



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN

"INTERPRETACION Y APLICACION DEL ARTICULO 171-BIS. FRACCION II, DEL CODIGO PENAL, PARA EL DISTRITO FEDERAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: JOSE JACOBO MENDIETA BARRERA



ASESOR: LIC. MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ

ACATLAN, EDO. DE MEXICO



2000

284972



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.

A MI HONORABLE JURADO:

LIC. MIGUEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ

LIC. JORGE GUILLERMO HUITRÓN MÁRQUEZ

LIC. AARÓN HERNÁNDEZ LÓPEZ

LIC. JOSÉ FELICIANO ESPINOZA NOLASCO

LIC. JUAN JOSÉ LÓPEZ TAPIA

En general a todos los maestros de la escuela, con el eterno agradecimiento y apoyo incondicional que me proporcionaron, en mi formación académica y ahora en la realización y aprobación de este trabajo profesional.

A MIS PADRES:

**JOSE LUIS MENDIETA VILLAFÑA Y,
APOLONIA BARRERA DE MENDIETA**

Quienes con su valioso e incalculable apoyo y comprensión, hicieron posible mi formación académica y profesional, inculcándome los valores de honradez, honestidad, responsabilidad y moralidad, que siempre tendré en cuenta en mi vida y profesión, de la cual les estaré eternamente agradecido, así como por dedicarme parte de su existencia, compartiendo momentos muy agradables, de los que guardo gratos recuerdos, por lo que a cambio de todo lo anterior, espero darles esta satisfacción, en este momento tan esperado por todos y proporcionarles una grande alegría en sus corazones y una grata emoción como premio a sus enormes esfuerzos. Gracias por todo y los quiero mucho.

**A LA MEMORIA DE MI MAMÁ
MARGARITA VILLAFANA RODRIGUEZ**

A quien no me fue posible darle esta satisfacción en vida, de verme realizado profesionalmente, pero esperando que desde el cielo, me esté viendo con la misma alegría, como si élla estuviese presente y que goce de este momento que se ha cristalizado.

A MI TÍO

LIC. JAIME MENDIETA VILLAFANA

A quien no tengo palabras cómo agradecerle, todo el apoyo que me ha brindado, así como sus consejos, que me han sabido guiar, desde que tengo uso de razón y aún en mi vida profesional, y del que nunca espero separarme, porque para mí ha sido más que un tío, un segundo padre, que de igual manera he de apoyar en todo lo que esté a mi alcance y de la misma manera a mi primo **EDGAR BENJAMÍN MENDIETA ZACARÍAS**, por su tiempo y colaboración incondicional a la realización de uno de mis objetivos.

CON CARÍÑO A MIS HERMANOS:

LETICIA MENDIETA BARRERA

FRANCISCO MENDIETA BARRERA

JOSÉ LUIS MENDIETA BARRERA

Como un aliciente y motivación, esperando que continúen en la misma tesitura y con un mayor éxito en sus actividades profesionales.

CON CARÍÑO A MIS SOBRINOS:

LUIS EDUARDO MENDIETA B.

ELOY ULISES MENDIETA B.

GUILLERMO MENDIETA B.

A MI ESPOSA:

SONIA GOMEZ DE MENDIETA

Quien llegó en la última etapa de mi formación profesional, agradeciéndole el amor, cariño, estimación y apoyo que siempre me ha brindado y considero que también forma parte de esta satisfacción y anhelo que me he forjado, por lo que también le estoy agradecido.

**“INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 171- BIS. FRACCIÓN II,
DEL CÓDIGO PENAL, PARA EL DISTRITO FEDERAL”**

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL COMERCIO

A).- Orígenes del comercio.....	2
B).- El comercio en México.....	3
C).- Ciencia que estudia el comercio.....	6
D).- Concepto de acto de comercio.....	8
E).- Enumeración y clasificación de los actos de comercio.....	10
F).- Sujetos del comercio.....	11
G).- Deberes y derechos de los comerciantes.....	14
H).- Comercio informal.....	16

CAPITULO II

TEORIA DEL DELITO

A).- El delito.....	20
B).- Aspectos positivos y negativos.....	24
C).- Clasificación de los delitos.....	29
D).- Conducta y su ausencia.....	34
E).- Omisión simple, comisión por omisión impropia, nexo causal en la omisión.....	37
F).- Tipicidad y ausencia de tipo.....	40
G).- Antijuridicidad y ausencia.....	43
H).- Causas de justificación (de exclusión del delito).....	44
I).- Imputabilidad e inimputabilidad.....	46
J).- Culpabilidad y sus formas.....	47

K).- Inculpabilidad.....	49
L).- Condicionalidad objetiva y falta de la misma.....	50
M).- La punibilidad y causas absolutorias (causas de exclusión del delito).....	51

**CAPITULO III
AUTORIDAD Y VIA PUBLICA**

A).- Concepto de autoridad.....	58
B).- Servicios públicos.....	60
C).- Marco constitucional.....	63
D).- Vías de comunicación.....	66
E).- Atribuciones del Estado.....	68
F).- Competencia Estatal.....	70

CAPITULO IV

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO MENCIONADO EN EL ARTÍCULO 171-BIS. FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL, PARA EL DISTRITO FEDERAL.

A).- La denominación "delitos en materia de vías de comunicación y correspondencia".....	74
B).- Quién es el sujeto activo de este delito.....	75
C).- Problemática que se presenta en la interpretación y aplicación, a la luz del delito.	79
D).- En relación con el delito de utilización indebida de la vía pública, ¿A quién corresponde denunciar los hechos?	83
CONCLUSIONES.....	87

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto, no simplemente el cumplir con un requisito académico, sino el aportar a la ciencia jurídica, una reforma al Código Penal, para el Distrito Federal, en su **fracción II, del artículo 171-Bis.**, toda vez que presenta una dificultad muy grande, tanto para el Representante Social, como para el Juez de lo penal, para integrar el cuerpo del delito, como la probable responsabilidad, en la integración del delito, que se señala, ya que el tipo de referencia, es bastante oscuro, lo que va en detrimento de la administración de justicia.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL COMERCIO

- A).- Orígenes del comercio
- B).- El comercio en México
- C).- Ciencia que estudia el comercio
- D).- Concepto de acto de comercio
- E).- Enumeración y clasificación de los actos de comercio
- F).- Sujetos del comercio
- G).- Deberes y derechos de los comerciantes
- H).- Comercio informal

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL COMERCIO

A).- Origenes del comercio

Cuando cada grupo satisface totalmente sus necesidades, surge el trueque, del cual no se puede calificar de mercantil, pero tiene como necesaria consecuencia el comercio.

El trueque supone que cada unidad económica produce en exceso determinados satisfactores, y carece de otros que son producidos por distintas células económicas, es porque ya se ha manifestado la división de trabajo; y como consecuencia de esto, es que la tarea de realizar cambios entre las distintas unidades económicas la asuma, de manera especializada, una persona, o un grupo determinado de personas, cuya actividad económica consista, en efectuar trueques, no con el propósito de consumir los objetos adquiridos, sino con el de destinarlos a nuevos trueques, que llevarán el satisfactor de quien lo produce a quien lo ha menester para su consumo, es así como, expresa el maestro **ROBERTO L. MANTILLA MOLINA**: "Surge así el comercio, el cambio para el cambio; y junto a la figura del labrador, del herrero, del carpintero, etc., aparece la del comerciante, el hombre que se dedica a interponerse, para facilitarlos, en el cambio de satisfactores." (1)

(1) MANTILLA MOLINA ROBERTO L. Derecho Mercantil.- Editorial Porrúa.-1998.
Pág. 3.

B).- EL COMERCIO EN MÉXICO

En la nueva España, en el año de 1581, los mercaderes de la Ciudad de México constituyeron su Universidad, que fue autorizada por Real Cédula de Felipe II, fechada en 1592 y confirmada por diversa de 1594.

Posteriormente se crean "Las Ordenanzas del Consulado de la Universidad de Mercaderes de la Nueva España", que fueron aprobadas por Felipe III, en el año de 1604; por medio de su Prior y Cónsules, ejercía funciones jurisdiccionales, al resolver las controversias relativas al comercio. Así mismo tenía el Consulado funciones administrativas, para la protección y fomento del comercio, y en ejercicio de ellas llevó a término empresas de utilidad social (canales, carreteras, edificios) y sostuvo un regimiento, la designación de cuyos jefes y oficiales era atribución del propio consulado. Para cubrir sus gastos, la Corona le había concedido la percepción del impuesto llamado "avería", que gravaba todas las mercancías introducidas en la nueva España.

El Virrey, Conde de Revillagigedo, había propuesto la suspensión de los consulados o su multiplicación, por considerar que el número reducido que de ellos había, entorpecía y no facilitaba la resolución de los litigios entre comerciantes.

El Derecho Mercantil en el México independiente, una vez consumada la Independencia, no trajo consigo la abrogación del derecho privado español, por lo que continuaron en vigor las Ordenanzas. Sin embargo, por decreto de 16 de Octubre de 1824, se suprimieron los Consulados y se dispuso que los juicios mercantiles, se fallaran por el juez común, asistido de 2 colegas comerciantes.

El código español de Sainz de Andino. Las Ordenanzas sobre todo las del Bilbao, resultaban anticuadas y deficientes, por lo que comerciantes y juristas sentían la necesidad de un Código de Comercio. En España se satisfizo tal necesidad mediante la expedición del que redactó don Pedro Sainz de Andino, y que fue promulgado por Fernando VII en el año de 1829.

Leyes mercantiles mexicanas. El 7 de mayo de 1832, se dio una ley sobre Derechos de Propiedad de los Inventores de perfeccionadores de algún Ramo de la Industria.

Por decreto de 15 de noviembre de 1841, que fue reformado el 1° de julio del siguiente año, se organizaron tribunales especiales para conocer de las causas mercantiles y se proveyó también a la creación de Juntas de Fomento, para velar por los intereses del Comercio.

En 1842, se dictó un Reglamento de Corredores, que vino a ser derogado por el de 13 de julio de 1854, cuyo arancel consideraba aún aplicable Jacinto Pallares, al escribir su Derecho Mercantil Mexicano, en el año de 1891.

En Diciembre de 1843, se promulgó un decreto que derogaba algunos artículos de las Ordenanzas de Bilbao, y daba normas sobre los libros que ha de llevar todo comerciante y el balance que ha de formular.

Mayor importancia tiene la Ley sobre bancarrota, del 31 de mayo de 1853, que regula de manera completa y sistemática la materia respectiva, sobre la cual ya en el año de 1843 se había dictado una disposición que recomendaba el cumplimiento de una Real Cédula, que daba intervención en los concursos al fiscal.

El Código Lares, aún cuando desde el año de 1822, se había considerado necesario elaborar el Código de Comercio, y se nombro al efecto,

por decreto de 22 de enero de dicho año, una comisión encargada de redactarlo, tal obra no pudo ser realizada sino en el año de 1854, en el que debido al jurisconsulto don Teodosio Lares, encargado por Santa Anna del Ministerio de Justicia, se promulgó, con fecha 16 de mayo, el primer Código de Comercio mexicano.

El Código de referencia consta de 1091 artículos, regula de manera sistemática, inspirado en buenos modelos europeos, la materia mercantil, es indudablemente, superior a las viejas Ordenanzas de Bilbao.

La vigencia de este Código fue efímero, pues terminó al triunfar la Revolución de Ayutla.

El Derecho Mercantil, adquiere en México carácter federal. La facultad de legislar en materia de Comercio, se confirió al Congreso Federal, a consecuencia de la reforma que se hizo, por ley de 14 de diciembre de 1883, a la fracción X del artículo 72 de la Constitución.

El vigente Código de Comercio, en el año de 1889, se promulgó en la República Mexicana, un nuevo Código de Comercio, que entró en vigor el 1° de enero de 1890. (2)

(2).- Idem. Pág. 10 y sigs.

C).- CIENCIA QUE ESTUDIA EL COMERCIO.

No se puede definir el derecho mercantil, con escueta alusión al comercio, ya que existen relaciones reguladas por él que no quedan incluidas en la extensión del concepto económico ni en la del concepto de comercio, como es el caso de las empresas industriales, los títulosvalor emitidos como consecuencia de un negocio civil y por otra parte, habitualmente no se incluyen en el derecho mercantil todas las normas referentes al comercio.

