

1
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

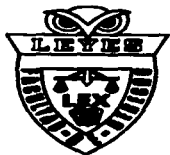
FACULTAD DE DERECHO

**"PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO 399 BIS
DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL"**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :**

JULIO ARMANDO ACEVEDO MAGDALENO



MEXICO, D. F.

CD. UNIVERSITARIA, 1997

**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.

México, D.F., a 2 de Diciembre de 1996.

DR. RAÚL CARRANCA Y RIVAS
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
P R E S E N T E.

Por medio de la presente, respetuosamente me dirijo a Usted, a efecto de hacer de su conocimiento que el alumno JULIO ARMANDO ACEVEDO MAGDALENO, con número de cuenta 7940282-6, realizó bajo el asesoramiento y supervisión del suscrito, el trabajo de Tesis a efecto de obtener el título de Licenciado en Derecho, registrado en el Seminario a su digno cargo bajo el rubro de "PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 399 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL".

Por lo anteriormente referido, exhibo los ejemplares correspondientes al trabajo en mención, a efecto de ponerlo a su consideración, solicitándole que en caso de no existir impedimento alguno, otorgue su Voto Aprobatorio para los fines correspondientes.

Sin más por el momento agradezco la atención prestada, enviándole un afectuoso y cordial saludo

ATENTAMENTE


LIC. PAULINO CHAVARRÍA GÓMEZ

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO:

 Mi enorme agradecimiento y admiración
 imperecederos como fuente inagotable de
 conocimientos y formadora de hombres útiles a
 su patria. Gracias por permitirme terminar
 ésta mi segunda carrera profesional.

A TODOS MIS MAESTROS:

 Quienes gracias a su paciencia y tolerancia
 supieron guiarme en ésta noble y difícil
 profesión de Licenciado en Derecho.

A MI ASESOR LIC. PAULINO
CHAVARRIA GÓMEZ:

 Quien gracias a sus sabios consejos y atinados
 comentarios hicieron posible la realización de
 este trabajo.

A MIS PADRES:

Quienes infundieron en mi el valor por lo justo y me enseñaron el camino del bien, gracias por darme la vida.

A MIS HERMANOS:

En honor a su cariño solidario y fraternal.

A LA COMPAÑERA DE MI VIDA MARIA TRINIDAD
FLORES SÁNCHEZ:

Con la esperanza y firme convicción de que su vocación por el estudio culmine con éxito, recordando que la constancia en lo emprendido tiene su recompensa, no desmayes, sigue adelante.

A TODOS LOS EXCÉPTICOS:

Gracias por no creer en su servidor porque gracias a esa incredulidad pude y sigo superándome por que lo importante no es llegar primero sino saber llegar y sostenerse.

AL DOCTOR EN DERECHO,
MAXIMO CARBAJAL CONTRERAS:

Quien con apego al Derecho y altos valores morales, sociales y humanos ha dirigido hasta el momento con éxito a la facultad de Derecho predicando con el ejemplo.

AL LIC. JOSÉ BARROSO
FIGUEROA:

Por su invaluable ayuda en la aprobación y tramitación de esta tesis profesional.

AL DOCTOR RAÚL CARRANCA Y
RIVAS:

Gracias por su apoyo en la aprobación de este trabajo recepcional.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

CD. Universitaria, a 3 de julio de 1997.

**C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E .**

EL C. JULIO ARMANDO ACEVEDO MAGDALENO, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del Lic. PAULINO CHAVARRIA GOMEZ, su tesis profesional intitulada "PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO 399 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL", con el objeto de obtener el grado académico de licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el art. 8 fracción V, del reglamento de seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

**A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO**

DR. RAFAEL CARRANCA Y RIVAS

**"PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 399 BIS DEL CÓDIGO
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL"**

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

DELITOS EN CONTRA DE LAS PERSONAS EN SU PATRIMONIO

A)	Antecedentes Históricos.....	3
B)	Regulación en el Código Penal de 1871.....	5
C)	Código Penal de 1929.....	7
D)	Código Penal de 1931.....	9
E)	Concepto.....	12
F)	Regulación Actual.....	19

CAPÍTULO II

DEL ROBO EN GENERAL

A)	Breve Reseña Histórica del Delito de Robo en el Derecho Comparado.....	22
B)	Historia Nacional de este Delito.....	28
C)	Naturaleza Jurídica.....	36
D)	Concepto.....	45

CAPÍTULO III

DEL ROBO ENTRE CÓNYUGES

A)	Evolución Histórica.....	51
B)	Naturaleza Jurídica.....	68
C)	Concepto.....	80
D)	Regulación Actual.....	81

CAPÍTULO IV

NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 399 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

A)	Marco Legal de este Delito.....	90
B)	Propuesta de Reforma.....	103
C)	Beneficios de la Reforma.....	120
D)	Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	126
E)	Inclusión de este delito de manera Particular en el Código Penal para el Distrito Federal.....	130
	CONCLUSIONES.....	131
	BIBLIOGRAFÍA.....	135

INTRODUCCIÓN

EL ROBO ENTRE CÓNYUGES es una cuestión muy discutida, en relación a determinar si puede o no presentarse el robo entre cónyuges. Primeramente diremos que cuando nos referimos a cónyuges estamos refiriéndonos al matrimonio civil, pues para efectos legales, aún en materia penal, es el único matrimonio que tutela la ley.

Hay también en este aspecto un sinnúmero de opiniones: unas aceptando y otras negando el robo entre cónyuges; algunos distinguen entre matrimonio por separación de bienes y el efectuado en sociedad conyugal, de donde afirman que en el primero se dará el robo y en el segundo no.

Esta tesis estará enfocado en el supuesto siguiente: cuando el matrimonio se celebra bajo el régimen de sociedad conyugal y se deja de celebrar el convenio con relación a los bienes presentes de los cónyuges, o sea los bienes que adquirieron antes de contraer matrimonio, pues en tal caso, queda establecido en el artículo 98 fracción V del Código Civil del Distrito Federal, que cada uno de los cónyuges conserva el derecho de propiedad exclusivo sobre dichos bienes, por lo que el apoderamiento efectuado por uno de ellos en relación con dichos bienes es constitutivo de robo.

En los puntos anteriores este delito resulta cobarde, pero al ser cometido por alguno de los cónyuges, cobra toda su ingratitud, ya que defrauda la confianza de su pareja integrada por valores morales, humanos, y de honestidad, los que deben estar por encima de los bienes económicos, es por ello, que planteo que el Código Penal para el Distrito Federal, tenga una mejor regulación de este delito y de ser posible se haga en forma particular, señalando adecuadamente su tipificación haciendo una reforma al artículo 399 bis del Código Penal en comentario.

Considero de manera honesta que de tomarse en cuenta esta modesta propuesta, se protegerá mejor el patrimonio de cada uno de los cónyuges y en general el patrimonio familiar.

CAPÍTULO I

DELITOS EN CONTRA DE LAS PERSONAS EN SU PATRIMONIO

En este título estudiaremos los delitos que tutelan el bien jurídico del patrimonio, como el mismo lo señala, para poder hacer el análisis del robo primero debemos tener una idea clara de lo que es patrimonio, así, encontramos que Maggiore nos da una definición económica y otra jurídica al respecto, manifestando: "En sentido económico, patrimonio es el conjunto de los bienes mediante los cuales el hombre satisface sus necesidades. En sentido jurídico agrega patrimonio es el conjunto de las relaciones jurídicas, económicamente apreciables que competen a una persona".¹

Asimismo, consideramos que el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero. Los elementos que constituyen el patrimonio social o bienes, como objeto de relaciones jurídicas, los derechos que pueden apreciarse en dinero, como elemento activo, y las obligaciones y deudas pecuniarias, como elemento pasivo del patrimonio. Como podemos ver ésta es la definición civilista del patrimonio.

¹ Cit. por AMUCHASTEGUI REQUENA, Irma. Derecho Penal. 7ª edición. Editorial. Harla. México, 1993. p. 172

El patrimonio, desde el punto de vista penal está constituido por aquél plexo de cosas y derechos destinados a satisfacer las necesidades humanas y sujeto al señorío de su titular.

Al hablar de patrimonio nos debemos referir también al Código Civil para el Distrito Federal, donde se prevé el patrimonio familiar, manifestando en su Artículo 723 lo siguiente:

"Art. 723. Son objeto del patrimonio de la familia:

- I. La casa habitación de la familia.
- II. En algunos casos una parcela cultivable".

Pero nuestro Código Penal, al citar al patrimonio de las personas, comprende en sí todos los bienes inmuebles, propiedad de un individuo, como lo establece el artículo 395.

Por nuestra parte consideramos que el hombre en sociedad goza del patrimonio natural y además, goza de un patrimonio que se llama político. A manera de resumen, puedo decir que el patrimonio civil es el conjunto de bienes y riquezas que pertenecen a una persona y desde el punto de vista penal el patrimonio comprende en sí todos los bienes muebles o inmuebles propiedad de un individuo, la distinción entre el patrimonio civil y el penal estriba en la regulación que la ley correspondiente hace.

Se llama patrimonio político el que corresponde al hombre en cuanto es miembro de una sociedad determinada la cual está constituida para el único fin de darle los bienes de la seguridad y del sentimiento de la patria.

Pero a efecto de tener una mejor comprensión del tema que comentamos, será oportuno puntualizar lo siguiente:

A) Antecedentes Históricos.

Francesco Carrara nos habla de la historia del derecho de propiedad, en donde algunos filósofos, que defendieron el comunismo y socialismo, se inclinaron por manifestar que era un falso derecho, el cual nacía de la codicia humana, pero que, sin embargo, algunos autores lo habían refutado de diferentes formas, siendo su opinión:

"No es cierto que la comunidad de las tierras de una tribu, con derecho igual en todos los miembros de ésta, para participar de los frutos, sea la negación del derecho de propiedad entre los pueblos primitivos, pues esas tribus no habrían tolerado, sin duda, que otras gentes invadieran los campos cultivados por ellas. Esto equivaldría a decir que si cuatro hermanos tienen una posesión indivisa niegan el derecho de propiedad. Aquella era una hermandad más amplia, una familia más extensa; pero la idea de propiedad era tan genuina como lo es hoy. Y si algunos pueblos, por vivir

exclusivamente de la caza o la pesca, no se preocuparon por ocupar sus tierras, no puede afirmarse que no tuvieran idea del dominio, ya que cada cual consideraba como cosas propias el arco, las flechas, las redes y el barco que se habían hecho para su propia industria; antes por el contrario, esas tribus no habrían tolerado que gentes extrañas fueran a ejercer sus artes en los ríos y bosques donde ellas las practicaban".²

Esta era una limitación en el uso de los inmuebles, pero en el fondo subsistía siempre el concepto de la propiedad inmueble. Y no se diga que esa era una posesión y no una propiedad, pues responderé que esta distinción no tiene sentido práctico, ya que la posesión lleva inherente la idea de gozar de modo exclusivo de las cosas que se tienen y disponer libremente de ellas. Es, pues, un error creer que hubo pueblos que permitieran el robo de manera ilimitada. Como lo argumentaron diversos autores, la evolución de este título en nuestro país la podemos analizar desde el punto de vista de cómo se encontraba comprendido en el Código Penal de 1871, de 1929 y de 1931.

²

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 26ª edición. Editorial Porrúa. México, 1993. P. 123

B) Regulación en el Código Penal de 1871.

En el Código de 1871 los delitos de robo, abuso de confianza, fraude contra la propiedad, quiebra fraudulenta, despojo de cosa inmueble o de aguas, amenazas, amagos, violencias físicas y destrucciones o deterioros causados en propiedad ajena por incendio, por inundación o por otros medios, se comprendían en el Título I del Libro Tercero llamado "Delitos contra la propiedad", denominación equívoca por dar a entender, a primera vista al menos, que el único derecho protegido a través de las normas represivas de estas infracciones lo era el de propiedad, cuando es evidente que por la vía del robo, del abuso, del fraude, del despojo o del daño, pueden lesionarse algunos otros patrimoniales, por ejemplo, los derechos de un poseedor, de un usuario, de un usufructuario; de un acreedor o, en general, de cualquier titular de derechos sobre los bienes en que recaiga el delito.

Al catalogar como delitos contra la propiedad los de amenazas, amagos o violencias físicas, el viejo Código de 1871 olvidó la extensa gama de móviles con que el agente activo puede realizarlos; cierto es que estos delitos se cometen frecuentemente con finalidad de causar un perjuicio económico en los bienes del ofendido; pero también lo es que la intimidación amenazante o el amago físico o moral pueden perseguir una finalidad no patrimonial, como cuando se

requiere al ofendido para que ejecute un acto cualquiera contrario a su voluntad. Lo erróneo de la antigua clasificación se desprende de la reglamentación de detalle que se hacía de los referidos delitos, así como de las mismas palabras empleadas por Martínez de Castro en la *Exposición de Motivos*, en las que reconoce los diversos móviles que pueden impulsar al autor: "Uno de los males que nos ha traído la última guerra extranjera es el de haber venido a introducir aquí delitos que no se conocían, y tal es el de valerse de amenazas en un escrito anónimo para obligar a alguno a que entregue una cantidad de dinero o a que ejecute un delito o cualquier otro acto que no hay derecho de exigir. De esto se han dado ya algunos ejemplares, y como este crimen es desconocido en nuestras leyes y, por consiguiente, no le señalan pena, quedarán impunes los delincuentes si no se dictan las disposiciones necesarias".³

Resumiendo lo anterior, podemos decir que en este Código, a diferencia del actual, el robo se divide en robo sin violencia a personas, disponiendo un capítulo para cada uno de ellos.

En relación al delito de fraude, en este Código se le denomina "fraude contra la propiedad".

³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. 7ª edición. Editorial Porrúa. México, 1993. p. 118

El delito de "extorsión", no aparece en este ordenamiento en ninguno de los capítulos.

Regula la "quiebra fraudulenta".

Aparecen dentro del título de delitos contra la propiedad, los delitos de amenazas, amagos y violencias físicas.

Por último, al delito de daño en propiedad ajena lo divide en tres capítulos, denominados: capítulo IX "Destrucción o deterioro causado en propiedad ajena por incendio", capítulo X "Destrucción o deterioro causado por inundación", y, el capítulo XI "Destrucción, deterioro y daños causados en propiedad ajena por otros medios".

c) Código Penal de 1929.

El Código Penal de 1929, no obstante que pretendió hacer revisión completa de nuestra anterior legislación clásica, conservó la deficiente denominación "Delitos contra la propiedad", despreciando la elemental observación positiva de que esos delitos no se realizan contra una simple institución jurídica abstracta, la propiedad, sino se vierten concretamente en contra de las personas, lesionando sus derechos patrimoniales.

En este ordenamiento encontramos el Título que estamos analizando en el Título Vigésimo "De los delitos contra la propiedad". No obstante que este código fue producto de una revisión completa efectuada al Código Penal Federal de 1871, conservó la deficiente denominación, como ya lo explicamos anteriormente, sin tomar en cuenta la observación hecha por muchos autores, en el sentido de que los delitos comprendidos en este título no amparan únicamente al derecho de propiedad, sino a todos los derechos patrimoniales de las personas.

En forma similar al Código de 1871, el delito de robo se regula en tres capítulos: capítulo I "Del robo en general"; capítulo II "Del robo sin violencia, y, capítulo III "Del robo con violencia".

El delito de fraude se encuentra previsto en el capítulo V y se denomina De la estafa; al igual que en el Código de 1871, existe un capítulo VI que establece el delito de la quiebra culpable y fraudulenta.

Asimismo, el delito de daño en propiedad ajena continúa dividiéndose en tres capítulos: capítulo VIII De la destrucción y del deterioro de la propiedad por incendio, capítulo IX De la destrucción y del deterioro y de los daños causados en propiedad ajena por otros medios.

Es significativo mencionar que en el ordenamiento penal

de 1929, tampoco se toma en cuenta el delito de extorsión.

D) Código Penal de 1931.

En esta ley penal, este grupo de delitos, lo encontramos en el Título Vigésimo segundo "Delitos contra las personas en su patrimonio", del Artículo 367 al 399bis, y comprende los delitos de robo, abuso de confianza, fraude, delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso, despojo de cosas inmuebles o de aguas y daño en propiedad ajena.

El Código Penal de 1931 en su reglamentación original todavía no regulaba el delito de extorsión y se encontraba vigente el capítulo IV "De los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso"; empero, el Artículo 2° de las disposiciones generales de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1942, estableció que serían inaplicables a los comerciantes quebrados o declarados en suspensión de pagos, los Artículos del 391 al 394 de este Código Penal. A pesar de ello, estos tipos penales fueron derogados en el año de 1984.

Sin juzgar de su conveniencia o inconveniencia, examinando íntegramente las disposiciones contenidas en la actual legislación penal mexicana, de 1931, se puede concluir categóricamente que no se acepta el principio de la responsabilidad penal de las personas morales.

