



308409

UNIVERSIDAD LATINA, S.C.

R.F.C. ULA 730813 3ÚI
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.

"LUX VIA SAPIENTIAS"
ESCUELA DE DERECHO
CAMPUS CENTRO

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE
USO INDEBIDO DE LA VIA PUBLICA, PREVISTO EN
LA FRACCION II Y ULTIMO PARRAFO DEL
ARTICULO 171 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL.

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ISRAEL ADRIAN MARES NUÑEZ

ASESOR DE LA TESIS: LIC. JAIME SALAS SERRATOS.

MEXICO, D. F.

DICIEMBRE DE 2001



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.

Agradezco a todas y cada una de las personas que me guiaron en mi vida, para poder alcanzar mi meta y muy en especial a mi familia por comprenderme y apoyarme y con todo mi amor les dedico este trabajo.

A mi madre, por que sin su apoyo nunca lo hubiera logrado. Por todos esos años de preocupación y desvelo, por impulsarme a seguir adelante.

Por su incondicional apoyo y protección le doy las gracias a mi hermana Lourdes, así como a toda su familia.

A mi hermana Martha, le agradezco el que me apoyara en todo momento, por su cariño y fortaleza.

A mi hermana Araceli, por todas las hermosas experiencias desde mi niñez, y tu valioso tiempo que me dedicaste.

Al amor de mi vida: mi pequeño hijo Adrián Mares,
con todo mi cariño.

Agradezco infinitamente a todos mis profesores, a
mi asesor Jaime Salas Serratos, Juan Carlos Rayo Mares,
Susana González Caballero, Julia Ramírez León y a mi
querido maestro Leobardo Pazarán Flores, y a mis amigos
Salvador Vázquez Guzmán, Héctor Cuadra y Mauro
Rodríguez León.

INDICE

CAPITULO I

HISTORIA DEL COMERCIO Y CREDITO -----	1
LOGICA Y CAUSAS DEL COMERCIO -----	1
DIFERENTES ETAPAS DEL COMERCIO -----	2
TRUEQUE O PERMUTA -----	3
COMPRAVENTA NO MONETARIA -----	3
ETAPA MONETARIA -----	4
COMPRAVENTA A CREDITO -----	5
COMPRAVENTA INTERNACIONAL EN COMPENSACIÓN -----	7
EL COMERCIO EN MEXICO -----	8
SUJETOS DEL COMERCIO -----	10
DEBERES Y DERECHOS DE LOS COMERCIANTES -----	13
CONCEPTO DE VIA PUBLICA. -----	14
CONCEPTO DE AUTORIDAD -----	14
SERVICIOS PUBLICOS -----	15

VIAS DE COMUNICACIÓN -----	17
----------------------------	----

CAPITULO II

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE USO INDEBIDO DE LA VIA PUBLICA, PREVISTO EN LA FRACCION II, DEL ARTICULO 171 BIS, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. -----	20
--	----

LA CONDUCTA Y AUSENCIA -----	22
------------------------------	----

- a).- ASPECTO INTERNO; y
- b).- ASPECTO EXTERNO.

LA CONDUCTA EN EL DELITO DE UTILIZACION INDEBIDA DE LA VIA PUBLICA PREVISTO EN LA FRACCION II DEL ARTICULO 171 BIS, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. -----	26
--	----

a).- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA. -----	32
--	----

b).- CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO. -----	33
---	----

c).- AUSENCIA DE CONDUCTA -----	35
---------------------------------	----

El Sonambulismo.-
El Hipnotismo.-

CAPITULO III

TIPO, TIPICIDAD Y ATIPICIDAD. -----	39
-------------------------------------	----

A).- CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO -----	42
---	----

TIPO FUNDAMENTAL, BASICO O SIMPLE.-
TIPO NORMAL.-

TIPO INDEPENDIENTE O AUTONOMO.-
 TIPO DE FORMULACION LIBRE.-
 TIPO COMPLEMENTADO CUALIFICADO.-

B).- ELEMENTOS TIPICOS DEL DELITO PREVISTO EN LA FRACCION II DEL
 ARTICULO 171 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 43

MODALIDADES DE LA CONDUCTA ----- 46

ELEMENTOS NORMATIVOS ----- 48

A) TIPO OBJETIVO
 B) TIPO SUBJETIVO.-

ELEMENTO COGNOSCITIVO O INTELECTUAL DEL DOLO ----- 52

ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO COGNOSCITIVO DEL DOLO 53

ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO ----- 54

DOLO DIRECTO.-
 DOLO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS o DOLO INDIRECTO o DE
 SEGUNDO
 DOLO EVENTUAL.-

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DISTINTOS DEL DOLO ----- 55

C)- A T I P I C I D A D ----- 56

ERROR DE TIPO ----- 57

CAPITULO IV.

A).- LA ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE LICITUD -----	59
B).- CAUSAS DE LICITUD -----	61
a).- LEGITIMA DEFENSA.-	
b).- ESTADO DE NECESIDAD:	
c).- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER:	
d).- EJERCICIO DE UN DERECHO: "	

CAPITULO V.

LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD -----	65
A).- EVOLUCION DE LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD.	
I).- TEORIA PSICOLOGICA.	
II).- TEORIA NORMATIVA Y,	
III).- TEORIA EMINENTEMENTE FINALISTA	
B).- LA IMPUTABILIDAD.	
LA SICOSIS.-	
C).- ACTIO LIBERAE IN CAUSA.	
D).- POSIBILIDAD CONCRETA DE CONOCER EL CARÁCTER ILICITO DEL HECHO REALIZADO.	
E).- ERROR DE PROHIBICION DEL HECHO.	
F).- LA EXIGIBILIDAD DE UNA CONDUCTA CONFORME A LA LEY.	
ITER CRIMINIS -----	76

A).- T E N T A T I V A .

B).- C L A S E S D E T E N T A T I V A .

PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS ----- 81

A) .- PUNIBILIDAD

B).- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

AUTORIA Y PARTICIPACION ----- 89
LA PARTICIPACION.

CONCLUSIONES ----- 97

BIBLIOGRAFIA ----- 101

PROLOGO.

El presente trabajo tiene por objeto no simplemente cumplir con un requisito académico sino aportar a la ciencia Jurídica, una Reforma al Código Penal para el Distrito Federal en su fracción II y último párrafo del artículo 171 Bis toda vez que los comerciantes en Vía Pública, son ciudadanos que merecen la atención de las autoridades y la protección de la Ley, no para perpetuar sus condiciones de subempleo, o marginación sino para la búsqueda de nuevas oportunidades a través de la capacitación social para el trabajo, la creación de alternativas laborales, mediante el fomento de artes, y oficios tradicionales, la formación de micro empresas, que respondan a las necesidades del mercado, o cualquier otra modalidad que permita su inserción en un nivel superior, al de la economía de subsistencia.

La mayoría de las organizaciones en que se agrupan los comerciantes, en la Vía Pública responden a la salvaguarda de los intereses de sus agremiados y ajustan sus actos a la legalidad. Sin embargo existen otras que extorsionan y manipulan a sus miembros para beneficio de unos cuantos y se resisten a todo intento de reordenamiento, por que consideran que si los vendedores obtienen permisos y se sujetan a la Ley, pueden perder su capacidad de manipulación. Por ello descalifican los actos de autoridad amenazan con implantar el caos en la ciudad y se resisten a la aplicación de la Ley.

Difícil ha sido para las autoridades, exterminar la venta en la vía pública actividad casi tan vieja como la humanidad. No solo el hombre capitalista aspira a crear y dirigir una empresa, también el individuo de escasos recursos, cansado de lo que considera explotación de la clase patronal, se las ingenia para tener su propia empresa y así cumplir con los suyos ofreciéndoles una vida decorosa que no obtiene con el raquítico salario mínimo general. Al semifijo comerciante en la Vía Pública, mejor conocido, sin serlo, como vendedor ambulante, se le suman otros trabajadores no asalariados que ejercen su profesión ofreciendo sus servicios en las mismas condiciones.

En ocasiones por el ejercicio de esta actividad en la Vía Pública, diferentes sectores de comerciantes establecidos se sienten atacados en sus intereses y a su vez contraatacan auxiliados por las autoridades en el invaluable del Centro Histórico, así como del Paseo de la Reforma y demás bellos lugares de esta ciudad, también hay que resolver conforme a derecho, y sin afectar las Garantías Individuales de las personas, el hambre y la necesidad de trabajo bien remunerado, que existen en la población y no se pueden ocultar.

Es importante recordar que los vendedores en la Vía Pública, que a todo derecho recae una obligación y que a toda obligación recae un derecho. No deben olvidar que la facilidad que les pueden conceder las autoridades es limitada a procedimientos fiscales, y administrativos con que deben cumplir, pagando derechos y acatando reglas, para no provocar enfrentamientos con inspectores y

policías ni crear problemas a la ciudadanía en general, quien sufre las consecuencias de los disturbios.

Los vendedores en Vía Pública tienen que pugnar por que los productos que expenden, no sean de origen dudoso, que sean de calidad, que se encuentren en buenas condiciones, y puedan negociarse a precios económicos, para beneficiar con mayor volumen de ventas sus ingresos comerciales y también al comprador que debe quedar satisfecho del producto que adquiere.

INTRODUCCION.

El presente trabajo, comprende cinco capítulos, con los que se lleva acabó el estudio del artículo 171 Bis fracción II, y último párrafo, del Código Penal para el Distrito Federal; en donde se analizan los Elementos del Delito como son la Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpaabilidad.

En el Capítulo Primero, se lleva acabó, una reseña de cómo se ha desarrollado, el comercio en nuestro país y asimismo resaltamos algunos conceptos básicos para la mejor comprensión del contenido de la presente Tesis.

El Capítulo Segundo, entra de lleno al análisis de la Teoría del Delito, comenzando por el examen de la Conducta del delito de Uso indebido de la Vía Pública, llevando acabó una interpretación Hermenéutica, que es la base sobre la que se trabaja en el presente trabajo, pues al llevar acabó el estudio de este elemento del delito, motiva la investigación, del precepto citado, dada la irregularidad encontrada, pues ataca las Garantías Individuales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Capítulo Tercero, desarrolla la Tipicidad y lo que esto trae aparejada, se dice que este Capítulo tiene como coloquialmente se dice " La textura fina del Tejido", pues se lleva acabó el análisis de lo que es el Tipo, el Dolo

y sus diferentes acepciones, el Objeto Material, el Bien Jurídico Protegido, etcétera; en este mismo apartado, analizamos lo que es la Atipicidad, que no es otra cosa que la ausencia de la adecuación de la conducta al Tipo, este apartado es muy importante pues resalta lo que la doctrina llama el Error de Tipo, y se citan a grandes autores como EUGENIO RAUL ZAFARONI, que es considerado como uno de los finalistas más reconocidos en la materia.

Ya en el Capítulo Cuarto, que es uno de los más cortos en la presente Tesis y no por eso el menos importante, se estudian la Antijuridicidad y las causas de Licitud de una conducta típica, como son la Legítima Defensa, El Estado de Necesidad, El cumplimiento de un Deber y el Ejercicio de un derecho; por que el legislador no solo creó preceptos prohibitivos sino también permisivos, los cuales en ciertos casos específicos permiten la realización del tipo, sin que sea punible su conducta, es decir, la realización de un tipo de prohibición se encuentra amparada conforme a derecho.

El presente trabajo no podría estar completo sin antes analizar la Culpabilidad, en el Quinto Capítulo, en donde surgen cuestiones Psicológicas muy interesantes que tienen que ver con tres teorías la Psicológica, la Normativa y la Finalista, además se estudia la Imputabilidad es decir la capacidad de culpabilidad que tiene una persona; en este mismo capítulo se analiza el llamado ITER CRIMINIS o camino que recorre el Delito, desde su ideación (fase interna), hasta su Ejecución (fase externa), la Tentativa y finalmente la punibilidad haciendo

referencia a todas y cada una de las contenidas en el artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal.

En la última parte de este Trabajo, contiene una crítica a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal así como las conclusiones a las que se llegaron con el estudio del artículo 171 Bis fracción II y último párrafo del Código Procesal citado, y para finalizar se propone una Reforma al multicitado artículo.

CAPITULO I

HISTORIA DEL COMERCIO Y CREDITO

LOGICA Y CAUSAS DEL COMERCIO

Generalmente cada oficio o profesión surge como una solución constituida espontáneamente a la medida de alguna de las innumerables necesidades a las que, de manera frecuente, repetitiva y por el motivo que sea, se enfrentan los individuos de un grupo social. Cada uno escoge de entre las necesidades a la vista, la que puede y quiere satisfacer, y al aplicarse a ella se dice que encuentra su lugar en la sociedad, porque desde entonces se dedica a un oficio o profesión determinada.

A diferencia de las profesiones y los oficios nominales, la especialidad del comercio no se da en función de la satisfacción de una sola necesidad o apetencia, sino en función de la universalidad de los satisfactores susceptibles de ser ofrecidos, ya que las necesidades o apetencias en ellas mismas, para el comerciante, son enteramente lo de menos. Desde luego, se trata de una actividad sin límites, pues no se contrae la satisfacción de un solo tipo de necesidad o apetencia sino al contrario, tiene aptitud para satisfacer las que sean. Que un comerciante venda un determinado artículo no le impide vender otro en cualquier momento; en tanto que un médico, por ejemplo, como tal, no puede satisfacer más que la necesidad de salud.

Para que exista el comercio, es indispensable que haya libertad. En efecto, si el comprador no tiene libertad para comprar lo que necesita o apetece y el comerciante tampoco la tiene para vender lo que su sensibilidad le muestra como lo más necesitado; y, por el contrario, el comprador solo puede comprar y el comerciante únicamente puede vender, lo que en ambos casos su gobierno les asigna, entonces no hay comercio, porque no hay interdependencia

en la satisfacción de sus mutuos intereses, no hay correspondencia en lo que cada uno está dispuesto a dar, a cambio y fundamentalmente, porque no hay satisfacción individual de las necesidades y apetencias del grupo y solo serán instrumentos de la macro planeación diseñada por el grupo gobernante que no permite alternativa; háblase en tal caso del sistema de economía planificada, en oposición al capitalismo o sistema de libre mercado.

A pesar de que todo grupo social necesita del comercio para procurarse este tipo de satisfacción y alcanzar la consecuente armonía, se debe remarcar que el nivel de libertad requerido para su desarrollo puede proporcionar un alto riesgo de exceso (y consecuentemente abuso) de poder. En efecto, si un satisfactor es altamente necesitado o apetecido por cualquier razón.

DIFERENTES ETAPAS DEL COMERCIO

El comercio implica la interdependencia de dos voluntades con intereses tanto diferentes como complementarios. Por un lado, un sujeto tiene una necesidad o apetencia y, por otro, un sujeto ofrece su satisfacción, siempre a cambio de algo. En la actualidad ese algo es, por su puesto el dinero, pero esto no ha sido tan claro sino durante los últimos dos mil años y solo en determinadas sociedades. Anteriormente ese algo, era harto diferente, aunque cumplía como en la actualidad lo hace el dinero, con tener el valor suficiente para poderse cambiar, sin dificultad, por la satisfacción requerida. Pues bien, los diferentes bienes y valores que históricamente se han dado a cambio de una satisfacción dan nombre a su vez a las diferentes etapas del comercio, las cuales pueden distinguirse en las siguientes:

Trueque o permuta

Compraventa no monetaria

Compraventa monetaria

Compraventa a crédito

Compraventa internacional en compensación.

TRUEQUE O PERMUTA

Durante esta primera etapa, el tráfico se distingue por la imperiosa necesidad que tiene un sujeto al que le sobra alguno de los bienes que produjo, por no haberlos consumido todos, de un bien producido por otro sujeto, que también tiene excedente de sus propios productos e, incidentalmente, requiere los que a aquel le sobran. Habiendo excedentes de producción en ambos sujetos, y teniendo cada uno necesidad de lo que al otro le sobra, el trueque se produce espontáneamente al adquirir, uno y otro, el papel del comerciante y consumidor, sin que hubieren mediado factores modificativos de su ánimo, como el de lucro o de riqueza, en virtud de que no había otro remedio que la entrega y la recepción simultáneas.

COMPRAVENTA NO MONETARIA

Esta etapa del comercio surge como la consecuencia obligada de la problemática de insatisfacción referida, cuya solución consistió en el surgimiento de los bienes denominados bienes con valor común, es decir, bienes que representaran el mismo valor, o la misma utilidad para todos.

En la época a que nos referimos, no existían monedas, y los bienes con valor común (que representan lo mismo) eran aquellos que, además de no ser perecederos, eran fáciles de almacenar, medir y transportar, como los metales, las piedras preciosas o los bienes que tenían una utilidad inmediata, por ejemplo, los animales, los esclavos o las herramientas de trabajo.

El comercio, entonces se realizaba, por parte del comerciante, con la entrega del satisfactor y por parte del comprador, con la entrega del valor común, cuyo

quantum quedaba en el nivel de la pura convención y de acuerdo con las circunstancias de cada operación.

ETAPA MONETARIA

Esta etapa es una consecuencia inmediata de la anterior. Algunos valores comunes entre los que destacan los metales, por sus propiedades de resistencia, belleza, facilidad de transporte y de almacenamiento, se convirtieron, espontáneamente, en el elemento de intercambio por excelencia, a tal extremo que acabaron por transformarse en mercancías de cambio, es decir, en bienes cuya principal utilidad era la de adquirir más bienes. La función del metal fue, entonces, la de permitir comprar.

