocimiento del hecho. Tal excusa absoluta podría basarse en el hecho de que existe principalmente ausencia de violencia, arrepentimiento en el agente e inexistencia de peligrosidad.

La excusa absoluta señalada en el artículo 307 de nuestro Código Penal y que doctrinariamente se le ha denominado robo de indigente, robo de familia o robo necesario encuentra su justificación en el estado de necesidad. "en aquella situación de peligro que lleva al sujeto a sacrificar un bien jurídico ajeno para salvaguardar el propio de mayor entidad igualmente tutelado". Tal situación constituye un estado de necesidad, puesto que ante el conflicto surgido entre dos bienes tutelados por el Derecho, se ha optado por el sacrificio del menos valioso, aunque limitando la licitud de la agresión al patrimonio a los casos comprendidos en el precepto.<sup>6</sup>

Adoptamos al respecto el criterio señalado por Pavón Vasconcelos en cuanto a que tal disposición legal se encuentra ya inmersa en la disposición contenida en la fracción III del Artículo 16 del Código Penal como una excusa de responsabilidad, con la salvedad de que en dicha norma se precisa que el bien jurídico sacrificado sea igual o menor al que se pretenda salvaguardar.

El artículo 305 consagra la tercera excusa absoluta que el Código admite en relación con el delito de robo y es la que comprende el parentesco de consanguinidad en línea recta (ascendientes y descendientes) y sin límite de grado y el parentesco de afinidad, únicamente el que se contrae por el matrimonio.

<sup>6</sup> Pavón Vasconcelos, F. Op. Cit. Pág. 30



El Código Penal para el Distrito Federal, anteriormente comprendía la excusa absoluta de parentesco por consanguinidad en la línea ascendiente y descendiente comprendida en el artículo 377 al establecer: “El robo cometido por un ascendiente contra un descendiente o por éste contra aquél, no produce responsabilidad penal contra dichas personas”, pero la misma no beneficiara, por disposición expresa del referido artículo, a cualquier otra persona que tuviera intervención en el robo, no obstante con las actuales reformas de Diciembre de 1990 se adicionó el artículo 399 de la siguiente forma: “Art. 399 bis.- Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela de la parte ofendida cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubino o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querrela para la persecución de delitos que hubiesen ocurrido en la ejecución del delito con los sujetos a que se refiere el párrafo anterior. Si se cometiere algún otro hecho que por sí solo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señala la ley.” Dicha reforma pudiera resultar poco oportuna si tomamos en consideración la idea generalizada de la justificación de motivos de nuestra Cívica anterior que en síntesis aduce un estrecho vínculo de parentesco (únicamente por lo que se refiere a ascendientes y descendientes) en el que no debía intervenir el Estado dejando que el conflicto se resolviera en el seno familiar exclusivamente.<sup>7</sup>

Consideramos que si debiera prevalecer la excusa contenida en el artículo 308 del Código Penal del Estado de México por cuanto hace al robo cometido por un ascendiente contra su descendiente y viceversa, sin que ésta se extendiera al robo cometido por un cónyuge contra otro, toda vez que con justa razón, refiere Jiménez Huerta “las relaciones entre estas personas son demasiado íntimas para que convenga, en relación con sus

<sup>7</sup> Cardona Arizmendi, Enrique. Código Penal comentado del Estado de Guanajuato. Pág. 571

intereses pecuniarios, facultar al Ministerio Público indiana secretos de familia que quizá no deben ser jamás revelados, para que no sea excesivamente peligroso que una acusación penetre en asuntos donde la línea que separa la ausencia de escrupulos y el verdadero delito es muy difícil de trazar, en fin para que el Ministerio Público promueva penas cuyas consecuencias no se limitan a sembrar la amargura entre los miembros de la familia, sino que, además, pueden ser fuente de eternas divisiones y de rancor. La nota de infamia que acompaña a cualquiera acusación por tallo, necesa, en aras de los vínculos familiares, no penal los perpetrados entre ascendientes y descendientes y sancionar los cometidos por los demás parentes próximos solo previa querrela del agraviado.<sup>1</sup>