"En efecto, conforme a las normas generales de nuestro Derecho sustantivo, sólo el hombre, en el sentido genérico de la palabra, sólo las personas físicas pueden ser sujetos activos del delito, cualquiera que sea la especie de éste. Esta conclusión se desprende de la redacción de los artículos 13 y 14 del Código, ya que en los mismos la responsabilidad penal se liga a una *actividad humana*; tales como son: las actividades de *concepción, preparación o ejecución* del delito o el *auxilio* por concierto previo o posterior. Esto no quiere decir que la *actividad humana* sea necesariamente singular, es decir, realizada por un solo hombre, porque se admite la participación plural, es decir, de varios responsables en el mismo delito; por eso se determina en los mismos preceptos que si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado, todos ellos serán responsables, debiéndose aplicar las penas según la participación de cada delincuente. De esta manera - repetimos- queda sin efecto toda posibilidad de considerar a las entidades o personas morales como posibles sujetos activos".⁴

Para robustecer la anterior conclusión, puede observarse que al describirse en el Libro II del Código Penal los distintos tipos de delitos en particular, el legislador siempre se refiere a una acción u omisión efectuadas por la

⁴ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. op. cit. p. 154

actividad de un hombre.

Es cierto que el artículo 1.º del mismo Código prescribe que: *"Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública"*.

Sin embargo, el anterior precepto apenas contiene una simple apariencia de responsabilidad colectiva y no contraría la tesis de que sólo las personas físicas pueden ser en nuestro Derecho posibles sujetos activos del delito, pues la redacción del mismo establece claramente que es algún miembro o representante de la persona jurídica, es decir, un hombre, el que comete el delito, ello sin perjuicio de que se apliquen las reglas de participación a los demás colaboradores y de que se decrete la suspensión o disolución de la agrupación.

En nuestro concepto, las sanciones de suspensión o disolución, más que el carácter de penas, tienen el de

medidas de seguridad, a simple título preventivo de nuevas actividades criminales. No siendo penas, a pesar de que recaen en una persona -la moral-, distinta a los ejecutores directos -hombres-, creo que no tienen carácter de trascendentalidad prohibida en el artículo 22 de la Constitución, porque nada impide que el legislador señale en sus normas nuevos casos de disolución anticipada de las personas morales, ya que esta clase de medidas son con frecuencia tomadas dentro del Código Civil y de la Ley de Sociedades Mercantiles.

Los casos expresos en que se autoriza la medida son los mencionados en los artículos 195 (relativo a delitos contra la salud), 253 (delitos contra el comercio y la industria), y 258 (juegos prohibidos) del citado Código de 1931.

En cuanto al procedimiento adecuado para la imposición de la medida suspensiva o disolutoria, puesto que el proceso no se sigue contra la persona moral, para no violar la garantía de juicio previo del artículo 14 constitucional, deberá oírse procesalmente a la persona moral, dentro de un incidente no especificado (arts. 5-6 y sigs. del Código de Procedimientos Penales).

E) Concepto.

Sobre el patrimonio se han elaborado, fundamentalmente,

dos conceptos, uno de carácter económico y el otro jurídico. Desde un punto de vista económico, patrimonio es, dice Maggiore, *"el conjunto de los bienes mediante los cuales el hombre satisface sus necesidades y, en sentido jurídico, agrega el mismo autor, es el conjunto de relaciones jurídicas económicamente valubles"*.⁵

La noción civilista tradicional ha considerado al patrimonio como una universalidad de derechos y obligaciones, pecuniariamente apreciables, perteneciente a una persona. Comprende, por tanto, un activo y un pasivo. Penalmente, el concepto civilista resulta no sólo estrecho sino inadecuado, pues únicamente la parte activa del patrimonio puede ser afectada por las acciones típicas que conforman delitos patrimoniales y el valor económico del objeto del delito, como sucede específicamente en el robo, no juega el papel preponderante que pueda suponerse, según lo pone en claro el dispositivo del artículo 371 del Código Penal, por cuanto el mismo alude al caso en que, por alguna circunstancia, el valor intrínseco del objeto del apoderamiento no fuere estimable en dinero o bien por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, en cuya hipótesis, la ley, abandonando la regla de punición que atiende a dicho valor intrínseco, establece una pena genérica que va de la mínima de tres días a la máxima de cinco años de prisión.

⁵

AMUCHASTEGUI REQUENA, Irma. op. cit. p. 183

Parecido criterio propugna Quintano Ripollés, por cuanto considera "que la protección penal no siempre resulta más restringida en lo penal que en lo civil, por más que así pareciera a primera vista en atención a la naturaleza sancionadora del ordenamiento punitivo. En efecto, argumenta el autor español que mientras las deudas de juego no son exigibles en términos de la legislación civil, pueden sin embargo originar responsabilidades penales en el caso de haberse obtenido el beneficio mediante trampas; de igual manera son incriminables ciertas conductas como la sustracción o el fraude de cosas *ilícitamente* poseídas por la víctima o pasivo del delito (contrabando o anteriores delitos patrimoniales), pues en tal materia no rige el impedimento de causa ilícita o torpe que quebranta el vínculo obligacional".⁶

"Jiménez Huerta subraya el diverso sentido y la mayor amplitud del término patrimonio en la disciplina punitiva, al expresar que la tutela penal se proyecta rectilíneamente sobre cosas y derechos que forman el activo de la concepción civilista, alejándose por ello de la idea de patrimonio según el Derecho privado, en tanto su mayor amplitud deriva del alcance de la tutela penal, extendida a cosas que carecen de

⁶

MARTÍNEZ DE CASTRO, José. Exposición de Motivos al Código Penal de 1871. 3ª edición. Editorial Porrúa. México, 1960. p. 3

valor económico".⁷

No siempre ha sido utilizada la expresión "delitos contra el patrimonio" en los Códigos penales, pues también en ocasiones se han denominado a los tipos penales que con caracteres comunes se agrupan bajo tal género, "delitos contra la propiedad".

La primera denominación se ha adoptado por aquellos que consideran más conveniente su uso por constituir un progreso técnico, ya que su contenido, más amplio que el de "propiedad", lleva a comprender a ciertos delitos que no protegen tal derecho real, sino otros diversos, aunque de la misma naturaleza.

Con relación al uso de una u otra denominación o terminología se han formado varias corrientes:

"a) La de quienes defienden la expresión "delitos contra la propiedad", tanto desde el punto de vista doctrinal como legislativo;

b) La de los que estiman más adecuada la denominación "delitos contra el patrimonio", y

7

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. 6ª edición. Editorial Porrúa. México, 1986. p. 138

c) La de aquellos que desechan ambas por considerarlas inadecuadas e impropias".⁸

El primer criterio ha sido defendido invocando, fundamentalmente, la tradición jurídico penal, alegándose que el concepto "propiedad" se usa, dentro de nuestra disciplina, con una connotación amplia, comprensiva de otros derechos tanto reales como personales. "Cuello Calón, admitiendo lo inexacto de la designación *Delitos contra la propiedad* empleada por el Código Penal Español, pues las infracciones reunidas bajo tal epígrafe no atentan solamente contra el derecho de propiedad sino también respecto de otros, como el de posesión, aduce que la expresión *propiedad* debe entenderse en un amplio sentido, como comprensiva de los delitos que integran el patrimonio económico".⁹

Dentro de la segunda corriente, Federico Puig Peña "estima que la expresión delitos contra el patrimonio debe ser aceptada, ya que con ella se entiende empleada, en sentido lato, la palabra *propiedad*, puesto que se comprenden además otros derechos, como el de posesión, aun en su forma de simple tenencia, y los derechos reales en general. Dicha expresión, opina Maggiore, representa un evidente adelanto

⁸ Cit. por GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. op. cit. p. 160

⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. 2ª edición. Editorial Bosch. España, 1990. p. 193

técnico, mientras por su parte, Carlo Saltelli y Romano Di Falco la califican como un perfeccionamiento de técnica legislativa".¹⁰

Colocado en el primer punto de vista, Sebastián Soler "establece una variante dentro de este criterio al considerar que la expresión citada podría impugnarse por tener el inconveniente del exceso, dado que lo abstracto del concepto hace incluir en él no sólo a los bienes, sino también a las deudas. Es por ello que propone su limitación a la *parte activa del patrimonio*, es decir contra el estado patrimonial en un momento dado".¹¹

Por último, el tercer criterio rechaza las dos expresiones anteriores. Así, Quintano Ripollés, al referirse al Código español, critica el epígrafe del Título XIII que emplea el sustantivo "propiedad", por considerar "que incurre en una inexactitud terminológica, ya de antemano denunciada por los tratadistas, pues no es la propiedad ni el sentido civil del término lo que constituye el bien jurídico violado con estas infracciones. Igualmente le parece criticable el uso de la terminología de algunos Códigos modernos, como el italiano ("contro il patrimonio") por considerar que "no

¹⁰ Ibidem. p. 194

¹¹ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. op. cit. p. 183

resolvería tampoco de un modo definitivo la cuestión".¹²

a) Teoría de la *identidad* de la noción penal del patrimonio con la del Derecho Civil. Esta teoría, señala Maggiore, sostiene la identidad de las dos nociones y reconoce carácter exclusivamente sancionador al Derecho Penal.

Conviene recordar la antigua polémica sobre el carácter *constitutivo o sancionador* del Derecho Penal. Se ha pretendido reconocerle carácter constitutivo en cuanto tiene "autonomía" con relación a otros derechos, por ser creador de normas mediante la determinación de los hechos punibles, en tanto la otra corriente le niega esa supuesta categoría, precisando su naturaleza puramente sancionadora, lo cual como apunta Eduardo Novoa, no le resta ni rango científico ni jerarquía jurídica.

b) Teoría de la *autonomía* del concepto del patrimonio en el Derecho Penal. En opinión de Maggiore es la más atendible, no sólo porque se ha comprobado inaceptable en sentido absoluto la concepción sancionadora del Derecho Penal, sino porque no siempre es posible transferir los conceptos civiles en la esfera, ya restringida ya más amplia,

¹²

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. 6ª edición. Editorial Porrúa. México, 1989. p. 15

señalada por la necesidad de la tutela penal. En igual sentido se inclina Eugenio Cuello Calón, al afirmar que las necesidades de la administración de justicia no permiten siempre la estricta observancia de los preceptos civiles, sino en ocasiones obligan a reformarlos.

Con mayor precaución procedemos a decir que cuando, al argumentar que el Derecho Penal persigue diversa finalidad que el Derecho Civil, precisa la orientación de la teoría en la influencia que dicha finalidad puede tener respecto a la significación de un instituto referido en dos normas, una civil y la otra penal, para externar la opinión de que tal problema no puede resolverse en forma general y excluyente sino en razón del caso concreto.

F) Regulación Actual.

El Código Penal vigente, siguiendo la corriente moderna, ha cambiado la terminología usada por los Códigos de 1871 y 1929 de "Delitos contra la propiedad para adoptar el término Delitos en contra de las personas en su patrimonio.

En su Título Vigésimo Segundo y bajo el rubro indicado comprende los siguientes delitos: *Robo* (Capítulo I, artículos 367-381 bis); *Abuso de confianza* (Capítulo II, artículos 382-385); *Fraude* (Capítulo III, artículos 386-389 bis); *Extorsión* (Capítulo III bis, artículo 390); *De los*

delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso (Capítulo IV, artículos 391-394); Despojo de cosas inmuebles o de aguas (Capítulo V, artículos 395-396) y Daño en propiedad ajena (Capítulo VI, artículos 397-399 bis).

CAPÍTULO II

DEL ROBO EN GENERAL

Como sabemos la historia en General, es la narración ordenada y sistemática de hechos importantes que han influido en el desarrollo de la civilización de la humanidad. Aplicando tales conceptos a nuestra disciplina, podemos decir que la Historia del Derecho Penal, es también la narración sistemática de las ideas que han determinado la evolución y desarrollo del Derecho respectivo.

La historia del derecho penal y de los delitos no se estudia por afán de exhibir una supuesta erudicción vacía de sentido y de utilidad, sino por el beneficio que reporta, para la mejor comprensión de las instituciones actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el Derecho en su elaboración. Es importante tener una idea, así sea somera, de la evolución, a lo largo del tiempo, de las instituciones y los conceptos, a fin de poseer una visión clara de tales cuestiones y aprovechar así las experiencias pasadas para la solución de los problemas del presente. Conviene, sin embargo, cuidarse para no incurrir en el error muy frecuentemente, de querer aplicar a nuestro medio tan *sui generis*, las doctrinas que han germinado en suelos diversos. A veces por el deseo de demostrar

conocimientos sobre situaciones extrañas, sin reserva nos arrodillamos ante ellas e intentamos, sin una minuciosa adaptación, trasplantarlas a nuestra patria.

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

A) Breve Reseña Histórica del Delito de Robo en el Derecho Comparado.

Resumiendo las explicaciones de Mommsen en su *Derecho Penal Romano*, podemos decir que los juristas latinos llamaban en general *furtum* a los delitos consistentes en apropiarse las cosas ajenas, distinguiéndose las siguientes clases: 1. Hurto en general y, sobre todo, de bienes privados; 2. Hurto entre cónyuges; 3. Hurto de bienes pertenecientes a los dioses (*sacrilegium*) o al Estado (*peculatus*); 4. Hurto de cosechas; 5. Hurtos cualificados de la época imperial (para los cometidos con armas, para los ocultadores de ladrones, para los abigeos o ladrones de ganado, para los facturadores, para la circunstancia de nocturnidad, etc.); y 6. Hurto de herencias. El hurto violento, sin quedar excluido del

concepto general de *furtum*, se consideraba como un delito de coacción.

"Dentro de la noción amplísima del hurto romano se incluían, sin tipificarlas especialmente, las modernas nociones diferenciadas de robo, abuso de confianza, fraudes y ciertas falsedades, por estimarse su elemento común el ataque lucrativo contra la propiedad. Según sentencia del jurisconsulto Paulo, recogida por el Digesto y las Institutas, *furtum est contractatio fraudulosa, lucrificiendi causa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve*".¹³

De lo expuesto anteriormente, se desprende y se colige que los elementos del *furtum* era:

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

¹³ MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. 2ª edición. Editorial Temis. Colombia. 1996. p. 270

b) La *contrectatio*, o sea el manejo, tocamiento o, en tiempos posteriores, la sustracción de la cosa. Cuando se hacían manejos sobre la cosa de otro con ánimo de apropiación, se cometía el *furtum rei*. Cuando, teniendo un derecho sobre la cosa, se cometía un manejo que sobrepasaba ese derecho, sin ánimo de hacerse propietario, se cometía el *furtum usus*. Cuando el propietario violentaba derechos de otro, que había consentido sobre sus cosas, el manejo se llamaba *furtum possessionis*. Se reputaba haber apropiación de una cosa, cuando se apoderaba alguno de las que se hallaran en posesión legítima de otro, y también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que le correspondiera; por eso las modernas nociones de abuso de confianza y de ciertos fraudes quedaban involucrados en el *furtum*.

c) La *defraudación*, consistente en que la apropiación había de ir encaminada al enriquecimiento ilegítimo del que la llevaba a cabo, tomándose la idea de enriquecimiento en un sentido amplio. Siempre que la apropiación se hubiese efectuado sin la debida consciencia de que era ilegítima, aun por error, quedaba excluido el hurto.

d) Por último, el *perjuicio*; la apropiación indebida no era punible sino cuando hubiese causado algún daño en los bienes de otro.

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

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

"El Código Napoleónico divide los delitos que llama contra las propiedades en tres grupos: el primero constituido por el robo, el segundo incluyendo las estafas, las queiebras y otros fraudes, y dentro de éstos el abuso de confianza, y el tercero las destrucciones o perjuicios a las cosas, definiendo en cada delito las maniobras o acciones materiales que les son constitutivas".¹⁴

El artículo 379 del Código Francés citado describe el delito de robo así: *Qui conque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol.*

¹⁴ ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal. 8ª edición. Editorial Temis. Colombia, 1988. p. 370

"Cualquiera que sustrae fraudulentamente una cosa que no le pertenece es culpable de robo". De esta manera el Derecho galo disminuyó la extensión del antiguo *furtum* romano. El robo se limitó a un único caso, el de la sustracción fraudulenta, el del manejo por el cual se quita una cosa a su legítimo tenedor o propietario sin su consentimiento.

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

"El sistema francés difiere del mexicano especialmente porque el concepto de sustracción es más restringido que el elemento apoderamiento de nuestro Código".¹⁵ En efecto, entre nosotros, para la consumación del robo es suficiente que el ladrón realice la aprehensión de la cosa, aun cuando inmediatamente la abandone o lo desapoderen de ella; en cambio, la sustracción fraudulenta, elemento del delito en Francia, supone dos movimientos sucesivos pero distintos: en primer lugar, el apoderamiento, es decir, la aprehensión, el manejo o la maniobra sobre la cosa, y en segundo lugar, el *enlèvement*, o sea el desplazamiento de ésta, su movilización, que da por resultado la consumación del cambio de la posesión del legítimo detentador al autor del delito.

¹⁵ Ibidem. p. 380

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

La distinción española entre hurto y robo proviene de las Partidas, en las que el robo consistía en el apoderamiento por la fuerza y el hurto en la sustracción astuta. La diferencia con nuestro Derecho consiste principalmente en la nomenclatura, ya que en los Códigos mexicanos de 1871, 1929 y el vigente de 1931 el robo en general presenta dos modalidades según sus circunstancias de realización; será robo ordinario el realizado sin violencia física o moral; será robo con violencia aquel en que se logra el apoderamiento por la fuerza física o por intimidaciones morales, según estudiaremos en capítulo posterior (véanse adelante núms. 234 y 260).