El éxito más acabado de esta funcionalidad consistió en que los metales sirvieron para fijarle precio a las cosas. Esta extraordinaria utilidad se puede apreciar si se intenta fijarle precio a alguna cosa, sin que para ello se utilice una unidad monetaria. Es decir, la función de los metales era la siguiente:

Eran bienes destinados exclusivamente para ser cambiados por otros, eran medidas de cambio, utilizadas para saber cuánto valía cada cosa, era un sistema irrefutable de conservación del valor, sin importar el tiempo ni el espacio.

No obstante esta afortunada funcionalidad, el intercambio con metales presentó también ciertos defectos. Por ejemplo el comerciante que adquiere una cosa pagando, dos balanzas con diámetro de un codo, llenas a ras, de cobre y posteriormente la quería vender en el mismo precio, a otro comerciante que no tenía balanza, necesariamente tuvo dudas en cuanto a que, probablemente, estaba recibiendo menos metal del que había pagado por ella. Esta circunstancia permite comprender el porqué de la existencia actual de monedas que se denominan pesetas (peso máximo de ciertas balanzas bilbainas),

libras (balanza tipo utilizada en la ínsula anglosajona), pesos (balanzas españolas destinadas a las indias), etc. todas ellas de utilización obligatoria para denominados comerciantes. Sin embargo, la utilización exclusiva de ciertas balanzas también presentaba el inconveniente de que no siempre estaban disponibles, o bien no siempre existía, a mano, el tipo de metal necesario para compensar la operación.

Entonces, con el inconveniente interés de facilitar y allanar el tráfico comercial, se aceptó la necesidad de fundir pequeñas porciones de metal, idénticas todas, con objeto de que en cada operación, el intercambio no dejara incertidumbre respecto del quantum del valor intercambiado; así como también, por supuesto, con objeto de mantener la relación histórica de la utilidad que había recibido el vendedor, en caso de que hubiese vendido la cosa en una cantidad de piezas superior a aquella en la cual lo había comprado.

Estando el comerciante habituado a dar y recibir valores representados, el siguiente paso fue cambiar el instrumento de representación, del que era muy escaso, por otro más abundante y casi inagotable; el metal por el papel. Se imprime entonces, un papel en cuyo texto se representa a un cierto número de monedas metálicas, dando origen así a la moneda de papel, moneda cartular o simplemente papel moneda.

COMPRAVENTA A CREDITO

Una vez más la evolución dialéctica de la anterior constituye el origen inmediato de esta nueva etapa del comercio, cuya característica más significativa consiste en que a diferencia de las tres primeras, en las cuales el intercambio lo realizan comprador y vendedor simultáneamente en el mismo espacio, en ésta, el intercambio se desdobra en dos momentos: en el primero, el

vendedor entrega la cosa y en el segundo, siempre posterior, el comprador entrega su precio; en el intercambio realizado en el tiempo. El vendedor entregaba la cosa porque tenía fe, confianza (credere) en que el comprador se la pagaría; es decir, le daba crédito a su promesa de pago. Esta confianza, puramente comercial y nunca personal, obedecía a la constante persistencia, dentro de otras, de las circunstancias siguientes:

- a) Es una opinión difundida que el patrimonio de un comerciante lo constituyen tanto su dinero sino su imaginación, su mercancía y su crédito (el desprestigio repercute en la situación económica y produce daños patrimoniales que no pueden resarcirse pecuniariamente)
- b) Otra razón histórica del crédito, más violenta que la anterior, es el miedo. En efecto, el miedo a que en su tránsito o almacenamiento se pierda el dinero o la mercancía por robo, extravío o un siniestro natural o deliberado, origina un servicio de máxima importancia, que consiste en el transporte o el almacenamiento a cambio de dinero.
- c) La tercera justificante histórica del crédito obedece a razones puramente comerciales que siguen teniendo vigor. Como en la actualidad, en los albores del comercio, los comerciantes sostenían , simultáneamente, relaciones mercantiles con compradores y vendedores que a su vez traficaban entre ellos y que, por tanto, podían resultar acreedores y deudores mutuos, al paso que, con frecuencia, alguno de los acreedores de un comerciante era a su vez deudor de alguno de sus propios deudores. Entonces, en vez de alentar el comercio pagando y cobrando cada deuda a la persona pactada originalmente, los derechos de cobro sobre un deudor se transmiten a un acreedor como pago, para que éste los cobre, mediante cartas en las que se especifican los detalles de la compensación (en lugar de que se me pague a mi, que se le pague a alguno de mis acreedores). Esta triangulación evoca la construcción de la letra de cambio.

- d) Otra de las circunstancias históricas del crédito, igualmente vigente en la actualidad, consiste en que el comerciante concluyó en que otorgando crédito aumentaba sus ventas y, consecuentemente, prosperaba. La falta de pago —el efecto del crédito por excelencia— no era sino otro de los riesgos que el comerciante debía asumir al acometer su negocio.

COMPRAVENTA INTERNACIONAL EN COMPENSACION

Esta se puede considerar la última de las etapas del comercio por ser, en nuestra opinión, el último momento histórico, en relación con los quehaceres mercantiles, que presenta la tipología necesaria para considerarse tal. Es una etapa diferente, que no surge como una consecuencia de las anteriores y, por el contrario, puede verse como la evidencia científica del reenvío a experiencias superadas, conocidas como el péndulo histórico, en el sentido de que esta etapa implica, elementalmente, un claro regreso (que no retroceso) al trueque, cuyo mecanismo consistía en cambiar excedentes propios por los excedentes de otros, como la mejor manera de satisfacer una necesidad.

EL COMERCIO EN MEXICO

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 1524.

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 de 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 1º de julio del siguiente año, se organizaron tribunales especiales para conocer de las causas mercantiles y se provuyó también a la creación de Juntas de Fomento, para velar 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 las 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, aun 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 debió al jurisconsulto don Teodosio Lares, encargado por Santa Anna del Ministerio de Justicia, se promulgo, con fecha 16 de mayo, el primer Código de Comercio Mexicano.

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

La vigencia de éste 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 1890.¹

SUJETOS DEL COMERCIO

Sujetos del 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

¹ MANTILLA MOLINA ROBERTO L. Derecho Mercantil.- Editorial Porrúa S.A de C.V., Tercera Edición México.- 1998. Págs. 3,10 y sigs.

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.

Los comerciantes individuales, de acuerdo a la letra de la fracción I del artículo 3° del Código de Comercio. Se podría pretender deducir que solo 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 e 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 imbeciles los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los afectos a drogas y enervantes, no pueden realizar válidamente actos jurídicos 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°, del 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.

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 correspondiera de no tener el carácter de comerciante.

Los deberes profesionales del comerciante son:

- a) Anunciar su cualidad mercantil;
- b) Inscribir en el Registro de Comercio determinados documentos;
- c) Llevar libros de contabilidad; y
- d) Conserva 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 5° 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, pueda obtener alguna 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 haber, 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.

CONCEPTO DE VIA PUBLICA

Vía Pública es todo espacio de uso Común que por disposición del departamento, se encuentre destinado al libre tránsito, de conformidad con las leyes y reglamentos de la materia, así como todo inmueble que de hecho se utilice para ese fin. Es característica propia de la Vía Pública el servir para la aereación, iluminación y asoleamiento de los edificios que la limiten, para dar acceso a los predios colindantes, o para alojar cualquier instalación de una obra pública o de un servicio público.

CONCEPTO DE AUTORIDAD.

El órgano requiere de los titulares para manifestarse ; sin ellos sería solo un conjunto de normas irrealizables meramente literarias. Las personas sin el órgano, carecerían de la necesaria capacidad para actuar, ella es la que da la 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.²

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.³

Para GABINO FRAGA, autoridad comprende a todas aquellas personas que dispone de la fuerza pública, en virtud de las circunstancias ya legales, ya de hecho y que por si mismo estén en posibilidad material de obrar como individuos, que ejercen actos públicos por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen.⁴

SERVICIOS PUBLICOS

² SERRA ROJAS ANDRES. Teoría del Estado. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Quinta Edición México, 1999. Pág. 293

³ BURGOA ORIHUELA IGNACIO. El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Sexta Edición, México, S.A de C.V 1999. Pág. 338

⁴ FRAGA GABINO, Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S.A de C.V., Segunda Edición México. 1999. Pág. 126

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".⁵

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.

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".⁶

⁵ Citado por FRAGA GABINO. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S.A de C.V., Cuarta Edición México. Pág. 22

⁶ SERRA ROJAS ANDRES. Teoría del Estado. Editorial Porrúa, S.A de C.V., Segunda Edición México. 1998. Pág. 76

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 quedaría insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha y aunque la idea de interés público se encuentra en todas las actividades 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.

Derecho 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 en el sentido de organismo u oficina pública.

VIAS DE COMUNICACION

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 vías 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 perjuicios de las facultades expresas que 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.

CAPITULO II

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE USO INDEBIDO DE LA VIA PUBLICA, PREVISTO EN LA FRACCION II, DEL ARTICULO 171 BIS, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, tanto en su aspecto positivo como negativo y las diversas formas de manifestación del mismo. Consecuentemente, la Teoría del Delito debe enfocarse hacia los siguientes problemas:

- a): Existencia del delito;
- b) La inexistencia del delito, y .
- c) Las formas de aparición del delito.

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

- i.- La totalizadora o unitaria; y

II.- La analítica o atomizadora llamada por Bettiol, método de la consideración analítica o parcial.

I.- Los unitarios consideran al delito como una entidad que no se deja dividir en elementos diversos, es decir, "el delito es un todo orgánico; es una especie de bloqueo monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en algún modo fraccionable, y su verdadera esencia, la realidad del delito, no está en cada uno de sus componentes y tampoco es su suma, sino en su todo y en su intrínseca unidad. Solo mirando el delito bajo este perfil es posible comprender su verdadero significado, no debiendo olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea"⁷

II.- La concepción analítica, estudia al delito desintegrándolo en sus propios elementos, pero considerándolo en conexión íntima, al existir una vinculación indisoluble entre ellas, en razón de la unidad del delito⁸

Por su parte Jiménez de Asúa, señala: "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"⁹

Por su parte Mezger conceptúa que el delito es "la acción típicamente antijurídica y culpable".¹⁰

Para nosotros, los elementos esenciales del delito son: a) CONDUCTA, b) TIPICIDAD, c) ANTIJURIDICIDAD y d) CULPABILIDAD; toda vez

⁷ CELESTINO PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa S.A. de C.V., Sexta Edición. México, 1982. P. 240.

⁸ Idem. P. 241.

⁹ LUIS JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Editorial Buenos Aires, 2ª Edición 1957. P.230

¹⁰ EDMUNDO MEZGUER. Derecho Penal -Parte General- Editorial Cárdenas. Editor y Distribuidor, 2ª edición, México 1990.

que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, pero no un elemento del mismo; en relación a la punibilidad ésta es una consecuencia ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo.

Establecido lo anterior, es necesario efectuar un análisis de cada uno de los elementos mencionados, siendo procedente iniciar el análisis con el primer elemento que da origen al delito, es decir, la conducta:

LA CONDUCTA Y AUSENCIA.

a).- Concepto y función de la conducta.-

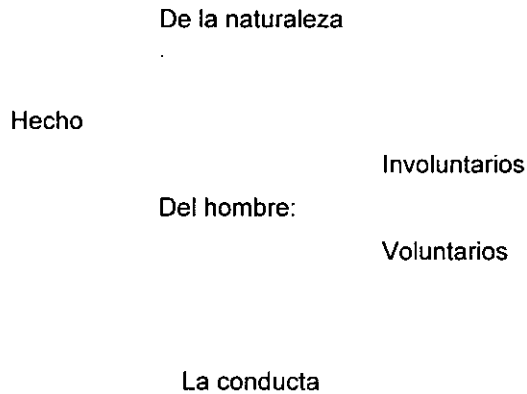
El Derecho pretende regular la conducta humana, no pudiendo ser el delito otra cosa que una conducta, consistente en un hacer (actividad) u omitir (abstenerse de obrar), es punible dado que el ser humano es el único ente viviente racional que posee inteligencia (que le sirve para conocer, saber, aprender y reflexionar) y voluntad (que tiene por objeto conocer la verdad que nos sirve para decidir, escoger, elegir, aceptar o rechazar), por lo tanto es el ser humano a través de sus conductas el único que puede ser sujeto de las infracciones que prevé el Derecho, pues de rechazarse el principio "nullum crimen sine conducta", el delito podría ser cualquier cosa, abarcando la posibilidad de penalizar el pensamiento, o la conducta de los animales, etc.

El Código Penal vigente, en el artículo 7º, señala que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Por lo tanto, el acto u omisión son las dos únicas formas de manifestación de la conducta humana que pueden constituir ilícito penal.

Porte Petit, es partidario de utilizar los términos –conducta y hecho– para denominar elemento objetivo del delito; conducta, cuando esta misma agota

el elemento objetivo del delito, como sucede en los delitos de mera actividad, carentes de resultado material y, hecho, cuando la ley requiere además de la acción o de la conducta (que es un elemento del hecho) cuando la descripción del tipo precisa el resultado material.

Zafaroni, de igual manera hace referencia en el sentido de que el "hecho es la conducta más el nexo causal y el resultado"¹¹, elaborando el siguiente cuadro:



Para Edmundo Mezger, el "hecho punible es la conducta humana la cual presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo; toda vez que el hombre tiene una doble naturaleza material y psíquica,. Por lo que su conducta en la convivencia humana, presenta siempre por consiguiente, un aspecto externo, perceptible físicamente y otro interno y psíquico"¹²

¹¹ EUGENIO RAUL ZAFFARONI. Manual de Derecho Penal -Parte General-. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Reimpresión. México 1991 p. 360.

¹² EDMUNDO MEZGER. Derecho Penal -Parte General- Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor, 2ª edición 1990. P. 78.

Francisco Pavón Vasconcelos, nos dice que “la conducta consistente en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria”¹³

Fernando Castellanos Tena, manifiesta que “la conducta es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito”.¹⁴

De lo expuesto por los juristas anteriormente aludidos, podemos determinar que toda conducta humana implica una voluntad, sin la cual no podríamos hablar de conducta y por lo tanto de delito.

“Existe una conducta penalmente relevante siempre que la realización del comportamiento típico dependa de un acto de voluntad del agente”¹⁵

“La voluntad es, querer activo, el querer que cambia algo. El que quiere –tiene voluntad–, se mueve hacia el resultado. El acto de voluntad es que se dirige al objeto alterándolo”¹⁶

Pero la voluntad implica siempre una finalidad, porque no se concibe que haya voluntad de nada o voluntad para nada.

¹³ FRANCISCO PAVON VASCONCELOS . Manual de Derecho Penal Mexicano –Parte General–, 4ª edición, Editorial-Porrúa, S.A de C.V. p. 176

¹⁴ FERNANDO CASTELLANOS TENA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. 24ª edición. México 1987. P. 149.

¹⁵ MARIASNO JIMENEZ HUERTA. Derecho Penal Mexicano. Introducción al estudio de las figuras típicas. Tomo I Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1985. 5ª edición. P. 105.

¹⁶ EUGENIO RAUL ZAFFARONI. Op. Cit. P. 360.

Hans Welzel, en su Teoría de la acción finalista manifiesta que "esas acciones u omisiones, son conductas dirigidas a un fin y a una meta impulsada por la voluntad. La acción, es un suceso "finalista" y no solo un suceso "causal".

La finalidad o actividad final de la acción tiene su fundamento en el hecho de que el hombre puede prever, hasta cierto punto, en virtud de su conocimiento causal, las consecuencias posibles de su actuar futuro y fijarse por lo tanto, distintas metas, dirigiendo su actuar futuro, de un modo sistemático hacia su consecución.¹⁷

Toda acción es una conducta enderezada por la voluntad y por ello, necesariamente es una conducta dirigida a un fin, a una meta el que actúa debe siempre querer "algo", y el que omite "no querer algo". De tal manera, toda acción lleva consigo, de acuerdo con su naturaleza ontológica (esencial) un carácter final.¹⁸ En la teoría causalista, la conducta humana es voluntaria sin que sea menester atender el contenido de la voluntad.

Ahora bien, la conducta, básicamente tiene dos aspectos:

- a).- ASPECTO INTERNO; y
- b).- ASPECTO EXTERNO.

El primero consiste en "la proposición de un fin y la selección de medios para su obtención, abarcando también hasta el momento de representarnos los resultados concomitantes".¹⁹

Pero no basta únicamente este elemento psíquico o interno para la integración de las conductas descritas en las figuras típicas, sino que ese "querer",

¹⁷ EDMUNDO MEZGER. Op. Cit. P. 91

¹⁸ Idem. P. 88

¹⁹ EUGENIO RAUL ZAFFARONI. Op. Cit. P. 362.

debe ser llevado al plano de la exteriorización de la conducta (aspecto externo). Cualquier actividad del ser humano que no sea un movimiento o inercia del cuerpo, no es susceptible de ser considerado por una figura típica.

A toda acción le corresponde un resultado y ambos están vinculados por un nexo de causalidad. Estos no forman parte de la conducta, pero sí la acompañan.

LA CONDUCTA EN EL DELITO DE UTILIZACION INDEBIDA DE LA VIA PUBLICA PREVISTO EN LA FRACCION II DEL ARTICULO 171 BIS, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Penal en el artículo 171 bis fracción II, en relación con el párrafo final del mismo numeral, establece dos hipótesis de conducta:

a).- Determinar a otro a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente obteniendo algún beneficio o lucro para si o para un tercero;

b).- Ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente.