Tampoco es posible obtener del derecho positivo, los datos necesarios para elaborar un concepto jurídico de comercio, y por ello, para delimitar el derecho positivo comercial, se habrá de implicar la falta de concordancia señalada y el carácter puramente formal de la delimitación, por lo que el autor **ROBERTO L. MANTILLA MOLINA**, define al derecho mercantil estableciendo que: "es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos". (3)

BARRERA GRAF, considera que es: "aquella rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas la actividad del comerciante, individual y colectivo, y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles". (4)

En el derecho mercantil no se incluyen todas las normas referentes al comercio, no se consideran que forman parte de él:

(3) ROBERTO L. MANTILLA MOLINA. Derecho Mercantil, 1998. Editorial Porrúa. Pág. 23

(4) Op. Cit. Pág. 24

a) Las normas que regulan las relaciones entre el comerciante y sus trabajadores, ya que pertenecen al derecho laboral.

b) Las leyes que regulan la actividad del Estado encaminada a fomentar, vigilar, proteger y encausar el comercio y la industria, y que forman parte del derecho administrativo.

c) Las disposiciones que gravan con impuestos al comercio, se incluyen en el derecho fiscal.

d) Las sanciones a los delitos cometidos por los comerciantes o con motivo de actos de comercio, quedan comprendidos en el derecho penal.

El derecho civil y el mercantil forman lo que tradicionalmente se ha venido llamando derecho privado. El derecho comercial constituye, un sistema completo de normas, susceptibles de ampliación analógica, lo cual no sería posible si tuviera el carácter de excepcionales.

El derecho mercantil debe ser considerado como un derecho especial, que tiene un campo de aplicación que determina el propio sistema mediante las correspondientes normas delimitadoras. La cuestión de si las leyes mercantiles son o no privativas, prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, carece de importancia práctica desde el momento en que el propio legislador constituyente, al dar facultad al Congreso de la Unión para dictar leyes en materia de comercio, artículo 73, fracción X, consagró la constitucionalidad de la legislación mercantil.

Doctrinariamente la solución es correcta, sin que signifique una excepción introducida por la propia ley constitucional, puesto que la ley privativa es aquella cuyas disposiciones se aplican sólo a personas determinadas individualmente.

D).- CONCEPTO DE ACTO DE COMERCIO.

Se ha considerado el acto de comercio como la llave del servicio mercantil, pues a más de que su celebración determina la aplicabilidad de esta misma rama del derecho, la figura misma del comerciante no existe, según la opinión dominante, sino en función del acto de comercio.

Conforme al artículo 1º del Código de Comercio vigente, comienza con la solemne declaración de que sus disposiciones "son aplicables sólo a los actos de comercio", sin embargo, pocas líneas más adelante en su artículo 3º, se contradice, iniciando una serie de artículos sobre el comerciante y sus obligaciones, con lo cual se pone en evidencia la palmaria verdad de que el Código no es aplicable "sólo a los actos de comercio".

Aún cuando todos los legisladores, han desistido del propósito de dar una definición del acto de comercio, probablemente por reputarla imposible, muchos ambiciosos mercantilistas se han propuesto reducir a unidad la variada congerie de los declarados por las leyes de los actos de comercio, y han creído encontrar un concepto al cual reducir todos.

Para el maestro **VAZQUEZ ARMINIO** lo define como "en un sentido jurídico debe entenderse, según se desprende de las fracciones I y II del artículo 75 del Código de Comercio las actividades de intermediación entre productores y consumidores, realizadas con el ánimo de lucro". (5)

(5) VAZQUEZ ARMINIO FERNANDO. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. Pág. 35. 1998.

Para el jurista FELIPE DE J. TENA, lo define como "es todo contrato por el cual se adquiere a título oneroso un bien de cualquiera especie con la intención de lucrar mediante su transmisión así como el contrato también oneroso, a cuya virtud esa transmisión se verifica". (6)

(6) TENA DE J. FELIPE. Derecho Mercantil Mexicano. Editorial Porrúa. Pág. 22. 1998.

E).- ENUMERACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE COMERCIO.

La enumeración y clasificación de los actos de comercio, se encuentra principalmente en el artículo 75 del Código de Comercio.

Para estudiar los actos de comercio, conviene plantear una clasificación que sirva de guía.

Hay actos esencialmente civiles, que no son regidos por el Derecho Mercantil y que se reducen a los relativos del derecho de familia y sucesorio.

También actos absolutamente mercantiles, es decir, que siempre y necesariamente están regidos por el derecho mercantil. En ellos encontramos una primera clase de actos de comercio.

Pero también hay actos que no son esencialmente civiles ni mercantiles, sino que pueden revestir uno u otro carácter, según las circunstancias en que se realicen, y de las cuales dependerá que sean regidos por el derecho civil o el derecho mercantil; si este último es aplicable tendremos una segunda clase de actos de comercio que se denominan actos de mercantilidad condicionada.

Los actos absolutamente mercantiles, conforme al derecho mexicano son siempre comerciales, y por lo tanto, quedan incluidos en la categoría: el reporto, el descuento de créditos de libros, la apertura de crédito, la cuenta corriente, la carta de crédito, el avío o crédito de habitación, el crédito refaccionario, el fideicomiso, el contrato de seguro, los actos consignados en títulos de crédito y el acto constitutivo de una sociedad mercantil.

F).- SUJETOS DEL COMERCIO

Sujetos de Derecho Mercantil, lo son tanto quienes realizan accidentalmente actos de comercio, (art.4°) como los comerciantes (art.3°).

Capacidad de ejercicio, toda persona que tiene capacidad de ejercicio de Derecho Civil, la tiene también para realizar por sí misma actos de comercio. Sin embargo algunos de estos actos no pueden celebrarse válidamente sino por personas que reúnan determinados requisitos, verbigracia, solo las sociedades anónimas pueden emitir los títulos valor llamados obligaciones.

Pero en todo caso en que no exista una disposición legal expresa en contrario, los actos de comercio pueden ser celebrados por cualquier persona física no incapacitada civilmente, sin que esto signifique que no puedan hacerlo por medio de representantes.

Ahora bien, los comerciantes individuales, de acuerdo a la letra de la fracción I del artículo 3° del Código de Comercio. Se podría pretender deducir que sólo las personas que tienen capacidad legal para ejercer el comercio pueden ser comerciantes. Pero esta sería una afirmación errónea, como la de que sólo las personas que tienen capacidad legal para realizar actos jurídicos pueden ser propietarios. En una y otra proposición se confundiría la capacidad de ejercicio con la capacidad de goce. Y es que efectivamente debe distinguirse entre capacidad para ser comerciante y capacidad para actuar como comerciante.

La capacidad para ser comerciante, la tiene, como regla general, cualquier persona, sin que a ella obsten las incompatibilidades y prohibiciones que la ley establece tomando en consideración la persona misma del presunto comerciante, ni las restricciones que las leyes especiales imponen para

determinados ramos de la actividad mercantil (banca, explotación de sustancias del subsuelo, explotaciones forestales, fianzas de empresa, industria eléctrica, pesquería, seguros, transportes).

En cuanto a la capacidad para ejercer el comercio, es preciso distinguir la situación del mayor de edad que no ha sido declarado en estado de interdicción, que la tiene plena (artículo 5°), y la situación de los incapacitados y de los emancipados.

Incapacitados.- Los menores de edad no emancipados, los locos, idiotas, e imbéciles, los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los afectos a drogas y enervantes, no pueden realizar válidamente actos jurídicos (artículos 450 y 635 del Código Civil), y por lo tanto no pueden ejercer el comercio por sí mismos.

Sin embargo, los incapacitados serán comerciantes si, por medio de sus representantes legales, explotan una negociación mercantil.

Emancipación.- Hasta enero de 1970, el Código de Comercio contenía disposiciones que permitían al emancipado mayor de 18 años ejercer por sí mismo el comercio. El 27 de enero del propio año, se publicó un decreto del Congreso Federal que deroga los artículos 6° y 7° del Código de Comercio, así como la fracción VIII del artículo 21, de manera que, en la actualidad, los emancipados no pueden ejercer el comercio, para lo cual se requiere, conforme al artículo 5°, de propio ordenamiento, ser hábil para contratar y obligarse conforme a las leyes comunes.

Adquisición del carácter de comerciante, el individuo que tiene la capacidad requerida, adquiere la calidad de comerciante, cuando hace del comercio su ocupación ordinaria, de acuerdo a la fracción I del artículo 3° del Código de Comercio.

La doctrina ha considerado que la expresión "hacer del comercio su ocupación ordinaria", equivale a esta otra: "ejercicio efectivo de actos de comercio, haciendo de ellos su ocupación ordinaria".

Por ocupación ordinaria debe entenderse, ocuparse en el comercio, de manera accesoria, con tal que sea ordinaria; basta dedicar a especular mercantilmente una parte, cualquiera que sea, del patrimonio, para que se cumpla el requisito de la ocupación ordinaria en el comercio; es suficiente la reiteración de actos mercantiles, aptos para conferir la calidad de comerciante.

G) DEBERES Y DERECHOS DE LOS COMERCIANTES.

La profesión mercantil, por sí misma, impone a quienes la ejercen algunos deberes jurídicos y, eventualmente les confiere derechos, o por lo menos, es tomada en consideración por las normas jurídicas, para atribuirles una posición más ventajosa de la que les correspondería de no tener el carácter de comerciante.

Los deberes profesionales del comerciante son:

- a) Anunciar su calidad mercantil;
- b) Inscribir en el Registro de Comercio determinados documentos;
- c) Llevar libros de contabilidad; y
- d) Conservar su correspondencia.

Además de estos deberes, que resultan del artículo 16 del Código de Comercio, los comerciantes deben inscribirse en la Cámara de Comercio e Industria que corresponda (artículo 5º de la ley de la materia).

El comerciante puede obtener la declaración judicial de suspensión de pagos, que le permiten continuar administrando sus negocios, bajo la vigilancia de un síndico, sin que durante el procedimiento respectivo pueda exigírsele coactivamente el pago de sus deudas, aunque estén vencidas.

Como resultado de la suspensión de pagos, puede obtener una quita o espera de sus deudas, o ambas combinadas, por convenio de la mayoría de sus acreedores, el cuál tendrá fuerza respecto de todos ellos, aún los disconformes.

Si la agremiación en la Cámara de Comercio ha sido contemplada como un deber, también es, indiscutiblemente, un derecho del comerciante. Se acentúa más éste carácter si se atiende a la posibilidad de que integre los órganos de dichas cámaras. **(7)**

(7) Op. Cit. Pág. 57

H).- COMERCIO INFORMAL

La finalidad específica del artículo 65, fracciones III y IV, del Reglamento de Mercados para el Distrito Federal, que regula la instalación de puestos fijos y semifijos, permanentes o temporales, consistente en titular el derecho que le asiste a la colectividad para usar y disfrutar de un bien que es de uso común, lo cual no es atentatorio de la libertad de trabajo que instituye el artículo 5° de la Constitución Federal, porque no se le impide "que se dedique a la profesión, industria y comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos", sino que lo único que se le prohíbe es que ocupe en forma exclusiva determinada área en una vía pública; lo cual es substancialmente distinto a la libertad de trabajo. Admitir lo contrario, es decir, que la libertad de trabajo lleve implícito el derecho de ocupar los bienes de uso común para ejercerla, ciertamente resultaría caótico, pues de acuerdo con ese criterio, cualquier particular podría posesionarse de las calles para su uso exclusivo, lo cual, además de modificar el destino de los bienes, lesionaría los derechos de la colectividad al restringir o, inclusive, impedir el uso de ellos por los demás integrantes de la sociedad.

CAPITULO II

TEORIA DEL DELITO

- A).- El delito
- B).- Aspectos positivos y negativos
- C).- Clasificación de los delitos
- D).- Conducta y su ausencia
- E).- Omisión simple, comisión por omisión impropia, nexo causal en la omisión
- F).- Tipicidad y ausencia de tipo
- G).- Antijuridicidad y ausencia
- H).- Causas de justificación
- I).- Imputabilidad e inimputabilidad
- J).- Culpabilidad y sus formas
- K).- Culpa e inculpabilidad
- L).- Condicionalidad objetiva y falta de la misma
- M).- La punibilidad y causas absolutorias

La teoría del delito, comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse, en tal virtud, debe de enfocarse hacia estos problemas: existencia del delito, su inexistencia y aparición.