Resulta inconveniente la excusa contemplada en el artículo 363 por cuanto hace al robo cometido por un conyuge contra otro, toda vez que la ratio que inspiran los lazos familiares, lo proclama el hecho de que la exención de pena es absoluta entre los robos cometidos entre ascendientes y descendientes y debiera ser relativa y condicionada a la previa querrela en los cometidos entre conyuges y demás parentes por afinidad, puesto que en estos los lazos familiares son más distantes y menos austeros, y por ende cabría la posibilidad de dar intervención al Derecho Penal a fin de sancionar dicha conducta, aunque condicionada en cuanto a su perseguibilidad a la querrela del agraviado.

Consideramos que son fundadas las razones que invoca el legislador al crear la excusa absolutoria en el delito cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquél, puesto que resulta conveniente dejar al secreto de las familias la comisión de hechos de esta naturaleza a fin de evitar el escándalo que traería consigo un procedimiento judicial, asegurándoles la ley, de este modo, una inmunidad penal completa, sin perjuicio de darles a las partes acciones restitutorias civiles y protegiendo una de las instituciones más importantes de nuestros días y que, es base de todo sistema social: la familia. Nuestro legislador parte del principio de que se causa un menor daño a

<sup>1</sup> Pavón Vasconcelos, P. Op. Cit. Pág. 62.

la sociedad en general reprimiendo estos delitos, tanto por la grave publicidad que traería implícita la represión, como por la consecuencia que traería consigo, ya que no hay duda que ocasionaría una completa disolución de ella, cosa a todas luces más digna de evitar.

En el caso especial del robo cometido por un cónyuge contra otro, descrito en el multitudinario artículo 305 de nuestro ordenamiento legal presenta una cuestión interesante a resolver. Si retomamos la idea de que sólo deben ser delitos y figurar como tales en un Código Penal, las conductas o los hechos que por su importancia y gravedad, lesionen seriamente los intereses sociales de la comunidad, luego entonces el robo cometido entre esta clase de familiares lejanos, incluyendo suegros, yernos, nietos, es decir, todos los parientes que el Código Civil denomina parientes por afinidad, si lesiona y vulnera seriamente a la sociedad, y, más aún, no se percibe ninguna diferencia entre este delito y el robo en general.

Ahora otra cuestión, ¿se lesiona la integridad de la familia, si el delito se repime de oficio?

La cuestión no deja de ser delicada, pero creemos que en general, tratándose de la clase de familiares que antes se mencionaban, no se vulnera y se perjudica en nada a la familia, ya que se trata de miembros de ella, que no están unidos por lazos de sangre, ni existen en la mayoría de las veces, lazos carinosos entre ellos, todo ello derivado en ocasiones de la desavenencia y falta de vida en común; y si se reprimen estos delitos, no resulta ningún dano para la sociedad. Por el contrario, el robo cometido entre parientes consanguíneos hasta el cuarto grado a que se refiere el artículo 306 del Código Penal si se reprime de oficio, sí perjudica a la sociedad como toda conducta antijurídica que es y demás se lesiona la integridad familiar, pues se trata de personas que en la mayoría de las veces llevan vida en común, al menos hasta cierta edad, y que la injerencia de la autoridad judicial viene a romper esa unidad y armonía que es tan necesaria en la familia.

Las consideraciones anteriores podrían ser aplicables a las disposiciones contenidas 312 y 319 respecto de los delitos de abigante y fraude, respectivamente, puesto que el perjuicio resuelto por la víctima atendiendo al delito de robo entre cónyuges, y demás parientes por afinidad, afectan el patrimonio de las personas, y demás, constituye directamente una lesión a los derechos civiles sobre sus bienes que, por la infracción, se ven de hecho disminuidos, por lo que consecuentemente al entrar dicho delito patrimonial una lesión económica, debiera nuestra legislación abrogar la excusa absoluta contenida en el robo entre cónyuges a que se refiere el artículo 305 del Código Penal del Estado de México.