B) Historia Nacional de este Delito.

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

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

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

"Los elementos materiales y normativos del delito de robo, según su estructura legal, son: I. Una acción de apoderamiento; II. De cosa mueble; III. Que la cosa sea ajena; IV. Que el apoderamiento se realice sin derecho; y V. Que el apoderamiento se realice sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la ley. Examinaremos por separado cada uno de estos elementos jurídicos en la inteligencia de que se necesita la reunión de todos los enumerados para la existencia del robo, sin que sea menester en la práctica procesal la demostración del

propósito subjetivo o intencionalidad delictiva, por presumirse ésta, *furis tantum*, conforme al artículo 9º del Código Penal".¹⁶

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

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. 3ª edición. Editorial Abeledo. Pewst. Argentina, 1990. p. 281

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

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

pagos. Como excepción, existe la de aquel delito de despojo de inmuebles o de aguas en que el agente consuma su propósito en la forma de ocupación violenta o subrepticia del bien, en cuyo caso existe un verdadero apoderamiento; por eso los despojos en que la ocupación no se obtiene por el engaño se llaman en la doctrina robo de inmuebles (véanse más adelante núms. 367 y sigs.).

b) En nuestro Derecho el apoderamiento es la acción consumativa del delito de robo. Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada; aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella. (Primera parte del art. 369 del Código Penal).¹⁷

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

¹⁷

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2ª edición. Editorial Cárdenas Editores y Distribuidores. México, 1994. p. 276

apoderamientos desviados o indirectos.

"La redacción del artículo 369, anteriormente transcrito, revela sin lugar a dudas que basta el manejo sobre la cosa, la aprehensión de la misma, para que se consuma el delito, por supuesto, siempre que estén reunidos los demás elementos de la infracción. Este sistema mexicano es diferente, según expresamos en párrafos procedentes, al del Código Francés, en el que el elemento sustracción fraudulenta, según la doctrina y la jurisprudencia, se descompone en dos movimientos sucesivos: la aprehensión o apoderamiento de la cosa y el *enlèvement*, o sea el desplazamiento o movilización de la cosa que trae como consecuencia hacerla salir materialmente de la esfera de acción del legítimo tenedor, para hacerla ingresar dentro de la esfera de acción del autor".¹⁸ Usando el lenguaje jurídico francés, por desplazamiento no debe entenderse cualquier movimiento físico sobre la cosa ligada directamente a su aprehensión, sino aquel movimiento mecánico que retira la cosa del alcance material en que la tiene su dueño o poseedor legítimo, para llevarla al pleno dominio ilícito del ladrón.

"Según Garraud, la sustracción fraudulenta es la maniobra por la cual un individuo quita o se lleva un objeto

¹⁸ Ibidem. p. 277

cualquiera contra la voluntad de su legítimo propietario";¹⁹ la sustracción es, pues, a la vez, una aprehensión y un desplazamiento. En otras palabras, la aprehensión no es una manifestación completa de la voluntad del ladrón sino hasta que por el desplazamiento se consuma el acto material incriminado. La solución francesa tiene el grave inconveniente de sembrar dudas en gran número de casos sobre el momento preciso en que se consuman determinados robos; los límites entre la tentativa y el delito completo son imprecisos por la ambigüedad del criterio de *enlèvement*. Nuestra legislación, desde 1871, tuvo gran fortuna al precisar en un acto único el momento consumativo del robo, el apoderamiento ilícito y no consentido, estableciéndose así delimitación clara entre la forma incompleta y la completa de la infracción; por eso, de acuerdo con la parte final del precepto que comentamos, el abandono o el desapoderamiento inmediato de la cosa no destruyen la consumación del delito.

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

¹⁹

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. 7ª edición. Editorial Porrúa. México, 1993. p. 181

a una total sustracción o alejamiento del bien.

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

Por determinación expresa del artículo 367 del Código Penal, las cosas muebles son los únicos objetos materiales en que puede recaer la acción delictiva de robo. La palabra "mueble" puede tener diversas significaciones según se la examine: a) desde el punto de vista puramente material o gramatical; o b) de acuerdo con la clasificación, en muchos casos utilitariamente ficticia, que el Derecho Privado hace de los bienes en general dividiéndolos en muebles e inmuebles. Precisa examinar por separado estas dos significaciones para determinar con exactitud lo que el legislador penal quiso entender por cosas muebles al describir el delito de robo.

De acuerdo con la naturaleza física intrínseca de las cosas, es decir, atendiendo exclusivamente a su naturaleza material, se llaman muebles -movibles- a las cosas que tienen la aptitud de ser transportadas de un lugar a otro sin que se altere su sustancia; en otras palabras, las cosas muebles no tienen fijeza y son susceptibles de moverse de un espacio a otro por sí mismas, como en el caso de los animales semovientes, o por la aplicación de fuerzas extrañas. A contrario imperio, según su naturaleza material, serán inmuebles -inmóviles- las cosas fijas, permanentes en el espacio, no transportables, de un lugar a otro, tales como los terrenos y las edificaciones asidas fijamente a los mismos.

De acuerdo con el Derecho Privado, son bienes muebles, en primer lugar, los que tienen esa naturaleza física, o sea los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior. En segundo lugar, son bienes muebles, por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal (arts. 753 y 754 del Código Civil). De estas reglas del Derecho Privado deben exceptuarse aquellos bienes que, aun cuando, tienen naturaleza mobiliaria, son estimados legalmente como inmuebles, sea por respeto al destino que les ha dado su propietario, o sea por simple disposición de la ley, tales como las estatuas, relieves, pinturas u otros

objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo; los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente; las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca directa y exclusivamente a la industria o explotación de la misma; los abonos destinados al cultivo de una heredad que estén en las tierras donde hayan de utilizarse; las semillas necesarias para el cultivo de la finca; los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario; los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados.

C) Naturaleza Jurídica.

Este delito se regula en el Código Penal Federal, en el Título Vigésimosegundo "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", capítulo I "Robo", del Artículo 367 al 381 bis.

El citado ordenamiento comprende al robo simple y con violencia, definiéndolo de la siguiente manera: Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble,

sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

En relación a la cosa mueble, el Poder Judicial de la Federación ha señalado:

"ROBO, NATURALEZA MUEBLE DEL OBJETO EN QUE RECAE EL DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO). Para considerar si la cosa sustraída en el delito de robo, tiene la calidad de mueble o inmueble, es indebido apoyarse en el criterio ficticio de distinción que entre ambas hace el derecho civil alegando que la legislación penal no hace tal distinción; pues cabe destacar, que si se tomara en todos los casos el Código Civil como criterio de la legislación penal, sobrevendrían lagunas de ley en detrimento del patrimonio de los sujetos pasivos del delito; luego, en cuanto al tema, debe estarse a la naturaleza intrínseca del objeto en que recae el injusto, de tal suerte, que si la materia en que recayó el delito acusado, -cocos-, podían ser transportados de un lugar a otro sin alterar su substancia, es indiscutible, que deben considerarse muebles, dado que no tenían fijeza y eran susceptibles de ser cambiados de ámbito territorial por aplicación de una fuerza externa sin alterarlos en esencia y finalidad".²⁰

20

Semanario Judicial de la Federación. 8ª época. T. XII. Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Diciembre 1993. p. 954

Asimismo, el Artículo 368 expresa conductas equiparables al robo, expresando que se castigarán como tal si una persona se apodera o destruye dolosamente una cosa propia mueble, cuando ésta se haya por cualquier título legítimo en poder de otra persona y no medie consentimientos; y si se aprovecha de la energía eléctrica o de cualquier otro fluido, ejecutado sin derecho o consentimiento de la persona que legalmente puede disponer de él.

El robo podrá ser considerado como tal, desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada (Art. 369); aún cuando lo desapoderen de ella o se la quiten.

Una situación especial es el robo ejecutado con violencia (Art. 372), distinguiéndose la violencia moral y física.

Violencia moral será cuando el ladrón amague o amenace a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla. Y se entenderá por violencia física, aquella fuerza material aplicada a una persona para poder consumar el delito.

Se equipara al robo con violencia, cuando ésta se ejerza sobre una persona distinta a la robada, que se halle en compañía de ella (art. 374).

También podrá considerarse como violencia, cuando una vez consumado el robo, el agente la ejerce para poder darse a la fuga o defender lo robado.

Una forma singular de que se presente el delito es:

"Artículo 375. Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia". Esta situación provoca una ausencia de punibilidad, como lo expondremos más adelante.

Igualmente en el Artículo 379, se estipula una causa de justificación, al señalar el robo de famélico o de indigente, ya que establece:

"Artículo 379. No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".

Otra particularidad para este delito, es la estipulada en el Artículo 381 del Código Penal Federal, exigiendo referencias espaciales (fracción I, III, IV, V, VI, VII, X, XI, y XII) y especial calidad del sujeto pasivo y activo

(fracción II, III, IV, V, VI y XIV.

En relación a la fracción I citada (robo en lugar cerrado), la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado:

"ROBO EN LUGAR CERRADO, PENA APLICABLE EN CASO DE QUE NO SE DETERMINE EL MONTO DEL. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA). Según lo dispuesto por el Artículo 360 fracción I, del Código Penal para el Estado de Sinaloa, cuando el delito de robo se cometa en lugar cerrado deberá aplicarse en contra del reo de seis meses hasta tres años de prisión de acuerdo al grado de peligrosidad en que se le haya ubicado; sin embargo, dicha agravante deberá aplicarse sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los numerales 353 y 356 del referido código, deban imponerse, es decir, en caso de que el monto de lo robado quede precisado (Artículo 353) y, cuando se haya cometido el ilícito en forma violenta (Artículo 356). Establecido lo anterior, es claro que cuando el valor de lo robado no se haya cuantificado y el delito se hubiere cometido en lugar cerrado, corresponde aplicar la sanción prevista por el Artículo 354 del código citado, por ser este dispositivo el que sanciona el robo de cuantía indeterminada, sin que deba agravarse la situación del reo, pues el precepto legal que refiere dicha agravante no remite a esta última hipótesis; y considerar lo contrario, significa dar un sentido a la ley que no aparece estrictamente consignado, lo que resulta violatorio de la garantía prevista por el párrafo

tercero del Artículo 14 constitucional".²¹

Por último, el Artículo 381 bis, nos indica que cuando el agente robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, no sólo los fijos en tierra, sino los movibles; o al que se apodere de un vehículo que se encuentre en la vía pública o donde se guarde o se esté reparando, así como al que se apodere de cabezas de ganado o de sus crías en campo abierto o paraje solitario, se impondrá - sin perjuicio de las sanciones establecidas en los Artículos 370 y 371 del Código Penal Federal -, de tres días a diez años de prisión, y si se tratare de ganado menor, para la última hipótesis citada, se impondrán hasta las dos terceras partes de la pena indicada con anterioridad, sin perjuicio de que se apliquen los dos Artículos mencionados previamente.

Por otra parte los elementos de este delito son:

- a) El apoderamiento;
- b) de una cosa ajena;
- c) que el apoderamiento se efectúe sin derecho; y
- d) que el apoderamiento se efectúe sin consentimiento de las personas que puedan disponer de la cosa con arreglo a la ley.

²¹ Ibidem. p. 307

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al apoderamiento en el robo ha indicado:

"ROBO. APODERAMIENTO EN EL. Dos son los elementos integradores del apoderamiento en el delito de robo: el material o externo, que consiste en la aprehensión de la cosa, y el moral o interno, consistente en el propósito del activo. En efecto, siendo el delito un acto humano, no se le puede considerar desligado del elemento moral (conocimiento y voluntad) que es de su esencia. Tan cierto es esto, que nuestra legislación penal clasifica a los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia, precisamente atendiendo a ese elemento interno; de lo contrario no tendrían razón de ser las circunstancias excluyentes de responsabilidad, ni tendrían existencia jurídica algunos delitos, como el parricidio, uno de cuyos elementos es el "conocimiento del parentesco" por parte del activo, conocimiento que lleva inherente la voluntad (o el propósito) de dañar al pasivo, sin el cual dejaría de ser "parricidio". Así pues en el delito de robo, el acto material consistente en el apoderamiento, lleva inherente el elemento moral o subjetivo que consiste en el propósito (conocimiento y voluntad) de apoderarse de lo que es ajeno, por parte del activo".²²

²² Ibidem. p. 346

Respecto al apoderamiento, González de la Vega estima: "Apoderarse de la cosa significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal".²²

Jiménez Huerta opina: El núcleo del tipo de robo radica en el apoderamiento que ha de realizar el sujeto activo, añadiendo posteriormente: como para la configuración del delito de robo se precisa que la cosa esté previamente en posesión ajena, esto es, en poder de otra persona, necesario es determinar cuando, previo quebrantamiento de dicha posesión, la cosa queda en poder del agente. Esta determinación tiene importancia capital, pues de ella pende, presupuesta la concurrencia de los demás elementos únicos, la perfección del delito".²³

Se han presentado diversas teorías sobre el apoderamiento en el delito de robo, la más antigua es la "apprehensio rei", propia del derecho romano primitivo, en la que se consideraba el apoderamiento cuando el sujeto tocaba la cosa. Pero en la actualidad no puede tener relevancia, ya que el solo hecho de tocar la cosa no significa que la persona la robe o quiera robarla, ni atenta contra la posesión o propiedad de la misma.

Una teoría más, es la de remoción donde la consumación

²²bis González DE LA VEGA, Francisco. op. cit. p. 322

²³ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. op. cit. p. 325

del delito aparece apenas el ladrón -dice Carrara- "poniendo la mano sobre el objeto que quiere robar, lo mueve para este fin del sitio donde su propietario lo había colocado".²⁴

Este mismo autor estima "que si el delito de robo es la violación de la posesión ajena, entonces se configura el mismo, cuando el agente efectúa el primer movimiento violatorio de ese derecho, el cual sería tomar la cosa y deslizarla del lugar, ya que no es posible dejar pasar más tiempo o exigir para la configuración del delito que el agente tenga el dominio del objeto, ya que sería una forma de dificultar la adecuación de la conducta al tipo penal, provocando que la mayoría de robos sólo pudieran ser considerados como intentados".²⁵

Otra teoría, denominada por algunos autores como la ablatio, en su afán por precisar más el momento de la consumación de este ilícito, señala que el objeto debe salir de la esfera en que se encontraba (dueño) y encontrarse en la del ladrón.

Por último, una cuarta teoría, illazione, exige para poderse configurar el delito de robo, que el agente del delito transporte el objeto al lugar seguro a donde se

²⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio. Teoría del Delito. 2ª edición. Editorial Porrúa. México, 1996. p. 158

²⁵ Ibidem. p. 159

propuso desde antes de ejecutar el robo.

Sin embargo, esta situación la expondremos más adelante, dentro de los aspectos colaterales del delito, al definir el momento de la consumación del mismo.

D) Concepto.

Francesco Carrara nos da la definición de hurto, como "la contrectación dolosa, de una cosa ajena, hecha contra la voluntad de su dueño (invito domino), y con intención de lucrar con ella".²⁶

En este mismo sentido, Maggiore señala que el hurto "consiste en el hecho de quien se apodera de cosas muebles ajenas, sustrayéndolas al que las retiene con el fin de sacar provecho de ellas para sí o para otros".²⁷

Martínez de Castro, encargado de la Comisión Redactora del Código de 1871, expresó: "Queriendo la comisión acomodarse al lenguaje común, en el cual no se conoce la distinción legal entre hurto y robo, la desechó de su Proyecto, admitiendo en él, únicamente la primera de estas

²⁶ CARRARA, Francesco. Tratado de Derecho Penal. 5ª edición. Editorial Bosch. España, 1980. p. 139

²⁷ Ibidem. p. 140

dos denominaciones, como se ha hecho en otros códigos".²⁸

De 1931 regulaba a este delito en el Título Vigésimo segundo, "Delitos contra las personas en su patrimonio", en el Capítulo I, "Robo".

Este ordenamiento trata de manera muy distinta al delito de robo, simplemente ubicándolo en un único capítulo, en el que agrupa tanto el robo sin violencia, como el robo con violencia, a diferencia de los códigos anteriores, en los que se les dedicaba un capítulo entero para cada uno.

En este sentido, el Código de 1931 define al delito de robo de la siguiente manera:

"Artículo 367. Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

Respecto a la consumación del ilícito, el criterio adoptado en este Código es el mismo que se ocupó en el de 1929.

"Artículo 369. Para la aplicación de la sanción, se

²⁸ MARTÍNEZ DE CASTRO, José. op. cit. p. 356

dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella".

En relación al robo con violencia, se aumentaba la pena y si el hecho constituía algún otro tipo penal, se utilizaban las reglas de la acumulación:

"Artículo 372. Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple, se agregarán de seis meses a tres años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación".

Asimismo distingue la violencia física y la violencia moral de la siguiente manera:

"Artículo 373. La violencia a las personas se distingue en física y moral.

Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.

Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un malgrave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo".

Originalmente, este Código establecía para el caso de robo entre descendiente contra el ascendiente o de éste contra aquél, que no producía responsabilidad penal sino mediante petición de la parte ofendida, pero si precediere, acompañara o siguiera al robo algún otro hecho que por sí sólo constituya un delito, se aplicaba la sanción que para éste, señalara la ley, (Art. 377).