Para **HANS-HEINRICH JESCHECK**, la teoría del delito "no estudia los elementos de cada uno de los tipos de cada delito, sino aquellos componentes del concepto de delito que son comunes a todo hecho punible". **(8)**

La teoría del delito, estudia aquellos componentes del concepto de delito, que son comunes a todo hecho punible.

El estudio de los delitos en especial, deben efectuarse, aplicándose la teoría del delito, a cada delito en particular, ya que de otra manera, no sería posible conocer la figura delictiva en toda su integridad, como elemental exigencia dogmática.

Los aspectos que abarca la teoría del delito son dos:

El primero, comprende: a), elementos del delito (existencia), y b), aspecto negativo (inexistencia).

El segundo, abarca las formas de manifestación del delito (aparición).

(8) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. Pág. 195. 1998.

La doctrina para conocer la composición del delito, a recurrido principalmente a dos concepciones:

a).- La totalizadora o unitaria y,

b).- La analítica o atomizadora.

Los unitarios consideran al delito, como un todo orgánico; una especie de "bloque monolítico", el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es fraccionable y su realidad no esta en cada uno de los componentes, sino en todo y en su intrínseca unidad.

La analítica, estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos, pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito, de aqui que esta concepción es la aceptada.

A.- EL DELITO.

Es importante tratar la definición de lo que es el delito, y así tenemos que deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Es difícil producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, ya que el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han constituido en delito, lo han perdido y acciones no delictuosas, han pasado a ser delitos; pero en términos generales, la definición más aceptada del delito, se genera en la Escuela Clásica, siendo su principal exponente **FRANCISCO CARRARA**, citado por **FERNANDO CASTELLANOS**, quien lo define como: "la infracción a la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (9)

Para varios autores, la verdadera noción formal del delito lo suministra la ley positiva, mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues el delito se caracteriza por su sanción penal.

Para **EDMUNDO MEZGER**, el delito es una acción punible; esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena.

El artículo 7º del Código Penal establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", no siempre puede hablarse de la pena como medio eficaz de caracterización del delito.

(9) CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 1998. Pág.125.

MEZGER, elabora una definición-jurídico sustancial, y dice que: "el delito es la acción típica, antijurídica y culpable".

Para **CUELLO CALÓN**, es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.

JIMÉNES DE ASÚA, es el acto típicamente antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal; al igual, que el alemán **ERNESTO BELING**, pero sin hacer referencia a la imputabilidad.

Para **CASTELLANOS TENA**, los elementos del delito son: Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad y la Culpabilidad.

La imputabilidad, es un presupuesto de la culpabilidad.

La punibilidad, merecimiento de una pena, no adquiere el rango de elemento esencial del delito, porque la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento. No es lo mismo la punibilidad, que la pena, aquella es ingrediente de la norma en razón de la calidad de la conducta, amerita la imposición de la pena; ésta en cambio, es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico; es la reacción del poder público frente al delito. Una actividad u omisión humana es sancionada cuando se le califica como delito, pero no es delictuosa porque se le sancione penalmente.

CELESTINO PORTE PETIT, le niega a la punibilidad, el rango de elemento del delito, ya que la ley exige una condición objetiva de punibilidad, su ausencia suspende la posibilidad de punición, lo cual sirve para confirmar que la punibilidad no es elemento, sino consecuencia del ilícito penal.

Para **PAVÓN VASCONCELOS**, si se acepta, que la norma se integra mediante el precepto y la sanción, la punibilidad es el elemento o condición esencial del delito; de otra manera, la norma sin sanción deja de ser coercitiva y se transforma en precepto declarativo sin eficacia alguna.

Para **FERNANDO CASTELLANOS TENA**, desde el punto de vista formal y de acuerdo a nuestro sistema positivo, generalmente una conducta es delictuosa cuando esta sancionada por la leyes penales; por otra parte el propio ordenamiento establece delitos no punibles, tratándose de las llamadas excusas absolutorias, en las cuales, la calificación delictuosa permanece y la pena no se aplica; por ende, la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento del mismo.

Condiciones objetivas de punibilidad, tampoco constituyen elementos esenciales del delito; sólo por excepción son exigidos por el legislador como condiciones para la imposición de la pena.

Para **FERNANDO CASTELLANOS**, los elementos esenciales del delito son: **conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad**, aunque ésta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario.

El delito en el derecho positivo mexicano, está definido en el artículo 7º del código Penal para el Distrito Federal, en su primer párrafo: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", al estar sancionando un acto con una pena no conviene a lo definido, ya que hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por esto pierden su carácter delictuoso, las infracciones administrativas, disciplinarias o faltas, las cuales se hayan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delito. Decir que: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", sugiere de inmediato la cuestión de saber por qué lo sancionan o cuál es la naturaleza de este acto, para merecer los castigos o las sanciones penales.

B.- ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

1.- Aspectos positivos del delito

CARRANCÁ Y TRUJILLO, y JIMÉNEZ HUERTA, han hecho un estudio a este respecto y expresa el **primero**, los caracteres constitutivos del delito, según el Código Penal son: tratarse de un acto u omisión, es decir, de una acción de una conducta humana; y estar sancionados por las leyes penales; el **segundo** expone; el artículo 7° del Código Penal de 1931, expresa que, “**El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales**”; pero el concepto no queda integrado únicamente con estas palabras, de ser así, sería también innecesario el elemento de la **culpabilidad**, pues el mismo no se menciona en dicho artículo. Sin embargo, en la definición del precepto de referencia, háyase incito dicho elemento, por ser uno de los conceptuales del delito. Idénticamente acontece en orden a la **antijuridicidad**, del acto u omisión, que sancionan las leyes penales.

El carácter antijurídico del acto u omisión, esta también incito en la fórmula sintética de la ley, por ser igualmente un elemento conceptual de la infracción. Cuando la acción u omisión enjuiciada, no sea, en el caso concreto antijurídica, bien por disposición expresa de la ley, por especiales consideraciones que impiden que el acto pueda ser valorado, de contrario al derecho, no es posible hablar de la existencia de un delito, pues falta uno de los elementos integradores de su contenido conceptual. Las formas de expresión de la ley, no agota la idea conceptual del delito.

El Doctor **CELESTINO PORTE PETIT**, se pregunta ¿cuáles son los elementos del delito que se obtienen dogmáticamente?.

A primera vista, se diría que el concepto de delito, corresponde a una concepción bitómica o dicotómica de acuerdo con el artículo 7° del Código

Penal: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", o sea, que el delito es una conducta punible.

Relacionando este precepto con el propio ordenamiento, se descubre una conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, a veces alguna condición objetiva de punibilidad y la punibilidad.

La **conducta o hecho** se obtiene del artículo 7° del Código Penal y del núcleo correspondiente de cada tipo penal. La **tipicidad**, es la adecuación al **tipo** respectivo, o sea, que tan pronto se realiza una conducta o un hecho, y además se llena algún otro u otros elementos típicos exigidos, hay **tipicidad**; **antijuridicidad**, en cuanto que, habiendo **tipicidad** no esté el sujeto, amparado por una causa de exclusión de licitud, de las que recoge al **artículo 15**, en sus diversas fracciones. Habrá **imputabilidad** al no concurrir la "**excepción regla**" contenida en la fracción **VII del citado artículo 15**. Habrá **culpabilidad**, cuando exista reprochabilidad y por último, la **punibilidad**, se desprende del artículo 7° del Código Penal y del precepto correspondiente de la parte especial, que señale aquélla.

2.- Aspectos negativos del delito:

a).- Ausencia de **conducta**, si el artículo 7° del Código Penal, hace referencia al "acto u omisión", como necesarios para que el delito exista, es indudable que interpretándolo a contrario sensu, no habrá delito cuando falte la conducta por ausencia de voluntad.

El Código Penal, acertadamente en el artículo 15 fracción I, determina que es circunstancia de exclusión del delito, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente.

b).- Ausencia de tipicidad, es necesaria para la existencia del delito que haya tipicidad, consiguientemente, se estará frente al aspecto negativo de esta relación conceptual, cuando no haya adecuación a alguno de los tipos descritos por la ley.

c).- Causas de licitud en consideración al fundamento de las mismas, se encuentran previstas en el artículo 15 del Código Penal vigente, siendo las siguientes fracciones:

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

a).- Que el bien jurídico sea disponible;

b).- Que el titular o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, y

c).- Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento;

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia, o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

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

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

d).- **La inimputabilidad**, el código penal prevé la "inimputabilidad", es decir, "incapacidad de culpabilidad" en la fracción VII del artículo 15 del ordenamiento penal.

e).- **Inculpabilidad**, el Código Penal, en su artículo 15 fracción VIII, establece que: "Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible":

a).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

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

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

f).- Ausencia de Condiciones Objetivas de Punibilidad.- Este aspecto negativo, se obtendrá a contrario sensu, de aquellos casos en que la ley penal, exija alguna condición objetiva de punibilidad.

g).- Excusas absolutorias, en éstas, aún cuando concurre una conducta, típica, antijurídica, imputable, culpable, no son punibles por razones de política criminal, señalándose como ejemplos los artículos 138 del Código Penal Federal y 375 del Código Penal para el Distrito Federal.

C.- CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.

1.- **En función de su gravedad**, se han hecho diversas clasificaciones, crímenes, delitos y faltas, en México carecen de importancia estas distinciones, porque los códigos penales sólo se ocupan de los delitos en general.

2.- **Según la forma de la conducta del agente**, pueden ser de acción y de omisión; los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos viola una ley prohibitiva. En los delitos de omisión, suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados de omisión impropia.

Los de simple omisión, o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma: tal es el caso previsto por el artículo 400 fracción IV del Código Penal, que impone a todos la obligación positiva de auxiliar a las autoridades para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.

Los de comisión por omisión o impropios delitos de omisión, son aquellos en que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material, por ejemplo, la madre que, con el deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no lo amamanta, produciéndose el resultado letal. La madre no ejecuta acto alguno, antes bien deja de realizar lo debido.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras que en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica, se produce un resultado material. En el primero se viola una ley dispositiva; en los segundos, se infringen una disposición y una prohibitiva.

3.- Por el resultado, se clasifican en formales o de simple actividad o de acción y materiales o de resultado. Los primeros son aquellos en los que se agota el tipo penal, en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesarios para su integración que se produzca un resultado externo, verbigracia, el falso testimonio, portación de arma prohibida, y una posesión ilícita de enervantes.

Los materiales, son aquellos en los cuales, para su integración, se requiere la producción de un resultado objetivo o material, por ejemplo el homicidio, robo, etc..

4.- Por el daño que causan, se clasifican de lesión y de peligro. Los primeros consumados causan daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como el homicidio, fraude, etc.; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los pone en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causar un daño.

5.- Por su duración, se dividen en: Instantáneo, permanente o continuo y continuado.

El Código Penal en su artículo 7º, hace alusión y define a las tres especies de delitos que se han indicado, en sus tres fracciones correspondientes y así tenemos: el **instantáneo**: "cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos"; **Permanente o continuo**: "cuando la consumación se prolonga en el tiempo y **Continuado**: "cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal".

6.- Por el elemento interno o culpabilidad, se clasifican en **dolosos y culposos**, de acuerdo con el artículo 8º del Código Penal.

Es **doloso**, cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico, como en el robo, en donde el sujeto decide apoderarse y se apodera, sin derecho del bien mueble ajeno. En la **culpa** no se quiere el resultado penalmente tipificado, más surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común.

7.- Delitos simples y complejos, en función de su estructura o composición: los simples son aquellos, en los cuales la figura jurídica es única, como el homicidio. Los complejos son aquellos en los cuales, la figura jurídica consta, de una unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad, a las que la componen, tomadas aisladamente, sin confundirlo con el concurso de delitos. En el delito complejo la misma ley, en un tipo, crea el compuesto como delito único, pero en el tipo intervienen dos a más delitos que pueden figurar por separado; en cambio, en el concurso, las infracciones no existen como una sola sino separadamente, pero es un mismo sujeto quien los ejecuta. El delito de robo reviste las dos formas, simple y complejo, artículo 381 bis del Código Penal.

8.- Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, por el número de actos integrantes de la acción típica; los primeros se forman por un sólo acto, mientras los segundos constan de varios actos, ejemplo, el homicidio, del segundo, ejercicio ilegal de la medicina y el contemplado por la fracción II del artículo 403 del Código Penal: "Se impondrán... a quienes voten más de una vez en una misma elección".