Las mencionadas hipótesis de conducta están claramente delimitadas en la norma que se analiza. No hay duda alguna respecto de la conducta de instigar a otro a ejercer el comercio en la vía pública. Empero, el segundo supuesto de comportamiento típico se deriva de la interpretación hermeneútica del contenido del párrafo final del citado artículo 171 bis, pues en él se señala que "al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción II de este artículo, se le impondrán de uno a tres años de prisión y multa de cien a trescientos días multa".

Como se puede advertir, de la cita del precepto, en lo que nos interesa, es claro que se está refiriendo a dos conductas, que no pueden ser otras mas que la de instigar y la de ejercer el comercio en la vía pública, en razón de que el resultado del comportamiento típico traducido en obtener algún beneficio o algún lucro, como hemos dicho no constituye en conducta alguna, sino el resultado de haber determinado a otro a llevar a cabo el comercio en la vía pública o bien el hecho fáctico de haberse dedicado al mismo.

Primera hipótesis de conducta: Determinar.

Dogmáticamente debemos hallar el significado del verbo determinar. Así tenemos que el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción V señala que son autores o partícipes del delito "los que **determinen** dolosamente a otro a cometerlo". Tanto la doctrina nacional como extranjera, al analizar el precepto transcrito, coinciden en estimar que lo que se está reglamentando allí por el legislador mexicano es la forma de participación denominada instigación e indebidamente nombrada por algunos como "autoría intelectual".

Determinar conforme al diccionario de la real academia de la lengua española, proviene de latín *determinare*, que como verbo transitivo quiere decir fijar los términos de una cosa; en una segunda acepción se traduce como distinguir, discernir; en una tercera significa señalar, fijar una cosa para algún efecto; en una cuarta es tomar resolución; en una quinta es hacer tomar una resolución; y en un sexto significado se entiende como sentenciar, definir, determinar el pleito, la causa.

Sin embargo el significado que nos interesa del verbo determinar, es de que los autores entienden como forma de participación en su modalidad de inducción o determinación. Así tenemos que inducción, como sinónimo de determinación, e instigación se traduce en convencer o hacer que otro lleve a cabo

un hecho antijurídico. Esto es, en el caso que se analiza el sujeto se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, no tomando parte en el dominio del hecho mismo. En ello se distingue la inducción de la coautoría. Por el contrario, para la teoría subjetiva, lo decisivo es que el inductor solamente posee voluntad de participe y no de autor. La inducción o la determinación es siempre una influencia espiritual del autor mediante conexión, no bastando para la estimación de la inducción el procuramiento de una ocasión favorable que pueda suponer una tentación para el autor.

Los medios de la inducción o determinación generalmente no se hayan mencionados por los Código Penales, y esto es correcto porque dada la gran variedad de hipótesis, se podría caer en un causismo exagerado que no es propio de los ordenamientos legales algunos de los casos de determinación se encuentran en las promesas, regalos, amenazas, abuso de ascendiente o de violencia, provocación de un error, la expresión de un deseo, un aparente desaconsejar, que el autor puede echar andar. En principio todos los medios de inducción son idóneos en la medida en la que supongan un influjo psíquico también es imaginable inducción en forma de inducción a la determinación al hecho principal (inducción en cadena). El inductor que se encuentra en la cadena no precisa conocer ni el número ni el nombre de los demás miembros intermedios, ni tampoco el nombre del autor principal, con tal de que posea una representación concreta del hecho principal. Además, la determinación también puede cometerse en la modalidad de co-inducción y de inducción accesoria, así como en forma de inducción mediata, en la cual no apareciendo el inductor ante el autor, sino sirviéndose de un tercero como instrumento.

Todo lo que hemos referido acerca de la inducción, se refiere como ya lo hemos anotado, a la forma de participación, porque en derecho penal es la única forma de entender el verbo determinar.

Así las cosas tenemos que el inductor debe, actuar dolosamente, aunque para algunos autores basta el dolo eventual. La determinación culposa no es punible en cuanto tal vez puede suponer autoría accesoria culposa. El dolo del determinador debe por una parte, estar dirigido a la producción de la resolución de cometer el hecho y, por otra parte, a la ejecución del hecho principal por parte del autor, incluyendo los elementos subjetivos del tipo y la realización del resultado típico (doble dolo). Un error de tipo en el determinador hace desaparecer el dolo de inducir, mientras que, por el contrario, un error de prohibición o un error en el tipo permisivo únicamente afecta a la culpabilidad del determinador.

La doctrina dominante entiende que el determinador debe perseguir la consumación del hecho principal; si el mismo únicamente quiere conducir a la tentativa del hecho principal (agente provocador) debería permanecer impune. Mas esta concepción, incluso desde el punto de vista de la teoría de la causación no es correcta si él (agente provocador) somete el objeto de la acción a una puesta en peligro por parte del autor que se conforma con dicho peligro. De no ser así, según la teoría de la causación "el agente provocador" debe quedar impune, aunque origine la tentativa, porque su comportamiento deja de suponer la dirección del ataque al bien jurídico protegido que también resulta exigible al partícipe.

El dolo del inductor debe, ser concreto, esto es, dirigirse a un determinado hecho y aún determinado autor en el que debe producirse la resolución de delinquir. Tan pronto como deja de ser determinable individualmente el círculo de personas a las que se dirige la instigación, desaparece la determinación. Por el contrario, no es preciso que se halle definitivamente fijados ni el tiempo ni el lugar del hecho, ni la víctima ni las particularidades de la forma de comisión, porque estas cuestiones dependen, a menudo, del desarrollo posterior.

La determinación ha de ocasionar la resolución de cometer el hecho en el autor principal. Si el sujeto a determinar ya se haya decidido a cometer el hecho, únicamente concurrirá tentativa de inducción o complicidad psíquica.

El hecho al que se induce, debe o bien ser consumado o, por lo menos, constituir una tentativa conminada con pena. Si el hecho principal ni siquiera ha sido intentado, la punibilidad se limita al caso de que debiera cometer un delito grave. Además, el hecho principal debe cometerse dolosamente. También resulta posible la inducción a un delito especial propio mediante un sujeto no calificado.

El inductor solo responde en la medida en la que el hecho principal concuerda con su dolo. Si el autor principal por el contrario, hace mas de lo querido por el inductor (exceso), esté únicamente es responsable hasta el límite de su dolo de determinar. Debe diferenciarse entre los casos en que el autor comete un hecho distinto al que le quería determinar el inductor (exceso cualitativo) y los casos en los cuales el autor, dentro del marco del hecho a que se le instiga, hace mas de lo que pretendía el determinador (exceso cuantitativo). Sin embargo, en los casos de discrepancia debe tenerse en cuenta que los límites del dolo del determinador deben tratarse de forma más amplia que los límites del dolo en la coautoría y en autoría mediata, ya que pertenece a la esencia de la determinación el que el inductor le confíe los detalles de la ejecución.

El determinar es castigado con arreglo a la ley aplicable al hecho principal, en la medida en la que la concurrencia de elementos personales especiales no imponga diferenciaciones. Ello vale también para el caso de que el hecho principal no llegue mas allá de la tentativa.

La determinación, instigación o inducción por omisión no resulta jurídicamente posible. El determinador de provocar en el autor la resolución de la acción por la vía del influjo psíquico, mediante la inactividad, únicamente deja de impedirse su espontánea aparición, lo que constituye algo esencialmente distinto en relación con lo injusto de la acción de la inducción.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 171 bis del Código Penal para el Distrito Federal, fracción II, como hemos dicho una hipótesis de conducta consiste en determinar a otro a ejercer el comercio en la vía pública. Determinar o instigar, como ha quedado precisado, significa convencer por cualquier medio a otra persona para que lleve a cabo un determinado comportamiento, que en el caso, es el dedicarse a ejercer el comercio en la vía pública. La forma de determinación puede ser variada, por ejemplo, un consejo, una sugerencia, una orden, un mandato, la provocación de un error, la provocación de un deseo, la persuasión o el aparente desaconsejar. De lo que se trata es que la persona determinada o inducida acepte ejercer el comercio en la vía pública.

Segunda hipótesis de conducta. Ejercer el comercio en la vía pública.

Como hemos señalado ejercer el comercio en la vía pública, dedicarse a vender productos en la vía pública, es la segunda forma de conducta que reglamenta la fracción II del artículo 171 bis del Código Penal para el Distrito Federal. No se sanciona como hemos visto el que uno determine a otro a ejercer el comercio en la vía pública, sino que de acuerdo al párrafo final del citado precepto también se castiga a la persona instigada o determinada que fácticamente vende producto en la vía pública, cuando carece del permiso correspondiente de la autoridad administrativa. Los productos que se expenden en la vía pública deben estar dentro del comercio, ser de procedencia lícita, pues de lo contrario nos encontraríamos ante la posible figura de un encubrimiento por recepción o bien de un fraude por venta de cosa ajena.

Las acciones objetivamente descritas en el tipo son constitutivas de un hacer voluntario, esto es, sólo pueden realizarse mediante acción, de tal manera que queda excluido el comportamiento omisivo y el considerado de comisión por omisión. Por cierto, en este último caso cabe recordar que sólo se presenta en los delitos de resultado o fácticos, que si bien generalmente se llevan

a cabo por acción, mediante una interpretación u homologación, el resultado típico se le atribuye a aquella persona que tenía el deber jurídico de evitarlo.

El artículo 7° del Código Penal, en su párrafo segundo, contiene la formula del llamado delito de comisión por omisión, al señalar que "en los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente".

Como es obvio y ya se ha señalado, no se puede determinar mediante un comportamiento omisivo ni ejercer el comercio en la vía pública, ante una conducta de las señaladas características, de lo que resulta que el delito previsto en la fracción II del artículo 171 bis del Código Penal para el Distrito Federal es un delito, que en sus dos modalidades sólo se puede llevar a cabo por acción.

a).- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Esta clasificación se basa atendiendo a la actividad o inactividad del agente del delito independientemente del resultado material, en caso de que se produzca.

El delito contenido en la fracción II del artículo 171 bis del Código Penal para el Distrito Federal, es un delito de acción, porque los verbos determinar y ejercer el comercio en la vía pública, solo son posibles consumarlos mediante una actividad voluntaria.

Ahora bien, cualesquiera de los verbos típicos enunciados con anterioridad pueden cometerse de manera unisubsistente o plurisubsistente.

El delito será unisubsistente cuando se trate del verbo típico determinar. Es decir, que con un solo acto que a la vez constituye una acción, se instigue o determine a una persona a ejercer el comercio en la vía pública. Será plurisubsistente, cuando con varios actos, realizados en un contexto de acción, se puede determinar a otra persona a ejercer el comercio en la vía pública.

Por el contrario, pensamos que el segundo verbo típico, consistente en ejercer efectivamente el comercio en la vía pública, sólo se puede ejecutar de manera plurisubsistente, la palabra ejercer, nos da la idea de cierto requisito temporal o cronológico en que se debe desarrollar la actividad de comercio. Tal actividad de comercio, no puede ejecutarse a través de un acto, sino una serie de ellos perfilados en el tiempo y en el espacio.

No debemos confundir al delito plurisubsistente con el delito continuado, en razón de que cuando hablamos del primero queremos decir que la conducta que realiza el verbo es susceptible de fraccionarse en un determinado número de actos, siendo el acto la propia acción típica en el caso del delito unisubsistente, o bien dicho acto viene a constituir una parte o segmento de la acción en el delito plurisubsistente, lo que significa que en éste último caso hablamos de una pluralidad de actos, tantos, como cuantas veces pueda fraccionarse la acción para llevar a cabo un singular verbo típico. En cambio en el delito continuado tenemos que hay una pluralidad de conductas, ligadas entre sí por el elemento subjetivo, traducido en el dolo previo o el dolo total, o como dice la ley, por la unidad de propósito delictivo, resultando objetivamente un caso de concurso real homogéneo, pero que se estima individualmente un delito, por la mencionada unidad de propósito, por la unidad del sujeto pasivo, y porque el bien jurídico lesionado no sea personal o disponible.

b).- CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO.

Por lo que hace al delito instantáneo y al permanente, tenemos que el Código Penal en su artículo 7°, fracciones I y II, acoge la teoría de la instantaneidad de la consumación, a diferencia de la teoría del bien jurídico. En efecto, el Código Penal que nos rige señala en esencia que si la consumación se termina inmediatamente de haberse verificado estamos en presencia de un delito instantáneo, pero que si la consumación perdura por mas o menos tiempo el delito será permanente.

Expresamente el artículo 7 de la Ley sustantiva Penal dice:

El delito es: Instantáneo, cuando la consumación se agota (se termina) en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos; permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

El delito contenido en la fracción II del artículo 171 bis del Código Penal para el Distrito Federal, en su hipótesis de determinar a otro a ejercer el comercio en la vía pública, es un delito instantáneo, ya que tan pronto se instiga a que otro realice la mencionada actividad, sin que se cuente al efecto con el permiso de la autoridad competente y el inductor alcance un beneficio o lucro, tan pronto también se terminará el mismo. Es decir, la consumación no se prolonga en el tiempo, sino que una vez reunidos los requisitos señalados, el injusto penal se agota en su consumación.

Es un delito de resultado material el delito de utilización indebida de la vía pública porque para que se pueda consumir se necesita de un resultado fáctico o naturalístico en el caso del que determina a otros a ejercer el comercio en la vía pública, debe como resultado obtener un beneficio o un lucro. Por lo que

respecta al que materialmente ejecuta los actos de comercio, el resultado será el lucro que por tal actividad obtenga, ya que sin este no estaríamos en presencia de comercio alguno.

Estamos en presencia de un delito de lesión y no de peligro, cuando hablamos del injusto de utilización indebida de la vía pública, porque con la realización de los verbos típicos se produce un daño directo y efectivo al interés jurídico protegido por la ley.

Tocante al comportamiento típico consistente en ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente, es claro que será un delito permanente, porque la consumación se prolongará por un lapso mas o menos duradero que corresponde al periodo de ejercicio del comercio. De tal manera que habrá consumación desde que con dos o más actos se efectúe el comercio en la vía pública, pero estos pueden sucederse por un tiempo prolongado de horas, días, semanas o meses, lo cual significará que durante todo ese lapso se considere consumado el delito.

c).- AUSENCIA DE CONDUCTA

Si falta la conducta, por ausencia de la voluntad, nos encontramos en presencia del aspecto negativo de la conducta.

Pavón Vasconcelos, en este sentido manifiesta "que hay ausencia de conducta cuando la acción u omisión son involuntarias, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suyos", por faltar en ellos la voluntad"²⁰

²⁰ FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Op. Cit. P. 244.

Celestino Porte Petit, a este respecto expresa, "que la ausencia de conducta es un elemento impeditivo en la formación de la figura delictiva por ser la actuación humana positiva o negativa la base indispensable del delito, como de todo problema jurídico"²¹

El Código Penal contempla la ausencia de conducta como una causa de exclusión del delito, en el artículo 15 fracción I, que expresa que el delito se excluye cuando "el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente".

Algunas hipótesis de ausencia de conducta que comúnmente de manera genérica pueden presentarse, son:

a).- La vis maior (fuerza mayor) que existe "cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana es decir proviene de la naturaleza o de los animales;

b).- La vis absoluta (fuerza física exterior irresistible), la cual entendemos "como aquella en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica"²²,

c).- Movimientos reflejos, Antón Oneca dice que "son aquellos movimientos musculares, que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la consciencia"²³

²¹ CELESTINO PORTE PETIT. Op. Cit. P. 251.

²² EUGENIO RAUL ZAFFARONI. Op. Cit. pp. 379-382.

Si la persona puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funciona como factores negativos del delito.

Algunos penalistas, como Pavón Vasconcelos, consideran como aspectos negativos de la conducta a los fenómenos psíquicos como son el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, porque el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en que su consciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.

El sueño.- Proviene del Latín: Somnus. Acto de dormir. Es un estado de inercia, de inactividad. Es considerado como un aspecto negativo de la conducta porque cuando se está en este estado (dormido), no se tiene dominio sobre su voluntad, por lo tanto, si en este estado se realiza una conducta o echo tipificado por la ley, no es responsable. Pero por el contrario, si el sujeto se coloca intencionalmente en ese estado de sueño para cometer la conducta delictiva querida, responderá penalmente por el hecho o conducta que cometa; cuando la pueda prever o sea previsible será responsable de un delito culposo.

El Sonambulismo.- De acuerdo al diccionario, son los "Movimientos automáticos que se producen durante el sueño. Puede haber sonambulismo provocado o magnético, hipnotismo"²⁴

²³ CELESTINO PORTE PETIT. Op. Cit. P. 324.

²⁴ Diccionario Larousse Ilustrado. Edición Larousse, México, D.F., 1988. P. 955.

El Hipnotismo - Proviene del Griego: Hipnosis Sueño; f. Variedad, especial e incompleta del sueño, provocado por la palabra, la mirada o los gestos del operador, y en la cual el individuo es particularmente propenso para recibir las sugerencias del que lo hipnotiza. Conjunto de fenómenos que constituyen el sueño artificial provocado.

Debiéndose establecer que se resolverá de igual manera, en estos casos últimos dos fenómenos psíquicos expuestos (sonambulismo e hipnosis) como en los supuestos que se expresaron en la hipótesis relativa al sueño.

No debe confundirse a la violencia moral como una hipótesis de ausencia de conducta, sencillamente porque la coacción sobre la voluntad que obliga al sujeto a realizar la hipótesis de conducta prevista por la norma penal, no anula o aniquila la voluntad, si existe voluntad en el actuar de aquél probable responsable que es obligado a producir, a alterar tarjetas o documentos relativos al crédito, lo que acontece es que la voluntad se encuentra viciada, lo cual originaría un aspecto negativo del delito distinto al de la ausencia de conducta, porque ésta si existe, y lo que se requiere para la ausencia de conducta es que aquélla no se presente.