En este sentido, si el robo se cometía por un cónyuge contra otro, por un suegro contra su yerno o su nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra un hermano, producía responsabilidad penal; pero no se podía proceder contra los delincuentes sino a petición del agraviado (Art. 378).

En esta ley se considera el robo de indigente de la siguiente manera:

"Artículo 379. No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".

También se considera al hecho de que alguna persona haya tomado una cosa ajena con carácter de temporal, sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor, siempre que acredite no haberla tomado para apropiarse de ella, se le

impondrán de uno a seis meses de prisión, siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello y pagará al ofendido el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada, como reparación del daño.

El maestro Porte Petit afirma: "Para que pueda considerarse responsable al sujeto, del delito de robo, debe apoderarse de la cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento, apropiarse de ella cuando tiene sobre la misma una detentación subordinada u obtenerla por medio de la violencia moral".²⁹.

El Código Penal Federal, en su artículo 367 define al delito de robo de la siguiente forma:

"Artículo 367. Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

Para nosotros, el delito de robo consiste en la apropiación violenta de una cosa ajena mueble sobre la cual se carece de derechos o no se cuenta con el consentimiento de

²⁹ PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 12ª edición. Editorial Porrúa. México, 1989. p. 130

la persona que pueda disponer de ella de acuerdo con la ley. Estimamos conveniente que, incorpore en nuestra legislación penal la figura de hurto, la cual, a diferencia de la de robo será la del simple apoderamiento sin violencia pero con los mismos elementos.

CAPÍTULO III

DEL ROBO ENTRE CÓNYUGES

Desgraciadamente, sobre esta figura jurídica se ha escrito poco restándole así importancia y valor legal siendo, que esto se comete día tras día en nuestra vida diaria causando daños tanto morales y patrimoniales en el cónyuge que es víctima de tal robo, es por ello que a continuación mencionaré algunos antecedentes que el robo de cónyuges tuvo en nuestro país.

A) Evolución Histórica.

La historia de derecho penal y de los delitos en general afirma acertadamente Villalobos "no se estudia por afán de exhibir una supuesta idea de este delito vacía de sentido y de utilidad, sino por el beneficio que reporta, para la mejor inteligencia de las instituciones actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el derecho en su elaboración".³⁰

Es importante tener una idea, así sea somera, de la evolución, a lo largo del tiempo, de las instituciones y los

³⁰ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 10ª edición. Editorial. Porrúa. México, 1995. p. 17

conceptos, a fin de poseer una visión clara de tales cuestiones y aprovechar así las experiencias pasadas para la solución de los problemas del presente. Conviene, sin embargo, cuidarse para no incurrir en el error -harto frecuente-, de querer aplicar a nuestro medio tan *sui generis*, las doctrinas que han germinado en suelos diversos. A veces por el deseo de demostrar conocimientos sobre situaciones extrañas, sin reserva nos arrodillamos ante ellas e intentamos, sin una minuciosa adaptación, trasplantarlas a nuestra patria.

De enorme interés es el estudio del Derecho Penal en los diversos países, pero en atención al carácter elemental de esta obra, nos hemos conformado con bosquejar, en el tema anterior, la evolución ideológica penal en general, sin aludir a pueblo alguno en concreto, para ocuparnos brevemente en este capítulo, de los antecedentes de este delito del derecho precortesiano muy pocos datos precisos se tienen sobre este ilícito anterior a la llegada de los conquistadores; indudablemente los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal. Como no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias, resulta más correcto aludir únicamente al Derecho de tres de los pueblos principales encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América: el maya, el tarasco

y el azteca. "Se le llama llegada de Hernán Cortés, designándose así no sólo al orden jurídico de los tres señoríos mencionados, sino también al de los demás grupos".³¹

Entre los mayas, las leyes penales, al igual que en los otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los batabs o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente.

Dice Chavero "que el pueblo maya no usó como pena ni la prisión ni los azotes, pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles. Las sentencias penales eran inapelables".³²

De las leyes penales de los tarascos se sabe mucho menos que respecto a las de otros núcleos; más se tiene noticia

³¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 25ª edición. Editorial Porrúa. México, 1988. p. 7

³² Ibidem. p. 8

cierta de la crueldad de las penas. El adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzontzi se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino transcendía a toda su familia; los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaba los bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir. El hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. A quien robaba a su cónyuge por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si reincidía, se le hacía despeñar, dejando que su cuerpo fuere comido por las aves.

De mayor importancia resulta el estudio del Derecho Penal de los aztecas. Aun cuando su legislación no ejerció influencia en la posterior, era el reino o imperio de más relieve a la hora de la conquista. Este pueblo fue no sólo el que dominó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que impuso o influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles. Según estudios recientes, llevados al cabo por el Instituto Indigenista Interamericano, los nahoas alcanzaron metas insospechadas en materia penal.

Expresa Vaillant "que dos instituciones protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida, constituyendo el origen

y fundamento del orden social: la religión y la tribu. La religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa; el sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil, sino dependiente de ella, al tiempo que la hacía depender de sí; con ello ambas jerarquías se complementaban. La sociedad azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad".³³

De tal estado de cosas derivaron importantes consecuencias para los miembros de la tribu: quienes violaban el orden social eran colocados en un status de inferioridad y se aprovechaba su trabajo en una especie de esclavitud; el pertenecer a la comunidad traía consigo seguridad y subsistencia; el ser expulsado significaba la muerte por las tribus enemigas, por las fieras, o por el propio pueblo.

En un principio escasearon los robos y delitos en menor importancia, cuando las relaciones de los individuos entre sí estaban afectas a la responsabilidad solidaria de la comunidad, pero a medida que la población creció y se complicaron las tareas y formas de subsistencia, aumentaron los delitos contra la propiedad y se provocaron otros

³³ CASTELLANOS TENA, Fernando. op. cit. p. 9

conflictos e injusticias.

Por otra parte, el pueblo azteca, esencialmente guerrero y combativo, educaba a los jóvenes para el servicio de las armas; la animosidad personal se manifestaba en derramamientos de sangre, debilitándose la potencialidad guerrera de la tribu y fue preciso crear tribunales que ejercieran su jurisdicción en estos asuntos.

De acuerdo con la autorizada opinión de Esquivel Obregón, "en tanto el Derecho civil de los aztecas era objeto de tradición oral, el penal era escrito, pues en los códigos que se han conservado se encuentra claramente expresado; cada uno de los delitos se representaba mediante escenas pintadas, lo mismo las penas".³⁴

El Derecho Penal azteca revela excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del Gobierno o la persona misma del soberano; las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infracciones. Ha quedado perfectamente demostrado que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las

³⁴

Cit. por FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano. 14ª edición. Editorial Porrúa. México, 1980. p. 190

excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

Las penas eran las siguientes: destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecuniarias y la de muerte, que se prodigaba demasiado. Esta última se aplicaba principalmente en las siguientes formas: incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de la cabeza.

Según el investigador Carlos H. Alba, "los delitos en el pueblo azteca pueden clasificarse en la siguiente forma: contra la seguridad del Imperio; contra la moral pública; contra el orden de las familias; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio".³⁵

Entre los *Delitos contra la seguridad del Imperio* figura: "A los nobles o plebeyos que cometan el delito de

³⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. op. cit. p. 11

traición al soberano se les castigará con el descuartizamiento en vida, confiscación de bienes, demolición de su casa y esclavitud para sus hijos. como ejemplo de delito *Contra la Moral Pública* podemos citar el siguiente: Los hombres homosexuales serán castigados con la muerte. El sujeto activo será empalado, y al pasivo se le extraerán las entrañas por el orificio anal. A las mujeres homosexuales se les aplicará la pena de muerte por garrote. Dentro del título *Delitos contra el Orden de las familias se lee*: El que injurie, amenace o golpee a su padre o a su madre será castigado con la pena de muerte y se le considerará como indigno de heredar, por lo que sus descendientes no podrán suceder a sus abuelos en los bienes de éstos. Asimismo el cónyuge que robaba al otro era repudiado por este. Pero generalmente se repudiaba a la mujer.

Por último transcribimos el siguiente precepto que se incluye en el título *Delitos contra las Personas en su Patrimonio*: No cometerá el delito de robo el viajero o caminante que³ durante su viaje y con el deseo de saciar el hambre, tome menos de veinte mazorcas de maíz de las plantas que se encuentren en la primera ringlera a la orilla del camino".³⁶

La conquista puso en contacto al pueblo español con el

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit. p. 29

grupo de razas aborígenes; los integrantes de éstas fueron los siervos y los europeos los amos, por más que en la legislación escrita, como dice don Miguel S. Macedo, "se declarara a los indios hombres libres y se les dejara abierto el camino de su emancipación y elevación social por medio del trabajo, el estudio y la virtud".³⁷

En nada de consideración influyeron las legislaciones de los grupos indígenas en el nuevo estado de cosas, a pesar de la disposición del emperador Carlos V, anotada más tarde en la Recopilación de Indias, en el sentido de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral; por lo tanto, la legislación de Nueva España fue netamente europea.

"En la Colonia se puso en vigor la Legislación de Castilla, conocida con el nombre de Leyes de Toro; éstas tuvieron vigencia por disposición de las Leyes de Indias. A pesar de que en 1596 se realizó la recopilación de esas Leyes de Indias, en materia jurídica reinaba la confusión y se aplicaban el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los autos Acordados, la Nueva y la Novísima Recopilaciones, a más de algunas Ordenanzas dictadas para la Colonia, como la de Minería, la de

³⁷ Cit. por PORTE PETIT, Eugenio. op. cit. p. 206

Intendentes y las de Gremios".³⁸

Puede afirmarse que la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y de azotes, todo por procedimientos sumarios, excusado de tiempo y proceso. Para los indios las leyes fueron más benévolas, señalándose como penas los trabajos personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la Colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 13 años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga. Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos.

Apenas iniciado por Hidalgo el movimiento de independencia en 1810, el 17 de noviembre del mismo año Morelos decretó, en su cuartel general del Aguacatillo, la

³⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. op. cit. p. 113

abolición de la esclavitud, confirmando así el anterior Decreto expedido en Valladolid por el Cura de Dolores.

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

como resumen de esta época -asienta Ricardo Abarca-, "nos queda una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total; hay atisbos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga la de muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos; las diversas Constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la legislación penal y no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado".³⁹

³⁹ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. op. cit. p. 91

La primera codificación de la República en materia penal, se expidió en el Estado de Veracruz, por Decreto de 8 de abril de 1835; el Proyecto había sido elaborado desde 1832. Esto prueba que fue el Estado de Veracruz la Entidad que primeramente contó con un código penal local, pues si bien en el Estado de México se había redactado en 1831 un bosquejo General de Código penal, no llegó a tener vigencia. Es común la opinión en el sentido de que el primer código represivo es el veracruzano de 5 de mayo de 1869, pero como se ha visto, lo fue el de 1835. En la capital del país había sido designada una comisión, desde 1862, para la redacción de un proyecto de Código Penal, cuyos trabajos fueron interrumpidos por la intervención francesa durante el Imperio de Maximiliano. (Don Luis Garrido indica que en esta época el Emperador mandó poner en vigor en México el Código Penal Francés). "En 1868 se formó una nueva Comisión, integrada por los señores licenciados Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona que trabajó teniendo como modelo de inspiración el Código español de 1870; al año siguiente (7 de diciembre de 1871) fue aprobado el proyecto por el Poder Legislativo y comenzó a regir, para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California en materia común y para toda la República en la federal, el día primero de abril de 1872. Este Ordenamiento se conoce como Código de 71, o código de Martínez de Castro y se afilió, como su modelo, a las tendencias de la Escuela Clásica. Estuvo vigente hasta

1929".⁴⁰

En 1903 el Presidente General Porfirio Díaz, designó una Comisión presidida por el licenciado Miguel S. Macedo, para llevar a cabo una revisión de la legislación penal. Los trabajos se terminaron hasta el año de 1912, sin que el Proyecto de Reformas pudiera plasmar debido a que el país se encontraba en plena revolución.

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

Se ha censurado este cuerpo de leyes por pretender basarse decididamente en las orientaciones del positivismo; de hecho siguió en muchos aspectos la sistemática de la Escuela Clásica. Pueden señalarse, sin embargo, varios aciertos, entre los cuales destacan la supresión de la pena capital y la elasticidad para la aplicación de las sanciones, ya que se establecieron mínimos y máximos para cada delito. defectos técnicos y escollos de tipo práctico hicieron de difícil aplicación este Código de efímera vigencia, pues sólo

⁴⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. op. cit. p. 190

rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931.

Al día siguiente (17 de septiembre de 1931) entró en vigor el que rige en la actualidad. fue promulgado por el Presidente Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931 y publicado en el *Diario Oficial* el 14 del mismo mes y año, con el nombre de "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de fuero Federal". Integraron la Comisión Redactora los señores licenciados Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Ángel Ceniceros, José López Lira y Carlos Ángeles.

En la Exposición de Motivos, elaborada por el licenciado Teja Zabre, se lee: "Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un código Penal. sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula: no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así: no hay delincuentes sino hombres. el delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: 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 de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y como método. El Derecho Penal es la fase jurídica y la Ley penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por: a) ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) disminución del casuismo con los mismos límites; c) individualización de las acciones (transición de las penas a las medidas de seguridad); d) efectividad de la reparación del daño; e) simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales. Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones: 1. Organización práctica del trabajo de los presos, reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados; 2. Dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; 3. completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional, etc.); 4. Medidas sociales y económicas de prevención".⁴¹

El código de 31 ha recibido, desde su aparición,

41 JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. op. cit. p. 33

numerosos elogios de propios y extraños y también, por supuesto, diversas censuras.

Destacan como directrices importantes: la amplitud del arbitrio judicial mediante mínimos y máximos para la individualización de las sanciones, en los artículos 51 y 52; la tentativa, en el artículo 12; las formas de participación, en el 13; algunas variantes en las excluyentes de responsabilidad en el 16; la erección de la reparación del daño en pena pública en el 29; los casos de sordomudez y enajenación mental permanente, en los artículos 67 y 68; la institución de la condena condicional en el 90; siguiendo al código de 1929, la proscripción de la pena de muerte, etc. El Ordenamiento de 31 ha sufrido múltiples reformas, entre ellas la de 1951, cuyos autores principales fueron los juristas Francisco Argüelles y Jorge Reyes Tayabas, quienes mejoraron numerosos preceptos. Es fundamental la reforma de 1983, publicada en el *Diario Oficial* de 13 de enero de 1984.

En 1949 se elaboró un Anteproyecto que ha quedado como tal; la Comisión Redactora estuvo formada por los señores, doctores Luis Garrido, Celestino Porte Petit, Raúl Carrancá y Trujillo y licenciados Francisco Argüelles y Gilberto Suárez Arvizu. Se integró después otra Comisión compuesta por los señores, doctor Celestino Porte Petit y licenciados Francisco Pavón Vasconcelos, Ricardo Franco Guzmán y Manuel

del Río Govea, culminando los trabajos con el Anteproyecto de 1958, publicado en la Revista *Criminalia* en el mes de noviembre del propio año. En 1963, por recomendación del II Congreso Nacional de Procuradores de Justicia (celebrado en la capital en mayo del citado año), se confeccionó un Proyecto de *Código Penal Tipo*, con el propósito de que se adoptara por las diversas Entidades Federativas.

En la redacción del Proyecto intervinieron diferentes personas encabezadas por el doctor Celestino Porte Petit. En la Exposición de Motivos, publicada en el número 30 de la Revista de Derecho Penal, Órgano de la Procuraduría de Justicia del Distrito y Territorios Federales (diciembre de 1963), se lee: "La dirección doctrinaria que inspira el nuevo Código es predominantemente la *técnica-jurídica* y, por lo mismo, se procuró resolver los problemas con la técnica que es propia de los hombres de Derecho, sin acudir a filosofías inconducentes".⁴² Hasta el presente, ninguno de éstos tres intentos legislativos ha sido aprobado; por ende, aún sigue en vigor la Ley de 1931.

En cuanto a los Estados de la República, en función del sistema federal, cada uno de ellos dicta su Ley Penal. Muchas Entidades han adoptado el Ordenamiento de 31, en forma íntegra unas veces y con modificaciones, otras, aunque la

⁴² CASTELLANOS TENA, Fernando. op. cit. p. 17

tendencia actual, que día a día cobra mayor fuerza, es seguir modelos más modernos, como el Código de Defensa Social veracruzano y los anteproyectos de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949, 1958 y 1963.

B) Naturaleza Jurídica.