9.- Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, se atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo. El peculado, es unisubjetivo, por ser suficiente, para colmar el tipo, la

actuación de un sólo sujeto que tenga el carácter de encargado de un servicio público y sólo él concurre con su conducta a conformar la descripción de la ley, más es posible su realización por dos o más; también son unisubjetivos, el homicidio, robo, la violación, etc.. El adulterio, la asociación delictuosa, en donde se exige típicamente el concurso de tres o más individuos, son ejemplo de los llamados delitos plurisubjetivos.

10.- Por la forma de su persecución, como una reminiscencia del periodo de la venganza privada, existe en las legislaciones, un grupo de delitos que, sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes.

Estos delitos son llamados privados o de querella necesaria, cuya persecución únicamente es posible, si se llena el requisito previo de la querella, de la parte ofendida; más una vez formulada la querella, la autoridad esta obligada a perseguir.

Los delitos perseguibles, previa denuncia (perseguidos de oficio), son todos aquellos, en los que la autoridad esta obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos, consecuentemente, en los delitos perseguibles por denuncia no surte efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa de los de querella necesaria, entre éstos, estupro, rapto, el abuso de confianza y otros delitos patrimoniales.

11.- Delitos comunes, federales, oficiales, militares, politicos, son en función de la materia:

Los delitos comunes, constituyen la regla general: son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales: las federales se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

Los oficiales, son los que cometen los empleados o funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones.

Los del orden militar, afectan la disciplina del ejercicio, la Constitución Federal, en su artículo 13, prohíbe a los tribunales militares, extender su jurisdicción, sobre personas ajenas al Instituto Armado.

Los políticos, generalmente se incluyen todos los hechos, que lesionan la organización del Estado en sí misma en sus órganos o representantes. El artículo 144 del Código Penal, considera los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos. Para el profesor **FERNANDO MARTÍNEZ INCLÁN**, lo que caracteriza al delito político, es el dolo específico, o sea el propósito, por parte del agente, de alterar la estructura o las funciones fundamentales del Estado.

12.- Clasificación legal, la que establece nuestro Código Penal.

D.- LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

El delito es ante todo una conducta humana; se han expresado diversas denominaciones para este elemento del delito, por ejemplo: para **LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA**, emplea la palabra "acto" en términos generales abarca el aspecto positivo "acción" y del negativo "omisión". Para **FERNANDO CASTELLANOS**, "conducta" donde se incluye tanto el hacer positivo como el negativo.

El maestro **PORTE PETIT**, se refiere a conducta y hecho, y dice que no es la conducta (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión), y otras, hecho, cuando la ley requiere además de la acción o de la omisión, la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta: de hecho, cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica; este se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por si misma lleva al tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad (o en los de simple omisión), carente de un resultado, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material. Para el maestro **FERNANDO CASTELLANOS**, no existe inconveniente en aceptar el empleo de ambos términos conducta y hecho. Únicamente existe el nexo causal en los ilícitos de resultado material; los de simple actividad o inactividad comportan sólo resultado jurídico.

La conducta, es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito. Desde luego sólo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal.

Para el Doctor **PORTE PETIT**, "todo delito es acción, pues únicamente una acción humana puede hoy tener por consecuencia una pena".
(10)

Las personas morales no son sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, independientemente de la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito: es sujeto pasivo pero no activo del delito.

El sujeto activo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma penal. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal.

La ausencia de conducta, como se ha visto, si falta alguno de los elementos del delito éste no se integra, en consecuencia, si la conducta ésta ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es pues, la ausencia de conducta, uno de los aspectos impositivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

(10) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. Pág. 229. 1998.

Con referencia al texto original de la fracción I del artículo 15 del Código Penal, no es indispensable la inclusión en la ley, de todas las formas de exclusión del delito por ausencia de conducta, pues cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, impediría la integración de este, con independencia en el que dijera o no el legislador expresamente en el capítulo de las causas de exclusión del delito.

E).- OMISIÓN SIMPLE, COMISIÓN POR OMISIÓN U OMISIÓN IMPROPIA, NEXO CAUSAL EN LA OMISIÓN.

La omisión es una de las formas de la conducta. El delito de omisión presenta dos clases:

- 1.- Propio delito de omisión, y
- 2.- Delito de omisión impropia o sea, el delito de comisión por omisión.

La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario, violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a "un tipo de mandamiento" o "imposición".

Los elementos de la omisión son:

- 1.- Voluntad o culpa.
- 2.- Inactividad o no hacer.
- 3.- Deber jurídico de actuar, y
- 4.- Resultado típico.

1.- LA VOLUNTAD O CULPA, es la omisión que consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir, es querer la inactividad, o realizarla culpablemente. En tal virtud, en la omisión, existe al igual que en la acción, un elemento psicológico: querer la inactividad o llevarla a cabo en forma culposa.

2.- INACTIVIDAD O NO HACER, estriba en una abstención o inactividad voluntaria o culpable, violando una norma preceptiva, imperativa; no se hace lo que debe hacerse.

3.- DEBER JURÍDICO DE OBRAR, se dice, que no debe ser incluido el deber jurídico de obrar, como elementos constitutivo de la omisión. El deber jurídico de obrar, consistente en una acción esperada y exigida en los delitos de omisión simple, debe estar contenida en una norma penal, estar tipificada, pues de otra manera su no realización, el no cumplimiento del deber, sería irrelevante penalmente.

4.- RESULTADO TÍPICO, en la omisión simple es únicamente, al existir un mutamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consuma el delito, al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.

Comisión por omisión, existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un hacer voluntario o no voluntario, violando una norma preceptiva y una prohibitiva.

Los elementos del delito de comisión por omisión, son: los que ya se mencionaron en el numeral cuarto aludido.

EL NEXO CAUSAL EN LA OMISIÓN.

En el siglo XIX, dice V. LISZT, comienza la controversia sobre la causalidad en la omisión, una de las más infructuosas que ha sostenido la *ciencia penal*, pues unos niega la relación causal y otros la aceptan, y en términos generales se acepta la teoría que sostiene, que la relación causal debe hallarse en la omisión misma, lo que significa, que el sujeto esta obligado a realizar una conducta (acción), o sea, que la acción esperada es además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción, el resultado no se produce, indudablemente existe un *nexo causal entre la omisión y el resultado acaecido*.

El problema de la casualidad en la acción, es opuesto al de la omisión, pues en la casualidad en la acción, si suprimimos una de las condiciones, el resultado no se produce, en tanto que en la casualidad en la omisión, si suprimimos la acción esperada y exigida, el resultado se produce.

Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada **VIS absoluta**, o fuerza física exterior irresistible a que se refiere la fracción I del artículo 15 del Código Penal.

En el fondo de esta eximente en vano se ha querido encontrar una causa de inimputabilidad; cuando el sujeto se halla compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable, si posee salud y desarrollo mentales para comportarse en el Derecho Penal como persona capaz.

F).- LA TIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPO.

El tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula **nullum crimen sine tipo**. El contenido del tipo puede ser meramente o material y normativo, conjuntamente material, normativo y subjetivo, o bien, material y subjetivo. De tal manera, que el concepto que se dé al tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hechos descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción material, contienen además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

La tipicidad en el encuadramiento de una conducta estimada como delito, ya sea positiva o negativa, es la descripción hecha por la ley. La conciencia del comportamiento ilícito queda a cargo del sujeto activo del delito, con el descrito por el Legislador. Es la adecuación o acuñaación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para **CELESTINO PORTE PETIT**, la tipicidad, es la adecuación de la conducta al tipo penal del que se trate, por lo que en términos generales, si no hay esa descripción de esa conducta al tipo penal, entonces no habrá delito; tal y como hace referencia la siguiente frase: "**nullum crimen sine tipo**".

El tipo es, para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; **JAVIER ALBA MUÑOZ**, lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él.

Para el jurista **MARIANO JIMÉNEZ HUERTA**, define al tipo como "el injusto recogido y descrito en la Ley Penal". (11)

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.

En las causas de atipicidad pueden deducirse las siguientes:

(11) citado por CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales De Derecho Penal. Editorial Porrúa. Pág. 168. 1998.

a).- Ausencia de calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo;

b).- Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;

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

d).- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley;

e).- Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y,

f).- Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

G).- ANTIJURIDICIDAD Y AUSENCIA.

La antijuricidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente dificulta para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a derecho. Para **JAVIER ALBA MUÑOZ**, “El contenido último de la antijurídica que interesa al jus-penalista, es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales... , en el núcleo de la antijuricidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe el poder punitivo del estado, valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente”. Para el autor citado actúa antijurídicamente quien contradice un mandato legal. (12)

Para **CUELLO CALÓN**, la antijuricidad, presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.

La antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido que se contrae al tipo penal respectivo. Como expresa **REINHART MAURACH**, los mandatos y prohibiciones de la ley penal rodean protegiendo y salvaguardando, el bien jurídico.

En la ausencia de la antijuricidad, puede ocurrir que la conducta típica esta en la aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de exclusión del delito. (13)

(12) **FERNANDO CASTELLANOS TENA**, Lineamientos de Derecho Penal, Editorial Porrúa, 1998, Pág. 127

(13) Op Cit. Pág. 128 y Sigs.

H).- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (DE EXCLUSIÓN DEL DELITO).

Son aquellas condiciones que tiene el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica, aspecto negativo del delito; a la presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, la antijuridicidad.

A estas exclusiones se les agrupa al lado de otras causas que anulan el delito, causas de incriminación. El Código Penal, actualmente utiliza la denominación de "Causas de exclusión del delito".

La anterior expresión fue utilizada por **RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO**, citado por **FERNANDO CASTELLANOS TENA**, y comprende todos los aspectos negativos del delito, se sustituye la palabra "circunstancias" por "causas".

Las causas que excluyen la incriminación son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad e inculpabilidad.

En las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las absolutorias no hay pena.

Las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho no al sujeto; atañen a la realización externa. (14)

(14) FERNANDO CASTELLANOS TENA. Lineamientos de Derecho Penal, Editorial Porrúa, 1998, Pág. 183 y Sigs.

Dogmáticamente se llega a la conclusión de que, como causas de justificación se encuentran en las expresadas en las fracciones III, IV, V y VIII del artículo 15 del Código Penal. **(15)**

(15) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, 1998, pág. 389.

1).- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

La imputabilidad, para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer de determinarse en función de aquello que conoce; luego la actitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario para la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas.

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario para la culpabilidad. Por eso, a la imputabilidad, se le debe de considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito.

La imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva; la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Y sus causas son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

J).- CULPABILIDAD Y SUS FORMAS.

Una conducta puede ser delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica sino además culpable. Se considera culpable la conducta **-CUELLO CALÓN-** cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada. **JIMÉNEZ DE USÚA**, dice que al llegar a la culpabilidad, donde el interprete ha de extremar la figura de las armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró. Puede definirse la culpabilidad, como el “conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”. Para **PETIT**, es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado del acto, posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado.

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia o falta de cuidado. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables por el Estado para la vida gregaria (culpa).

El dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso. **LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA**, lo define como: “la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad, existente entre la manifestación humana y el cambio en

el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiera o se ratifique”.

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebrante el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto.

En conclusión el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

La culpa como segunda forma de la culpabilidad, existe culpa, cuando obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, *previsible y penado por la ley; actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.*

Sus elementos los constituyen, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término, que esa conducta voluntaria, se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; y tercero, los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad, entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

K).- INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, esta definición, expresa con razón **JIMÉNEZ DE USÚA**, es tautológica. El penalista hispano, consecuentemente con su concepción normativa de la culpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

La inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce, pero se conoce equivocadamente.

El error se divide en error de hecho y de derecho. El de hecho se clasifica en esencial y accidental; el accidental abarca; aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti.

El error de derecho no produce efectos de eximente, por que el equivocado concepto sobre la significación de la ley, no justifica ni autoriza su violación.

Lo cierto es, que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.

Toda causa eliminatória de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad, y se mencionan en las causas de exclusión del delito, en el artículo 15 del Código Penal.

L).- CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y FALTA DE LA MISMA.

Las condiciones objetivas de penalidad no son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se trata de caracteres o partes integrantes del tipo; si falta él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Basta la existencia de un solo delito, sin estas condiciones, para demostrar, que no son elementos de su esencia. Muy raros delitos tienen penalidad condicional. Frecuentemente se les confunde con los requisitos de procedibilidad, como la querrela de parte, en los llamados delitos privados; o bien, con el desafuero previo en determinados casos. Para **GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ**, "Quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad, lo hacen desde el punto de vista general del derecho penal y los que aluden a cuestiones prejudiciales en fincar el problema desde el punto de vista procesal".