No puede presentarse hipótesis alguna de ausencia de conducta en el delito previsto por la fracción II del artículo 171 bis del Código Penal para el Distrito Federal, porque el verbo determinar es de naturaleza dolosa, lo cual significa que exista conocimiento y voluntad por parte del inductor, en hacer que el inducido realice un determinado comportamiento. Lo anterior no puede realizarse estando en determinador en alguna hipótesis de ausencia de conducta, por ejemplo la fuerza física irresistible, la fuerza mayor, los movimientos reflejos, los movimientos fisiológicos etc., simplemente porque al no haber voluntad en estos casos, consecuentemente mucho menos podríamos hablar de dolo, elemento indispensable para la determinación.

Lo mismo acontece con el supuesto de hecho consistente en ejercer el comercio en la vía pública, ya que para desempeñarlo también se requiere conocimiento y voluntad de parte del que lo lleva a cabo.

CAPITULO III

TIPO, TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

"No debe confundirse el término "tipo" con el de "tipicidad". El tipo "pena", es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas) y la **tipicidad** es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibitiva por un tipo penal"²⁵

"El tipo penal en sentido estricto es la descripción de la conducta prohibida por una norma"²⁶

Hans Welzel, por su parte refiere que el tipo es la descripción objetiva (matar, hurtar, etc.) y material (modelo de conducta) de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal²⁷

²⁵ EUGENIO RAUL ZAFARONI. Op. Cit. P. 391 Y 393

²⁶ ENRIQUE BACIGALUPO. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1989. P. 80

²⁷ HANS WELZEL. Derecho Penal Alemán --Parte General-, 12ª Edición Castellana, Editorial Jurídica de Chile 1987, p. 75.

Los tipos penales contienen elementos descriptivos y elementos normativos o que exigen una valoración (siguiendo a Edmundo Mezger).

Los elementos descriptivos, del tipo. Son una simple descripción que se da de las cosas y sucesos externos, fácilmente perceptibles por los sentidos. Por lo tanto, puede existir las siguientes circunstancias descriptivas del hecho:

a).- Elementos típicos objetivos del mundo sensible externo, como son la cosa "mueble", "la mujer" o sucesos como "matar", etc.

b).- Elementos típicos subjetivos, los cuales se refieren a sucesos psíquicos, que se realizan en el alma del autor, como por ejemplo las intenciones, los deseos, ánimos, la satisfacción del instinto sexual, así como también los sucesos psíquicos no situados en el alma del autor, como el hecho de causar escándalo.

Los elementos típicos normativos, son aquellos que son susceptibles de una valoración que deberá ser realizada por el Juez ateniéndose, no a la simple descripción que hace la ley, sino a la realización de un juicio ulterior en el cual deberá relacionar este mismo con la situación en la que aconteció el hecho a estudio. De acuerdo con el campo al que corresponde esta apreciación, se distinguen:

Elementos con valoración jurídica, cuando la ley dice por ejemplo en el delito de robo "cosa ajena" (artículo 367 del Código Penal).

Elementos con valoración cultural, es decir, cuando el Código expresa en el delito de Abuso sexual "Acto sexual" (art.- 260 del Código Penal).

El artículo 171 bis del Código Penal para el Distrito Federal contiene al tipo penal de utilización indebida de la vía pública, señalando al respecto:

TITULO QUINTO

Delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia.

CAPITULO I

Ataques a las vías de comunicación y violación a la correspondencia

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

I.- El que utilice la vía pública para consumir, distribuir o vender sustancias ilícitas o para inhalar sustancias lícitas no destinadas a ese fin y que produzcan efectos sicotrópicos, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos jurídicos; para los efectos de este artículo, son sustancias ilícitas las así calificadas por la Ley general de salud; y

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.

Al que incurra en la comisión de algunas de las conductas señaladas en la fracción I se le impondrá de seis meses a un año de prisión y multa de treinta a sesenta días multa. Cuando la conducta realizada consista en el consumo o la inhalación, la pena será de hasta seis meses del tratamiento de desintoxicación o deshabitación que corresponda por el centro de atención destinado para tal efecto.

Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción II de este artículo, se le impondrán de uno a tres años de prisión y multa de cien a trescientos días multa.

El artículo 171 bis, del Código Penal para el Distrito Federal, fue creado o adicionado por el artículo segundo del decreto publicado en la gaceta oficial del Distrito Federal, de 17 de septiembre de 1999, en vigor a partir del 1° de octubre del mismo año.

En la iniciativa enviada a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, que solicitaba reformar suprimir y adicionar diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal, no se contemplaba el artículo 171 bis señalado, sino que éste se incorporó durante el proceso legislativo correspondiente.

A).- CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.

El delito de utilización indebida de la vía pública contenido en el artículo 171 bis del Código Penal para el Distrito Federal, se clasifica de la siguiente manera:

TIPO FUNDAMENTAL, BASICO O SIMPLE.- Se considera a esta clase de tipos por exclusión de los tipos llamados especiales o complementados. Es decir, tipo básico, fundamental o simple es aquél que no contiene circunstancia alguna que agrave o atenúe la pena

TIPO NORMAL.- Cuando la ley en la norma describe conceptos o hace referencia a los mismos en forma objetiva.

TIPO INDEPENDIENTE O AUTONOMO.- En razón de que tiene existencia por sí mismo sin tener relación con otros tipos penales.

TIPO DE FORMULACION LIBRE.- Es aquel en que no se señala el medio para producir el resultado contenido en el tipo.

TIPO COMPLEMENTADO CUALIFICADO.- Cuando para su existencia necesita del tipo fundamental o básico, y en el presente caso del autónomo, mismos a los cuales se le agrega una circunstancia agravándolo.

B).- ELEMENTOS TIPICOS DEL DELITO PREVISTO EN LA FRACCION II DEL ARTICULO 171 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

a).- La conducta es el primer elemento del tipo penal, la cual como hemos indicado líneas arriba sólo puede llevarse a cabo mediante una acción, esto es por medio de un hacer positivo.

b).- Sujetos del delito.-

Sujeto Activo: "Es el autor de la conducta típica"²⁸; por su parte en relación a este mismo elemento el jurista Porte Petit expresa que: "Es el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice".²⁹

Y, por lo que respecta el delito de utilización indebida de la vía pública, en orden a la calidad del sujeto activo es monosubjetivo o de sujeto único, ya que basta para efectos de existencia del delito, que una sola persona aparezca como autor, ya se trate de la persona que determina a otros a ejercer el comercio en la vía pública, o bien del que es instigado y convencido a dedicarse al comercio en la vía pública.

²⁸ EUGENIKO RAUL ZAFFARONI. Op. Cit. P. 421.

²⁹ CELESTINO PORTE PETIT. Op. Cit. P. 346.

En orden al número el sujeto activo, como hemos dicho, se clasifica en monosubjetivo y plurisubjetivo. La importancia que reviste esta clasificación es para efecto de existencia del propio delito. De tal manera que estaremos en el caso de un delito monosubjetivo, individual o de sujeto único, cuando sea suficiente la concurrencia de una persona para efectos de existencia de tal ilícito. En cambio el delito será plurisubjetivo o de concurso necesario, cuando también para los efectos de la existencia del delito indispensablemente deban concurrir dos o más personas como sujetos activos. En el caso de los delitos monosubjetivos, tenemos que constituyen la regla, por lo que hace al delito plurisubjetivo es la excepción, y tenemos como casos al delito de asociación delictuosa, al delito de incesto y al delito de aborto consentido.

En orden a la calidad el sujeto activo en general se clasifica en propio, especial o exclusivo, cuando se exige calidad en el mismo; o bien, en delitos comunes o indiferentes, cuando cualquier persona puede ser sujeto activo del delito. En el caso del injusto de utilización indebida de la vía pública, que corresponde al delito que analizamos, en ninguno de los casos que prevé el tipo el sujeto activo requiere calidad. En efecto, determinar a otro a ejercer el comercio en la vía pública, lo puede hacer cualquiera, lo mismo que ejercer efectivamente el comercio en la vía pública.

Sujeto Pasivo: "es el titular del bien jurídico protegido por la ley"³⁰

El ofendido, es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero otras veces se trata de personas diferentes.

Cabe distinguir igualmente entre el sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la conducta. Como ya ha quedado asentado el sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico, en cambio el sujeto pasivo de la conducta es en quien

³⁰ CELESTINO PORTE PETIT. Op. Cit. P. 346.

recae la conducta ilícita, por representar en el momento de la consumación los intereses de la persona física o moral dueña del bien jurídico afectado.

Por ejemplo, en el supuesto de un delito de fraude contra una persona jurídico-colectiva, atendiendo a los elementos del tipo que estructuran dicha figura delictiva, y en el caso de la hipótesis más frecuente que se presenta, es decir cuando debe existir engaño como medio para obtención de la cosa o para alcanzar un lucro indebido, tenemos que independientemente de que el pasivo sea un ente jurídico incorpóreo (persona moral), necesariamente debe concurrir la conducta engañosa, pero como el comportamiento falaz no puede perpetrarse contra una persona moral, es claro que este debe recaer en quien en ese instante represente los intereses jurídicos o económicos de la persona moral, hecho que se daría por ejemplo en el supuesto de presentarle documentación falsa al vigilante de alguna bodega, para sacar mercancía perteneciente a la persona moral, que resulta afectada en su patrimonio.

La clasificación del sujeto pasivo en orden a la calidad, trae como consecuencia que hablemos en este aspecto de sujetos pasivos personales o impersonales.

El sujeto pasivo será personal, cuando solo pueda serlo quien tenga la calidad exigida por el tipo penal. Será impersonal, cuando cualquiera pueda ser sujeto pasivo, esto es, no se requiere alguna característica particular en el sujeto pasivo. En consecuencia, el delito que analizamos, por lo que hace al sujeto pasivo si requiere calidad, pues el titular en el caso sería el Gobierno del Distrito Federal.

Por lo que hace a la clasificación en orden al número del sujeto pasivo, tradicionalmente se le divide en monopasivo y pluripasivo. Como su nombre lo expresa en el primer caso para la configuración del delito es suficiente que un sujeto pasivo resulte afectado. En el segundo caso, para la existencia del

delito se requiere la afectación de varios sujetos pasivos. En el delito de utilización indebida de la vía pública estamos en la presencia de un delito monosubjetivo, ya que sólo hay titular del bien jurídico protegido por la fracción II del artículo 171 bis del Código Penal para el Distrito Federal.

b).- Objeto Material

“Es la cosa o sujeto sobre la que se realiza el delito ³¹, y que en el presente ilícito la conducta desplegada y ejecutada por el sujeto activo, recae en la utilización indebida de la vía pública.

c).- Bien jurídico protegido.

No se concibe que exista una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, el cual es indispensable para la configuración de la tipicidad. Se puede definir al bien jurídico penalmente tutelado como “la relación de disponibilidad de un individuo como un objeto, protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan”³²

Cuando una conducta nos impide o perturba la disposición de esos objetos, esa conducta afecta al bien jurídico. El bien jurídico del delito de utilización indebida de la vía pública consiste en proteger la lícita utilización de la vía pública.

MODALIDADES DE LA CONDUCTA

³¹ CELESTINO PORTE PETIT. Op. Cit. P. 351

Las modalidades de la conducta dan lugar a las referencias espaciales, a las referencias temporales y a la exigencia de medios determinados o específicos.

Por lo que hace a las referencias espaciales, tenemos que en algunos tipos penales la conducta necesariamente debe llevarse a cabo en el espacio o lugar delimitado por el tipo penal. Por ejemplo, en el delito previsto por el artículo 273 del Código Penal, que tipifica al adulterio, la cópula llevada a cabo por uno de los cónyuges por otra persona que no sea su cónyuge, en una hipótesis debe llevarse a cabo en el domicilio conyugal, de tal manera que si no se realiza la conducta en ese específico lugar, tendremos que se dará una atipicidad.

Tocante a la referencia temporal que algunos tipos exige, corresponde a un requisito cronológico vinculado a la realización de la conducta, al sujeto pasivo o al sujeto activo. Ante el artículo 303 fracción II del Código Penal determinaba que se tendría por consumado el delito de homicidio cuando la muerte del ofendido se verificara dentro de los sesenta días de haberse causado la lesión. De tal manera que si el sujeto pasivo no moría dentro de ese plazo de sesenta días de haberse lesionado, a pesar de que fácticamente tendríamos una persona sin vida, lo cierto es que jurídicamente ello no constituiría delito de homicidio, pudiéndose calificar como tentativa de homicidio o lesiones, según hubiera sido la intención del sujeto activo. En otras ocasiones ese dato cronológico exigido por la ley, como hemos dicho se relaciona con alguno de los sujetos, por ejemplo en el delito de estupro contemplado en el artículo 262 del Código Penal, el sujeto pasivo debe ser menor de dieciocho años de edad; en el artículo 266 fracción I, del indicado ordenamiento legal, constituye violación impropia, se dice, la cópula impuesta a una persona menor de doce años de edad, efectuada con o sin violencia, pues de concurrir está última circunstancia, se calificará el suceso como violación calificada.

La exigencia de medios típicos también constituye un supuesto de excepción, porque generalmente los tipos penales se consideran de formulación libre, esto es, que pueden ser consumados con cualquier medio siempre y cuando sea idóneo. Como tipos de medios legalmente limitados o determinados tenemos a los delitos de violación propia donde se requiere el empleo de la violencia, al fraude, donde se exige la utilización del engaño o el aprovechamiento del error, al delito de estupro donde es necesario emplear el engaño, al delito de despojo donde se puede ejecutar con violencia, amenaza o furtividad, etc..

El delito de utilización indebida de la vía pública no requiere de medios específicos que deban ser utilizados por el que determina a otros a ejercer el comercio en la vía pública, ni por los que efectivamente lo llevan a cabo, por lo que se puede estimar como un tipo de formulación libre. Tampoco requiere el delito en análisis de referencias temporales, esto es, de algún dato cronológico, en el que sea necesario se ejecute la acción por parte de alguno o ambos autores. Finalmente, si se exige una referencia espacial, pues una persona en un caso, debe determinar a otra, convencerla, a que ejerza el comercio **en la vía pública**; y en el otro supuesto el sujeto que se decide a comerciar, debe desarrollar su actividad también **en la vía pública**.

ELEMENTOS NORMATIVOS.

Los elementos normativos son de dos clases. De valoración jurídica y de valoración cultural. Existen estos elementos con valoración jurídica, cuando la ley dice por ejemplo "cosa ajena" (artículo 367); "funcionario" (artículo 189); "servidor público" (artículos 212, 214 y 215); "documento público" (artículo 243); "documento privado" (artículo 243); "bien mueble" (artículo 367); "derecho real" (artículo 395).

Estaremos enfrente de elementos normativos con valoración cultural, cuando el Código Penal expresa "acto sexual" (artículo 260); "ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres" (capítulo I del título octavo).

El delito de utilización indebida de la vía pública contiene los siguientes elementos normativos:

"Comercio", "vía pública, sin permiso de la autoridad competente", "beneficio", "lucro". Tales elementos deben ser debidamente valorados por el Juzgador desde un punto de vista jurídico. Al respecto, no podemos pasar por alto el hecho de que el artículo quinto constitucional consagra como garantía individual, en que el gobernado pueda dedicarse al comercio. También es importante, y esto da lugar a que estemos en presencia de una ley en blanco, el que se delegue por la autoridad legislativa a una de carácter administrativo el llenar el hueco consistente en que la segunda otorgue o no los permisos administrativos para ejercer el comercio en la vía pública, ya que de esto depende en esencia de que estemos en presencia o no del delito que comentamos.

EL DELITO PREVISTO EN LA FRACCION II DEL ARTICULO 171 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONSTITUYE UN INJUSTO QUE SOLO PUEDE CONSUMARSE DE FORMA DOLOSA.

Los tipos penales presentan una estructura diferente según describan hechos comisivos o comportamientos omisivos. Por lo tanto, pueden presentarse las siguientes variedades:

DOLOSO

TIPOS DE COMISION:

CULPOSO

DOLOSOS

TIPOS DE OMISION:

CULPOSOS

El Código Penal vigente, en su artículo 8°, se manifiesta que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse en forma dolosa o culposa, definiendo en el artículo 9° del mismo ordenamiento legal invocado en su párrafo primero que "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley".

El párrafo segundo del citado numeral dice que obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o que previó confiando en que no se produciría en virtud de la violación a un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Nuestro delito, es un delito de comisión dolosa porque el agente en todo momento quiere el resultado como el fin directamente propuesto, por lo tanto jamás podrá ser considerado como un delito culposos.

En términos sencillos el dolo es el conocimiento y la voluntad de llevar a cabo los elementos objetivos del tipo penal.

A) TIPO OBJETIVO.-

"El Tipo Objetivo es el núcleo real-material de todo delito. El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. La objetivación de la voluntad encuentra su expresión típica en las "circunstancias del hecho" objetivas que pertenecen al tipo objetivo"³³

El núcleo objetivo de todo delito es la acción, junto con la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado que constituye éste último el resultado de la acción. Pero la acción, no sólo se refiere a la estructura final del comportamiento, sino también que ese comportamiento sea evitable. "un comportamiento es evitable cuando su autor tenía la posibilidad de dirigirlo finalmente, en dirección por él mismo determinado".³⁴

A esta acción se le agrega dependiente de cada uno de los medios especiales, referencias temporales de ejecución, así como otras circunstancias objetivas del hecho de determinados delitos.

B) TIPO SUBJETIVO.-

Como ya mencionamos, los delitos dolosos se caracterizan por la coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere; características que no acontece en los delitos culposos.