La naturaleza jurídica del delito de robo entre cónyuges está constituida, dice Maggiore "por el interés público sobre la *inviolabilidad de la propiedad*, entendida ésta en sentido penalístico, a manera de comprender en ella no sólo el propio y verdadero derecho de propiedad sino además todo *derecho real* y la misma *posesión de hecho*. Ricardo C. Núñez ve en la sanción contra el hurto el medio eficaz de tutelar la *posesión de las cosas muebles* proveniente del ejercicio del derecho de propiedad, de una situación de hecho, o de un derecho personal relativo a la cosa".⁴³

Tales opiniones, coincidentes por cuanto estiman prolongada la protección legal no sólo al derecho de propiedad sino a cualquier otro derecho real, nos parecen acertadas, pues en ocasiones podrá existir duda sobre su tenencia o posesión de hecho y tal fenómeno no podrá invalidar la tutela legal; por otra parte, el daño objetivo lo puede resentir no sólo el propietario de la cosa sino su

⁴³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. op. cit. p. 19

usufructuario y sería contrario a toda lógica que sólo el derecho adquirido por tal título fuera merecedor de la protección de la ley.

Cuestión previa es determinar si el primer elemento objetivo del delito lo constituye la conducta, como pura actividad voluntaria del autor, o si bien debemos referirnos a un hecho material conformado no únicamente por la conducta, sino con un resultado material y el nexo de causalidad entre aquélla y éste.

La acción típica en el robo está expresada en la ley con el término "apoderarse". Para los efectos de la aplicación de la sanción, declara el artículo 369, "*se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella*"; de allí que Francisco González de la Vega subraye "que el elemento principal del delito es el *apoderamiento*, porque tal constitutiva permite diferenciar al robo de otros delitos de enriquecimiento indebido y constituye la *acción consumativa*".⁴⁴

De lo anterior inferimos que el delito de robo entre cónyuges encuentra su expresión objetiva en la pura *conducta* del sujeto, con independencia de un resultado material

44

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. op. cit. p. 213

inexistente en la descripción típica.

"La conducta consiste en aquella actividad expresada voluntariamente mediante el apoderamiento de la cosa ajena mueble, acción que constituye, al decir de Maggiore, "uno de los puntos más delicados de la dogmática y, por tanto, uno de los más controvertidos".⁴⁵

Aunque Carrara, entre otros, al adoptar y defender el criterio de la *remoción* de la cosa, para estimar consumado el apoderamiento, identificó el traslado de la misma con el resultado de la acción, considerando por ello al robo como un *delito material*, tal conclusión es indefendible en la actual concepción del hecho, elemento integrador del delito, pues contradice la noción del evento como *consecuencia típica* de la conducta humana. Independientemente de que la remoción de la cosa sea un efecto material del movimiento corporal, no todo efecto por sí mismo integra un resultado jurídicamente hablando, sino sólo aquel relevante en orden al tipo.

"Este punto de vista es compartido por gran número de juristas, debiéndose citar entre los autores mexicanos a Celestino Porte Petit, quien categóricamente afirma que el tipo del artículo 367 recoge, como elemento material un

⁴⁵

Cit. por CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. 10ª edición. Editorial Porrúa. México, 1996. p. 86

hecho, pues con independencia de que el citado precepto alude a una mera conducta, constitutiva del apoderamiento, "es innegable que esta conducta lleva implícito un resultado material, pues con el apoderamiento, simultáneamente se produce una disminución en el patrimonio del ofendido".⁴⁶ Entre los extranjeros, además de Rodríguez Devesa, ya citado, se adhiere a tal postura, entre otros, Jorge Frías Caballero, quien al ocuparse de lo que debe entenderse por acción de apoderamiento, recuerda que "la solución se vincula al interés concretamente tutelado por la norma y que asimismo depende del momento en que se juzgue operado, de un modo total, la lesión efectiva de ese interés (es bueno insistir en esta oportunidad en que el hurto no es en modo alguno un delito de peligro sino de lesión; menos aún pertenece a la categoría de los llamados delitos formales, que todavía hoy se sigue a veces sosteniendo entre nosotros, sin advertir además que estos últimos corresponden a una clasificación en gran parte superada por lo confusa y poco satisfactoria".⁴⁷

Para nosotros resulta claro que el término "apoderamiento" expresa la acción del sujeto, es decir, el movimiento corporal voluntario de aprehender y sustraer la cosa de la potestad dominical de su titular y no la acción y un resultado material concreto integrantes de un hecho de

⁴⁶ Ibidem. p. 93

⁴⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. op. cit. p. 33

naturaleza causal, en el cual la actividad humana sea condición. En otro lugar nos esforzamos en aclarar el sentido de "resultado", poniendo de manifiesto la diferencia existente entre los efectos naturales de la conducta, tanto activa como omisiva, y los efectos jurídicos de ella. En tal sitio dijimos que para construir el concepto de resultado es indispensable, como lo aceptan, entre otros, Maggiore, Antolisei y Bettiol, tener a la vista el esquema legal de cada delito, en vez de vagar en la incertidumbre de supuestos canones y principios generales, y que admitiendo la expresión de Maggiore, reconocíamos que el resultado es la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito, o lo que es lo mismo, la realización del tipo fijado por la ley, o como dice Antolisei, el efecto natural de la acción relevante para el Derecho Penal, cobrando en igual sentido especial interés el concepto de Leipmann al precisar: "Hay resultado siempre que se ha verificado un cambio que lógicamente corresponde en sus presupuestos y en sus consecuencias a los requisitos de un contenido de delito bien concreto y determinado".⁴⁸

Si hemos afirmado que la conducta en el robo consiste en el apoderamiento y si aquélla por sí misma agota el primer elemento objetivo del delito ¿cuándo se consume éste? Sobre esta importantísima cuestión existen diversas teorías y cada

⁴⁸ Ibidem. p. 36

una de ellas, responde en sustancia a cada uno de los momentos en que se puede descomponer el iter del hurto, desde aquel en que se le toca hasta el en que se le pone a cubierto.

El momento consumativo en el robo. Son cuatro las principales teorías que se han elaborado para determinar el momento consumativo en el robo; y su naturaleza Jurídica.

a) *Teoría de la contrectatio o del tocamiento.* Para esta teoría, el robo se consuma apenas el ladrón toca la cosa ajena mueble, es decir, cuando hay *aprehensión* de ella. Quintano Ripollés considera "que el elemento formal de apoderamiento diríase que se perfecciona, por la dinámica misma de la acción, en el instante de la material aprehensión de la cosa, y sin embargo, como quiera que el delito contra la propiedad o contra la posesión, que para el caso es lo mismo, requiere una cierta efectividad de disposición, siquiera sea en potencia, el episodio de mera "contrectatio" no es bastante eficiente para la perfección total".⁴⁹

Comentando el artículo 514 del Código español, Puig Peña afirma que el verbo tomar, al decir de Carrara, "era el que mejor expresaba la significación de la palabra contractatio, que no era el simple tocar la cosa, sino la aprehensión de la

⁴⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. op cit. p. 30

misma. Este apoderamiento significa *traer hacia nuestro poderío la cosa*, sacándola de la disponibilidad del titular. De lo anterior infiere el autor que el hurto queda consumado desde que el culpable toma la cosa, quedando ésta a su disposición, aunque sea por breves momentos, siendo indiferente para determinar el momento consumativo del hurto que el autor se aproveche de las cosas sustraídas".⁵⁰

Con justicia se ha puesto de relieve, por la doctrina, la exagerada extensión y el rigor de la teoría de la *aprehensión*, la cual, si se justificó en el Derecho romano por la inexistencia de la noción de la tentativa, ahora resulta demasiado formal y fuera de la realidad al anticipar la consumación a un acto que, por sí mismo, no perfecciona materialmente el delito. De allí que en la actualidad sólo se le otorgue un relativo valor histórico.

b) *Teoría de la amotio*. Esta doctrina, dice Núñez, "hace consistir la acción material del hurto en la *amotio* de la cosa ajena, esto es, en su *remoción del lugar donde se encuentra* y requiere el resultado, consecutivo a la acción del ladrón, de que la cosa sea *removida* de un lugar a otro".⁵¹

⁵⁰ Ibidem. p. 33

⁵¹ Cit. por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. op. cit. p. 31

"Para Carrara, su principal sostenedor, el acto consumativo no radica ya en llevar la *mano sobre la cosa ajena* sino en el evento ulterior, en la consecuencia de la acción, la cual constituye el resultado en el delito, esto es, la *remoción* de la cosa de un lugar a otro, integrante de la violación del derecho de posesión.

Argumenta el célebre jurista que si el delito se consuma, ya no con el acto señalado de llevar la *mano sobre la cosa ajena*, sino con el resultado de esa acción y que es consecutivo de ella, consistente en que la cosa haya sido removida de un lugar a otro, remoción que constituye el evento consumativo, el hurto deja de ser un delito formal y se transforma en un delito *material*, radicando su esencia en ser una violación a la posesión ajena".⁵²

e) *Teoría de la ablatio*. Esta teoría, para algunos, viene a completar la teoría de la *amotio*, por considerarse que ésta era insuficiente *por no determinar el lugar ad quem* de la remoción, exigiéndose que la cosa fuera quitada a su poseedor, vale decir, la *ablatio* de ella. "Parte de la consideración de que deben distinguirse dos momentos en la remoción de la cosa: 1º La aprehensión de ella, y 2º Su traslado del lugar en que se hallaba a otro diverso (*terminus ad quem*), resultando que sólo puede configurarse la *ablatio*

52 Ibidem. p. 32

o sustracción cuando se satisfagan tales elementos de ella".⁵³

La doctrina de la *ablatio* es, dice Fontán Balestra, "una variante de la teoría de la *amotio*, en cuanto agrega a la exigencia de la remoción de la cosa, el que ésta implique su traslado "fuera del lugar de la aprehensión" o de la "esfera de custodia" de su tenedor, según las diversas opiniones doctrinales".⁵⁴

A Etcheberry le parece que la legislación chilena es un poderoso argumento en favor de la teoría de la *ablatio*, pues la expresión *apropiarse*, cuya significación equivale a la adquisición de hecho de un poder de uso, goce y disposición de la cosa, sólo se da íntegramente cuando la cosa sale de la esfera de custodia del titular, lo que no siempre ocurre cuando existe el mero desplazamiento de ella. Por eso, si bien la teoría de la *amotio* tiene utilidad en ciertos casos, en la mayoría no es posible establecer la existencia de un poder de hecho sobre la cosa con su simple remoción, máxime cuando la ley no se refiere al solo tomar sino al *apropiarse*".⁵⁵

⁵³ Ibidem. p. 33

⁵⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. op. cit. p. 13

⁵⁵ Ibidem. p. 16

d) *Teoría de la illatio*. Por último, esta teoría, de antiguo origen, estima consumado el delito cuando el agente la ha trasladado al lugar que previamente le tenía designado, poniéndola en seguridad.

¿Cuál es el criterio correcto? Eusebio Gómez hace notar "que el concepto "apoderamiento" (usado por el artículo 162 del Código argentino) ha sido largamente discutido de antaño y que no es el simple apoderamiento constituido por la remoción de la cosa mueble, pues el hurto, para serlo requiere el *animus rem sibi habendi*".⁵⁶

Juan P. Ramos remontándose al código penal italiano de 1889, concretamente a la "relación del Proyecto, se permite observar que el término apoderamiento fue una fórmula conciliatoria que desechó, por formalistas, las teorías de la *ablatio* y de la *amotio*, pero no que no aceptó tampoco la de la simple remoción, adoptándose el criterio de que tal remoción debía necesariamente constituir una transferencia al poder de otro, pero al momento de expresar una opinión propia, vacila y concluye que no es posible una fórmula precisa".⁵⁷

Por su parte, Soler opina que "en este punto debe

⁵⁶ Ibidem. p. 17

⁵⁷ Cit. por CARRARA Y TRUJILLO, Raúl. op. cit. p. 83

atenderse no sólo al *ánimo de apoderarse*, sino al hecho de poder hacer actos dispositivos. Mientras esto no ocurre no parece que el hurto esté consumado".⁵⁸

Considero que el verbo apoderarse supone algo más que tomar la cosa y aun trasladarla, se supone que se proponga hacer suya la cosa y correlativamente, desposeer de ella a la víctima..." Terminó por considerar ineficaz cualquiera de los criterios clásicos, arguyendo la aplicación alternativa de uno u otro en la jurisprudencia, de manera que en la práctica en lugar de aplicar la doctrina al caso, se busca la *teoría que más conviene al caso*, con lo que no se hace otra cosa que eludir el problema que se mantiene siempre en pie.

"Entre nosotros, González de la vega, después de afirmar que el precepto del código vigente mejoró técnicamente el viejo artículo 370 del Código de 1871, que daba por consumado el robo en el momento en que el ladrón tiene en sus manos la cosa robada..., termina por expresar que la redacción del artículo 369 revela sin lugar a dudas que basta el manejo sobre la cosa, la aprehensión de la misma, para que se consume el delito, por supuesto, siempre que estén reunidos los demás elementos de la infracción. Más adelante agrega. Daremos por consumado el robo en el preciso momento de la aprehensión directa o indirecta de la cosa, aun en los casos

⁵⁸ Ibidem. p. 84

en que el ladrón por temor a ser descubierto, la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar de donde la tomó, o en que, al ser sorprendido en flagrante delito, se vea al mismo tiempo desapoderado del objeto, antes de todo posible desplazamiento. Esta conclusión está más acorde con las doctrinas positivas del Derecho Penal para las que importa principalmente, más que el daño final, la estimación de la peligrosidad en las acciones delictivas".⁵⁹

Si bien hemos de admitir que existe apoderamiento cuando la cosa sale de la esfera de poder del dueño, para entrar a la esfera de acción del ladrón, o como dice Núñez, hay consumación de apoderamiento del ladrón, esto es, del hurto, cuando hay desapoderamiento del perjudicado, hemos de hacer hincapié en que el apoderamiento del autor, que implica desapoderamiento de la víctima o del ofendido, debe colocar al activo en posibilidad de disponer materialmente de ella, aun cuando el momento de dicha disposición sea fugaz, pues como se sabe una vez que el apoderamiento otorga la potestad dominical al aprehensor la perfección consumativa es total, aunque el tiempo de la posibilidad del disfrute sea exigua y aunque falte la utilización subjetiva que integraría ya formas de agotamiento, intrascendentes en derecho penal, aunque pudieran serlo para efectos de la responsabilidad penal.

⁵⁹ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. op. cit. p. 138

C) Concepto.

Nuestro Código Penal para el distrito Federal no define al delito de robo entre cónyuges únicamente prevé su sanción y da el concepto de robo en general ya si tenemos que en el artículo 367 del código en comentario establece que:

"Artículo 367. Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

Respecto al robo entre cónyuges el párrafo primero del artículo 399 bis establece que: "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, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los otros 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".

Asimismo, nosotros consideramos que el robo entre cónyuges, es el apoderamiento de una casa mueble sin

consentimiento del cónyuge expresado voluntaria y tácitamente a efecto de no dejar duda sobre su parecer para que la otra parte pueda disponer de él.

D) Regulación Actual.

La regulación actual que hace el Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 399 bis es la siguiente.

"Artículo 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, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido 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.

Los delitos de abuso de confianza y daño en propiedad ajena siempre se perseguirán a petición de la parte ofendida.

Asimismo, se perseguirá a petición de la parte ofendida el fraude, cuando su monto no exceda del equivalente a

quinientas veces el salario mínimo general vigente en el lugar y en el momento en que se cometió el delito y el ofendido sea un solo particular. Si hubiese varios particulares ofendidos, se procederá de oficio, pero el juez podrá prescindir de la imposición de pena cuando el agente haya reparado los daños y perjuicios causados a los ofendidos y no exista oposición de cualquiera de éstos.

Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos 380 y 382 a 399, salvo el artículo 390 y los casos a que se refieren los dos últimos párrafos del artículo 395".

Como se podrá apreciar, en el Título vigésimosegundo, se han introducido muy significativas novedades, en cuanto a tipos delictivos, persecución por querrela o de oficio, calificativas necesarias y modificación en las tipificaciones. Se ha introducido la extorsión y administración fraudulenta, se racionaliza la querrela en alguno de los casos o delitos patrimoniales para admitir la persecución de oficio sujeta a modalidades; se ha configurado el robo calificado y se ha aclarado la tipificación del delito de libramiento y cheques sin fondos, cuando el propósito del sujeto activo es la comisión del fraude.

Como podemos apreciar del texto del artículo 399 bis todavía no existe una regulación apropiada para éste ilícito

ya que no lo define, únicamente lo sanciona y dicha sanción desde mi muy particular punto de vista no es suficiente, a pesar de que se lesionan cuestiones y valores morales tales como el honor, el amor, la dignidad, la confianza, y en muchos de los casos la credibilidad sobre las mujeres.

CAPÍTULO IV**NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 399 BIS DEL CÓDIGO
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

En tal época actual, no cabe duda en cuanto a que el Derecho Penal es tutelar de intereses jurídicos, siempre que entendamos al propio Derecho como esa parte del ordenamiento jurídico que determina las conductas de naturaleza criminal y las vincula con una sanción.

En una idea como la antes expuesta, hay un profundo contenido de tipo pragmático, porque la ciencia del Derecho Penal adquiere su vida y sustancia cuando se enfrenta a las realidades cotidianas y entre ellas cumple su misión de administrar justicia en los casos concretos; la naturaleza criminal, hipotéticamente determinada en una norma, sólo se convierte en realidad cuando, ante un caso concreto, se resuelve que si hay criminalidad en el hecho y necesidad de vincular a su autor con la consecuencia prevista, que es la sanción.