Respecto a la falta de ausencia, en función de las causas de exclusión del delito, no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistentes el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

M).- LA PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS (CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO).

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción, por lo que respecta a las causas de exclusión del delito, estas son mencionadas por el artículo 15 del Código Penal. **(16)**

En resumen la punibilidad es:

- a).- Merecimiento de penas;
- b).- Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos procesales; y,
- c).- Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito, permanecen inalterables; sólo concluye la posibilidad de punición.

(16) CASTELLANOS TENA FERNANDO, Líneamientos de Derecho Penal, Editorial Porrúa, 1998. Pág. 257 y Sigs.

En relación a la interpretación se tiene lo siguiente:

Es una actividad intelectual encaminada al esclarecimiento del verdadero sentido de una norma legal, de un contrato, de un testamento, y en general, cualquier acto o hecho jurídico.

CLASES DE INTERPRETACIÓN:

- 1.- AUTÉNTICA.
- 2.- DEL DERECHO.
- 3.- DOCTRINAL.
- 4.- EVOLUTIVA.
- 5.- EXTENSIVA.
- 6.- JUDICIAL.
- 7.- POPULAR.
- 8.- RESTRICTIVA

1.- La interpretación **Auténtica**, realizada por el propio legislador en el mismo texto legal (preventiva o contextual) o en una nueva ley (a posteriori o extracontractual).

La interpretación auténtica o contextual, se llama así por la circunstancia de que el propio órgano creador de derecho es su intérprete.

2.- La interpretación del **Derecho**, se entiende por ella tanto la actividad intelectual encaminada a investigar su verdadero sentido como el resultado de esta investigación. La interpretación, es una actividad siempre necesaria y previa a la aplicación del derecho. La idea de que las normas legales oscuras son las únicas que pueden ser objeto de investigación, se basa en un profundo error acerca de los fines de la interpretación, porque, como escribe **RUGGIERO**, si la aplicación de la norma implica una labor de la inteligencia para la subsunción del caso particular, no es posible realizarla sin su previa interpretación, aparte de que la claridad u obscuridad son conceptos relativos; una ley clara en su texto puede ser ambigua y oscura en cuanto al fin que se propone, y una que no se preste a dudas nunca, puede convertirse en dudosa por efecto de incesante, surgir de nuevas relaciones que produzcan la duda en cuanto a si son o no reguladas por la norma hasta entonces aplicada invariablemente.

Es la interpretación del derecho una operación ineludiblemente previa a la aplicación del derecho, hasta el punto de que ésta no sería posible sin aquella. Una aplicación racional del derecho no es concebible sin la previa interpretación de la norma que se trate de aplicar. Se puede expresar concisamente esta idea diciendo, que no puede existir una correcta aplicación del derecho sin una previa y correcta interpretación del derecho.

La interpretación del derecho y la investigación jurídica no son expresiones de idéntico contenido. El concepto de interpretación jurídica, es mucho más amplio que el de interpretación del derecho, concebido como la totalidad de las normas del derecho positivo de un determinado país. El objeto de la investigación, no son exclusivamente las normas de esta naturaleza, sino también los hechos y los actos jurídicos, la doctrina de los jurisconsultos, los resultados de la práctica, de las pruebas en el proceso, los proyectos legislativos, etc., la investigación jurídica, es el género y la interpretación del derecho, una especie de la interpretación jurídica.

3.- La **Doctrinal**, se manifiesta esta especie de la interpretación en las actividades científicas de los tratadistas o técnicos del derecho, en los dictámenes de los juristas y en los comentarios de los exégetas de los textos legales. La interpretación doctrinal, escribe **ROTONDI**, se presenta frecuentemente como una interpretación refinada, frutos de sutiles razonamientos, de argumentaciones agudas, de prudentes analogías de observaciones dialécticas sagaces, pero no tiene actualmente valor vinculatorio; si no únicamente el de persuasión a que induzca la lógica de sus argumentaciones.

4.- La **Evolutiva**, también llamada progresiva, es aquella mediante el cual se da al texto de una ley antigua, un significado en el que no pensó ni quiso el legislador, con el fin de ponerlo en armonía con las necesidades y los fines de la vida jurídica en el momento en que es interpretado.

5.- La **Extensiva**, es la realizada en los casos en que se da a una norma jurídica, un sentido más amplio del que debiera considerarse exacto, fundándose en que la interpretación del legislador tenía más amplitud que la que realmente expresa el texto legal de que se trata.

6.- La **Judicial**, también se llama usual, es la que realizan los órganos de la jurisdicción como actividad previa a la aplicación del derecho por vía del proceso. La interpretación judicial del derecho es una actividad imprescindible para su aplicación, se puede decir, por lo tanto, que no existe la posibilidad de una correcta aplicación del derecho, sin una previa interpretación del derecho.

7.- La **Popular**, que las personas imperitas (legas), en derecho, hacen de las disposiciones legales cuando entran en contacto con alguna norma que por cualquier circunstancia les obliga a particular cumplimiento.

8.- La Restrictiva, que se funda en la convicción de que el texto que se interpreta, dice más de lo que el legislador quiso decir, limitando, por lo tanto, su alcance, para reducirlo, a lo que se entiende por verdadera voluntad de su creador.

Por lo que se refiere a la aplicación del derecho, se tiene:

Las actividades profesionales de los Notarios, de los oficiales, de los registros públicos y de los funcionarios de la administración pública (los de éstos, especialmente, cuando resuelven sobre las solicitudes de los administradores) son también actividades de aplicación del derecho. La aplicación del derecho es una función pública. El derecho a aplicar, es el derecho positivo vigente. El nacional, normalmente, y el extranjero, excepcionalmente en los casos y en las circunstancias permitidas por la legislación nacional.

El arte de aplicación e interpretación del derecho, recibe la denominación de **TÉCNICA JURÍDICA**, la función, más importante que supone, se denomina función jurisdiccional.

La aplicación judicial, sobre todo del derecho, es una tarea llena de dificultades y de gran responsabilidad. Requiere en quienes la ejercen no solamente una preparación jurídica seria, sino también condiciones morales excepcionales.

Por eso se ha dicho a este respecto, que la práctica racional e ilustrada de la aplicación de las leyes exige serios estudios, rectitud de juicio, probidad, lógica inflexible, independencia y firmeza de carácter. (**GUTIERREZ FERNÁNDEZ**)

Los términos realizados ejecución, observación, cumplimiento y aplicación del derecho, son empleados frecuentemente sin el debido rigor técnico. El vocablo realización tiene categoría de género en relación con todos los demás, que significan especies de realización del derecho. Hay que distinguir, por consiguiente, entre cumplimiento, observancia y ejecución del derecho y aplicación del derecho.

La típica operación del juez que se llama aplicación de la ley (**CALAMANDEI**), dice: "ha de considerarse como muy distinta por precisión del lenguaje técnico, de la ejecución y observancia de la ley".

CAPITULO III

AUTORIDAD Y VIA PUBLICA

A).- Concepto de autoridad

B).- Servicios públicos

C).- Marco constitucional

D).- Vías de comunicación

E).- Atribuciones del Estado

F).- Competencia Estatal

A).- CONCEPTO DE AUTORIDAD.

La satisfacción de los intereses colectivos por medio de la función administrativa, se realiza fundamentalmente por el Estado.

El bien público temporal sólo puede lograrse por medio de la actividad reunida en todos los individuos y todos los grupos que integran el Estado, actividad que debe ser coordinada por el Estado para que no sea desviada y pueda conseguir el objetivo al cual debe orientarse, objetivo que agrupó a todos los individuos, sin excepción de hombres, mujeres y niños, adultos, etc. Es decir, todos los individuos que forman el elemento humano del Estado. Todos ellos deben concurrir para realizar la tarea indispensable común, dirigida a conseguir la satisfacción de las necesidades propias individuales y concomitantes del bien común.

Para el maestro **PORRÚA PEREZ**, esta sociedad universal y necesaria, el Estado, no podría existir ni alcanzar sus fines, sin la existencia en el mismo, de un poder, es decir, de la autoridad. (17)

El Estado, al igual que todas las asociaciones encaminadas a la consecución de fines comunes, una serie de órganos que obren en su nombre y sustenten y ejecuten la voluntad colectiva; el concepto de órgano, es un concepto que supone en el Estado una realidad orgánica viva; en sentido social, el órgano es una institución que sirve para alumbrar y mantener perenne la voluntad del Estado, el Estado es una persona jurídica que no puede concebirse, ni existir sin órgano que lo haga funcionar.

(17) **PORRÚA PEREZ FRANCISCO**. Teoría del Estado. Editorial Porrúa, 1999. Pág. 297.

El órgano requiere de los titulares para manifestarse; sin ellos sería sólo un conjunto de normas irrealizables meramente literarias. Las personas sin el órgano, carecerían de la necesaria capacidad para actuar, ella es la que le da titularidad para cumplir con los propósitos del orden jurídico.

Para el maestro **SERRA ROJAS**, la autoridad y el poder son dos cosas distintas: Poder es la fuerza por medio de la cual, se puede obligar a obedecer a otra. Autoridad es el derecho a dirigir y mandar, a ser escuchado y obedecido por los demás. La autoridad pide poder. El poder sin autoridad es tiranía. **(18)**

En el derecho público moderno, el poder se refiere a la autoridad que tiene los órganos del Estado en quienes el pueblo deposita el ejercicio de su soberanía. Autoridad es el poder, que es aceptado, respetado, reconocido y legítimo, un poder institucionalizado.

Para el jurista **IGNACIO BURGOA**, autoridad es aquel órgano estatal, de facto o de jure, investido con facultades o poderes de decisión o ejecución cuyo ejercicio crea, modifica o extingue situaciones generales o concretas, de hecho o jurídicas, con trascendencia particular y determinada de una manera imperativa. **(19)**

Para el maestro **GABINO FRAGA**, autoridad comprende a todas aquellas personas que dispone de la fuerza pública, en virtud de circunstancias ya legales, ya de hecho y que por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos, que ejercen actos públicos por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen. **(20)**

(18) SERRA ROJAS ANDRÉS. Teoría del Estado. Edit. Porrúa, 1999. Pág. 293.

(19) BURGOA ORIHUELA IGNACIO. El Juicio de Amparo. Edit. Porrúa. 1999. Pág. 338

(20) FRAGA GABINO, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa. 1999, pág. 126.

B).- SERVICIOS PUBLICOS.

Al principio, las necesidades y exigencias que actualmente son atendidas por los servicios públicos, eran satisfechas por medio de prestaciones y servicios que estaban a cargo de los propios interesados, o de otros particulares.

Fue así como aparecieron los servicios públicos, tal como hoy los conocemos, originándose un movimiento doctrinal y legislativo de gran trascendencia e influencia en la órbita del derecho administrativo.

Para **DUGUIT**, el servicio público se define como "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la independencia social y es de naturaleza que no puede ser realizada completamente sino con la intervención de la fuerza gubernamental". (21)

Para **JEZE**, considera al servicio público como la piedra angular del derecho administrativo.

Para el maestro **BONNARD**, que según él mismo lo dice, ha elaborado su obra de derecho administrativo, afirma que los servicios públicos son organizaciones que forman la estructura misma del Estado.

(21) citado por FRAGA GABINO. Derecho Administrativo. Edit. Porrúa Pág. 22

Examinando las definiciones anteriores, se puede comprobar que ni aun entre los brillantes sostenedores de la teoría, existe un mismo concepto del servicio público, pues mientras para **DUGUIT**, es la actividad ejercitada por el Estado, Para **JEZE**, la característica se encuentra en el régimen jurídico aplicable a esa actividad y para **BONNARD**, es el medio, o sea la organización que realiza esa actividad.

Para el maestro **ANDRES SERRA ROJAS**, define al servicio público como "un servicio técnico ofrecido al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad colectiva y por una organización pública". (22)

Coincidiendo con lo expuesto, la actual doctrina francesa considera en realidad, que la acción administrativa, se efectúa no sólo por medio del servicio público, cuyo procedimiento normal es la prestación, sino también por medidas de policía cuyo procedimiento también normal es el mandato, la orden, la prescripción y por medio de una gestión privada, que se caracteriza porque ella no tiene la preocupación de satisfacer las necesidades del público, sino de administrar su patrimonio con un fin puramente pecuniario.