³³ HANS WELSEL Op. Cit. P. 93

³⁴ ENRIQUE BACIGALUPO Op. Cit. P. 93

El dolo caracteriza la forma más grave de ilicitud conocida por el Derecho Penal, porque en ella el autor tiene conocimiento y quiere (voluntad de acción) la realización del tipo objetivo.

El dolo es la actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de la acción lesiva de un bien jurídico³⁵

El dolo contiene dos aspectos:

Es aspecto de conocimiento que debe de haber tenido el autor para obrar como dolo también conocido como el elemento cognitivo; y

El aspecto del querer, el cual resume las condiciones bajo las cuales es posible afirmar que el autor quiso lo que sabía o también llamado elemento volitivo del dolo.

ELEMENTO COGNOSCITIVO O INTELECTUAL DEL DOLO.

En primer lugar, el autor debe tener un conocimiento efectivo de las circunstancias del tipo objetivo, es decir, debe tener conocimiento al desplegar su acción, que ésta se dirige contra una persona a la que "quiere" matar, no solamente con la posibilidad de conocer que se causa la muerte de un hombre; sin que sea necesario que el autor obre con conocimiento de la punibilidad que representa la ejecución de dicha conducta delictiva.

Este conocimiento cognoscitivo del dolo debe de darse en el momento de la comisión del hecho y debe de ser un conocimiento actual (presente), "el que tenemos acerca de un objeto cuando focalizamos sobre él nuestra actividad consciente"³⁶

³⁵ ENRIQUE BACIGALUPO. Op. Cit. P. 103

El Dolo abarca el conocimiento de los elementos requeridos en el Tipo Objetivo; esto es, de los elementos descriptivos del Tipo Objetivo, los cuales son percibidos por los sentidos del autor, y los elementos normativos los cuales por el contrario, no se perciben simplemente por los sentidos sino se necesita conocer su significado, sin que esto quiera decir que el autor necesite tener un conocimiento Técnico-Jurídico.

Para algunos tratadistas el Dolo se encuentra integrado por la consciencia de la antijuridicidad y por el contrario, existe otro grupo los cuales refieren que para la configuración del dolo se necesita el conocimiento de la antijuridicidad, no de su posibilidad, sino que se limita al "querer" de la realización del delito (tipo objetivo) con la producción del resultado típico.

ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO COGNOSCITIVO DEL DOLO.

Este aspecto es el que conocemos como el Error de Tipo, el cual determina la ausencia de dolo cuando habiendo una tipicidad objetiva falta (ignorancia) o es falso (error) el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo, por ejemplo "la persona que se apodera del abrigo que esta en el perchero del café y sale con el, en la creencia de que se trata de su propio abrigo"³⁷. En este caso el error recae sobre uno de los requisitos del tipo objetivo como es la cosa ajena, se ejecutó una conducta final la cual consistió en llevarse su abrigo (pero no se ejecutó un robo"; la voluntad de realizar el tipo objetivo, no existe por lo que al no haber finalidad típica no hay dolo, resultando por consecuencia que existe una conducta atípica. Son casos en que existe una tipicidad objetiva pero no hay tipicidad subjetiva porque falta el dolo.

³⁶ HANS WELZEL. Op. Cit. P. 430

Los casos que más se han tratado sobre errores relativos a la causalidad son:

La Aberratio Ictus.- La cual existe en los supuestos en que el autor queriendo producir un resultado determinado, dirigiendo su conducta contra un objeto afecta con esta acción otro objeto distinto de que quería alcanzar y el cual no aceptaba la posibilidad de afectar.

Error en el objeto.- La cual consiste cuando se cree dirigir la conducta contra un objeto pero en realidad se le dirige y se afecta otro objeto.

Dolus Generalis.- En este supuesto se sostiene que en el momento en que el autor quiere (obra con dolo) el resultado de muerte y cree haberlo alcanzado, pero en realidad este sobreviene dentro del curso causal con posterioridad.

ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO.

Además del conocimiento, el dolo requiere que el autor haya querido la realización del tipo, surgiendo en este sentido la configuración de tres tipos de dolo:

DOLO DIRECTO.- Es la forma del dolo en la que el autor quiere directamente la producción del resultado típico, como fin directamente propuesto (meta de su acción) y tiene la seguridad de que el resultado que se representa se producirá como consecuencia de su acto.

DOLO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS o DOLO INDIRECTO o DE SEGUNDO GRADO.- "Existe cuando el autor sabe que alcanzar la meta de

³⁷ EUGENIO RAUL ZAFFARONI. Op. Cit. P. 437

su acción importa necesariamente (con seguridad) la producción de otro resultado, que inclusive puede serle indiferente o no desear³⁸.

DOLO EVENTUAL.- Surge cuando el sujeto se representa seriamente la posibilidad del resultado concomitante, es decir, cuenta con la posibilidad de la lesión del bien jurídico y la incluye como tal en la voluntad realizadora.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DISTINTOS DEL DOLO.

Existen tipos que requieren elementos que exceden del dolo, es decir, además del conocimiento y voluntad de la realización del tipo (elemento subjetivo-personal), el autor necesita que haya realizado el hecho típico con una determinada intención, una determinada motivación o un determinado impulso.

Es un delito doloso exclusivamente el de utilización indebida de la vía pública, es decir no se puede determinar infringiendo un deber de cuidado ni tampoco dedicarse al comercio en la vía pública en tales circunstancias. Además es un delito que solo puede efectuarse con dolo directo, pues se requiere por parte de los posibles autores, el conocimiento y la voluntad de los elementos objetivos previstos en la fracción II del artículo 171 Bis del Código Penal para el Distrito Federal. En caso que el que sea instigador conozca que va hacer surgir la idea en otra persona, convenciéndola para que sin permiso de la autoridad administrativa se dedique a ejercer el comercio en la vía pública, además de obtener el determinante algún beneficio o lucro, lo cual solo puede lograrse cuando se actúa de manera dolosa. A su vez el que ejerce el comercio en la vía pública debe tener conocimiento y voluntad de realizar tal actividad, siendo imposible efectuarla en el caso de la no querida infracción a un deber de cuidado.

³⁸ ENRIQUE BACIGALUPO. Op. Cit. P. 112.

C).- A T I P I C I D A D .

La Atipicidad, es el aspecto negativo de la tipicidad, la cual podemos definir como "la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá delictuosa"³⁹

El artículo 15, fracción II, del Código Penal, expresa que el delito se excluye cuando falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate. Esto es, se contiene una formula amplia en donde tiene cabida la no adecuación al contenido del algún tipo penal, al faltar los elementos objetivo descriptivos, objetivos normativos o subjetivos.

No debemos confundir la ausencia de tipo y de tipicidad. La primera de las señaladas, se da cuando una conducta o hecho no están descritas en la norma penal y la segunda existe cuando no hay adecuación al mismo, es decir, no hay adecuación de la conducta delictiva en el tipo penal; pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo, pero no a todos los que el mismo tipo requiere, convirtiéndose por tanto en una causa de exclusión del ilícito penal, como así lo prevé el artículo 15 en su fracción II, de reciente inclusión al Código Penal.

Las causas de atipicidad en el delito de utilización indebida de la vía pública se darán por falta de la referencia espacial, esto es que se determine o se ejerce el comercio en un lugar distinto a la vía pública; por falta de los elementos normativos, que no se logre un beneficio o un lucro por parte del instigador, pudiendo tal vez estar en presencia de una tentativa por error de tipo, cuando se

desconozca de manera invencible alguno de los elementos objetivos requeridos por el tipo, por ejemplo el elemento normativo, consistente en el permiso de la autoridad competente.

Al respecto cabe recordar que por reforma llevada a cabo el diez de enero de 1994, publicada en ese día en el diario oficial, y en vigor el 1° de febrero del mismo año, el artículo 60 en su párrafo segundo, adoptó el sistema de incriminación específica para el delito culposo, a diferencia del que con anterioridad prevalecía que era el de *numerus apertus* o sistema de incriminación abierta del delito culposo.

La razón por la cual se adopta el sistema de *numerus clausus* actualmente en nuestro ordenamiento jurídico penal, es porque se trata de dar cabida a los modernos principios de la política criminal, donde se estima que de manera excepcional debe castigarse el delito culposo. Por tanto, si el párrafo segundo del señalado artículo 60 no señala expresamente si deba castigarse a algún delito que pueda ser llevado a cabo de forma culposa, es obvio que ese hecho quedará impune. En cambio antes con el sistema de incriminación abierta cualquier delito que fuera factible realizarlo de forma culposa, necesariamente debía ser castigado.

Ahora bien, creemos pertinente señalar algunas consideraciones respecto al llamado error de tipo:

ERROR DE TIPO.

Es el fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo.

³⁹ FERNANDO CASTELLANOS TENA. Op. Cit. P. 174

Todo error que determina la imposibilidad de la voluntad realizadora del tipo objetivo es un error de tipo.

Eugenio Raúl Zaffaroni, realiza la siguiente diferenciación entre el error de tipo y el error de prohibición:

a).- El error de tipo afecta al dolo, el de prohibición a la comprensión de la antijuridicidad;

b).- El error de tipo se da cuando vulgarmente "el hombre no sabe lo que hace"; el de prohibición cuando "sabe lo que hace" pero cree que no es contrario al orden jurídico;

c).- El error de tipo elimina la tipicidad dolosa, el de prohibición puede eliminar la culpabilidad.

El Código Penal Federal en el artículo 15 fracción VIII inciso a) reglamente el error de tipo, cuando determina que "el delito se excluye cuando: Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal".

Por su parte el artículo 66 del indicado ordenamiento legal, en la parte primera menciona que "en caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización".

CAPITULO IV.**A).- LA ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE LICITUD.**

No toda conducta es delictuosa, necesariamente debe ser típica, antijurídica y susceptible de ser reprochada al autor a título de culpabilidad. La tipicidad, antijurídica y culpabilidad con los tres elementos que convierten una acción en delito "si se realiza la conducta descrita en el tipo de una norma prohibitiva, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la "antinormatividad" de la conducta.

Toda realización del tipo de una norma prohibitiva es antinormativa pero no es siempre antijurídica⁴⁰.

En efecto, el legislador no solo creó preceptos prohibitivos sino también permisivos, los cuales en ciertos casos específicos permiten la realización del tipo, sin que sea punible su conducta, es decir, la realización de un tipo de prohibición se encuentra amparado conforme a derecho.

Para Hans Welzel, la antijurídica "es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el Ordenamiento jurídico en su conjunto.

No hay tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas dado que solamente la realización del tipo puede revestir tal característica en mención.

⁴⁰ HNAS WELZEL. Op. Cit. P. 76

Al respecto, Zaffaroni manifiesta que "la antijuridicidad no surge del derecho penal, sino de todo el orden jurídico, porque la antinormatividad puede ser neutralizada por un permiso que puede provenir de cualquier parte del derecho. La antijuridicidad es, pues, el choque de la conducta con el orden jurídico, entendiéndolo no solo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos"⁴¹

Bacigalupo por su parte refiere que "la Teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no, activa u omisiva) no es contraria al derecho. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró. Por lo tanto, una acción típica será antijurídica si no interviene a favor del autor una causa o fundamento de justificación"⁴².

Por otra parte, es necesario precisar claramente la diferencia que existe entre antijuridicidad e injusto. Antijuridicidad es una mera relación, es una contradicción entre dos miembros de su relación;⁴³ el injusto penal es la conducta que presenta los caracteres de ser penalmente típica y antijurídica. La antijuridicidad es una característica de lo injusto.

Habrá antijuridicidad en el delito de utilización indebida de la vía pública, cuando habiendo adecuación a los elementos del tipo penal del delito, no exista a favor del sujeto activo alguna causa de licitud o justificación.

⁴¹ EUGENIO RAUL ZAFFARONI. Op. Cit. P. 512

⁴² ENRIQUE BACIGALUPO. Op. Cit. P. 117.

⁴³ HANS WELZEL. Op. Cit. P. 78.

B).- CAUSAS DE LICITUD.

Si tenemos que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, resulta indiscutible que en ausencia de la antijuridicidad no existirá la infracción penal; luego las causas de justificación, cuya virtud es excluir la antijuridicidad de una conducta típica, representa uno de los aspectos negativos del delito, por que en presencia de ellas, el acto o la omisión a pesar de las apariencias será lícito, es decir, no será punible acorde a lo establecido en el derecho, por encontrarse amparada por una norma permisiva.

Ahora bien, si lo antijurídico es la vulneración de la ley, evidentemente que sólo otra disposición de la misma naturaleza podrá borrar la ilicitud creada o reconocida por la norma. En tal virtud, las causas de justificación deben estar expresamente determinadas en la ley, y por lo tanto, no existe posibilidad de admitir excluyentes supralegales de naturaleza justificada.

Estas causas de exclusión se encuentran contempladas en el artículo 15 del Código Penal, y contiene elementos tanto objetivos (que se refieren al hecho, atañen a la realización externa). Mismas que de ninguna manera son susceptibles de concurrir como causas de exclusión en la norma penal a estudio, si tomamos en cuenta que para llegar a esta conclusión basta la simple apreciación del concepto de cada una de las excluyentes previstas en el Código Penal y que son:

a).- **LEGITIMA DEFENSA.**- Entendida como "la repulsa de la agresión antijurídica, actual e inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios"⁴⁴

⁴⁴ LUIS JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana 12ª Edición. Buenos Aires Argentina. 1981. P. 363.

b).- **ESTADO DE NECESIDAD:** "Es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitado mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos perteneciente a otra persona"⁴⁵

c).- **CUMPLIMIENTO DE UN DEBER:** En esta causa "hay cumplimiento de un deber, cuando alguien debe comportarse como se comporta, porque una norma jurídica o una orden obligatoria de la autoridad pública se lo impone, sea por razón de su oficio, sea por su situación subjetiva de subordinado"⁴⁶

d).- **EJERCICIO DE UN DERECHO:** "Consiste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por una norma permisiva o contra norma para la satisfacción de un interés más valioso, consiguientemente que prepondera sobre el interés que es antagónico"⁴⁷

Hay que aclarar, que de manera excepcional podría presentarse dicho estado de necesidad, sin embargo la regla, de acuerdo a la correcta interpretación de las conductas típicas, excluyen en su mayoría que puedan quedar justificadas por, legítima defensa, ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento legítimo de un deber.

Es conveniente señalar que el artículo 15 determina en su fracción IV la fórmula de la legítima defensa, cuando señala que el delito se excluye cuando 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 y

⁴⁵ EUGENIO CUELLO CALÓN. Derecho Penal. Tomo II. Editorial Harla Barcelona, España. 1952. P. 342

⁴⁶ CELESTINO PORTE PETIT. Op. Cit. P. 475

⁴⁷ CELESTINO PORTE PETIT. Op. Cit. P. 461

racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

La fracción V del indicado numeral, reglamenta el estado de necesidad. En dicha formula se da cabida a la doble naturaleza jurídica de dicho instituto penal, ya que puede estimarse como causa de licitud o de justificación, según sea respectivamente, que se sacrifique un bien jurídico de menor valor o bien uno de singular jerarquía al salvaguardado. Legalmente se dice que el delito se excluye cuando 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 el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

El ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento legítimo de un deber se encuentran previstos en la fracción VI del mencionado artículo 15 del Código Penal. La diferencia esencial entre ambas causas de licitud, es que el ejercicio de un derecho constituye el ejercicio de una facultad y por ende no es obligatorio, en cambio en cumplimiento legítimo de un deber se traduce en el cumplimiento de una obligación, que de no acatarse acarrea responsabilidad para el que está obligado a su cumplimiento, el Código Penal determina que el delito se excluye cuando la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que esté último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

La única contranorma de la que es posible pensar se actualice como aspecto negativo de la antijuridicidad en el delito de la utilización indebida de la vía pública que estamos estudiando, es el estado de necesidad. En efecto, los posibles sujetos activos pueden inclinarse a cometer dolosamente los elementos objetivos del tipo penal que analizamos, para obtener un beneficio económico que

ponga a salvo bienes jurídicos de mayor valor que la simple protección de la correcta utilización de la vía pública. Pensemos por ejemplo los cotidianos casos de personas desempleadas, que ejercen el comercio en la vía pública sin el permiso de la autoridad competente, dado que para poder subsistir ellos y poder mantener con sus familiares, ante la carencia como hemos dicho de fuentes de trabajo, se dedican a la venta de productos por las distintas calles de esta Ciudad.

CAPITULO V.

LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

"La antijuridicidad es una relación entre acción y ordenamiento jurídico que expresa la disconformidad de la primera con la segunda; la culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico⁴⁸, es decir, la comprobación de la realización de una acción típica y antijurídica no es suficiente para responsabilizar penalmente al autor de la conducta, sino además se necesita acreditar que el autor no omitió la acción típica, antijurídica aún cuando tenía la posibilidad de hacerlo (reprochabilidad personal).

Debiéndose precisar que no debe confundirse los términos de culpabilidad con el relativo al de la culpa, pues, este último, de acuerdo a lo establecido por el artículo 9 del Código Penal en su párrafo segundo se define que obra "culposamente" el que produce el resultado típico que no se previó siendo previsible o previo, confiando en que no se produciría en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía, podía observar según las circunstancias y condiciones personales; y el cual forma parte del aspecto del delito correspondiente a la tipicidad.

A).- EVOLUCION DE LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD.

A través del desarrollo de la Teoría del Delito, y en específico respecto del estudio de la Culpabilidad, existen tres importantes posturas que tratan de explicar el contenido del último elemento constitutivo del delito, mismas que trataremos brevemente en la siguiente secuencia:

⁴⁸ HANS WELZEL. Op. Cit. P. 197.