El Derecho Penal tutela intereses jurídicos, lo que significa que antes de que la práctica funcione en los casos concretos, es menester que se hayan realizado ciertos juicios de valor, por los cuales un algo se convertirá en interés jurídico y en motivador de la tutela penal. Tal vez resulte

conveniente aclarar estos aspectos antes de proseguir, porque son parte esencial del fundamento de nuestra idea, que en forma de proposición concreta, habrá de quedar aquí plasmada.

Parafraseando a Carrará, quien decía "no tener que ocuparse de cuestiones filosóficas y daba por aceptada la imputabilidad moral del hombre, para construir sobre ella su ciencia criminal, así nosotros damos por presupuesto que el Derecho Penal no se reduce a ser el instrumento del detentador del poder para dar al Estado la estructura que mejor le conviene, según él, sino que es todo un conjunto ordenado y sistematizado de normas que pretenden conservar un orden y propiciar un desarrollo armónico, mediante referencia a valores y con la aspiración de que tales valores, por su superioridad, sirvan para estructurar el futuro de la sociedad".⁶⁰ Esto significa que, en el fondo del origen de las normas penales de determinación de la naturaleza criminal de las conductas, siempre subyace un valor que forma parte integrante del orden establecido. No es fácil empresa pretender definir al valor; tal vez sea preferible aceptar sin discutir lo dicho por Carrará y dejar al filósofo tal cuestión. Para nosotros, ocupados en el Derecho Penal, importa aceptar simplemente que el Estado reconoce ciertos valores como punto integrante de la cultura de una sociedad,

⁶⁰

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 13ª edición. Editorial Porrúa. México, 1995. p. II

y en la medida en que les atribuye importancia, es la intensidad con que los protege. Al reconocerlos, jerarquizarlos y protegerlos, los ha erigido en intereses jurídicos, o sea, lo que era mero valor, pasa a ser interés y de ahí, a interés jurídico.

El orden jurídico es múltiple, en cuanto a las formas de protección de que dispone. El ordenamiento jurídico general se viste su ropaje civilístico, fiscal, administrativo, laboral, etc., según sea la cobertura que pretenda dar al valor erigido en interés jurídico. Es la ley en general la que protege, pero específicamente la habremos de poder calificar siempre, atendiendo a su forma, no a su sustancia. Así, se van localizando paulatinamente los intereses y toman su posición dentro del campo de protección que les ha correspondido. Cualquiera podrá observar que en este párrafo aún no se menciona lo penal, porque los intereses jurídicos que merecen ser colocados bajo la tutela de la ley penal son exclusivamente los de mayor jerarquía, aquellos que la misma sociedad y el propio Estado consideran fundamentales dentro de la pretensión del desenvolvimiento armónico y pacífico de la convivencia humana. Esos valores constituyen la sustancia, la esencia del Derecho Penal que asume, en congruencia, la misión de asegurarlos mediante el reconocimiento de su pretendida inviolabilidad, y amenazando con una sanción a quien quebrante con su conducta ese ideal de invulnerabilidad que se quiere dar al interés esencial.

Interés o bien jurídico, que así también se le conoce, cuando merece la tutela del Derecho Penal, se ha jerarquizado en el punto más elevado, en orden a la protección; se tornan intereses o bienes penales. Cabe preguntar, para entender mejor nuestra idea, si la importancia del interés jurídico es debida a la protección penal o a la inversa, si la protección penal es consecuencia de la importancia del bien jurídico.

Creemos que la respuesta adecuada es la segunda, es decir, que atendiendo a la importancia es que se da la máxima protección de que el derecho dispone. Lo contrario implica, además de lo que luego veremos, en cuanto al disvalor, un principio de arbitrariedad, contrario a un sistema basado en el hombre como centro de atracción. La creación artificial de intereses jurídicos siempre ha llevado al Derecho Penal a extremos insanos; ejemplo de ello pudiera ser ese concepto del nacional socialismo, relativo a la pureza de la raza como bien tutelado. No es necesario, pensamos, agregar más, porque el solo manejo de tal idea es actualmente deleznable. Por lo contrario, cuando de la cultura de una sociedad determinada se va haciendo la selección antes dicha, es relativamente sencillo llegar a precisar cuáles son sus intereses esenciales y a ellos habrá de darse la tutela más adecuada, que es la penal.

Evidente debe resultar que, siendo diferentes las sociedades, diferentes tendrán que ser también sus valores e

intereses esenciales. Lo que importa es que haya congruencia entre la sociedad y sus principios, metas y procedimientos, porque de otra manera sólo se logra un permanente divorcio en el que aparecerá una vez más la tan debatida cuestión de saber si lo legal es justo y si lo justo ha de ser siempre legítimo.

Con lo que hasta aquí llevamos expuesto, va delineándose un aspecto de máxima importancia para nuestro estudio; en efecto, si el Derecho Penal es protector de los intereses esenciales de una sociedad determinada, y ello lo hace o cumple por medio de las normas que integran en conjunto el sistema penal, conviene saber, para comprender nuestra posición más adelante, qué función le atribuimos a la mencionada norma de contenido penal.

A reserva de explicarlo, anticipamos que la norma penal, en el orden de ideas que ahora nos ocupa, tiene como función igual la protección que la motivación.

Protección es tutela, intento de prevención de valores superiores; esto significa que en la norma penal se plasma la más importante garantía de preservación del orden jurídico, puesto que cada una de tales normas lleva consigo un contenido del valor esencial que debe ser preservado; tan es importante, que la reacción del Estado a la afectación del interés protegido, causa la reacción más severa de todas las

previstas por el ordenamiento jurídico; con el tradicional ejemplo esto será clarificado: en ciertos casos y lugares (por fortuna no entre nosotros) de la afectación del bien jurídico vida, resulta la reacción de ir contra el autor de tal comportamiento privándolo de la vida. Si matas, mueres, dirá la norma penal aplicable al caso y no puede ser más drástica la reacción que sigue al comportamiento homicida.

Toda proporción guardada, en la norma penal hay un esquema idéntico y por ello hablamos de las normas, determinando las conductas delictuosas y vinculándolas con una sanción; insistimos en que la norma penal, así entendida, existe en tanto protege y tutela un interés jurídico superior o esencial, que como se ha dicho en más de una ocasión, sólo puede ser considerado como tal el reconocido por la sociedad y formando parte de su cultura, o por las capas sociales dirigentes de la colectividad estatal.

La creación del interés jurídico, que más que creación es reconocimiento, obliga a una posición crítica del jurista, porque en la medida en que el interés protegido corresponda al interés colectivo o social, así será de justo el equilibrio entre el poder del Estado y su desarrollo.

Si no hay equilibrio, puede haber totalitarismo. Sólo deben ser, en consecuencia, protegidos penalmente, aquellos intereses o bienes jurídicos que sean esenciales para la

sociedad.

Desde otro ángulo, o bajo otra perspectiva, la norma penal tiene también una función de motivación, como se dijo previamente, lo cual significa que por medio de la amenaza con que complementa el Estado su tutela, pretende crear una causa motivadora para que la conducta de los particulares, vistos individualmente y como conjunto social no afecte los intereses jurídicos, porque de hacerlo se verán sometidos a la actualización de la sanción. Esto no es sino lo que, en otras palabras, se denomina prevención general y prevención especial, en las que la amenaza de la sanción, futura en un caso y presente en el otro, convierte en una realidad la llamada institucionalización de la coacción, como rasgo típico del derecho.

El robo entre cónyuges como se sabe, ha sido y es, una cuestión muy discutida, es la relativa a determinar si se da o no el robo en esta modalidad es por ello que en el presente capítulo, analizaré los pormenores de este delito y sobre todo propondré una hipótesis de reforma al artículo 399 bis que lo regula actualmente.

A) Marco Legal de este Delito.

El marco legal de este delito, se encuentra regulado por los artículos 399 bis del Código Penal y 178, 207 y

siguientes del Código Civil para el Distrito Federal así como también los artículos, 183, 747, 750, 753 y 754 del mismo ordenamiento razón por la cual y a efecto de tener una mejor comprensión del tema en comentario los transcribo de manera lateral

Como lo señalé en su momento, el Código Penal para el Distrito Federal respecto al robo entre cónyuges previene lo siguiente:

"Artículo 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, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido 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.

Los delitos de abuso de confianza y daño en propiedad ajena siempre se perseguirán a petición de la parte ofendida.

Asimismo, se perseguirá a petición de la parte ofendida el fraude, cuando su monto no exceda del equivalente a

conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso.

ART. 180. Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él, y pueden comprender no solamente los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que adquieran después.

ART. 181. El menor que con arreglo a la ley pueda contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones, las cuales serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio.

ART. 182. Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio.

CAPÍTULO V

DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

ART. 183. La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.

ART. 184. La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él. Puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla, sino también los bienes futuros que adquieran los consortes.

ART. 185. Las capitulaciones matrimoniales en que se constituya la sociedad conyugal, constarán en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida.

ART. 186. En este caso, la alteración que se haga de las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, haciendo la respectiva anotación en el protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad. Sin llenar estos requisitos, las alteraciones no producirán efecto contra tercero.

ART. 187. La sociedad conyugal puede terminar antes de que se disuelva el matrimonio si así lo convienen los esposos; pero si éstos son menores de edad, deben intervenir en la disolución de la sociedad, prestando su consentimiento, las personas a que se refiere el artículo 181.

Esta misma regla se observará cuando la sociedad conyugal se modifique durante la menor edad de los consortes.

ART. 188. Puede también terminar la sociedad conyugal durante el matrimonio, a petición de alguno de los cónyuges, por los siguientes motivos:

I. Si el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes;

II. Cuando el socio administrador, sin el consentimiento expreso de su cónyuge, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, a sus acreedores;

III. Si el socio administrador es declarado en quiebra, o concurso;

IV. Por cualquiera otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente.

ART. 189. Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

I. La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;

II. La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;

III. Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;

IV. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;

V. La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;

VI. La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;

VII. La declaración terminante acerca de quién debe ser el administrador de la sociedad, expresándose con claridad las facultades que se le conceden;

VIII. La declaración acerca de si los bienes futuros que

adquieran los cónyuges durante el matrimonio pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción;

IX. Las bases para liquidar la sociedad.

ART. 190. Es nula la capitulación en cuya virtud uno de los consortes haya de percibir todas las utilidades, así como la que establezca que alguno de ellos sea responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponda a su capital o utilidades.

ART. 191. Cuando se establezca que uno de los consortes sólo debe recibir una cantidad fija, el otro consorte o sus herederos deben pagar la suma convenida, haya o no utilidad en la sociedad.

ART. 192. Todo pacto que importe cesión de una parte de los bienes propios de cada cónyuge será considerado como donación y quedará sujeto a lo prevenido en el capítulo VIII de este título.

ART. 193. No pueden renunciarse anticipadamente las ganancias que resulten de la sociedad conyugal; pero disuelto el matrimonio o establecida la separación de bienes, pueden los cónyuges renunciar a las ganancias que les correspondan.

ART. 194. El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal. La administración quedará a cargo de quien los cónyuges hubiesen designado en las capitulaciones matrimoniales, estipulación que podrá ser libremente modificada, sin necesidad de expresión de causa, y en caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente.

ART. 195. La sentencia que declare la ausencia de algun de los cónyuges, modifica o suspende la sociedad conyugal en los casos señalados en este Código.

ART. 196. El abandono injustificado por más de sei meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hac cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de l sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; éstos no podrá comenzar de nuevo sino por convenio expreso.

ART. 197. La sociedad conyugal termina por la disolució del matrimonio, por voluntad de los consortes, por l sentencia que declare la presunción de muerte del cónyug ausente y en los casos previstos en el artículo 188.

ART. 198. En los casos de nulidad, la sociedad s considera subsistente hasta que se pronuncie sentenci ejecutoria, si los dos cónyuges procedieron de buena fe.

ART. 199. Cuando uno solo de los cónyuges tuvo buena fe, la sociedad subsistirá también hasta que cause ejecutoria la sentencia, si la continuación es favorable al cónyuge inocente; en caso contrario se considerará nula desde un principio.

ART. 200. Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, la sociedad se considera nula desde la celebración del matrimonio, quedando en todo caso a salvo los derechos que un tercero tuviere contra el fondo social.

ART. 201. Si la disolución de la sociedad procede de nulidad del matrimonio, el consorte que hubiere obrado de mala fe no tendrá parte en las utilidades. Estas se aplicarán a los hijos, y si no los hubiere, al cónyuge inocente.

ART. 202. Si los dos procedieron de mala fe, las utilidades se aplicarán a los hijos, y si no los hubiere, se repartirán en proporción de lo que cada consorte llevó al matrimonio.

ART. 203. Disuelta la sociedad se procederá a formar inventario, en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes, que serán de éstos o de sus herederos.

ART. 204. Terminado el inventario, se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio, y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los dos consortes en la forma convenida. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno solo llevó capital, de éste se deducirá la pérdida total.

ART. 205. Muerto uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión, mientras no se verifique la partición.

ART. 206. Todo lo relativo a la formación de inventarios y solemnidades de la partición y adjudicación de los bienes, se regirá por lo que disponga el Código de Procedimientos Civiles.

CAPÍTULO VI.

DE LA SEPARACIÓN DE BIENES

ART. 207. Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean

dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquirieran después.

Se encuentran relacionados con este tema los artículos 747, 750, 753 y 754 del mismo ordenamiento, que a la letra establecen.

ART. 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

ART. 750. Son bienes inmuebles:

- I. El suelo y las construcciones adheridas a él;
- II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas, mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares;
- III. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro del mismo inmueble o del objeto a él adherido;
- IV. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo;

V. Los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente;

VI. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca, directa o exclusivamente, a la industria o explotación de la misma;

VII. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse, y las semillas necesarias para el cultivo de la finca;

VIII. Los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario;

IX. Los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua, así como los acueductos y las cañerías de cualquiera especie que sirvan para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella;

X. Los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca, mientras están destinadas a ese objeto;

XI. Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa;

XII. Los derechos reales sobre inmuebles;

XIII. El material rodante de los ferrocarriles, las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas.

ART. 753. Son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior.

ART. 754. Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto como muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal.

De lo antes expuesto, se desprende y se colige que es ya urgente plantear una mejor regulación del robo entre cónyuges, para así tener una sanción adecuada, y tratar de evitar en lo mayormente posible tal delito.

B) Propuesta de Reforma.

La propuesta de reforma al artículo 399 bis que deseo

plantear, va encaminada a que el delito de robo entre cónyuges, tenga la importancia y sanción que de acuerdo a la institución y valores morales que representa se realice conforme a estos valores violados otorgando así el derecho de acción penal a favor del afectado porque como se sabe, la coacción o la mera amenaza, en su caso, cuando coinciden con los lineamientos aceptados y establecidos por una sociedad, son perfectamente aceptables y no repugnan a nadie, salvo excepcionalmente a quien la padece. En cambio, si no existe la tal coincidencia, la simple amenaza, no se diga ya la actualización, son elementos contenedores de un alto grado de agresividad social. Poco hay que tanto moleste a un individuo, como el sentirse indebidamente limitado en su libertad y aún sobre eso amenazado. Por ejemplo, no se discute que el robo, como atentado contra la propiedad (o la posesión) debe ser impedido en la medida de lo posible; ningún ciudadano se molesta por saber que hay una amenaza para quien robe, y el que lo hace, el que roba, acepta como un mal necesario la sanción. Por otra parte, si pretendiéramos imponer formas y limitaciones a la vida íntima de las personas, como algún excesivo puritanismo alguna vez ha pretendido, amenazando con sanciones la relación sexual cuando no tuviera la finalidad específica de la procreación, no hay duda que sería una amenaza que poca vida tendría por su franca incongruencia con el pensamiento y comportamiento de la sociedad humana.

Por estas dos funciones, la protección y la motivación resultan directamente vinculadas con el interés o bien jurídico y la norma penal que lo sustenta. Idealmente, se puede decir que todo bien esencial debe ser protegido penalmente, pero también que la norma penal debe proteger sólo bienes esenciales. A continuación, habremos de desarrollar esta idea, que pretende ser apoyo de nuestra tesis.

El Derecho Penal, por medio de sus normas, sólo debe proteger los bienes jurídicos esenciales.

Esto es sustancialmente válido si aceptamos que el Derecho, en general, tiene una amplia gama de posibilidades de tutela; pero ante la violación a sus principios surgen las consecuencias jurídicas y de entre ellas, las más drásticas son las penales, porque repercuten directamente sobre bienes del ofensor que tienen elevada importancia, como es el caso de la libertad del delincuente y en algunas otras ocasiones, su propia vida. Por esta razón, el Estado debe acudir a la reacción penal, que es lo mismo que decir a la tutela, sólo ante la necesidad de proteger los bienes jurídicos más importantes.

Siempre habrá una duda razonable: cuantas veces se plantea una jerarquía de valores (o intereses) hay base para discrepancias acerca de lo que es efectivamente más

importante. Esto debe ser eliminado como cuestionamiento, partiendo de la base de que la jerarquización está dada en función del sistema adoptado por una sociedad y para una época determinadas. Lo que es bueno hoy, e inclusive esencial, puede no serlo mañana, entendiendo esto como variante producida por el tiempo y por el espacio puede decirse lo mismo, ya que lo que resulta importante para un lugar, carece de interés relevante para otro. En consecuencia, la jerarquía la da el sistema adoptado por medio de sus órganos legalmente constituidos.