El servicio público considerado como una parte tan sólo de la actividad estatal, se ha caracterizado como una actividad creada, con el fin de dar satisfacción a una necesidad de interés general, que de otro modo quedaria insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha, y aunque la idea de interés público se encuentra en todas las actividades estatales y la satisfacción de los intereses generales no es monopolio del Estado, lo que distingue al servicio público, es que la satisfacción del interés general constituye el fin exclusivo de su creación.

(22) SERRA ROJAS ANDRES. Teoría del Estado. Editorial Porrúa. 1998. Pág.76

Dentro de la legislación mexicana, no se encuentra un criterio único para definir al servicio público, pues mientras que en algunos preceptos como los artículos 3º, 73 fracción XXV y 123 fracciones XVIII y XXIX de la Constitución Federal, se habla de la educación como un servicio público, de las huelgas en los servicios públicos y de los servicios explotados o concesionados por la Federación, en los artículos 5º y 13 de la misma Constitución, los servicios públicos, se equiparan a los empleos públicos y en los artículos 27 fracción VI y 132 constitucionales, artículo 2º fracción V y el artículo 23 de la Ley de Bienes Nacionales, y 217, 218, 220 y 222 del Código Penal para el Distrito Federal, relativo a los delitos cometidos por los funcionarios públicos, la expresión de servicio público se encuentra usada con el sentido de organismo u oficina pública.

C).- MARCO CONSTITUCIONAL.

Nacido en Inglaterra el Bicamarismo, cuando en el siglo XIV, se agruparon los integrantes del Parlamento, por afinidades naturales en dos cuerpos distintos, cada una de los dos Cámaras, representó a clases diferentes: la Cámara Alta o de los Lares, representó a la nobleza y a los grandes propietarios; la Cámara Baja o de los Comunes, representó al pueblo.

Siglos más tarde, el pueblo norteamericano, heredo del inglés en la creación del derecho sin sujeción a las fórmulas preconcebidas, aplicó el sistema Bicamarista con fines del todo diversos y a los entonces conocidos, al conferir a la Cámara de representantes la personería del pueblo y al Senado la de los Estados.

En la circular de 14 de agosto de 1867, **LERDO DE TEJADA**, propuso como reforma constitucional, la introducción del Bicamarismo, fundándose principalmente en "combinar el poder legislativo, con dos elementos: uno es el popular y el otro federal". (23)

Desde entonces nadie ha discutido la necesidad de que exista el senado; pero hay que reconocer que en México esa institución no ha llenado sino escasamente sus fines.

(23) TENA RAMÍREZ FELIPE. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa. 1998. Pág. 272

Por eso el artículo 50 de la Constitución Federal, dice así: "El poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General, que se dividirá en dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores".

Desde un punto de vista de la manera como actúan las Cámaras federales, sus facultades pueden clasificarse en cuatro grupos:

a) *Facultades del Congreso de la Unión.* Son las que se ejercitan separada y sucesivamente por cada una de las dos Cámaras. Estas facultades se encuentran, en su mayor parte, en la enumeración que de ellas hace el artículo 73; pero en varios otros preceptos constitucionales, hay dispersas otras facultades de esta primera clase.

b) *Facultades exclusivas de cada una de las Cámaras.* Son las que se ejercitan separada, pero no sucesivamente, por cada una de ellas; así el artículo 74 enumera las facultades exclusivas de la Cámara de Diputados y el artículo 76 las de la Cámara de Senadores.

c) *Facultades del Congreso, como asamblea única.* Son las que se ejercitan conjunta y simultáneamente por las dos Cámaras, reunidas en una sola asamblea.

d) *Facultades comunes de las dos Cámaras.* Son las que, sin ser exclusivas de cada Cámara, se ejercitan separa y sucesivamente por ambas Cámaras.

Desde el punto de vista material, las facultades del Congreso pueden ser legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales.

La flexibilidad de la División de Poderes se manifiesta, entre otros aspectos, por la atribución de facultades de distintas clases que se opera en beneficio de cada órgano.

Para el maestro **MARIANO CORONADO**, las Vías Generales de Comunicación "son indispensables para el comercio, para la seguridad pública, para las relaciones sociales, cuando son generales, esto es, cuando comunicar a dos o más Estados entre sí, deben ser construidas por la Federación, que esta más en aptitud de erogar el respectivo gasto y que ejecuta la obra principalmente en interés de la Unión entera. Las vías interiores de un Estado puedan ser construidas por éstos o municipios; en las Vías Generales de Comunicación se comprenden caminos, ferrocarriles, canales, telégrafos, servicios marítimos, etc.". (24)

De lo cual, se puede concluir de lo expuesto, que la fundamentación sobre las Vías Generales de Comunicación, se encuentra en el artículo 73, fracción XVII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

(24) CORONADO MARIANO. Elementos de Derecho Constitucional, U.N.A.M. 1998. Pág. 15

D).- VÍAS DE COMUNICACIÓN.

La ley de Vías Generales de Comunicación, las define en la fracción XI, del artículo 1º, el artículo 2º, las considera, como parte integrante de las mismas; los servicios auxiliares, las obras, construcciones y demás dependencias y accesorios; los terrenos y aguas necesarios para el derecho de vía y para el establecimiento de los servicios y obras necesarios para las mismas; y los terrenos y aguas que sean necesarios para el derecho de vía y para el establecimiento de los servicios y obras a que se refiere la fracción anterior. La extensión de los terrenos y aguas y el volumen de éstas se fijará por la Secretaría de Comunicaciones.

Las Vías Generales de Comunicación y los medios de transporte que operen en ellas, quedan sujetos exclusivamente a los Poderes Federales. El Ejecutivo ejercerá sus facultades por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, sin perjuicio de las facultades expresas de otros ordenamientos legales concedan a otras dependencias del Ejecutivo Federal.

Corresponderá a los tribunales federales conocer de todas las controversias del orden civil en que fuere parte actora, demandada o tercera opositora una empresa de vías generales de comunicación, así como de los delitos contra la seguridad o integridad de las obras o contra la explotación de las vías, y los que intenten o consumen con motivo del funcionamiento de sus servicios, o en menoscabo de los derechos o bienes muebles o inmuebles, propiedad de las empresas o que estén bajo su responsabilidad.

El Gobierno Federal tendrá facultad para construir o establecer Vías Generales de Comunicación por sí mismo o en cooperación con las autoridades locales. La construcción o establecimiento de estas vías podrá encomendarse a particulares, en los términos del artículo 134 de la Constitución Federal.

Las Vías Generales de Comunicación, los servicios públicos que en ellas se establezcan, los capitales y empréstitos empleados en ellos, las acciones, los bonos y obligaciones emitidas por las empresas, no podrán ser objeto de contribuciones de los Estados, Departamentos del Distrito Federal o Municipios.

Para construir, establecer y explotar vías generales de comunicación o cualquier clase de servicios conexos a éstas, será necesario tener concesión o permiso del Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y con sujeción a los preceptos de esta ley y sus reglamentos.

La prestación de servicios públicos de telégrafos, radiotelegráficos y de correos, queda reservada exclusivamente al Gobierno Federal o a los organismos descentralizados que se establezcan para dicho fin.

Los interesados en obtener concesión o permiso para construir, establecer, o explotar vías generales de comunicación elevarán solicitud a la Secretaría de Comunicaciones, de conformidad con los preceptos de esta ley y sus reglamentos, acompañándola de los estudios a que se refiere el artículo 8º, de la Ley de Vías Generales de Comunicaciones.

E).- ATRIBUCIONES DEL ESTADO.

La actividad del Estado es el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga.

Para denominar lo que se ha llamado "atribuciones del Estado" se ha hecho uso de otras expresiones tales como la de "derechos", "facultades", "prerrogativas", "cometidos" o "competencias" estatales. Sin embargo, se ha preferido el término "atribuciones" ya admitida en la doctrina, tanto porque su connotación gramatical es adecuada e inequívoca, como porque con ella no se prejuzga sobre otros propios de la teoría del Estado y por tanto puede aplicarse cualquiera que sea la organización política y estructura de los diversos tipos de Estado contemporáneos.

Siendo las atribuciones, medios para alcanzar determinados fines, es natural que el número y extensión de aquéllas varíen al cambiar éstos. Los criterios para fijar unas y otras no constituyen cuestiones jurídicas, sino que corresponden al campo de las ciencias políticas.

Comprobado que el individuo no ha sido capaz de satisfacer sus necesidades de la colectividad, se va desarrollando una tendencia intervencionista o estatista, en la que se considera que el Estado, respetando en buena parte la actividad privada, va imponiendo a ésta restricciones o limitaciones para armonizarla con el interés general.

Las atribuciones que en esa forma a través del tiempo se han venido asignando al Estado y que en esos momentos actuales conserva, se pueden agrupar en las siguientes categorías.

a).- Atribuciones de mando, de policía o de coacción que comprenden todos los actos necesarios para el mantenimiento y protección del Estado y de la seguridad, la salubridad y el orden público.

b).- Atribuciones para regular las actividades económicas de los particulares.

c).- Atribuciones para crear servicios públicos.

d).- Atribuciones para intervenir mediante gestión directa en la vida económica, cultural y esencial del país.

La doctrina ha distribuido las atribuciones del Estado, respecto de los particulares en los tres grupos siguientes:

1.- Atribuciones del Estado para reglamentar la actividad privada;

2.- Atribuciones que tienden al fomento, limitación y vigilancia de la misma actividad, y

3.- Atribuciones para sustraerse total o parcialmente a la actividad de los particulares o para combinarse con ella en la satisfacción de una sociedad colectiva.

F).- COMPETENCIA ESTATAL.

Las competencias estatales, cuyo conjunto constituye el fin del Estado, es un sistema de división o separación de poderes, se realizan mediante tres funciones jurídicamente distintas, que son: la legislativa, la ejecutiva y la judicial o jurisdiccional, cuya calificación específica como tales puede establecerse desde dos puntos de vista: el material y el formal.

El material consiste en que, para calificar a una actividad estatal determinada, se atiende a la naturaleza intrínseca de la función que mediante ella se realiza, tomando en consideración sus elementos jurídicos distintivos.

Por el contrario, el criterio formal ya no tiene como base, para la estimación jurídica de determinada función del Estado, la índole substancial de ésta, sino la calidad constitucional de la autoridad que normalmente está encargada de desempeñarla.

Ahora bien, cada una de esas tres funciones específicas del Estado, materialmente diferentes entre sí, se realizan por diversos órganos creados por la Constitución o por la ley en general, cada una de las cuales la desempeña según las facultades que le han sido otorgadas.

Por consiguiente, en el ejercicio de dichas funciones, genéricamente hablando, pueden intervenir distintos órganos o autoridades estatales, con facultades propias y diferentes de los demás.

La competencia para el maestro **IGNACIO BURGOA ORIHUELA**, "es una condición presupuestal, **sine qua non**, para que la actuación de una determinada autoridad en el desarrollo de la función estatal que genéricamente le corresponde, sea válida y eficaz". (25)

Es evidente que el acto administrativo debe de emanar de un órgano, que actuando en ejercicio de la función administrativa, tenga atribuida competencia para dictarlo.

La competencia en derecho administrativo, tiene una significación idéntica a la capacidad en derecho privado; es decir, el poder legal de ejecutar determinados actos. Constituye la medida de las facultades que corresponden a cada uno de los órganos de la administración.

Para el jurista **SERRA ROJAS**, la competencia es "conjunto de facultades que legítimamente puede realizar el sujeto, es decir, el Órgano de la Administración Pública, la función administrativa y en particular, para conocer de un negocio administrativo". (26)

A pesar de ese idéntico significado, existen entre la competencia del derecho público y la capacidad del derecho privado, son las siguientes diferencias sustanciales:

(25) BURGOA ORIHUELA IGNACIO. El Juicio de Amparo. Edit. Porrúa. 1998. Pág.381

(26) SERRA ROJAS ANDRES. Teoría del Estado. Edit. Porrúa. 1998. Pág. 270.

En primer término, la competencia requiere siempre un texto expreso de la Ley para que pueda existir. Mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad, la excepción, en el derecho administrativo, rige el principio inverso; es decir, que la competencia debe justificarse expresamente en cada caso.

Como segunda característica de la competencia que la distingue de la capacidad del derecho privado, se encuentra la de que, el ejercicio de aquélla es obligatorio, en tanto que el ejercicio de la capacidad, queda al arbitrio del particular.