A fin de reformular en lo anterior, nos permitimos transcribir jurisprudencia relacionada con los bienes habidos dentro del matrimonio:

**"SOCIEDAD CONYUGAL. BIENES PROPIOS ANTERIORES AL MATRIMONIO. NO SE INCLUYEN, SALVO PACTO EN CONTRARIO**

Salvo pacto en contrario los bienes propios de cada uno de los cónyuges, que tenían antes de la celebración del matrimonio, continúan perteneciéndoles de manera exclusiva, a pesar de que el matrimonio se haya celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, porque las aportaciones al implicar traslación de dominio, deben ser expresas."

Sexta Época, Cuarta Parte, Vol. XXXVI, Pág. 71.

**"SOCIEDAD CONYUGAL. GANANCIAS EN LA.** La sociedad conyugal constituye una comunidad de bienes entre los consortes mientras subsista el matrimonio, y encontrándose los bienes gananciales de tal suerte mezclados o confundidos que no se sabe a cual de los cónyuges pertenecen, sin que ninguno de ellos pueda acreditar su

derecho de propiedad, por cuanto se pro indiviso hasta en tanto no termine la sociedad por alguno de los medios establecidos por la ley, tanto el marido como la mujer pueden promover por sus propios derechos en defensa de sus intereses en la sociedad, porque todo cuanto gana el marido y la mujer es común de los dos.” Quinta Época, Suplemento de 1986, Pág. 473

“ROBO ENTRE CONYUGES. SU CONFIGURACION. RO LA IMPIDE LA SOCIEDAD CONYUGAL.- Siendo que para la configuración del delito de robo es menester que la cosa objeto del mismo se encuentre en poder de persona distinta a la del agente y en el caso a estudio es claro que los muebles objeto del ilícito al momento de su ejecución, eran destentados por la sociedad conyugal, de ello se sigue que el citado delito se consumó en el momento en que el recurrente puso los bienes bajo exclusivo control considerando además de que el Artículo 388 del vigente Código Penal del Estado de Sinaloa, presupone responsabilidad criminal en el robo entre conyuges, previa petición del agraviado; sin que sea óbice para estimar demostrados el cuerpo del delito y la conyugente responsabilidad penal del acusado, el que este y la ofendida sostengan una relación matrimonial bajo el régimen de sociedad conyugal y que por ende la citada vida en común durante varios años, puesto que en la causa quedó demostrado que los objetos del ilícito pertenecían a la sociedad conyugal y que de los mismos se apoderó el recurrente sin consentimiento de quien podría disponer de ellos, ya que para ello requería la autorización de su conyuge.” TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO, Amparo en revisión, INFORME, 1987, Tercera Parte Tribunales Colegiados, Pág. 697

### 3.- LA QUERRELA (COMO) PROBABLE CONDICION OBJETIVA DE PUNIBILIDAD.

Habiendo *mostrado* en el punto inmediato anterior del presente trabajo nuestra entera conformidad con la exención absoluta contemplada en el artículo 302 del Código Penal respecto del robo cometido entre ascendientes y descendientes, pasaremos a continuación al estudio de la querrela como medio jurídico exigido por la Ley para la persecución del delito que nos ocupa, no sin antes hacer un breve preámbulo de lo que en este aspecto contemplaron nuestros Códigos anteriores.

En los anteriores Códigos Penales no producía al igual que el nuestro, responsabilidad penal el robo y el fraude entre cónyuges, así tenemos, por ejemplo, el Código Penal de 1871, mismo que en su artículo 373 refería que " El robo cometido por un Cónyuge contra el otro, sino están divorciados, por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquel, no produce responsabilidad penal contra dichas personas. Pero si precediere, acompañarse o siguere al robo algún otro hecho calificado de delito, se le impondrá la pena que para éste señala la ley", el Código Penal de 1929, también declara sin responsabilidad penal a los cónyuges en caso de robo entre ellos, dice el artículo 1118: "El robo cometido por un cónyuge contra otro, si no viven bajo el régimen de comunidad de bienes, por un ascendiente contra un descendiente suyo o por éste contra aquel, no produce responsabilidad penal contra dichas personas, a no ser que lo pida el ofendido. El texto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931, señala en su artículo 378, "El robo cometido por un cónyuge contra otro, por un suegro contra su yerno o su nuera, por estos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano, produce responsabilidad penal, pero no se podrá proceder contra los delinquentes sino a petición del agraviado."