I).- TEORIA PSICOLOGICA.**II).- TEORIA NORMATIVA Y,****III).- TEORIA EMINENTEMENTE FINALISTA**

La primera Teoría mencionada, es la predecesora de la vieja concepción de la responsabilidad objetiva y el de haber enfocado la responsabilidad hacia el hombre más que al resultado de su comportamiento. Los autores pertenecientes a ésta corriente consideraban que la culpabilidad era la relación psicológica entre la conducta y el resultado o en la consciencia y voluntad del acto realizado; es decir, "no es más que una descripción de algo, concretamente una relación psicológica, pero no contiene nada de normativo, nada de valorativo, sino la pura descripción de una relación"⁴⁹

La voluntad era causal del hecho ilícito en dos casos: el dolo y la culpa, ambos son especies de la culpabilidad y presuponen la imputabilidad del autor.

Posteriormente ante las deficiencias que presentaba la teoría de la culpabilidad, se empezó a gestar una serie de investigaciones jurídicas las cuales llegaron a la concepción de la culpabilidad como la reprochabilidad del injusto. Así lo realizó Reinhardt Frank en 1907, pero sin quitar el dolo ni a la culpa dentro del contenido de la culpabilidad; en consecuencia se llegó a sostener que la culpabilidad era al mismo tiempo una relación psicológica y un juicio de reproche hacia el autor de la conducta injusta, es decir, la culpabilidad tenía un contenido heterogéneo: "el dolo o la culpa y el reproche que se le hace al autor de su conducta". Esto hizo que los autores no se pusieron de acuerdo acerca de cómo funcionaban esos elementos, dentro de la culpabilidad, toda vez que estos se encontraban dentro del mismo parámetro.

⁴⁹ EUGENIO RAUL ZAFFARONI. Op. Cit.

Pero no obstante este planteamiento –la culpabilidad normativa se fue desarrollando con los años dando lugar a la teoría Normativa.

Esta Teoría Normativa de la Culpabilidad, expone que el Dolo y la Culpa no necesitan ser especies de la culpabilidad y cada uno de aquéllos no debe contener los elementos que caracterizan al concepto genérico "una conducta culpable es conducta reprochable".

Para Edmundo Mezger, la culpabilidad debe entenderse de dos puntos de vista; como el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamenta, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de su conducta antijurídica, y también y en todo caso como un juicio valorativo sobre la situación fáctica a que tal fenómeno se refiere; pero como tal juicio es de reproche, en últimas culpabilidad es reprochabilidad⁵⁰

Un comportamiento antijurídico es reprochable si el autor:

Tiene capacidad de imputación;

Que exista una cierta relación concreta al hecho o la posibilidad de tenerla (dolo o culpa) y

Que el sujeto ha obrado en circunstancias normales

La teoría de la acción finalista, tiene el mérito de haber introducido el concepto final de la acción humana en el ámbito del derecho penal y el de haber intentado dar una explicación sistemática de una teoría del delito.

⁵⁰ EDMUNDO MEZGER. Op. Cit. P. 33.

Para los partidarios de ésta teoría, la culpabilidad es un puro juicio valorativo de reproche que se le hace a una persona por haber actuado antijurídicamente, teniendo la posibilidad de conocer lo injusto de su hecho, es decir, como hemos visto a lo largo del presente trabajo, uno de los elementos importantes de la conducta es la voluntad del autor, por lo tanto, es a través de esta por medio de la cual, la persona decide si dirige su actuar externo a contrariar lo establecido por el derecho o de motivarse de acuerdo a ella; por lo tanto, el que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podría motivarse por la norma, esto es, de obrar de manera diferente a lo realizado, de conformidad con la capacidad de autodeterminarse.

La reprochabilidad consiste en la censura que se le formula al autor de un injusto porque (teniendo la capacidad para hacerlo) no se motivo en la norma penal establecida por el estado, cuando le era exigible hacerlo, y podía hacerlo porque tenía autodeterminación. Este reproche tiene dos premisas:

1.- Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la imputabilidad).

2.- Que él esta en situaciones de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto)⁵¹

Este reproche, por lo tanto es la misión y el contenido de la sentencia judicial que aplica una pena.

⁵¹ HANS WELZEL. Op. Cit. P. 201.

Enrique Bacigalupo, refiere que es culpable "el que pudiendo, no se ha motivado ni por la norma ni por la amenaza penal dirigida contra la violación de aquélla"⁵².

De acuerdo con esta teoría son elementos de la culpabilidad: la imputabilidad, la posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado y la exigibilidad de una conducta conforme a la ley.

B).- LA IMPUTABILIDAD.

En términos generales podrá decirse que la imputabilidad "es un modo de ser de la persona, que influye en su comportamiento y del cual se derivan determinadas consecuencias jurídicas"⁵³.

Para los finalistas la imputabilidad es tanto como capacidad de culpabilidad, entendida como capacidad del autor; a) para comprender lo injusto del hecho (antijuridicidad) y, b) para determinar su voluntad conforme a esa comprensión (autodeterminarse conforme a la comprensión de la antijuridicidad).

Welzel, explica que "la capacidad de culpabilidad tiene un momento cognoscitivo y uno de voluntad; la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de la voluntad. Sólo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad"⁵⁴

"Para el momento intelectual es decisiva la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho (la referencia se hace a lo injusto en sentido material); no es necesario que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley o, en general como punible; ni es suficiente la conciencia de perpetrar una

⁵² ENRIQUE BACIGALUPO Op. Cit. P. 151

⁵³ ALFONSO REYES ECHANDIA. Imputabilidad. Editorial Temis, Bogotá Colombia, Cuarta Edición. P. 6.

⁵⁴ HANS WELZEL. Op. Cit. P. 216.

simple inmoralidad, sino que el autor tiene que poder reconocer que su hecho es una transgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida en común. Si no se da esta capacidad, entonces se excluye también la posibilidad concreta de comprensión del injusto. De ahí que la culpabilidad se excluya por desconocimiento inevitable de la antijuridicidad (error de prohibición inevitable)⁵⁵.

La inimputabilidad supone en la persona de quien se imputa incapacidad para conocer y comprender la ilicitud (antijuridicidad) de su conducta o para determinarse de acuerdo con esa comprensión.

La doctrina considera como inimputables por causas biológica (inimputabilidad presunta) a los menores de edad, toda vez que son personas que no son susceptibles de ser procesables, es decir la ley estima que los menores de 18 años de edad que ejecutan hechos delictivos no podrán ser juzgados legalmente, es decir, no se le puede fincar un juicio de reprochabilidad y solamente serán susceptibles de tutela legal y;

La otra clase de inimputabilidad es por limitación patológica (inimputabilidad real). La capacidad mental para una reflexión lógica, es indicio de capacidad para autodeterminarse, cuando falta esa capacidad patológica estaremos en presencia de una inimputabilidad.

"El concepto de enfermedad mental no es de carácter jurídica sino psiquiátrico corresponde a esta ciencia, derivada de la sicología y de la medicina, describir la sintomatología de las enfermedades mentales, clasificarlas y precisar en cada caso la especie de anomalías mental que padece una persona ⁵⁶

Se trata de una limitación patológica la cual es considerada como la inimputabilidad real.

⁵⁵ ALFONSO REYES ECHANDIA Op. Cit. P. 20

⁵⁶ ALFONSO REYES ECHANDIA Op. Cit. P. 47.

Existen diversas clases de enfermedad mental, dentro de las cuales tenemos a la sicosis, sicopatas y neurosis.

LA SICOSIS.- "Podemos entender como el trastorno general y persistente de las funciones síquicas, cuyas causas patológicas son ignoradas o mal interpretadas por el enfermo impidiéndole su adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni para los demás. Se trata, pues de una perturbación general del psiquismo que afecta, con mayor o menor intensidad, las esferas intelectuales, volitiva y afectiva de la personalidad"⁵⁷

Dentro de la cual encontramos como especies derivadas de esta todas las clases de oligofrenia, es decir contempla todos los casos en que hay una falta de inteligencia congénita o producida por el retardo o detención del desarrollo mental, que reconocen tres grados de eficiencia intelectual dentro de estos oligofrénicos y que son los llamados tradicionalmente como idiotas, imbéciles o débiles mentales. También pueden generar incapacidad las demencias, que son otra forma de insuficiencia, las psicosis, endógenas –esquifrenia- y psicosis maniaco-melancólica o exógenas, que son las provocadas por las más variadas enfermedades orgánicas.

En el artículo 15 fracción VII del Código Penal, que a la letra expresa: que el delito se excluye cuando, "...al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado...", se encuentra contemplados los casos de enfermedad mental anteriormente expuestos, mismas que en caso de concurrir será una causa de inculpabilidad.

⁵⁷ ALFONSO REYES ECHANDIA Op. Cit. P. 47

Es indudable que el sujeto activo en el delito de utilización de la vía pública, debe tener la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho que realiza, así como la capacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión. Ahora bien, el análisis que llevamos a cabo en este momento, debe retrotraerse fácticamente al momento en que el sujeto potencial del delito en estudio lleve a cabo el comportamiento típico, en razón de que sería absurdo considerar que un sujeto inimputable pudiera llevar a cabo los elementos del tipo penal del delito en estudio, toda vez que no sería el sujeto idóneo para determinar a otro a dedicarse al comercio en la vía pública, o bien por sí mismo ejercer el comercio en la vía pública; empero como hemos dicho, la sistemática de la teoría jurídica del delito nos lleva a realizar el análisis de la capacidad de culpabilidad del sujeto activo, como presupuesto o elemento indispensable para llevar a cabo el juicio de reproche de culpabilidad, pero reiteramos, no debe perderse de vista que lleven el ámbito de la realización del tipo hay que estar atento a esta consideración.

C).- ACTIO LIBERAE IN CAUSA.

Fue Carrara, quien introdujo en el campo jurídico penal la posibilidad de punir, por ser imputable, a quienes en el momento de realizar el hecho no tenía el control de su conciencia y voluntad, a causa de una embriaguez absoluta, o de un trastorno de su conciencia dolosa o culposamente adquiridos por su autor.

La imputabilidad en estos casos, se valora según el estado mental que tenía el autor en el momento en que voluntariamente preordenó su trastorno.

Es necesario advertir que una cosa es la actio liberae in causa y otra la "semi-imputabilidad", toda vez que como hemos expuesto en líneas anteriores la primera concurre cuando para cometer la conducta ilícita el sujeto se encuentra en estado de inimputabilidad procurada por el mismo, para facilitarse su tarea; mientras que por lo que respecta a la siguiente hipótesis, ésta existe desde antes de realizar el hecho, porque lo ha sido siempre o de tiempo atrás, es decir,

consiste en la insuficiencia psíquica por desarrollo mental incompleto (inmadurez). La cual no es una tercera entidad jurídica, psicológica ni psiquiátrica, sino una modalidad de aquella con efectos jurídicos en el campo de la punibilidad.

Como hemos manifestado en el delito de uso indebido de la vía pública no se podrá presentar una acción libre en su causa, mediante la cual el sujeto activo, se colocará en estado de inimputabilidad, para que en este momento realizara el tipo penal en análisis, toda vez que como afirmamos, no sería un sujeto idóneo para colmar los elementos del tipo del delito en cuestión.

D).- POSIBILIDAD CONCRETA DE CONOCER EL CARÁCTER ILICITO DEL HECHO REALIZADO.

Enrique Bacigalupo, considera "que el mínimo presupuesto de la punibilidad es la prohibición. A su vez, el conocimiento de la prohibición (en el sentido de la antijuridicidad material) puede permitir al autor deducir la punibilidad del hecho⁵⁸. Este conocimiento que tiene el autor, respecto de la punibilidad puede ser seguro o simplemente fundarse en la duda., y no necesariamente debe ser actual, ya que es suficiente con la posibilidad de haber conocido la amenaza penal. "Por regla general el autor habrá tenido esta posibilidad cuando del conocimiento de la antijuridicidad de su hecho, haya deducido por lo menos la posibilidad de que el mismo sea punible⁵⁹.

El sujeto activo del delito de utilización indebida de la vía pública, debe saber o tener la posibilidad de conocimiento, de que el hecho que realizan, el cual consiste en determinar a otro a ejercer el comercio en la vía pública, o bien en realizar por sí mismo el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad administrativa competente, constituye un comportamiento prohibido por las normas. Además deben saber, que al tiempo de su realización no concurre alguna

⁵⁸ ENRIQUE BACIGALUPO. Op. Cit. P. 153

⁵⁹ IDEM. P. 155

norma permisiva o causa de licitud que justificara su actuar, lo cual en el caso concreto es acertado, ya que como vimos en el apartado referente al aspecto negativo de la antijuridicidad, no se presenta alguna contra norma que justifique el actuar del sujeto activo, salvo en un supuesto del estado de necesidad justificante.

E).- ERROR DE PROHIBICION DEL HECHO.

El error de prohibición es el que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta, es vencible, cuando con⁶⁰ la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, reduciendo la culpabilidad y es invencible cuando elimina totalmente la culpabilidad y el injusto no llega a ser delito como lo explica Zaffaroni.

“El error que afecta el conocimiento de la antijuridicidad, puede ser: directo, cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva e indirecto, cuando recae sobre la permisión de la conducta, y que puede consistir en: la falsa suposición de existencia de un permiso que la ley no otorga o en la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada (justificación putativa)”

No se puede presentar algún tipo de error de prohibición en el sujeto activo del delito de utilización indebida de la vía pública, ya sea directo o indirecto, es decir, que por error desconozca la existencia de la norma prohibitiva o el alcance de la misma, o crea que esta justificada su conducta. En este sentido se pronuncia el artículo 15 del Código Penal en su fracción VIII inciso b), excluyendo el delito. Sin embargo de acuerdo al artículo 66, parte final, del indicado ordenamiento legal, al tratarse de un error de prohibición vencible o superable el artículo 66 parte segunda, del indicado numeral, señala que “si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate”.

⁶⁰ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. Op. Cit. P. 578

F).- LA EXIGIBILIDAD DE UNA CONDUCTA CONFORME A LA LEY.

La capacidad de motivarse es la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber. Esta capacidad requiere: A) La capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y; B) La capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.

La inexigibilidad de otra conducta se contempla en la fracción IX del artículo 15 del Código Penal, diciéndose que el delito se excluye cuando: Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho".

En todos los delitos dolosos o culposos, o bien de acción u omisión, es factible se presente la inexigibilidad de otra conducta, situación que elimina la culpabilidad, por no poder reprocharle al autor del injusto, en razón de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho, dado el nulo o restringido ámbito de libertad en la que aquél actuó. Un ejemplo claro de este aspecto negativo del delito, lo encontramos en la coacción sobre la voluntad que se efectúa en el sujeto activo del delito, dado que esa circunstancia elimina la libertad de actuar del sujeto.

ITER CRIMINIS.

La figura del ITER CRIMINIS, presentó por primera vez, al delito como un proceso dinámico en la vida del hombre. El delito parecerá cuando el caminante llegue a la meta final. Este caminar es punible tan sólo cuando el caminante (sujeto activo) haya avanzado tanto, que el riesgo sea próximo, lo que significará un peligro corrido para ese derecho.

El delito nace como idea en la mente del hombre, pero aparece externamente después de un proceso interior, más o menos prolongado. A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. La fase externa inicia en el preciso instante de manifestarse y termina con la ejecución del delito. La fase interna abarca tres etapas o períodos que son:

Idea criminosa o ideación;

Deliberación; y

Resolución.

Es esta primera fase, es donde surge la idea de delinquir y las primeras actividades de quien comienza a realizar un hecho punible, se encuentran rodeadas de imperfecciones y por consecuencia, por sí mismas no revelan los propósitos de quien las ejecuta.

La deliberación es el análisis hecho por el sujeto activo, pensando el pro y el contra del acto concebido; si lo rechaza queda en su mente sin dañar a nadie, de lo contrario inmediatamente dará el siguiente paso: **la resolución.**

La resolución, es el acto voluntad que contiene la firmeza de cometer un delito; esto es aunque se tenga el firme propósito de delinquir (tiene la voluntad) más sin en cambio no se ha manifestado todavía en la realidad fáctica.

La etapa externa comprende las siguientes características:

Manifestación;

Preparación; y

Ejecución.

La manifestación, primer grado de la fase externa del iter-criminis, se constituye por la exteriorización que el delincuente hace de su idea criminosa. Esta manifestación no es crimizable, excepto en algunos delitos que tipifican con ella sola. Nuestro Derecho ha elevado a la categoría de delitos las siguientes resoluciones manifestadas: la proposición para cometer el delito de traición (art. 125 fracción I); la conspiración para cometer traición, espionaje, rebelión, sedición y otros desórdenes públicos (art. 132); la amenaza (art. 282), todos del mismo ordenamiento punitivo vigente.

De la cita anterior, se ve con claridad que sólo en algunos casos es suficiente la primera etapa del proceso externo del iter-criminis, para la tipificación del delito. En general, es menester que a la manifestación externa de la conducta siga la preparación y la ejecución.

Para Carrara, la tentativa comienza cuando el autor pasa de "actos preparatorios a actos de ejecución".

Los actos preparatorios, son actos inidóneos o ineficaces, por sí solos para obtener el resultado punible, y permanecen en la esfera personal del autor, sin que tales indiquen que van encaminados hacia cierto resultado lesivo de derecho.

Después de los actos preparatorios se procede como consecuencia a la ejecución de la conducta. Los actos de ejecución son actos plenamente idóneos o eficaces por sí mismos; la idoneidad del acto se halla en la naturaleza del acto mismo: cuando por su propia esencia, sirve para lograr el resultado típico, es decir, que ese acto amenaza directamente con producir un resultado lesivo, poniendo en peligro al derecho tutelado.