Aparentemente, hemos realizado una modificación al planteamiento anterior, porque en él nos referíamos primero a que todo interés esencial debe ser penalmente protegido, para luego sostener que la norma penal sólo debe proteger intereses esenciales. En cambio, ahora decimos que sólo los bienes o intereses jurídicos esenciales deben ser protegidos por las normas penales. No hay, según nosotros, incongruencia en lo dicho, porque el primero de los dos aspectos planteados es puramente formal, pudiéndose decir de él que está relacionado con la forma como el Derecho Penal realiza la tutela jurídica, que bien sabemos se cumple por medio del tipo; y el otro, más trascendente, es sustancial y se refiere justamente a aquello que por importante y esencial requiere la esencia de lo protegido. Ambas, forma y sustancia, convergen en la norma típica penal que se siente ajustada a la realidad social para la que se dicta, siempre

que, como lo ha dicho Mayer, "el legislador recoja las tres cualidades que un bien ha de tener para llegar a ser valor jurídico penal. Tales cualidades o atributos son: merecimiento de protección, necesidad de ella y capacidad de recibirla".⁶¹

Merecen protección, los valores que la sociedad ha creado o aceptado y sobre los cuales erige su cultura propia y que le dan la nota característica de su fin y su destino. Toda sociedad, sea cual fuere su estructura, hace diariamente función filosófica al marcarse sus propias rutas. Una sociedad constituida conforme a los patrones democráticos individuales, está constantemente consagrando ciertos valores, como la libertad individual, la propiedad privada y otros, para lograr su desarrollo armónico y pacífico; en cambio, diferentes habrán de ser, por razón natural, los valores que reconozca y consagre una sociedad de tendencia socialista o inclusive comunista. No dejan de ser valores por estar en sistemas sociales diferentes unos de otros. Corresponden, simplemente, a la cultura de una sociedad determinada y para una época determinada. Tales valores, sean cuales fueren y siempre que sean efectivamente parte de eso que llamamos cultura, son merecedores de la tutela jurídico penal, merecen la protección de la ley penal.

⁶¹

LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales. T. III. Vol. I. Editorial Edier. Argentina, 1995. p. 7

Prueba de que la contradicción de los sistemas y, por ello, entre uno y otro criterios valorativos no implica falta de merecimiento si la cultura social ha aceptado el interés a proteger, nos lo puede dar el artículo 140.1, A) del *Código Penal* para la república de Cuba, que según Ley 1262, de 5 de enero de 1974, estableció: "El que mediante la propaganda oral o escrita o en cualquier otra forma incite contra el orden socialista, la solidaridad internacional o el Estado revolucionario, será sancionado con privación de libertad de tres a doce años".⁶²

En cambio, la Ley 20 840 de la república Argentina, relativa a la seguridad nacional y actividades subversivas dice:

"1º Será reprimido con prisión de tres a ocho años, siempre que el hecho no constituyere un delito más severamente penado, el que para lograr la finalidad de sus postulados ideológicos, intente o preconice por cualquier medio, alterar o suprimir el orden institucional y la paz social de la Nación, por vías no establecidas por la *Constitución Nacional* y las disposiciones legales que organizan la vida política, económica y social de la Nación".⁶³

⁶² Cit. por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. op. cit. p. 135.

⁶³ Ibidem. p. 136

Los intereses protegidos, en uno y otro de los casos citados, son distintos y ello no requiere de mayores comentarios para probarse y aceptarse; sin embargo, para una y otra sociedad, lo que cuenta es su propia valoración y no la que respecto del mismo bien jurídico pueda hacer una distinta. Así, la sociedad cubana acepta que el orden socialista debe ser tutelado y nada le importa que la argentina u otra cualquiera difiera en su criterio. Lo que cuenta es que culturalmente haya una aceptación del bien y que se le considere de importancia suficiente para que merezca la protección jurídico penal dada, como sabemos, por medio de los tipos de delito.

Por otra parte, se requiere también la necesidad de la protección jurídico penal para la creación de los bienes, y su erección en intereses reconocidos necesita de la protección penal pues esta debe sobrevenir sólo cuando el Estado haya agotado sus otros medios naturales de protección y aun así, se requiera una mejor tutela o una más amplia cobertura para la preservación del bien.

El Derecho, referido en su acepción amplia, tiene distintas formas para proteger legalmente los intereses jurídicos; puede ir desde la mera sanción de tipo administrativo, como lo es una multa o una amonestación, hasta la más drástica sanción privativa de libertad y, en ciertos casos (cada vez menos, afortunadamente), hasta la

pena de muerte. Es evidente que, dentro de esos amplísimos extremos, se puede colocar una gran variedad de intereses jurídicos, todos legalmente protegidos; pero la gravedad de la sanción penal hace que sólo se piense en vincularla con la afectación a los bienes de mayor relevancia, que más necesitan la tutela.

La necesidad aludida no es intrínseca, es decir, atributiva del interés jurídico en forma exclusiva; en algunos casos, la necesidad se relaciona con la persona titular del bien protegido. Por ejemplo, tratándose del tipo de delito de rapto que se considera que afecta al bien jurídico denominado libertad personal, presupone la ley que el comportamiento del delincuente sea contra la voluntad del sujeto pasivo, sin embargo, se supone igualmente afectado el bien, cuando la mujer (único sujeto pasivo posible) es menor de dieciocho años, aún cuando ella voluntariamente siga a su raptor, porque no se le reconoce capacidad para resistir y se presume seducida. Puede ser que el caso, en algunas ocasiones, vaya contra la realidad naturalística; pero la ley valora que el bien jurídico libertad de la mujer menor de la edad citada, necesita esa especial tutela y aparece entonces el tipo penal. Como éste, son muchos los ejemplos posibles, lo que importa es reconocer que el bien, además de merecer, debe necesitar la tutela y que en ciertos casos, la necesidad es consecuencia de especiales características o condiciones de los sujetos, pero todo ello apreciado en la

norma y por medio de ella.

Siendo merecedor de la tutela y estando necesitado de ella, aún falta un tercer paso para la aparición correcta del interés jurídico penalmente protegido, porque es indispensable que sea capaz de recibir la protección sin menoscabo de su estructura y sin violentar concepciones ya admitidas culturalmente.

Partiendo de la base de que el bien ya existe, es indudable que debemos considerar que, aún sin la intervención de la ley, ha realizado la sociedad una jerarquización y asimilación, culturizando el tal bien. Para protegerlo penalmente, se requiere que al sobrevenir la tutela se conserve la misma idea que la motiva, lo que se clarifica con el tradicional caso de la protección a la moral. Se requiere, o por lo menos así se ha valorado, que haya una cierta protección a la moral, y por ello tenemos en el Código Penal un Título, el octavo, que se refiere a los delitos contra la moral pública y las buenas costumbres. Moral y buenas costumbres son concepciones que varían en el tiempo y en el espacio y no se tiene un asidero firme para aprehender el contenido de valor, pero sí se siente la necesidad y conveniencia de la tutela; imaginemos que se excediera la protección legal y se llegara a pretender someter a patrones de moral y buenas costumbres en su vida personal, no de relación pública, a los sujetos, regulando, por ejemplo la

moral sexual entre adultos y en privado. No habría correspondencia entre aquello que merece y necesita la tutela y el bien al que se pretende dársela, porque no sería capaz de recibirla. Esto ha sido ampliamente tratado en diferentes niveles, siempre para probar que no todos los bienes son receptivos de la tutela jurídico penal.

Aquel bien ya valorado, que satisfaga las tres relatadas condiciones o atributos, es un bien jurídico y si la tutela la da el Derecho por medio del tipo penal, tenemos ya al bien jurídico penal.

"Para nosotros, organizados política y socialmente como lo estamos desde 1917, con las bases que nuestra *Constitución Política* estableció como consecuencia del movimiento social iniciado en 1910, el patrimonio de las personas es un bien jurídico penal porque merece la tutela, la necesita y es capaz para recibirla. Tan es así, que las leyes penales, en más de un tipo, mejor es decir en muchos tipos, brindan tutela y protección precisamente al patrimonio. Sin embargo, algo falta para mejorar esa tutela, porque el desarrollo ha superado una vez más a la normatividad. De esta necesidad habremos de ocuparnos en este trabajo, pero antes es menester, según nuestro criterio, probar la aceptación del patrimonio como interés jurídico y su tutela por el Derecho

Penal".⁶⁴

El concepto jurídico del patrimonio no está perfectamente claro y menos aún cuando va a referirse a distintos campos del ordenamiento normativo. Sin que nos sea posible, por ajeno y amplio, abordar el tema general del patrimonio, si es factible decir que, básicamente, existen dos ideas al respecto, según sea que se refiera el concepto al derecho privado, en su esencia civilística o al público, a través de las normas del Derecho Penal positivo.

Según el primero, y siguiendo lineamientos calificados como clásicos, el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, apreciables en dinero, considerados formando una universalidad de derecho.

"Conforme a esta clásica concepción del patrimonio, sólo las personas pueden tener patrimonio; toda persona habrá de tener un patrimonio y sólo un patrimonio puede tener cada persona".⁶⁵

Lo más destacado, sin embargo, es el aspecto relativo a

64 ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. III. 12ª edición. Editorial Porrúa. México, 1995

65 ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. III. 10ª edición. Editorial Porrúa. México, 1995. p. 238

la apreciación en dinero, es decir, la susceptibilidad del patrimonio, sea derecho u obligación como parte de un conjunto, de ser valuable en dinero. Aquello que no pueda ser motivo de una tal valuación no caerá dentro de esta clásica definición de patrimonio. No por clásica, ha dejado de ser criticada en cada una de sus notas características y especialmente lo fue dentro de su propia esfera privatista, hasta que surgió una nueva y poderosa manera de entender el patrimonio, fundada en la llamada afectación, o en otras más extensas palabras: patrimonio entendido como la afectación de un conjunto de bienes a la realización de un fin específico y determinado o, como lo ha dicho un mexicano ilustre, el patrimonio adquiere autonomía no en relación con la persona, sino en función de un vínculo jurídico económico que el derecho reconoce para afectar el conjunto de bienes a la consecución de un fin.

Sea entendido a la manera clásica o bajo la tesis de la afectación, civilísticamente, la esencia del patrimonio se encuentra en el aspecto económico, en lo material, en ese lado de los derechos y obligaciones, o bienes en su caso, pero que son susceptibles de una apreciación en dinero. Hay una estrecha relación de la que no es fácil despegarse, entre patrimonio y dinero; lo uno hace pensar en lo otro y viceversa. Quien dice patrimonio, induce a pensar en función del dinero, porque desde siempre y de ello la prueba es la etimología de la palabra, patrimonio se há asociado con

bienes, con riqueza, con los llamados bienes de fortuna.

"Sin embargo, el propio Derecho Civil ha ido evolucionando, y sin lograr aún desprenderse del todo de los aspectos pecuniarios, ha empezado a aceptar que el concepto de bien, parte importante para la integración de la idea del de patrimonio, no debe quedar sometido a las amarras estrechas de lo económico. Es así como se empiezan a incorporar aspectos, conformadores de una nueva idea, pero sin contenido apreciable en dinero. Los documentos internacionales más destacados, también han dado apuntalamiento a esta postura que resulta novedosa para un campo normalmente tan conservador y cerrado, y a las nuevas concepciones".⁶⁶ Ahora ya se habla franca y abiertamente que parte del patrimonio de una persona lo integra su derecho humano esencial a: un nombre, a su desarrollo, a la preservación de su honor, a ser indemnizado en caso de falsa detención y otros, que no tienen un factor que permita su valoración en dinero, por lo que, desde el punto de vista del Derecho Civil, hay también una tendencia marcada a eliminar de la definición y concepto de patrimonio el aspecto económico, sin que esto quiera decir que la mayoría de los ingredientes naturales no sean susceptibles de ser así valuados. Lo que importa es destacar que, dentro del campo del Derecho Privado, el patrimonio ya no es sólo

⁶⁶ Ibidem. p. 239

económicamente (o pecuniariamente) determinable; hay nuevos aspectos, de índole subjetiva o puramente moral, que se van adhiriendo a la nueva idea, sin que ella se modifique en orden a la voluntad de considerarla como interés jurídico.

Importa saber si el Derecho Penal maneja una idea de patrimonio parecida, igual o francamente diferente a las antes expuestas y, para ello, debemos antes que nada considerar que fue precisamente esta cuestión relativa al patrimonio la que dio motivo a la creación de dos tesis, la de la correspondencia y la de la autonomía, en la interpretación de los textos legales.

"La primera de tales tesis, llamada de la correspondencia, por lo que a continuación veremos, es la que sostiene que los vocablos o términos técnico jurídicos que son utilizados en una cierta rama del derecho, como puede ser el Civil, el Fiscal y luego incorporados en el Derecho Penal, deben pasar con exacta significación y plena correspondencia; se ponen los casos ejemplificadores de los vocablos patrimonio, depósito, mueble, cosa, empleados por el Código Penal y evidentemente extraídos del Civil; también se citan los casos de obligaciones fiscales y créditos fiscales, que tienen una clara significación en la esfera de la ley tributaria".⁶⁷

67

ROJINA VILLEGAS, Rafael.
Civil. op. cit. p. 313Compendio de Derecho

Por el otro lado, se menciona la tesis de la autonomía, la cual sostiene que por tratarse de cuestiones de interpretación de la ley, la terminología técnico jurídica, aun siendo de origen extrapenal, tiene que ser interpretada en forma congruente con la valoración que para el instituto de que en particular se trate haya hecho el legislador penal. Recuérdese, en este orden de ideas, la plena libertad y absoluta autonomía de que disfruta el legislador para entender en cierta forma algo que en ciertos casos puede hasta ser contradictorio con el origen de la expresión usada. Al incorporarse a la ley penal, se tiene que ajustar todo a los lineamientos de la materia, en la cual todo también se ve en función del interés protegido, la forma de protegerlo de ellas le da al patrimonio una especial significación y lo caracteriza conforme a sus motivos y fundamentos de protección.

Aquí, evidentemente tenemos que vincular ideas antes expuestas en términos generales con lo que ahora en concreto nos ocupa. El patrimonio que se protege penalmente es el que se relaciona con los bienes patrimoniales de mayor jerarquía, o lo que viene a ser igual, no todos los aspectos que puede tomar el patrimonio quedan amparados por la tutela penal. Esto es natural, si tomamos en consideración las formas drásticas que revisten las consecuencias jurídicas cuando son penales, en comparación con las no penales.

Tal vez un ejemplo simple sirva para dar claridad a lo expuesto; si alguien vende una cosa que le es ajena, afecta el patrimonio del comprador, quien en estricta realidad ha pagado sin recibir los derechos de propiedad de los que su vendedor carece. Sin embargo, si hubo dolo de parte del vendedor habrá fraude punible con prisión de tres a doce años (si la cosa vendida vale más de doce mil pesos) y si no se da la figura penal, típicamente descrita, las consecuencias no irán más allá de la indemnización y resarcimiento de daños y perjuicios. Son, claramente, dos consecuencias notoriamente diferentes en cuanto a su drasticidad.

Además, la mente del legislador penal trata de preservar al patrimonio de aquellos ataques que considera más dañinos por su contenido antisocial y no contra todos los ataques posibles. Por ejemplo, diríamos del caso del despojo, figura típica que tutela la posesión como parte del patrimonio, que el legislador sólo la protege penalmente cuando la afectación se causa por medio de violencia, amenaza, furtividad o engaño, medios comisivos que limitadamente pueden dar motivo a la aparición de la figura del despojo. Otro medio diferente que se utilice para lograr el despojo quedará sujeto al derecho, pero no al Derecho Penal.

Sintetizando, y ante la diversidad de tipos penales que protegen al patrimonio, puede decirse y sostenerse que su autonomía depende de la necesidad que el desarrollo histórico

ha ido produciendo; así, en la remota antigüedad, no se duda que la primera figura es la del robo, que coincide con las menos evolucionadas ideas sobre el patrimonio y se va complicando la tutela con nuevas y necesarias formas, conforme las condiciones van haciendo cambiar los primitivos criterios y aparecen las figuras del fraude y el abuso de confianza y, a últimas fechas, la imaginación del delincuente junto con los avances de la ciencia y de la técnica hacen que aparezcan formas de atentar contra el patrimonio que antes ni siquiera se suponían.

Siempre debe haber congruencia entre el bien jurídico que se tutela, la trascendencia social del acto con que se afecta y la consecuencia que la ley ha señalado anticipadamente. Cuando este equilibrio tripartita en cualquier forma se rompe, el Derecho Penal deja de responder a su exigencia natural de ser tutelar de los intereses esenciales y puede haber dos opciones: se vuelve instrumento de arbitrariedad institucionalizado o se torna aparato sancionador con letra muerta, que es tanto como decir que empieza a fenecer.

Creemos que hay, en la actualidad, un principio de desequilibrio como el mencionado, que traería como consecuencia una merma en la confianza del Derecho Penal como medio de adecuación social; este trabajo pretende ser una oportuna llamada de atención para que el Derecho alcance a la

sociedad, que le ha aventajado en algunos casos.