En relación a este último precepto, Jiménez Buerta dice: "La razón que explica que esta responsabilidad del extraño solo pueda exigirse previa querrela de la parte ofendida, ha de hallarse en los propios principios que informan y fundamentan la excusa establecida para los ascendientes y los descendientes, pues la iniciación de oficio de un proceso para lograr el castigo del tercero que hubiere intervenido en un robo entre ascendientes y descendientes, forzosamente salpica los estrechos vínculos familiares que se requieren proteger y, múltiples veces, redundará en una lesión para el propio honor personal del ascendiente o del descendiente ofendido. Justo es que en esta cuestión tan delicada deje la ley a la exclusiva voluntad de ofendido la iniciativa procesal. Y en el mismo linaje de razones se fundamenta en que también en los robos cometidos entre los demás parientes que menciona el artículo 378, quede a voluntad del ofendido el ejercicio de la acción penal. Empero, necesario es para que la iniciativa de la pretensión penal penda de la voluntad del ofendido, que el vínculo que engendra la cualidad de cónyuge, suegro, yerno o nuera y padrastro o hijastro provenga de un matrimonio que produzca efectos civiles, y que el vínculo que subsista en el momento de realizar el apoderamiento".<sup>9</sup>

Consideramos apropiado que la excusa absolutoria contemplada en el artículo 305 de nuestro Código Penal comprenda únicamente el robo cometido por un ascendiente contra su descendiente y viceversa y se deje al particular, en este caso al cónyuge ofendido, la facultad de elegir entre sí el delito que le ha afectado de manera directa sea o no perseguido, satisfaciendo de este modo cualesquiera que sea su pretensión. En tales condiciones podría afirmarse que el robo cometido entre cónyuges como delito de querrela, la pretensión del ofendido está notoriamente acentuada, ya que esa fue la razón para que el legislador del Código Penal de 1931 permitiera al directamente ofendido, poner en movimiento el aparato represivo del Estado, y procuró compensarse el exceso, dejando que sea el Ministerio Público quien ejerce la acción penal, pero permitiendo al

<sup>9</sup> Jiménez Buerta, M. Op. Cit. Pág. 104

particular ofendido que imputa el que ella sea agredida, o bien haciendo posible que se rompa la relación precesal a virtud del sobrevenimiento consiguientemente cuando el parero del delito así lo desee hasta antes de la formulación de las conclusiones de los peritos en el procedimiento.

En este orden de ideas, los supuestos que contendrían el precepto legal que sancionará la conducta derivada del robo entre cónyuges, serían los siguientes: A) - Que exista un robo, por cuanto se dan los elementos específicos requeridos por el tipo; B) - Que tal hecho produzca responsabilidad penal para quien lo cometa y C) - Que no se pueda proceder contra el culpable sino a petición del agraviado.

En síntesis, el hecho general responsabilidad penal pero no por tal situación procede de inmediato el enjuiciamiento y consecuentemente la aplicación de una pena, sino que para ello se requiere fundamentalmente la manifestación de la voluntad exteriorizada por el ofendido y consistente en hacer del conocimiento de la autoridad competente de los hechos ilícitos de que ha sido objeto y a consecuencia de los cuales ha sido lesionado un bien patrimonial, quedando entendido, que el ejercicio mismo de la acción penal está supeditado a dicha manifestación de la voluntad.