Una tercera característica, es la de que la competencia generalmente se encuentra fragmentada entre diversos órganos, de tal manera que para la realización de un mismo acto jurídico intervienen varios de ellos. La garantía para el buen funcionamiento de la administración pública, exige la intervención de diversos órganos, que recíproca y mutuamente se controlen y eviten que el interés particular de algunos de los titulares de esos órganos, pueda ser el motivo para una actuación que afecte derechos de particulares.

Un cuarto carácter de la competencia, es la de que, ella no se puede renunciar ni ser objeto de pactos que comprometan su ejercicio, porque la competencia, no es un bien que este dentro del comercio, que pueda ser objeto de contrato, sino que tiene forzosamente que ser ejercitada en todos los casos en que lo requiera el interés público.

Finalmente, es característico de la competencia el que, ella es constitutiva del órgano que la ejercita y no un derecho del titular del propio órgano. De tal manera que el titular, no puede delegar ni disponer de ella, sino en caso de que la propia ley lo consienta.

CAPITULO IV

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO MENCIONADO EN EL ARTÍCULO 171-BIS. FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL, PARA EL DISTRITO FEDERAL.

- A).- La denominación "delitos en materia de vías de comunicación y correspondencia".
- B).- Quién es el sujeto activo de este delito.
- C).- Problemática que se presenta en la interpretación y aplicación, a la luz del delito.
- D).- En relación con el delito de utilización indebida de la vía pública, ¿A quién corresponde denunciar los hechos?

A).- LA DENOMINACIÓN "DELITOS EN MATERIA DE VÍAS DE COMUNICACIÓN Y CORRESPONDENCIA".

La definición del artículo 165 del Código Penal para el Distrito Federal, cuyo modelo lo fue el dispositivo 391 del Código Penal de 1871, excluye los tramos que se hallen dentro de los límites de las poblaciones, por lo que los caminos públicos, lo son tan sólo las carreteras federales, los caminos vecinales, las calzadas que le dan acceso a aquéllas y a éstos, las vías ferroviarias, los ríos y canales navegables y los canales aéreos en la atmósfera territorial mexicana; ríos y canales impropiaemente y por extensión. Tal enumeración resulta de los tipos penales contenidos en el capítulo I, al que corresponda al artículo examinado.

La Ley de Vías Generales de Comunicación, define éstas en la fracción XI, que establece en su artículo primero. El artículo 2º, considera como parte integrante de las mismas: los servicios auxiliares, las obras, construcciones y demás dependencias y accesorios; los terrenos y aguas necesarios para el derecho de vía y para el establecimiento de los servicios y obras necesarios para las mismas vías.

La apertura de comunicación puede hacerse en cualquier forma: rompiendo, despegando, etc., no importa que la plica o el sobrescrito sean nuevamente cerrados ni que el agente omita el imponerse del contenido de la comunicación.

B).- QUIEN ES EL SUJETO ACTIVO DE ESTE DELITO.

En la ejecución de las conductas o hechos delictuosos, interviene un sujeto físico, quien mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificados, da lugar a la relación jurídica material de Derecho Penal y, en su caso, a la relación jurídica procesal.

En la actualidad, el ser humano es el único autor o posible autor de conductas o hechos delictuosos; esto no siempre ha sido igual; antiguamente, entre los árabes y los hebreos, los animales, los elementos naturales, los difuntos, etc., fueron considerados sujetos autores de delitos.

En la doctrina y en la legislación, el supuesto autor del delito se le han otorgado diversas denominaciones, que no necesariamente corresponden. Esto es una demostración inequívoca del uso de la terminología equivocada, impropia y ausente de la técnica jurídica.

Para demostrar esta afirmación basta citar los nombres siguientes: indiciado, presunto o probable responsable, inculpado, imputado, acusado, procesado, inculpatado, presunto culpable, condenado, reo, sentenciado, etcétera.

Con relación a la terminología, es conveniente determinar, si debe emplearse solamente uno de los calificativos mencionados, y en tal caso, precisar cuál sería el indicado o de lo contrario, si debe utilizarse uno distinto para cada etapa procedimental.

En la legislación mexicana, los integrantes del Congreso Constituyente de 1917, al referirse al supuesto sujeto activo del delito, usaron impropriamente los adjetivos: acusado, procesado y reo, sin tomar en cuenta el momento procedimental en el que interviene.

En general, toda persona física puede ser sujeto de la relación jurídico-material, y no poseer capacidad para ser "parte" de la relación procesal, por disfrutar de alguna causa de justificación o de cualquier otra eximente.

En el proceso, el supuesto sujeto activo del delito, tiene un conjunto de derechos y deberes previstos por las leyes, sus deberes son: comparecer a las diligencias, y comportarse correctamente durante su desarrollo, reparar el daño causado, pagar el importe de la sanción pecuniaria; no ejercer: derechos políticos, tutela, curatela, apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor en quiebra.

En la ejecución de los delitos, generalmente, concurren dos sujetos: uno activo, que lleva acabo la conducta o hecho, y otro pasivo, sobre el cual recae la acción.

Sólo el ser humano está colocado dentro de la situación primeramente señalada: la familia, el Estado y las personas morales pueden ser sujetos pasivos, pero jamás ser procesados.

La ejecución de las conductas o hechos, considerados como delitos, producen daños que afectan directamente a las personas físicas en lo moral, en su patrimonio, en su integridad corporal, en su honor, etc. En forma indirecta los integrantes de una sociedad, también se ven afectados, porque toda violación a la ley penal, produce como consecuencia, una sanción represiva y, además, daños que deben ser resarcidos.

Ambas consecuencias, son de interés para todos, aún el resarcimiento del daño, que beneficia directamente al ofendido o a la víctima, porque éstos también son elementos integrantes de aquélla.

En el derecho mexicano, la relación jurídico procesal en el Ministerio Público se concentra la función persecutoria, y de ella, está eliminado totalmente el ofendido, situación que contrasta con el cúmulo de garantías implementadas para quien o quienes cometen delitos.

En el procedimiento penal, tiene derechos que deducir, esto así es: en la averiguación previa: facilita actos encaminados a la integridad del cuerpo del delito y la probable responsabilidad; permite, dado el caso, la inspección en su cuerpo; emite declaraciones; proporcionan informes, aporta elementos; etc.

En la substanciación del proceso penal, no le es permisible participar en las diligencias; aportar, por sí mismo pruebas; promover actos procesales; interponer recursos; porque se dice: esa función le corresponde al Ministerio Público, quien actúa en su representación.

Al determinar al sujeto activo del delito se debe partir del estudio del tipo, el cual se transcribe:

El Código Penal para el Distrito Federal, establece en su: Título Quinto; Delitos en Materia de Vías de Comunicación y de Correspondencia; Capítulo I; Ataques a las Vías de Comunicación y Violación de Correspondencia:

Artículo 171-BIS. Comete el delito de utilización indebida de la vía pública:

II.- El que determine a otros a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente obteniendo algún beneficio o lucro para sí o para un tercero.

Aquí el sujeto activo, es la persona física con capacidad de comprender y de ser sujeto de derechos y obligaciones del derecho penal, dando permiso a otro u otros sujetos, con derechos y obligaciones a ejercer el comercio en la vía pública, sin el permiso de la autoridad competente, y alcance un lucro para si o para un tercero de dicha situación.

C).- PROBLEMÁTICA QUE SE PRESENTA EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN, A LA LUZ DEL DELITO.

El Agente del Ministerio Público, puede tener conocimiento de un hecho delictuoso en forma directa e inmediatamente, por conducto de los particulares; por algún agente de la policía o por quienes estén en cargados de un servicio público; por el juez en ejercicio de sus funciones, cuando de lo actuado se advierta su probable comisión en la secuela procedimental.

El Representante Social, durante esta etapa procedimental, es decir, en la averiguación previa, podrá citar para que declaren sobre los hechos que se investigan, a las personas que por cualquier concepto, participen en ellos o se considere que tengan datos sobre los mismos. Para esos fines, en el acta se hará constar, quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el servidor público, que practique las diligencias, estimó conveniente hacer dicha citación.

Durante esta etapa, el agente investigador, está facultado para recibir las pruebas que el indiciado o su defensor aporten, mismas que serán tomadas en consideración para determinar, si están o no satisfechas las exigencias indicadas en nuestra Constitución Federal aún en vigor, para que en su caso, dicha autoridad, pueda ejercitar o no la acción penal.

Las diligencias practicadas, se hacen constar en forma escrita en la denominada acta de policía judicial o diligencias de averiguación previa. Es un documento en donde constan, los actos realizados por el Agente del Ministerio Público, mismo que en su oportunidad facilitará concluir si existe encuadramiento de la conducta o hecho en uno más tipos penales y quién o quiénes son sus probables autores.

La consignación, es el acto procesal, a través del cual, el Estado por conducto del Agente del Ministerio Público ejercita la acción penal. Para esos fines, remite al juez el acta de policía judicial y al indiciado, o en su caso únicamente las diligencias, iniciándose con esto el proceso.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se indica: "cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exija la ley y se ha acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el ministerio público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda..." (art. 286). En el Código Federal de Procedimientos Penales, se señalo lo mismo.

Lo que conlleva a definir analizar lo que es cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Para **ERNST BELING**, identifica al cuerpo del delito con el objeto, el instrumento y el resultado del hecho ilícito.

Para el jurista **COLÍN SÁNCHEZ**, "existe cuerpo del delito cuando hay tipicidad de la conducta o hecho, de acuerdo con el contenido de cada tipo, de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá, atendiendo a la situación concreta ". (27)

Por lo que la integración del cuerpo del delito, es una actividad, en principio, a cargo del Agente del Ministerio Público, durante la averiguación previa y tiene su fundamento en imperativos de carácter legal.

(27) COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Edit. Porrúa. 1998. Pág. 379

Ahora bien, se define la probable responsabilidad, que es el otro de los requisitos de fondo, señalados en la Constitución Federal vigente, tal y como se desprende de los artículos 16 y 19, para que proceda el Ejercicio de la Acción Penal.

La probable responsabilidad, es cuando haya elementos suficientes para suponer que una persona pudo tomar parte, de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable.

En virtud de lo anterior, no está en posibilidad de estudiar la problemática que ya existe, en cuanto a su interpretación y aplicación del precepto legal en controversia y para ello transcribiremos dicho tipo.

Artículo 171-BIS. Comete el delito de utilización indebida de la vía pública:

II.- El que determine a otros a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente obteniendo algún beneficio o lucro para sí o para un tercero.

En primer lugar, en el Código Penal para el Distrito Federal, existe una omisión del tipo, respecto de lo que quiso dar a entender el legislador por "Vía Pública", en tal virtud, de que no hay una definición precisa y clara de éste precepto en comento, no se tiene posibilidad de estudiar con plenitud este tipo penal. Ahora bien, sino tuviera esta laguna dicho numeral, le sería más fácil en poder consignar o en integrar el tipo penal del delito al Agente del Ministerio Público.

En segundo lugar, en cuanto al cuerpo del delito, se detecta que es un tipo anormal, puesto que hay elementos normativos, objetivos y subjetivos.

En tercer lugar, en cuanto a la probable responsabilidad, la palabra "determine", es un término, muy oscuro e impreciso para el tipo que nos ocupa, por lo que debería de establecer, a la persona física con capacidad, de ser sujeto de derechos y de obligaciones.

D).- EN RELACIÓN CON EL DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE LA VÍA PÚBLICA. ¿A QUIÉN CORRESPONDE DENUNCIAR LOS HECHOS?

La preparación del ejercicio de la acción penal, se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los Agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar en su caso, la acción penal, para cuyos fines, debe estar acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Para el maestro **RIVERA SILVA**, es el período de preparación de la acción penal, principia en el momento en que la autoridad investigadora, tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso, o que aparentemente reviste una característica y termina con la consignación. **(28)**

Esta etapa, esta regulada por lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1º fracción I, artículo 2º, del Código Federal de Procedimientos Penales; y artículos 2º, 3º, fracción I, 94 y siguientes, relacionados, con el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En las generalidades de la función persecutoria, la iniciación de ésta no queda al arbitrio del órgano investigador, sino que es menester, para iniciar la investigación, el cumplimiento de ciertos requisitos legales o de iniciación. Estos requisitos son la preparación de la denuncia o de la querrella.