Con este elemento del iter-criminis, queda caracterizada efectivamente la conducta delictuosa del sujeto. En este último período, podemos encontrar dos fases diferentes:

La tentativa; y

La consumación.

A).- T E N T A T I V A .

Existe tentativa, cuando los actos que realiza el autor son de ejecución, idóneos y han penetrado en la esfera personal del titular del derecho ofendido, haciéndole correr un riesgo de lesión al bien jurídico protegido por la norma, y que inequívocamente siguen el camino hacia el resultado, el cual no se alcanza por causas ajenas a su voluntad.

B).- CLASES DE TENTATIVA .

Existen dos clases de tentativa en cuanto a la conducta que despliega el agente, esto es, existe: la tentativa de acción y de omisión, como así lo refiere Nuestro Código Penal en su artículo 12, el cual expresa: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causa ajenas a la voluntad del agente...".

Respecto de la tentativa de acción, tenemos:

La tentativa acabada, también conocida en la ciencia jurídica como "delito frustrado" misma que existe cuando el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica, pero no se produce el resultado típico por causa ajenas a su voluntad.

La tentativa inacabada o delito intentado, el cual surge cuando el sujeto omite alguno o varios de los actos tendientes ala producción del resultado; y

La tentativa idónea o mejor conocida como "delito imposible", mismo que existe cuando los medios empleados por el autor son notoriamente idóneos para causar el resultado.

En el delito imposible, no se realiza la infracción de la norma por la imposibilidad material, por idoneidad en los medios empleados o por la inexistencia del objeto del delito. No debemos de confundir dicha figura con el delito putativo, en el cual no existe delictuosidad intrínseca sino imaginaria: el sujeto cree erróneamente que su conducta es punible sin serlo.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

Y por lo que respecta a la tentativa cometida por omisión, esta se rige por las mismas reglas y principios que regulan a la tentativa a través de una acción (actividad). "Si tomamos como punto de partida el peligro que amenaza al bien jurídico y que determina el deber de actuar en la forma típicamente descriptiva, habrá una tentativa cuando las demoras en intervenir con fin salvador tienen por efecto aumentar ese peligro".

Siendo pertinente precisarse que los casos en los que el sujeto desista espontáneamente de la ejecución o cuando impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere. Siendo factible que se presente el desistimiento en nuestro delito en comento.

Al ser el delito de uso indebido de la vía pública uno eminentemente doloso, es posible en un caso se presente la tentativa. Por ejemplo, en el supuesto de hecho consistente en determinar a otra persona a ejercer el comercio en la vía pública, pudiera ser que la determinación o instigación no haya sido efectiva en el inducido, o bien que siendo el principio adecuada, posteriormente la rechace el inducido, o bien que siendo determinado el que tendrá que ejercer el comercio en la vía pública, el inductor no logre la obtención de algún beneficio o de un lucro; en todos estos casos es claro que estamos en presencia de tentativa, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal. Desde nuestro particular punto de vista, no sería posible hablar de tentativa en el segundo supuesto de conducta de ejercer el comercio en la vía pública, porque todos los actos precedentes a la realización de tal actividad los subsumiríamos en el Instituto Jurídico de los actos preparatorios.

Es conveniente señalar que los aspectos negativos de la tentativa son el desistimiento y el arrepentimiento. El párrafo tercero del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal establece que "si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se

impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a los actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delito". Al estimar nosotros que el delito de uso indebido de la vía pública en un delito de resultado material, es claro que puede presentarse tanto el desistimiento como el arrepentimiento.

PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

A) PUNIBILIDAD.

En el desarrollo del trabajo efectuado en la presente tesis, hemos sustentado la idea relativa a que el Derecho Penal fue creado con el fin de establecer el equilibrio del derecho, quebrantado con la conducta transgresora de la norma, es decir, buscando castigar el culpable de una conducta que lesione o ponga en peligro un bien jurídico protegido penalmente. El elemento de la dogmática penal encargado para efectuar tal castigo, lo es precisamente la punibilidad; siendo importante señalar que dentro de la evolución de la doctrina penal, muchos tratadistas lo han ubicado dentro de los elementos del tipo a la punibilidad sin que nosotros en el desarrollo de esta investigación compartamos dicha idea, pues como se ha plasmado en apartados anteriores, consideramos que el delito únicamente representa una conducta típica, antijurídica y culpable, siendo estos los únicos elementos integrantes del mismo.

Ahora bien, en relación al presente elemento, la punibilidad, es importante señalar que surge cuando se ha establecido o comprobado en forma plena una conducta como delito, y que en base a la operatividad misma del Derecho Penal, significa la aplicación de determinada pena, sanción o castigo

para tal conducta culpable, pero no debemos dejar a un lado que el Estado como el ente por excelencia que regula la vida social, es el encargado de sancionar las conductas delictivas, siendo el mismo Estado –delegando éste, jurisdicción al juzgador- como el que una vez satisfechos los presupuestos legales se encarga de imponer y ejecutar dicha sanción.

En relación a la misma punibilidad, Jiménez Huerta menciona que “es la consecuencia lógica jurídica del juicio de reproche”⁶¹

No debe olvidarse que el Derecho Penal, teniendo como base primogenia al Derecho Constitucional, recibe de este la pauta para poder establecer las condiciones bajo las cuales ha de ponerse de manifiesto la facultad castigadora o de sanción del Derecho Penal.

También es importante señalar que para la aplicación de una pena determinada, se requiere de que dicha consecuencia jurídica se encuentre señalada en una disposición típica legal, es decir, que se halle regulada por el Derecho Penal, plasmada como tipo, porque de lo contrario estaría el Derecho Penal impedido para sancionar a alguien, y de hacerlo –al castigar-, se violentaría el principio jurídico relativa a la “nulla poena sine lege”, mismo que pretende establecer en forma por demás relevante, que no puede ser castigada una conducta que carece de una descripción típica, como así expresamente lo establece nuestra Carta Magna en el artículo 14 párrafo tercero que a la letra expresa: “... En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata...”.

De lo anterior, podemos ubicar que dentro del Código Penal, son manifiestas diversas sanciones o castigos, toda vez que en el Capítulo I del Título Segundo del Libro Primero se hace referencia a las penas y a las medidas de

⁶¹ MARIO JIMÉNEZ HUERTA. Op. Cit. P. 459

seguridad que tal ordenamiento engloba, siendo importante señalar que las mismas resultan ser según el artículo 24 del Ordenamiento Legal invocado las siguientes:

- 1.- Prisión
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad.
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes psicotrópicos, o tratándose de violencia familiar, de quienes tengan la necesidad de consumir bebidas embriagantes
- 4.- Confinamiento
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado
- 6.- Sanción pecuniaria que comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica.
- 7.- Derogado
- 8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito
- 9.- Amonestación
- 10.- Apercibimiento

- 11.- Caución de no ofender
- 12.- Suspensión o privación de derechos
- 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos
- 14.- Publicación especial de sentencia.
- 15.- Vigilancia de la autoridad.
- 16.- Suspensión o disolución de sociedades
- 17.- Medidas tutelares para menores.
- 18.- Decomiso de Bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Y las demás que fijen las leyes.

Es relevante que no se deje en el olvido que los tratadistas del Derecho Penal han postulado diversas teorías de la pena o sobre la aplicación de sanciones a transgresores de la ley, tal es el caso de la "lucha de escuelas", en donde se pretende establecer una serie de principios sobre los cuales ha de hallar sustento el Derecho Punitivo y que para alcanzar tales principios se han erigido valores como "la justicia" o "la necesidad moral" o pretender mezclar ambos valores encaminándolos hacia una "utilidad de la pena", que como objetivo final pretende la prevención del delito; resultando de lo anterior, que a finales del siglo pasado, se llegó a la conclusión que era más conveniente una postura dialéctica sobre tales cuestiones, por lo que considerando dichas manifestaciones

nos adherimos a esta última en la cual consideramos se fija que el Derecho Penal, debe revestir tanto justicia como utilidad a la colectividad, es decir, debe sancionar al culpable pero a su vez debe prevenir que éste último incurra en nueva infracción a la ley, porque estimamos que a la colectividad interesa tanto lo uno como lo otro, y es en base a los intereses de ésta, sobre los cuales ha de sustentarse la importancia del Derecho Represivo.

En consecuencia a lo establecido en párrafos anteriores, conveniente es precisar que nuestro ordenamiento legal represivo presenta en su contenido un capítulo correspondiente a la aplicación de sanciones; siendo por tanto necesario exponer que el Organo Jurisdiccional, al efectuar tal actividad deberá observar lo establecido en los artículos relativos a la aplicación de sanciones, tal es el caso de considerar lo previsto en los dispositivos 51 y 52 del Código Punitivo, en donde entre otras cuestiones se deberá atender a los límites mínimos y máximos fijados por la ley, así como las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, esto en relación al artículo 51 del Código Penal; en relación a lo que se deberá observar por lo que hace al artículo 52 del mismo ordenamiento – reformado en tiempo reciente-. Serán "la fijación de las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente; pero además deberá tener en cuenta entre cosas, lo siguiente:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V.- La edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Asimismo, no debemos dejar de mencionar que en el párrafo segundo del artículo 12 del ordenamiento represivo, recientemente reformado anexa la característica de que el juez además de tomar en cuenta lo previsto en el artículo 52 del mismo ordenamiento legal (y al cual ya hicimos mención en líneas anteriores), considerará el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito, es decir, nuevamente el legislador vuelve a hacer manifiesto la facultad decisoria para resolver del juzgador.

La punibilidad prevista para el delito de utilización indebida de la vía pública, en el caso del tipo que es motivo del presente estudio, está prevista en el párrafo final del artículo 171 bis, del Código Penal para el Distrito Federal, "al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción II de este artículo, se le impondrán de uno a tres años de prisión y multa de cien a trescientos días multa".

Ahora bien, de acuerdo a lo preceptuado por el párrafo quinto del artículo 268, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, tenemos que el delito de utilización indebida de la vía pública, no es de los considerados como graves. En efecto, se menciona en el señalado párrafo que "para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos".

Además se señala en tal precepto que " la tentativa punible de los ilícitos que se menciona en el párrafo anterior se considerará delito grave si el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años".

"Para calcular el término medio aritmético de la pena de prisión se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la pena del delito de que se trate".

B).- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Las excusas absolutorias o ausencia de punibilidad representan el factor negativo de la punibilidad, señalando Castellanos Tena "son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena"⁶²

⁶² FERNANDO CASTELLANOS TENA. Op. Cit. P. 278.

Siendo pertinente hacer mención que, por lo que respecta al delito en análisis, no reviste posibilidad alguna de ser caracterizado por la concurrencia de alguna excusa absolutoria, pues debido al grado de culpabilidad que le estimó el órgano legislativo (Asamblea Legislativa del Distrito Federal), el agente actúa de una manera dolosa y produciendo como consecuencia de su actuar un peligro eminentemente grave no sólo para la sociedad sino también para el Estado en general, es por lo que no es posible que existan factores que anulen la aplicación de una sanción privativa de libertad.

No debiéndose hacer a un lado la circunstancia excluyente de punibilidad a que hace mención el artículo 55 del Código Penal, el cual textualmente expresa: "Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su personal o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o en los casos de precario estado de salud, el juez apoyará en dictámenes de peritos". Siendo el caso que se considera como una excusa absolutoria genérica dicho numeral, pues el Juzgador puede prescindir de la aplicación de la pena. También podrá sustituir la pena por una medida de seguridad.

Es posible que tratándose de los autores del delito de utilización indebida de la vía pública, se puede aplicar lo dispuesto por el mencionado artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal, ya que pueden estar aquéllos en un precario estado de salud o ser sujetos seniles, pudiendo en consecuencia prescindirse de la pena o sustituir por una medida de seguridad.

El artículo 67 de la mencionada ley sustantiva señala que "en el caso de los inimputables, el Juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente". Ahora bien,

es cierto que no estamos en el caso de autores inimputables, pero también es verdad que en lo relativo a las medidas de seguridad debemos estar a lo que se establece respecto de ellas en el Código Penal. Por tanto, la aplicación de la medida de seguridad, podrá ser en internamiento o en libertad.

AUTORIA Y PARTICIPACION.

En los últimos años se ha ido abriendo paso en la doctrina, el criterio que se conoce con el nombre de "dominio del hecho", toda vez que las controversias que se suscitaban en realidad fáctica, no eran resueltas de manera satisfactoria por las doctrinas anteriores (la objetiva y la subjetiva).

En esta teoría el dominio del hecho, propuesta por Hans Welzel, se establece que no es suficiente estudiar de manera separada la personal ejecución para explicar todos los casos de autoría ni tampoco el ánimo de autor para el mismo fin, dado que las conductas del hombre son precisamente objetivo-subjetivas y que por el contrario es estrictamente necesario el examen de estos dos extremos.

Pero existen graves problemas en cuanto a determinar si todos los que participaron en un delito son responsables en igual medida. En este sentido, los doctrinarios no se han puesto totalmente de acuerdo existiendo diversas vertientes.

Por lo tanto, trataremos de definir de la manera más adecuada los grados de autoría y participación que existen:

a).- **AUTOR.**- Es el que tiene el dominio del hecho, aquel que "tenga las riendas del acontecimiento típico", el sujeto que se "encuentra en la situación real de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo"⁶³, es decir, el que tiene el dominio del hecho.

Existen otros autores, que para explicar la autoría y participación no solamente utilizan la teoría del dominio del hecho, sino además vinculan en esta el desvalor del injusto, luego entonces, autor no es quien domina el supuesto del hecho, sino aquel que domina el hecho injusto.

b).- **AUTOR MEDIATO.**- Eugenio Raúl Zaffaroni, lo define como "el que se vale de otra persona como instrumento y el cual realiza total o parcialmente la conducta delictiva; mismo sujeto que actúa sin dolo, atípicamente o justificadamente"⁶⁴

c).- **INSTIGADOR.**- Francisco Carrara definía a este autor como "autor psicológico". La necesidad de conservar esta institución es necesaria porque a veces se manifiesta casos en los cuales, existe quien actúa desde atrás de acuerdo con los demás autores psicofísicos o partícipes, o bien, porque existe el jefe de una banda de criminales quien coordina o dirige la realización del hecho injusto con una importante contribución al mismo.

d).- **COAUTORIA.**- Puede suceder que en un delito concurren varios autores, si éstos de manera consciente concurren en forma que cada uno de ellos realicen la totalidad de la conducta típica, habrá una coautoría, y cada uno de ellos tendrá el dominio funcional del hecho. En ese sentido, Edmundo Mezger define al coautor como "el que actuando como autor mediato o inmediato, comete un hecho

⁶³ REINHARDT MAURACH. Tratado de Derecho Penal, T. II. Trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona Editorial Ariel, 1962, p. 309

⁶⁴ EUGENIO RAUL ZAFFARONI. Manual de Derecho Penal.- Parte General.- Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Reimpresión. México 1991. P. 609.

punible conjuntamente con otros autores, esto es en cooperación consciente y querida⁶⁵.

Esto es, cada coautor, domina todo el sucedido en cooperación con otro u otros sujetos, requiere que en su aspecto subjetivo los intervinientes se vinculen reciprocamente, debiendo asumir cada uno de ellos un cometido parcial necesario para la totalidad del plan. En sentido objetivo, la aportación de cada coautor debe encerrar un determinado grado de importancia funcional, de modo que la colaboración de cada uno se presente como una pieza esencial para la realización del plan general⁶⁶.

Esta cooperación consciente y querida de los coautores, puede surgir con anterioridad al hecho, durante el mismo, o después de que este se haya realizado parcialmente por los coautores, puede realizarse de manera expresa o tácitamente con acciones concluyentes.

Asimismo, si existe una división de la tarea a ejecutar, para que estemos en presencia de la coautoría necesariamente deben de reunir los requisitos típicos exigidos para ser autor.

En el delito de utilización indebida de la vía pública serán autores materiales quienes por si mismos realicen el delito. Es decir, el que determina a otro a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente, es autor material. Lo mismo sucede con el que fácticamente ejercer el comercio en la vía pública sin orden de la autoridad competente.

Hablaremos de coautores, cuando de común acuerdo y conjuntamente dos o mas personas instiguen a otro a ejercer el comercio en la vía pública sin

⁶⁵ EDMUNDO MEZGER, Derecho Penal. -Parte General- Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor, 2ª edición, México 1990. P. 311.

⁶⁶ JESCHECK HANS HEINRICH. Tratado de Derecho Penal -Parte General- T. II. 3ª Edición. Trad. de Mir Puigf y Muñoz Conde, Barcelona Bosch, Casa Editorial. 1981. Pp. 937 y 938.

permiso de la autoridad competente, obteniendo ambos un beneficio o lucro. Igualmente, habrá coautoría cuando de común acuerdo y ejecución conjunta dos o mas personas materialmente lleven a cabo el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad administrativa competente.

Estimamos, por otra parte, que no es posible se presente la figura del autor mediato, es decir de quien comete el delito utilizando a otra persona como instrumento de su voluntad.

LA PARTICIPACION.

A lo largo de nuestra investigación hemos observado que el tipo penal esta dirigido básicamente en su contenido prescriptivo a "una" conducta, es decir, en casos en participar describe conductas utilizando únicamente un pronombre personal, siendo esto evidente sobremanera en la parte especial del Código punitivo.