Al respecto, Pavón Vasconcelos nos dice: "Si de acuerdo con el texto del artículo 378 del Código, el robo cometido por los sujetos cuyas calidades se precisan en razón del parentesco que los liga con el paciente del delito, genera responsabilidad penal, la subordinación de la perseguibilidad del hecho concreta su punición a la previa petición, en tal sentido del agraviado. Como esta manifestación de voluntad es independiente de la tipicidad de la conducta, de su antijuricidad y de la culpabilidad del autor, tiene carácter extrínseco con relación a tales elementos del delito y, en consecuencia, constituye una verdadera condición objetiva de punibilidad."<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Pavón Vasconcelos, F. Op. Cit. Pág. 66



Consideramos que la conducta descrita en el artículo 305 del Código Penal por cuanto al robo cometido por un conyuge en agravio del otro, es susceptible de ser sancionada si partimos de que, en principio, el Derecho Penal salvaguarda la tutela y defensa de los derechos humanos mediante el sistema jurídico de procuración impartición y administración de justicia, que a la vez refleja diferentes instancias en un preso único que engloba las funciones del Ministerio Público, del órgano jurisdiccional y de los órganos políticos y ejecutivos<sup>11</sup>

Ahora bien, la pena tiene como uno de sus fines la reivindicación de los intereses sociales lesionados, no obstante el concepto que de la pena han dado diversos autores, ésta se halla en íntima relación con el derecho, pues en general, es un algo encaminado a mantener efectivo el orden jurídico, cuando éste sea violado. Así pues, la inviolabilidad del derecho (per ser este necesario para el cumplimiento del fin humano social) supone la represión de las transgresiones del mismo, sanción que ha de estar impuesta por el órgano adecuado. El fin de la pena es la reivindicación social de dar a cada cual lo que le pertenece, la corrección del culpable y la prevención de los delitos

Sin embargo, el perdón del ofendido viene a impedir que la pena cumpla con dicha misión, pues el interés público para la represión de estos hechos quedan al arbitrio, criterio y conveniencia del particular agraviado, pues ya que si bien es cierto la pena se aplica en bien de la sociedad, también lo es en bien del particular a quien le son atacados directamente sus derechos (propiedad, integridad física, honor).

---

<sup>11</sup> García Cordero, Fernando La administración de Justicia Penal, Obra Jurídica Mexicana de la P.G.R. Tomo V, Pág. 829

Así pues, desde el punto de vista que informa la actual dirección del Derecho Penal, el de la defensa social, pero también individual, estimamos que debe existir el perdón como causa que extinga la pretensión punitiva en el delito de robo cometido entre cónyuges y que de este modo subsista la excusa absoluta comprendida en el artículo 305 de nuestro actual Código Penal, considerando acertadas las aseveraciones vertidas por Osorio y Nieto en la Obra Jurídica Mexicana de la Procuraduría General de la República: “La perseguibilidad por quejeña en delitos patrimoniales cometidos entre familiares, consideramos que es una forma protectora de la integridad y unidad familiar y por tanto forma parte del Derecho Penal Familiar, ya que deja a la decisión del ofendido el hacer del conocimiento del Ministerio Público la conducta de un familiar que le afecte patrimonialmente, nos parece adecuado porque respeta los sentimientos, actitudes y relaciones familiares que pueden conducir o no al inicio de una averiguación previa, y esta posibilidad de optar protege las relaciones familiares, habida cuenta de que no existe una perseguibilidad de oficio, una actividad del Estado que podría afectar intereses muy personales en el ámbito familiar, y que en algún momento factible que produjese enfrentamientos entre sus miembros con las consecuencias muy probables y negativas de fisuras, fracturas o desintegración familiar.”<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Osorio y Nieto, Ces Augusto. Evolución Histórica del Derecho Penal Familiar. Obra Jurídica Mexicana de la P.G.R. Tomo IV Pág. 3532.