(28) RIVERA SILVA MANUEL. *El Procedimiento Penal*. Editorial Porrúa. 1998. Pág.97

Ahora bien, en relación con la denuncia y la querrela, tenemos:

La denuncia o verbo denunciar, desde el punto de vista gramatical, significa: aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe al respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos.

Para el profesor **GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ**, "la denuncia puede presentarla cualquier persona, en cumplimiento de un deber impuesto por la ley". **(29)**

El jurista **RIVERA SILVA**, define a la denuncia como "la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos". **(30)**

Con respecto al tipo legal que nos ocupa, la persona que hace la denuncia, ante el Agente del Ministerio Público, se presenta el problema de averiguar, si la denuncia, es un hecho potestativo o es un hecho obligatorio. En México, los autores de la materia, han estimado que se trata de un hecho obligatorio.

(29) COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. 1998. Pág.315

(30) RIVERA SILVA MANUEL. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. 1998. Pág.98

La querrela, es definida como "un derecho o facultad que tiene una persona, a la que se designa querellante, víctima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento del Procurador de Justicia o del Agente del Ministerio Público", y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren los requisitos previstos por el artículo 16 constitucional vigente, se lleva acabo el proceso correspondiente.

Para **MANZINI** "no admite que la querrela, sea un presupuesto procesal, porque no se promueve con ella la acción penal, por ser ésta una condición de derecho sustancial para la punibilidad; y, el hecho se hace punible y constituye por lo tanto, delito, sólo en cuando sea querrellado". (31)

Para que la querrela, se tenga por legalmente formulada, deberá satisfacer lo ordenado en los códigos de la materia.

Las personas que pueden presentarla son: **el ofendido** de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 115 del Código Federal de Procedimientos Penales y 264 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal: **el representante, el apoderado**, que tenga poder para pleitos y cobranzas, con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas, ni poder especial para el caso concreto.

(31) COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. 1998. Pág.323

Las Vías Generales de Comunicación y los medios de transporte que operen en ellas, quedan sujetos exclusivamente a los Poderes Federales. El Ejecutivo ejercerá sus facultades por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, sin perjuicio de las facultades expresas de otros ordenamientos legales, concedan a otras dependencias del Ejecutivo Federal.

Corresponderá a los tribunales federales conocer de todas las controversias del orden civil en que fuere parte actora, demandada o tercera opositora una empresa de vías generales de comunicación, así como de los delitos contra la seguridad o integridad de las obras o contra la explotación de las vías, y los que intenten o consumen con motivo del funcionamiento de sus servicios, o en menoscabo de los derechos o bienes muebles o inmuebles propiedad de las empresas o que estén bajo su responsabilidad.

CONCLUSIONES

1.-El comercio surge con el trueque, no con el propósito de consumir los objetos adquiridos, sino con el de destinarlos a nuevos trueques, que llevarán el satisfactor de quien lo produce a quien lo ha menester para su consumo, y por consiguiente surge el comerciante.

2.- En México Independiente los mercaderes constituyeron su Universidad, que fue autorizada por la Real Cédula de Felipe II, en 1592 y confirmada en 1594.

3.- El acto de comercio es definido, de conformidad con las fracciones I y II del artículo 75 del Código de Comercio, como las actividades de intermediación, entre productores y consumidores, realizadas con el ánimo de lucro.

4.- Se consideran como sujetos del comercio, los que hacen el ejercicio efectivo de actos de comercio, haciendo de ellos su ocupación ordinaria.

5.- Las obligaciones de los comerciantes son: anunciar su calidad mercantil, inscribir en el Registro de Comercio determinados documentos, llevar libros de contabilidad y conservar su correspondencia, además deben inscribirse en la Cámara de Comercio e Industria.

6.- El delito se define como: la conducta típica, antijurídica, imputable y culpable que sancionan las leyes penales.

7.- Los aspectos positivos y negativos del delito son: la conducta y su ausencia; la tipicidad y atipicidad; antijuridicidad y causas de licitud o justificación; imputabilidad e inimputabilidad; culpabilidad e inculpabilidad; Condicionalidad objetiva y falta de la misma; punibilidad y excusas absolutorias.

8.- **La conducta**, es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. El aspecto negativo es la ausencia de conducta, que es uno de los aspectos impositivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

9.- **La tipicidad**, es la adecuación de una conducta concreta, con la descripción legal formulada en abstracto. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

10.- **La antijuridicidad**, radica en la violación del valor o bien protegido que se contrae al tipo penal respectivo. El aspecto negativo de este elemento son las causas de justificación, que son aquellas condiciones que tiene el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica; a la presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, la antijuridicidad.

11.- **La imputabilidad**, para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades, es decir, constituye la capacidad de querer y entender en el campo penal. La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad y sus causas son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

12.- **La culpabilidad** es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. El aspecto negativo, consiste en la absolución del sujeto en el juicio del reproche.

13.- **Las condiciones objetivas**, son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación. La falta de condiciones objetivas, es el aspecto negativo de este elemento y son cuando faltan aquellas exigencias ocasionalmente establecidas en la ley para la aplicación de la pena.

14.- **La punibilidad**, es el merecimiento de las penas, conminación estatal de imposición de sanciones, si se llenan los presupuestos legales y llevan una aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley. La ausencia de punibilidad constituye el factor negativo de la punibilidad y son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena.

15.- **Autoridad**, es aquel órgano estatal, de facto o de jure, investido con facultades o poderes de decisión o ejecución cuyo ejercicio crea, modifica o extingue situaciones generales o concretas, de hecho o jurídicas, con trascendencia particular y determinada de una manera imperativa.

16.- **El servicio público**, es definido como un servicio técnico, ofrecido al público de una manera regular y continua, para la satisfacción de una necesidad colectiva y por una organización pública.

17.- **La fundamentación**, sobre las vías generales de comunicación, se encuentra en el artículo 73 fracción XVII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

18.- **La ley de Vías Generales de Comunicación**, las define en la fracción XI, del artículo 1º, el artículo 2º, considera como parte integrante de las mismas; los servicios auxiliares, las obras, construcciones y demás dependencias y accesorios; los terrenos y aguas necesarios para el derecho de vía y para el establecimiento de los servicios y obras necesarios para las

mismas; y los terrenos y aguas que sean necesarios para el derecho de vía y para el establecimiento de los servicios y obras, a que se refiere la fracción anterior. La extensión de los terrenos y aguas y el volumen de éstas se fijará por la Secretaría de Comunicaciones.

19.- **Las atribuciones**, son medios para alcanzar determinados fines, es natural que el número y extensión de aquéllas varíen al cambiar éstos. Los criterios para fijar unas y otras no constituyen cuestiones jurídicas, sino que corresponden al campo de las ciencias políticas.

20.- **La competencia estatal**, tiene una significación idéntica a la capacidad en derecho privado; es decir, el poder legal de ejecutar determinados actos. Constituye la medida de las facultades que corresponden a cada uno de los órganos de la Administración.

21.- **El Agente del Ministerio Público**, puede tener conocimiento de un hecho delictuoso en forma directa e inmediatamente, por conducto de los particulares; por algún agente de la policía o por quienes estén en cargos de un servicio público.

22.- **De las diligencias practicadas**, se hacen constar en forma escrita, en la denominada acta de policía judicial o diligencias de averiguación previa. Es un documento en donde constan, los actos realizados por el Agente del Ministerio Público, mismo que en su oportunidad facilitará concluir, si existe encuadramiento de la conducta o hecho, en uno más tipos penales y quién o quiénes son sus probables autores.

23.- Cuando aparezca de la **averiguación previa**, que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos, que en su caso exija la ley y se ha acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad

del indiciado, el Ministerio Público, ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

24.- **El sujeto activo del delito que nos ocupa**, es la persona física con capacidad de comprender y de ser sujeto de derechos y obligaciones del derecho penal, dando permiso a otro u otros sujetos, con derechos y obligaciones, a ejercer el comercio en la vía pública sin el permiso de la autoridad competente, y alcance un lucro para si o para un tercero de dicha situación.

25.- **El cuerpo del delito**, es definido cuando hay tipicidad de la conducta o hecho, de acuerdo con el contenido de cada tipo, de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá, atendiendo a la situación concreta.

26.- **La probable responsabilidad**, es cuando existen elementos suficientes, para suponer que una persona pudo tomar parte, de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable.

27.- **El Ejecutivo Federal**, ejercerá sus facultades, por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, sin perjuicio de las facultades expresas que otros ordenamientos legales le concedan a otras dependencias del Ejecutivo Federal.

28.- **La conducta** desplegada del sujeto activo del delito, es de acción, porque determina el comportamiento voluntario humano encaminado a un hacer, ya sea positivo o negativo, esto es, porque se ordena a otros a ejercer el comercio en la vía pública y se omite obtener el permiso de la autoridad competente, para conseguir algún beneficio o lucro para el que determina o para un tercero.

29.- **En relación al tipo**, es un tipo anormal, toda vez que hay elementos objetivos, subjetivos y normativos.

30.- **Para que el sujeto sea imputable**, debe querer y entender en el campo penal, es decir, estar bien de sus facultades mentales y tener dieciocho años o más.

31.- En relación a la **culpabilidad, es un delito doloso**, puesto que contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebrante el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto.

32.- En relación a la **punibilidad** en el delito en comento, se establece que "...se le impondrán de uno a tres años de prisión y multa de cien a trescientos días multa".

33.- De lo expuesto anteriormente, se puede apreciar que es difícil integrar el tipo, en estudio, tanto para el Representante Social como para el juez de lo penal, por tal motivo se propone reformarlo de la siguiente forma:

Artículo 172-Bis. Comete el delito de de utilización indebida de la vía pública y sitios de uso común:

II.- El que determine a otros a ejercer el comercio en la vía pública o sitios de uso común tales como calles, avenidas, andadores públicos, plazas, estacionamientos para obtener un lucro o ventaja económica, sin la debida autorización o permiso de la autoridades competentes.

BIBLIOGRAFIA

- | | |
|---|--|
| 1.- ARELLANO GARCIA CARLOS | EL JUICIO DE AMPARO
Editorial Porrúa. 1997 |
| 2.- BURGOA ORIHUELA IGNACIO | EL JUICIO DE AMPARO
Editorial Porrúa. 1998 |
| 3.- CARRANCÁ Y RIVAS RAÚL
CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL | CÓDIGO PENAL ANOTADO
Editorial Porrúa. 1999 |
| 4.- CASTELLANOS TENA FERNANDO | LÍNEAMIENTOS
ELEMENTALES
DE DERECHO PENAL
Editorial Porrúa. 1998 |
| 5.- FRAGA GABINO | DERECHO ADMINISTRATIVO
Editorial Porrúa. 1997 |
| 6.- GOMEZ GRANILLO MOISES | BREVE HISTORIA DE LAS
DOCTRINAS ECONOMICAS
Editorial Esfinge. 1998 |
| 7.- MANTILLA MOLINA ROBERTO L. | DERECHO MERCANTIL
Editorial Porrúa. 1998 |
| 8.- OSORIO Y NIETO CÉSAR AGUSTO | SÍNTESIS DEL DERECHO
PENAL, PARTE GENERAL
Tercera Edición
Editorial, Trillas. |
| 9.- PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO
MEXICANO | DERECHO PENAL

Editorial Porrúa, 1999 |
| 10.- PORRUA PÉREZ FRANCISCO | TEORÍA DEL ESTADO
Editorial Porrúa. 1997 |
| 11.- PORTE PETIT CANDAUDAP
CELESTINO | APUNTAMIENTOS DE LA
PARTE GENERAL DE
DERECHO PENAL
Editorial Porrúa. 1998 |
| 12.- SOSA ORTÍZ ALEJANDRO | LOS ELEMENTOS DEL TIPO
PENAL
Editorial Porrúa. 1999 |

**13.- TENA RAMIREZ FELIPE
CONSTITUCIONAL**

**DERECHO
MEXICANO**
Editorial Porrúa. 1998

14.- SERRA ROJAS ANDRES

**DERECHO ADMINISTRATIVO
TOMO I**
Editorial Porrúa. 1998

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- | | |
|--|-----------------------|
| 1.- CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS | Editorial Porrúa 1999 |
| 2.- CÓDIGO DE COMERCIO | Editorial Porrúa 1999 |
| 3.- CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL | Editorial Sixta 1999 |
| 4.- LEY DE VIAS GENERALES DE COMUNICACIÓN | Editorial Porrúa 1999 |