Sin embargo, en la parte general de nuestro ordenamiento sancionador se engloba o hace alusión a aquéllas personas que intervienen en la comisión de un ilícito, siendo importante señalar en forma específica que el dispositivo que regula la participación, lo es el artículo 13 del Código represivo, mismo que en su contenido se enmarca a las personas responsables de los delitos, y por lo que hace propiamente a la participación, esta se halla contemplada en las fracciones IV, V, VI, VII y VIII del citado ordenamiento legal; considerando lo anterior, estamos en posibilidad de establecer que la participación se manifiesta en la realidad jurídica en base a una ampliación de nuestro ordenamiento sancionador, el cual para ello ensancha su ámbito castigador hacia aquéllos sujetos que si bien no fueron los autores materiales de una conducta ilícita si en cambio hicieron manifiesto un comportamiento con el cual colaboraron

en la ejecución de la mencionada conducta violentadora del orden punitivo, así pues, se está ante una situación de este tipo, en presencia de lo que dentro de la doctrina se conoce como participación.

Por otro lado, es importante hacer la diferenciación existente entre lo que es la autoría y lo que es participación, por lo que abocándonos a ello, podemos señalar que la distinción de mayor relevancia lo es, que por el concepto de autor, se entiende a aquél individuo que en forma directa ejecuta la transgresión de la norma, es decir, aquél que en forma material efectúa la realización del papel principal en la comisión de un delito; no así por lo que concierne al partícipe, pues éste resulta ser aquél que dentro de la comisión de un ilícito realiza la ejecución de papeles accesorios, encuadrándose en este supuesto aquéllos quienes cooperan, auxilian o realizan una complicidad dentro de la comisión del hecho injusto.

Algunos autores, opinan que la participación tiene dos posibilidades teóricas, entre ellos Enrique Bacigalupo, sostiene: "La teoría de la participación tiene en consecuencia, dos posibilidades teóricas: o bien diferencia distintas formas según la importancia de la participación de tal forma que distingue entre la realización del papel principal (autor) y al ejecución de papeles accesorios (cómplices o cooperadores, partícipes en general) o bien, renuncia a tales diferencias a favor de un "concepto unificado de autor"⁶⁷

Adentrándonos en la participación propiamente, es decir, en sentido estricto, podemos considerar que los supuestos que esta requiere, son de una condición en forma primordial, y que la misma significa que aquél que sea considerado partícipe no haya realizado la acción típica, es decir, aquél que no haya tenido el dominio funcional del hecho.

⁶⁷ ENRIQUE BACIGALUPO. Manual de Derecho Penal, Editorial Temis. Bogota Colombia, 1989. P. 179.

De lo anterior, se puede señalar, que la participación en sentido estricto reviste únicamente dos formas, es decir, sólo comprende a la instigación y a la complicidad; sin embargo, los tratadistas distinguen que dentro de estos supuestos se puede establecer una accesoriedad participativa sobre la cual ha de determinarse la responsabilidad penal del indiciado, puesto que la misma accesoriedad reviste diversos parámetros para determinar la participación de alguien en un hecho ilícito.

Hans Welzel, sostiene en cuando a la participación por instigación, que ésta tiene la característica de ser aquélla determinación dolosa a un hecho doloso (a través de una influencia de tipo espiritual), siendo indiferente la clase de medio empleado para instigar, como puede ser: persuasión, consejo o hasta aparente disuasión⁶⁸

Tocante a la complicidad, podemos establecer que esta resulta ser aquélla prestación de ayuda dolosa en relación o en unión a un hecho doloso, favoreciendo y queriendo la consumación del hecho injusto. "Favorecer" significa prestar o colaborar en forma causal para la comisión del hecho principal.

---Puede considerarse que dentro de las diversas teorías existentes en la doctrina penal, una de mayor aceptación entre los tratadistas lo es la teoría relativa al "dominio del injusto", siendo ésta la que en opinión nuestra abarca en forma más precisa lo relativo a la autoría y participación, pues como señala el autor MARIO SALAZAR MARIN, " La teoría del dominio del injusto" como fórmula eficiente para distinguir al autor del partícipe distingue en forma precisa que el autor es quien domina el injusto y el partícipe no⁶⁹

Asimismo, podemos señalar que la participación en forma estricta resulta ser aquél fenómeno dependiente y accesorio de la autoría, en virtud lo

⁶⁸ HANS WELZEL. Op. Cit. P. 166.

⁶⁹ MARIO SALAZAR MARIN. Op. Cit. P. 139.

anterior, a que únicamente existe en base a la realización de un injusto típico. De ahí que corresponda a la participación un concepto encuadrable bajo la denominación de **acesorio** a la autoría misma.

Retomando lo anterior, podemos concluir que por instigador se entiende a aquél sujeto que induce o determina directamente a otra persona de manera dolosa a cometer un hecho punible; determinar o inducir a otro significa que el instigado debe de haber formado su voluntad de realización del hecho como consecuencia directa de la acción del instigador.

Por lo que respecta a la figura de la complicidad, podemos entender la misma como la ayuda o colaboración dolosa prestada a un hecho doloso. La complicidad tiene que favorecer (objetivamente) el hecho principal y este favorecimiento ser querido (subjektivamente) por el cómplice.

Finalmente, podemos establecer que dentro de la comisión de nuestro delito a estudio, es posible la existencia de la participación para la consumación del delito, y de acuerdo con las características que revistan cada uno de los sujetos que intervinieren en la comisión del ilícito se les determinará qué grado de responsabilidad penal les corresponde.

Esto es, al ser figuras accesorias la instigación y la complicidad, pudiera suceder que un sujeto instigara a otro para que a su vez esté último determinara a un tercero a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad administrativa competente. O bien, que en los actos de instigación o determinación a ese tercero, un cómplice le prestara cooperación o auxilio para lograr la consumación del delito señalado. También cabrá la posibilidad de que por lo menos dos sujetos participen como instigado y cómplice, en relación a la persona que materialmente va a ejercer el comercio en la vía pública, pudiendo el instigador ser también autor del delito de utilización indebida de la vía pública, si es que además, obtiene un beneficio o lucro, o simplemente ser instigador

respecto del delito del que comercie en la vía pública, cuando no haya obtenido tal beneficio o lucro.

No estimamos posible que nuestro delito de utilización indebida de la vía pública pueda constituir un "delito de propia mano. Al respecto podemos mencionar, que este delito fue denominado así (de propia mano) por Bindig. Aunque desde la edad media se negó por algunos glosadores y postglosadores la posibilidad de considerar autores por mandato a los que instigaban a ciertas clases de delitos que se cometían por acto corporal tendiente a la satisfacción de los sentidos, lo cierto es que esta categoría está muy controvertida. Entre los autores que afirman su existencia tenemos a Frank Von Liszt y Edmundo Mezger, quienes los definen como aquéllos raros delitos en los que sólo puede ser autor quien mediante la propia acción personal causa el resultado, es decir, aquéllos que sólo pueden ser cometidos por el autor en personal, y no sirviéndose de la intervención de otro sujeto.

CONCLUSIONES

1.- La iniciativa del "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal, fechada el veintitrés de Agosto de mil novecientos noventa y nueve, que culminó con la aprobación, promulgación y publicación del anticonstitucional artículo 171 Bis fracción II y último párrafo del Código Penal para el Distrito Federal. El delito denominado de "utilización indebida de la vía pública", fue adicionado por el artículo 2° del decreto publicado en la gaceta oficial del Distrito federal, el 17 de septiembre de 1999, y en vigor el 1° de octubre del mismo año. Y apartir del primero de Octubre de mil novecientos noventa y nueve, arbitraria y anticonstitucionalmente las autoridades responsables pretenden que la legitima y Constitucionalmente protegida Actividad Comercial se tenga como "DELITO" , esto es que se considere como una actividad que atenta contra la sana y armónica convivencia social; lo que a todas luces es insostenible que una actividad lícita como el comercio, pueda ser objeto de consecuencias penales.

El artículo 171 Bis fracción II y último párrafo, del Código Penal, abiertamente contraviene la garantía contenida en el artículo QUINTO, que protege a los comerciantes contra la intervención autoritaria de las autoridades responsables, pues claramente señala que a NADIE se le podrá vedar , ejerza la actividad que más le acomode siendo lícita, lo que en relación con la Garantía de Igualdad y Seguridad Jurídica, contenida en el artículo Primero de la Constitución Política, expresamente significa que toda actividad comercial individual, desde luego goza de la protección constitucional a que estos dos artículos se refieren por lo que las autoridades responsables solamente la podrán vedar si prueban que una actividad lesiona a la sociedad.

2.- Cuando el anticonstitucional artículo 171 Bis fracción II y último párrafo, se dispone que ejerzan el Comercio en la Vía Pública sin permiso de la autoridad competente desde luego las autoridades responsables determinan ELLAS quienes podrán a su arbitrio "Antojo", ejercer o no una lícita actividad como es el Comercio. Siendo mas claros, son las Autoridades Responsables quienes a través del otorgamiento o no de un permiso hacen del Comercio lícito y socialmente aceptado deje de serlo; las autoridades responsables no pueden señalar Constitucionalmente que para unos es lícita la actividad comercial en la Vía Pública y para otros no; por que la actividad es LICITA SIEMPRE o no lo es, pero nunca como acontece en el caso, en perjuicio de nuestras Garantías Individuales, tenerse lícita para unos y para otros no. Esa es la verdadera anticonstitucionalidad del artículo 171 Bis fracción II y último párrafo, del Código PENAL para el Distrito federal, ya que bajo la supuesta protección penal a un bien jurídico que nunca se menciona ni existe, como valor fundamental que el Derecho Penal debe tutelar.

3.- El tipo penal previsto en la fracción II y último párrafo, del artículo 171 bis, del Código Penal para el Distrito Federal, es contrario al principio constitucional, que consagra como garantía individual para el gobernado, así también violan las autoridades responsables nuestras Garantías de Seguridad Jurídica e igualdad porque al dictaminar, aprobar y publicar el multicitado artículo, ABUSARON en su atribución legislativa ya que "CONTRAVINIERON" nuestra lícita actividad comercial en DELITO, lo cual sólo es propio de regímenes más autoritarios.

4.- El delito que estudiamos, lesiona los principios fundamentales de la moderna política criminal, como son entre otros, el de legalidad, el de precisión del tipo; son delitos que constituyen Leyes en Blanco por que no esta perfectamente terminada o acabada la denominación del delito, sino que nos remite a otra Ley o Reglamento; vulnerando el principio de legalidad por que se faculta, se autoriza por el poder Legislativo al poder Administrativo para efectos de

que llene esos huecos que dejó el Legislativo por Vía Administrativa (constituyendo un tipo abierto y una ley en blanco), el de retroactividad de la norma en perjuicio de alguna persona, y sobre todo el de intervención mínima del Derecho Penal.

5.- Desde el punto de vista de análisis dogmático del delito en estudio, como ha quedado plasmado, no reporta dificultad alguna aplicar la teoría jurídica del delito, resultando las consecuencias asentadas en cada uno de los apartados desarrollados, por lo que estimamos ocioso redundar al respecto.

6.- De la interpretación Hermeneutica, del multicitado artículo se desprende que existen dos conductas una determinar(instigar) y ejercer el Comercio; por lo que propongo Reformar el tipo de la siguiente manera:

ARTICULO 171 BIS.- Comete el delito de utilización indebida de la vía Pública:

I.- El que utilice la vía Pública para consumir, distribuir o vender sustancias ilícitas o para inhalar sustancias lícitas no destinadas a ese fin y que produzcan efectos psicotrópicos, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos jurídicos; para los efectos de este artículo, son sustancias ilícitas las así calificadas por la Ley General de Salud; y

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 algún tercero.

Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción I se le impondrán de seis meses a un año de prisión y multa de treinta a sesenta días multa. Cuando la conducta realizada consista en el consumo o inhalación, la pena será de hasta seis meses de tratamiento de desintoxicación o

deshabitación que corresponda en el centro de atención destinado para tal efecto.

Al que incurra en la comisión de la primera conducta de las señaladas en la fracción II de este artículo se le impondrán de uno a tres años de prisión y multa de cien a trescientos días multa.

BIBLIOGRAFIA.

1. **ALMARAZ.** *Tratado teórico y práctico de ciencia penal*, II, "El delincuente", México, 1948.
2. **ANTOLISEI, Francisco.** *Manual de derecho penal*, UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1960.
3. **BATTAGLINI.** *Diritto Penale*, 2ª. ed., Padua, 1949.
4. **BETTIOL.** *Derecho penal*, parte general, Temis, Bogotá 1965.
5. **BETTIOL.** *Instituciones de Derecho Penal y Procesal.* ed. Boch, Barcelona, 1977.
6. **BURGOA ORIHUELA IGNACIO.** *El Juicio de Amparo*, ed. Porrúa 1999.
7. **BUSCH, Richard.** *Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito.* ed Temis, Bogotá, 1969.
8. **CARRANCA Y TRUJILLO Raúl, CARRANCA Y RIVAS Raúl.** *Código Penal Anotado*, ed. Porrúa, México, 1977.
9. **CARRANCA Y TRUJILLO.** *Código penal anotado*, 6ª. ed Porrúa, México, 1976
10. **CARRANCA Y TRUJILLO.** *Derecho penal mexicano*, parte general, II, 4ª. ed., Antigua Librería Robledo, México, 1956
11. **CORDOBA RODA, Juan.** *Culpabilidad y Pena.* ed. Bosh, Barcelona, 1977.
12. **CUELLO CALÓN.** *Derecho Penal I*, 12ª ed. Bosch, Barcelona, 1956.

13. **FRAGA GABINO.** Derecho Administrativo. Ed. Porrúa 1999.
14. **FERRER SAMA.** *Comentarios al Código Penal I*, Murcia, 1947.
15. **GALLAS.** *La Teoría del Delito en su Momento Actual.* ed. Bosh, Barcelona, 1959.
16. **GARRIDO Y CENICEROS.** *La ley penal mexicana*, Botas, México, 1934.
17. **GONZALEZ DE LA VEGA.** *El código Penal comentado*, Porrúa, México, 1974.
18. **GRAF ZU DOHNA.** *La estructura de la teoría del delito*, Abeleto-Perrot, Buenos Aires, 1958
19. **JESCHEK, Hans - Heinrich.** *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I y II, ed. Bosh, Barcelona, 1977 y 1981.
20. **JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.** *La ley y el delito*, ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1978.
21. **JIMENEZ DE ASÚA, Luis.** *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I, II, III, IV y V*, ed. Bosh, Barcelona, 1981.
22. **LISZT.** *Tratado de derecho penal*, III, Reus, Madrid, 1935.
23. **MAGGIORE.** *Derecho penal, I*, Temis, Bogotá, 1954.
24. **MANTILLA MOLINA ROBERTO L.** Derecho Mercantil ed. Porrúa 1988.
25. **MAURACH, Reinhart.** *Tratado de derecho penal, parte general, II*, Ariel, Barcelona, 1962.
26. **MAYER.** *La ley y el delito*, Sudamericana, Buenos Aires, 1978.
27. **MENDOZA, José Rafael.** *Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General*, Tomo II, 5ª ed, Caracas, 1965.

28. **MEZGER, Edmund.** Derecho penal. Libro de estudio, parte general, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.
29. **MEZGER, Edmund.** *Tratado de derecho penal*, II, Madrid, 1935.
30. **MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes.** *Derecho penal, parte general.* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
31. **MUÑOZ CONDE, Francisco.** *Introducción al Derecho Penal*, ed. Bosch, Barcelona, 1975.
32. **NOROA MORREAL, E.** *La evolución del Derecho Penal en el presente siglo.* LXXV años de evolución jurídica en el mundo. Vol. I, UNAM, México, 1979.
33. **NOVOA MONREAL.** *Curso de derecho penal chileno*, II, Editorial Jurídica de Chile, 1966.
34. **PAVÓN VASCONCELOS, Francisco.** *Manual de derecho penal mexicano*, parte general, Porrúa, México, 1980.
35. **PISAPIA.** *Istituzione di Diritto Penale*, Padua, 1970.
36. **PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.** *Programa de derecho penal*, parte general. Trillas, México, 1990.
37. **RAFFAELE LATAGLIATA, Angelo.** *El Concurso de Personas en el Delito*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.
38. **RANIERI, Silvio.** *Manual de derecho penal*, II, Temis, Bogotá, 1975.
39. **RIPOLLÉS.** *Derecho penal de la culpa*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958.
40. **RODRIGUEZ MANZANERA Luis.** *Criminología.* Editorial Porrúa, México, 1987.

41. **RODRÍGUEZ MOURULLO.** *Comentarios al Código Penal*, I, Ariel, Barcelona, 1972.
42. **SAINZ CONTERO, José A.** *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, ed. Bosh, Barcelona, 1990.
43. **SALDAÑA,** *Tratado de derecho penal*, III.
44. **SAUER.** *Derecho penal, parte general*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956.
45. **SERRA ROJAS ANDRES.** *Teoría del Estado*. Ed. Porrúa. 1999.
46. **SOLER.** *Derecho penal argentino*, II y IV, Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1967.
47. **VILLALOBOS.** *Derecho penal mexicano*, parte general, Porrúa, México, 1975.
48. **VILLALOBOS.** *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. ed. Porrúa, México, 1983.
49. **WELSELS, Johannes.** *Derecho penal, parte general*, Depalama, Buenos Aires, 1980
50. **WELZEL, Hans.** *Derecho penal, parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1956.
51. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** *La teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973.
52. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** *Manual de derecho penal*, parte general, Ediar, Buenos Aires, 1977.
53. **ZAFFARONI Eugenio Raúl.** *Tratado de derecho penal*, parte general, IV, Ediar, Buenos Aires, 1982.