## CONCLUSIONES

- I.- En la antigüedad, el concepto de robo se encontraba perfectamente definido, aun y cuando no se contemplaba aquel que era cometido entre cónyuges, el delito era sancionado con una represión extraordinaria y la legislación contenida en las Doce Tablas estaba ya encaminada a la reparación del daño.
- II.- Es en la época Independiente cuando el Constituyente de 1857 crea una legislación penal ordenada, sentando las bases para la aplicación al delincuente de las circunstancias agravantes y atenuantes en la comisión del delito, limitándose el robo entre cónyuges únicamente a la restitución y resarcimiento del bien afectado, aun y cuando los cómplices o auxiliares fueran castigados como reo de fuero.
- III.- Es en el Código Penal para el Distrito y Territorios federales del 14 de Agosto de 1931 cuando por vez primera se atiende a la responsabilidad penal que produce el robo cometido por un cónyuge contra otra, condicionado el ejercicio de la acción penal para proceder contra los delincuentes a la petición del agraviado.
- IV.- La Ley de Relaciones Familiares de 1917 fundamentalmente establece la forma de administración y propiedad de los bienes de los cónyuges imponiéndose el régimen de separación de bienes como forma obligatoria, siendo dicha ley desplazada por el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales del 10. de Octubre de 1932 que impone la alternativa de elegir de entre los dos regímenes existentes: sociedad conyugal o separación de bienes, y en cualesquiera de ellos se conserva la titularidad del bien por cada uno de los cónyuges para los efectos del bien jurídico protegido por la ley penal.

V.- Entendido está que el interés protegido genéricamente por el robo es el patrimonio, pero específicamente compartimos el criterio de algunos autores que es la posesión la parte substancial que se afecta en el mismo si se analizan nuevamente todos y cada uno de los elementos materiales que integran el tipo y la noción jurídica que lo estructura

VI.- Consideramos poco conveniente que la excusa absoluta contemplada en el artículo 305 del Código Penal beneficiere a los cónyuges en los mismos términos que los ascendientes y descendientes, puesto que como en cualquier otro tipo de parentesco por afinidad, el interés pecuniario dentro de la relación familiar en estas personas es ante todo de carácter individualista y lesiona directamente el patrimonio de la persona que se ve afectada, contrariamente a lo que sucede con los ascendientes y descendientes, relación completamente íntima en la que no es apropiada la intervención del Estado dejándose en este caso únicamente a salvo los derechos del ofendido para ejercitarlos en la vía civil correspondiente

VII.- El delito de robo cometido por un cónyuge contra el otro podría declarar la responsabilidad penal del cónyuge culpable exigible solamente previa querrela de la parte agraviada, impidiéndole al Estado intervenir oficiosamente en el conflicto meramente de carácter familiar.

## BIBLIOGRAFIA

CAMPOMANES BAEZ, Gustavo. "El robo, abuso de confianza y fraude de relación con la posesión". Tesis, UNAM, México, 1948.

CAPIFILLO ROBLES GH, Alberto. "Estudio sobre los regímenes de bienes en el matrimonio". Tesis, E.L.D., México, 1966.

CARDENAS, Raúl F. "El derecho penal en México de la independencia hasta la República restaurada". Obra Jurídica Mexicana de la P.G.R. Tomo V, Segunda edición México, 1987.

Cárdenas, Raúl F. "Derecho penal mexicano del robo". Segunda de Porrúa, S.A. México, 1982.

CARDONA ARIZMENDI, Enrique, "Código Penal comentado del Estado de Guanajuato". Orlando Cárdenas V. De. y dist. Irapuato. Gto. 1985

CUELLO CALON, Eugenio "Derecho Penal" Parte General, De. Nacional Novena de, México, 1976

DUBOYS, Alberto. "Historia del Derecho Penal de España, Imprenta de José Ma Pérez de, Madrid, 1872.

FLORES GARCIA, Fernando. "La elevada concepción e impartición de justicia en algunas organizaciones estatales de Mesoamérica.". Obra Jurídica Mexicana de la P.G.R. Tomo V, Segunda de, México, 1987.

GARCIA CORDERO, Fernando. "La administración de justicia penal de la Revolución Mexicana a la reforma jurídica". Obra jurídica Mexicana de la PGR. Tomo V. Segunda de. México, 1987.

GONZALEZ ANDRADE, Germán. "El delito de robo. Ensayo crítico". Tesis, UNAM, México, 1970

GONZALEZ COSSIO, Francisco. "Apuntes para la historia del jus puniendi en México". Talleres de offset Larios. México, 1963

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". Ed. Porrúa, S.A. México, 1981.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. "El Código Penal comentado y la reforma de la Leyes Penales de México". Ed. impresores unidos. México, 1959.

GUARNERI, José. "Las influencias del Derecho Civil en el penal". Ed. José M. Cajica. Puebla, Pue. 1952.