De acuerdo con lo antes expuesto, considero que el artículo 399 bis con la propuesta de reforma que hago debe decir en su texto así:

"Artículo 399 bis. El robo entre cónyuges es el apoderamiento de una cosa ajena mueble, por parte del cónyuge sin consentimiento y sin derecho del otro que también pueda disponer de ella para el caso de que estén casados bajo el régimen de sociedad conyugal, y máxime, cuando exista separación de bienes y dependiendo del caso y de la mala fé del cónyuge culpable la sanción será de 18 a 36 años y multa que duplique el valor de lo robado".

Con lo antes expuesto se pretende que se de una mayor seguridad al patrimonio de los cónyuges a efecto de que el mismo no sea vulnerado, porque en lo adelante será el patrimonio que ayudará en la formación personal y profesional de los hijos.

C) Beneficios de la Reforma.

Grave problema ha sido para todas las legislaciones, presentes y pretéritas, encontrar adecuado sistema punitivo para el delito de robo. El acentuado polifasismo de éste ha difultado grandemente la solución del problema,

independientemente de que las tácticas adoptadas no pueden reputarse definitivas, por la constante variación de las circunstancias que la motivan. Variados y complejos son: a) los derechos protegidos por la sanción del robo; b) las causas del delito; c) los móviles y finalidades que lo presiden; d) las formas de su comisión; e) las circunstancias personales del infractor y las de modo y lugar; f) los efectos dañosos que puede producir en la víctima.

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

b) El robo es una manifestación material de la circulación ilícita de la riqueza mobiliaria en perjuicio de la colectividad. Se observa su evidente naturaleza económica

porque, a pesar de que su etiología es muy compleja, reconoce como causa muy constante y preferente la desproporción patrimonial entre un escaso número de privilegiados y la masa de miserables, obstinándose los primeros en no ser desalojados, en mantener un feudalismo económico, mientras sobre la vida de millones de seres pesan la ignorancia, la insuficiencia de los alimentos, las habitaciones malsanas, el salario exiguo frecuentemente defraudado, y el alcoholismo, que producen como infortunadas consecuencias los fenómenos de la mendicidad, de la vagancia y del crimen. La explosión demográfica, las grandes crisis económicas, tan frecuentes en el mundo entero después de las grandes guerras, el acaparamiento de las fuentes de trabajo, la invasión del maquinismo y la especialización cada vez más acentuada en las diversas industrias, excluyen a un gran número de individuos aptos de todo trabajo, por lo que buscan la satisfacción de sus necesidades en la detentación del caudal ajeno.

Ante la Convención Nacional contra la Delincuencia, diversos colaboradores en los trabajos de redacción de la legislación vigente expresaron: "No se puede intentar en forma simplista disminuir la acción represiva en contra de los delitos que atacan el patrimonio, porque se podría perjudicar a los pequeños propietarios que gozan de un patrimonio familiar, o dejar sin garantía el goce del producto del trabajo, o la propiedad comunal de los ejidos. Y aun la misma propiedad privada, según el concepto más

radical, conserva la garantía de la defensa jurídica por medios penales, porque la socialización se refiere en primer término a los instrumentos de producción, y la sanción penal no es propiamente la defensa jurídica de la propiedad, sino una reprobación subjetiva, porque indica un estado peligroso de quien a su vez trata de convertirse en propietario individual por medios ilegítimos".⁶⁸

Dada la compleja causación del robo, preferentemente económica, la profilaxis social sólo puede obtenerse a través de la descomunal tarea de una más equitativa distribución de la riqueza. Actualmente, precisa reconocerlo, los intereses de clases del proletariado no pueden considerarse como suficientemente resguardados con las disposiciones de leyes preventivas o represivas que se aplican en casos de excepción y de anormalidad. En este terreno la acción social sólo puede ser efectiva, en primer lugar y para contribuir a la profilaxis de los delitos patrimoniales, por el esfuerzo de los Departamentos y de las leyes especiales, y principalmente por la acción directa e inmediata de las autoridades supremas que tienen a su cargo la obra de renovación y de transformación revolucionaria de las instituciones. Como medidas legalistas complementarias debe favorecerse la inclusión en nuestros textos penales de nuevas figuras de delito tuteladoras de los derechos industriales de las clases

⁶⁸ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. op. cit. p. 286

laborantes, tal y como se ha propuesto con diferencias de detalle por Raúl Carrancá y Trujillo y Carlos Franco Sodi.

c) entre los móviles o motivos inmediatos que impulsan a los diversos ladrones, se encuentran variados matices, que van desde el simple deseo de satisfacer ocasionalmente necesidades más o menos imperiosas, hasta la exagerada codicia.

d) Las formas o modos mecánicos de comisión, son también muy diversos. todos los robos suponen la ausencia de consentimiento de la víctima para el apoderamiento ilícito; pero esta ausencia de consentimiento se manifiesta de distintas maneras: en el atraco o robo violento, por el empleo depredatorio de la fuerza física o del constreñimiento moral; en el robo astuto, por la habilidad o destreza en la maniobra y en el robo subreptico, por el empleo de procedimientos furtivos que no permitan al ofendido la menor intervención ni conocimiento de los hechos.

e) De la misma manera, pueden ser diversas las circunstancias personales del infractor o las de modo y ocasión objetiva del delito. El robo puede ser cometido aprovechando ciertas ligas personales entre la víctima y el ladrón, tales como el parentesco, la confianza, relaciones contractuales de prestación de servicios, etc.; puede cometerse en variadas ocasiones: de día o por la noche, en

tiempos normales o en épocas de calamidad pública; en diferentes lugares: poblado o despoblado, lugares de acceso público o de acceso privado, como edificios, casas habitadas o lugares cerrados; puede lograrse empleando instrumentos o medios mecánicos que faciliten la tarea: llaves falsas, ganzúas, escalamiento, fractura.

f) Por último, examinando objetivamente el importe del daño causado a la víctima, éste puede consistir en: desde la comisión de simples raterías de objetos de ínfimo valor, hasta los apoderamientos ilícitos de objetos preciosos; subjetivamente, también varía la importancia del daño causado a la víctima según el bienestar económico en que se encuentre, o el valor de uso que tengan las cosas de que se ve desposeído.

Las legislaciones de los distintos países, ante el complejo polifasismo del delito de robo a que nos hemos venido refiriendo -dado lo variado de su cuantía y de sus circunstancias concurrentes- han optado, para regular la penalidad, por un sistema minuciosamente objetivo y casuista en que la pena se mide más o menos en proporción paralela al importe de lo robado y se agrava por la concurrencia de calificativas derivadas de circunstancias de modo o lugar de comisión o personales del infractor.

De tomarse en cuenta la reforma propuesta al artículo

399 bis en el inciso anterior arrojaría los siguientes beneficios.

- * Mayor seguridad al patrimonio de ambos cónyuges.
 - * Habría más seguridad para el patrimonio de los hijos.
 - * Se protegerían mejor los valores morales, personales y sentimentales del cónyuge afectado.
 - * Disminución en el cometimiento de este delito por la sanción estipulada.
 - * Habría mayor seguridad jurídica para los cónyuges.
 - * Se daría más igualdad jurídica entre hombre y mujer.
 - * Habría mayor atención por parte de los futuros contrayentes para casarse bajo el régimen ya sea de sociedad conyugal o separación de bienes.
- D) Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.**

Es casi inexistente la jurisprudencia sobre este delito,

más sin embargo pudimos localizar las siguientes:

"ROBO, APODERAMIENTO EN EL ENTRE CÓNYUGES. Para que exista este delito, se requiere, entre otros elementos, que la cosa robada se encuentre en poder de una persona distinta del agente y si se halla en poder de éste por cualquier concepto, cuando se adueña de ella, podrá existir otro delito, pero no el de robo".⁶⁹

"ROBO, APODERAMIENTO COMO CONSUMACIÓN DEL. El delito de robo no queda en grado de tentativa, sino que llega a la consumación, si se realiza la conducta típica de apoderamiento, la cual implica, en cuanto al sujeto pasivo, desapoderamiento, vulnerándose así el bien jurídico del patrimonio, al sustraer el inculpado el objeto material del ilícito y colocarlo bajo su poder de hecho; sin que sea relevante la circunstancia de que el sujeto activo no logre sacar al bien material del robo del local del ofendido, dado que ello, en última instancia, tendría significado en cuanto agotamiento del delito, por el logro de la finalidad del acusado, pero es intrascendente en orden a la consumación, misma que ocurre desde el momento en que el sujeto activo toma el objeto, pues desde ese instante se ataca al bien jurídico tutelado en razón de que el ofendido, en la hipótesis de querer disponer del bien, no puede hacerlo, por

⁶⁹ Semanario Judicial de la Federación. op. cit. p. 170

haber salido de su esfera de disposición".⁷⁰

"ROBO CONFIGURACIÓN DEL. Que el acusado no haya hecho mal uso de los objetos robados, no es obstáculo para la configuración del delito de robo, ya que éste se agota con el solo acto de apoderarse de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella, con arreglo a la Ley".⁷¹

Como puede apreciarse la jurisprudencia sobre este delito es poca a pesar de los múltiples ilícitos que se cometen al respecto.

Llama la atención el silencio que guarda el legislador sobre los robos entre concubinos, no obstante que en México el amancebamiento es forma muy común de unión sexual, en la que, de facto, se establece generalmente entre los concubinos cierta unidad patrimonial en los bienes que constituyen el caudal doméstico. "Estas circunstancias seguramente fueron tomadas en cuenta en el artículo 1635 del Código Civil, al establecer ciertos derechos sucesorios para la concubina. Cabe objetar a la táctica seguida por el legislador penal que si fueron consideraciones de resguardo del régimen familiar, de integridad y armonía domésticas, las que le indujeron a

⁷⁰ Ibidem. p. 171

⁷¹ Ibidem. p. 205

establecer el robo entre cónyuges por persecución particular, es evidente que no llegó al fin que se propuso, ya que la familia mexicana, en su mayoría, se constituye en virtud de relaciones no sancionadas legalmente, sino por simples amancebías".⁷² Independientemente de la reglamentación, precisa llamar enérgicamente la atención de los tribunales acerca de la insinceridad de ciertas denuncias vengativas entre amantes; sucede a menudo que el concubinario abandonado encuentra, con la denuncia de robo, eficaz instrumento de venganza, para lo cual le basta acusar a la fugitiva del apoderamiento de sus objetos particulares y del mobiliario que generalmente lleva consigo. La frecuencia de esta clase de denuncias demanda una más justa protección, un mejor equilibrio, un resguardo para la institución de la familia en general, aun cuando ésta no se encuentre asentada en previo contrato de matrimonio: al propósito civilizador de la ley estableciendo privilegios en favor de las uniones legales, hay que anteponer otro nacido de estricta justicia, teniendo en cuenta la secular tradición mexicana que prefiere, especialmente entre determinada clase social, el libre ayuntamiento al sancionado por las leyes. Estas consideraciones deben hacer que el juez ponga todo su escrúpulo al examinar denuncias o pruebas de robos cometidos entre amantes, porque no es extraño que el que se dice ofendido haya hecho donación, tácita o expresa, de los bienes

⁷²

que redama a su amante; o puede acontecer que exista indivisión en cuanto a los derechos patrimoniales de los amancebados por haberse adquirido los bienes con la cooperación a los recursos de ambos, siendo de aplicarse entonces las reglas que ya estudiamos en los anteriores números 217 y siguientes. Esta interpretación evitará en la práctica, con su correcta aplicación, la imposición de penas inequitativas.

E) Inclusión de este Delito de Manera Particular en el Código Penal para el Distrito Federal.

Como lo señalamos en su momento es importante hacer mención de la trascendencia que tendrá la inclusión de este delito de manera particular en nuestro Código Penal para así no dejar duda sobre el concepto, tipificación sanción y regulación de tal ilícito y proteger mejor el patrimonio de cada uno de los cónyuges y en general el de toda la familia, para evitar así la lentitud jurídica y tener mayor seguridad legal.

CONCLUSIONES**PRIMERA:**

El patrimonio, lo podemos definir simple y sencillamente como aquella suma de bienes y riquezas que pertenecen a una persona o a un solo titular.

SEGUNDA:

El patrimonio, desde el punto de vista del Derecho Penal está constituido por aquel conjunto de cosas y derechos destinados a satisfacer las necesidades humanas y sujeto al señorío de su titular.

TERCERA:

El robo se entiende como todo apoderamiento de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

CUARTA:

Los sujetos que intervienen en el delito de robo, son dos un sujeto activo y otro pasivo el primero, es quien ejecuta la conducta típica y el segundo quien la resiente o se ve afectado.

QUINTA:

Únicamente la persona física es responsable jurídicamente hablando en un delito, para el Derecho Penal, porque como lo establece el Código Penal únicamente los seres humanos incurrir en la comisión de ilícitos porque son los únicos que tienen la capacidad de entender y querer.

SEXTA:

Respecto a si se da o no el delito de robo entre los cónyuges, considero que si se presenta y se tipifica, porque en el matrimonio celebrado mediante separación de bienes cada uno de los cónyuges conserva el derecho de propiedad exclusivo sobre sus bienes por lo que el apoderamiento efectuado por uno de ellos en relación con dichos bienes es constitutivo de robo.

SÉPTIMA:

Como es sabido la sociedad conyugal opera en algunos aspectos como una verdadera sociedad, por cuanto se refiere a los bienes, opinamos que si uno de los cónyuges se apodera y dispone de alguna cosa mueble el tratamiento que se debe seguir será el mismo que ya expresamos en esta tesis al afirmar que entre socios se puede dar el robo, consideramos que los cónyuges también pueden cometerlo, ya que

la cosa es de ambos y no completamente propia, con lo que se lesiona el patrimonio familiar.

OCTAVA:

En el caso de que se den todos los elementos del tipo incluyendo por supuesto el relativo al consentimiento no otorgado por el otro aunque dicho comportamiento si constituye robo reforzamos lo anterior con lo previsto en el artículo 399 bis del Código Penal que establece que el robo se perseguirá por querrela de parte ofendida cuando sea cometido por un cónyuge y, si en este caso la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.

NOVENA:

Finalmente consideramos que si puede presentarse el robo entre cónyuges toda vez que el lazo que los une deriva de su voluntad y lo legitima la ley, pero es más fuerte el lazo que tienen entre sí por afinidad y confianza y de más cuestiones morales y sentimentales porque así resulta más dañoso un atentado, sea cual fuera su naturaleza, entre ellos pues, en el fondo, existe una auténtica traición.

DÉCIMA:

La propuesta que hago para incluir el delito de robo entre cónyuges de manera particular en nuestro

código penal es la siguiente:

"Artículo 399 bis. El robo entre cónyuges es el apoderamiento de una cosa ajena mueble, por parte del cónyuge sin consentimiento y sin derecho del otro que también pueda disponer de ella para el caso de que estén casados bajo el régimen de sociedad conyugal y máxime, cuando exista separación de bienes y dependiendo del caso y de la mala fe del cónyuge culpable la sanción será de 18 a 36 años y multa que duplique el valor de lo robado".

Con lo antes expuesto se pretende que se de una mayor seguridad al patrimonio de los cónyuges a efecto de que el mismo no sea vulnerado, porque en lo adelante será el patrimonio que ayudará a la formación personal y profesional de los hijos.

BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal. 8ª edición. Editorial Temis. Colombia, 1988.

AMUCHASTEGUI REQUENA, Irma. Derecho Penal. 7ª edición. Editorial Harla. México, 1993.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano. 10ª edición. Editorial Porrúa. México, 1996.

CARRARÁ, Francesco. Tratado de Derecho Penal. 5ª edición. Editorial Bosch. España, 1980.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 25ª edición. Editorial Porrúa. México, 1988.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 13ª edición. Editorial Porrúa. México, 1996.

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. 2ª edición. Editorial Bosch. España, 1990.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano. 14ª edición. Editorial Porrúa. México, 1986.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. 7ª edición.
Editorial Porrúa. México, 1989.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 26ª
edición. Editorial Porrúa. México, 1993.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. 3ª edición.
Editorial Abeledo-Perrut. Argentina, 1990.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. 6ª
edición. Editorial Porrúa. México, 1986.

LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tratado de los Derechos
Reales. T. III. Vol. I. Editorial Edier. Argentina, 1995.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. 7ª edición.
Editorial Porrúa. México, 1993.

MARTÍNEZ DE CASTRO, José. Exposición de Motivos al Código
Penal de 1871. 3ª edición. Editorial Porrúa. México, 1960.

MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. 2ª edición.
Editorial Temis. Colombia, 1996.

ORELLANA WIARCO, Octavio. Teoría del Delito. 2ª edición.
Editorial Porrúa. México, 1996.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. 6ª edición. Editorial Porrúa. México, 1989.

PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 12ª edición. Editorial Porrúa. México, 1989.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo III. 12ª edición. Editorial Porrúa. México, 1995.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo III. 10ª edición. Editorial Porrúa. México, 1995.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 10ª edición. Editorial Porrúa. México, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2ª edición. Editorial Cárdenas Editores y Distribuidores. México, 1994.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA
TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.

OTRAS FUENTES

Semanario Judicial de la Federación. 8ª época T. III.
Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito.
Diciembre 1993.