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES. "Leyes Penales Mexicanas". El Instituto, México, 1979. Tomos I al IV.

JUSTINIANO. "El Digesto". Ed. Aranzadi. Pamplona 1972. Tomos II y III.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. "Derecho Pena Mexicano". Ed. Porrúa, S.A. México, 1981. Tomo IV.

MAGALIÓN, Jorge Mario. "Instituciones de Derecho Civil". Ed. Porrúa, S. A. México, 1988. Tomo V.

MARTINEZ Y MARTINEZ, Salvador. "Las Doce Tablas. Un argumento a favor de la legislación penal azteca". México. Universidad Veracruzana. 1985.

MELENDEZ ACOSTA, María Josefa. "Estudios sobre Sociedad Conyugal". Argentina. Rubinzal y Culzoni ed. 1981.

MENDIETA NUÑEZ, Lucio. "El Derecho Precolonial". Ed. Porrúa, S. A. México, 1957.

MOMMSEN, Trodaro. "Derecho Penal Romano". Ed. La España Moderna. Madrid, 1898.

NUÑEZ, Ricardo C. "Delitos contra la propiedad". B. Aires. Editorial Bibliográfica. Argentina. 1951.

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. "Evolución Histórica del Derecho Penal Familiar". Primera de. Obra Jurídica Mexicana de la P.G.R. México, 1987. Tomo IV.

ORTOLAN, M. "Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano". Madrid, novísima séptima Ed. Tomo I.

PALOMAR DEL MIGUEL, Juan. "Diccionario para Juristas". Mayo de. México. 1981.

PAVON VASCOPELOS, Francisco. "Comentarios de Derecho Penal". Ed. Porrúa, S.A. México, 1982.

PALLARES, Eduardo. "Ley sobre relaciones Familiares comentada y concordada con el Código Civil vigente en el Distrito Federal y Leyes extranjeras". Librería Vda. de Ch. Bouret. México, 1942.

SAINZ, José A. "El delito de Apropiación Indebida". Barcelona, Bosch ed. 1978

#### LEGISLACION CONSULTADA

NOS. 93a. de Porrúa, S.A. México, 1991

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO, 9a. Ed. Porrúa, S.A. México, 1991.

CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MEXICO, 9a. Ed. Porrúa, S.A. México, 1991

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 49a. Ed. PORRÚA, S. A. México, 1991

#### JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA MEXICANA 1917- 1985, Año 1, 1986, Año 3, 1988.  
Rolando Cárdenas Velasco, Cárdenas, Ed. y Dist. 1a. Reimpresión; México, 1990.



COMPILACION DE JURISPRUDENCIAS Y EMENDACIONES IMPORTANTES  
EN MATERIA DE FAMILIA 1947 a 1958. *Roncho Alberto Ruiz López*. Imprenta Aldama,  
Mexico, 1990.

## INDICE

Introducción .....	ii
Capítulo I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ROBO .....	1

### TEMARIO

1.- El delito de robo en Roma, Grecia y España .....	2
2.- El delito de robo en México .....	15
2.1.- Época Prehispánica.....	15
2.2.- Época Colonial.....	20
2.3.- Época Independiente.....	21
Capítulo II.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO .....	29

### TEMARIO

1.- El matrimonio en la antigüedad .....	30
2.- El matrimonio en México.....	36
3.- Concepto de matrimonio .....	40
4.- Régimen económico del matrimonio.....	42

Capítulo III.- ESTUDIO DEL DELITO DE ROBO.....	47
--	----

#### ÍNDICE

1.- Bien Jurídico Tutelado.....	48
2.- Carácter general del delito de robo.....	51
3.- Notión Jurídica del delito de robo.....	56

Capítulo IV.- ANÁLISIS DEL ARTICULO 305 DEL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.....	60
---	----

#### ÍNDICE

1.- Lineamientos legales que plantean la cuestión del patrimonio.....	61
2.- Inconvenientes de la excusa contemplada en este precepto.....	64
3.- La querrela como probable condición objetiva de punibilidad.....	71

Conclusiones.....	76
Bibliografía.....	78