

A 00721
280

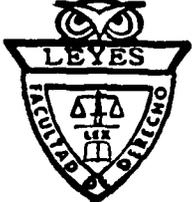


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE UTILIZACION INDEBIDA DE LA VIA PUBLICA

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIA EUGENIA FLORES SANCHEZ



ASESOR: DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de UNAM a difundir en formato electrónico e impr. contenido de mi trabajo recepción

NOMBRE: Maria Eugenia Flores Sanchez

MEXICO, D. F. FECHA: 05-06-03

FIRMA: [Firma manuscrita]

2003



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

B



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/84/SP//03/03
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E.

La alumna FLORES SANCHEZ MARIA EUGENIA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS, la tesis profesional intitulada "ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE UTILIZACION INDEBIDA DE LA VIA PUBLICA", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE UTILIZACION INDEBIDA DE LA VIA PUBLICA" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna FLORES SANCHEZ MARIA EUGENIA.

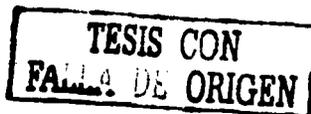
En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará a la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 28 de marzo de 2003.

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/ippg.



C

AGRADEZCO AL TODOPODEROSO Y A LA VIRGEN DE LA SOLEDAD POR SER MIS PROTECTORES Y ALLANAR MI CAMINO PARA PODER LLEGAR A ESTA ETAPA DE MI VIDA.

AGRADEZCO A MIS PADRES POR HABERME DADO LA VIDA Y EN ESPECIAL A MI MADRE POR SER MI AMIGA Y TENER SIEMPRE UNA PALABRA DE ALIENTO EN LOS MOMENTOS DIFÍCILES DE MI VIDA.

AL ALMA MATER PORQUE ME BRINDO LA GRAN OPORTUNIDAD DE REALIZAR MIS ESTUDIOS PROFESIONALES.

A MI ASESOR DE TESIS EL CUAL CON SU SABIDURÍA Y PACIENCIA ME ORIENTO PARA LA ELABORACIÓN DE LA PRESENTE.

A MIS MAESTROS Y SINODALES QUIENES ENTREGAN SUS CONOCIMIENTOS EN FORMA DESINTERESADA.

DEDICO LA PRESENTE TESIS EN ESPECIAL A MI ESPOSO Y A MIS HIJOS GERARDO Y CLAUDIA, QUIENES EN TODO MOMENTO ME ALENTARON PARA SEGUIR ADELANTE Y CONFÍARON EN QUE LLEGARIA AL FINAL DEL ARCOIRIS.

A SYLVIA ROMERO RADYX, QUIEN SIN CONOCERME ME BRINDO SU APOYO INCONDICIONAL EN LOS TRÁMITES DE LA PRESENTE TESIS.

2

**ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE
UTILIZACION INDEBIDA DE LA VIA PUBLICA**

**Contenido en la Fracción II del Artículo 171 Bis del
Código Penal para el Distrito Federal**

Í N D I C E

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO. Marco Teórico Conceptual.

| | |
|----------------------------------|-----------|
| 1.1 Derecho Penal | 01 |
| 1.2 Delito | 01 |
| 1.3 Concurso de Delitos | 05 |
| 1.4 Vía Pública | 05 |
| 1.5 Camino Público | 09 |
| 1.6 Vía de Comunicación | 09 |
| 1.7 Bien Jurídico | 10 |
| 1.8 Comercio | 11 |
| 1.9 Comerciante | 11 |
| 1.10 Acto Administrativo | 11 |
| 1.11 Libertad de Tránsito | 12 |
| 1.12 Seguridad Jurídica | 12 |
| 1.13 Permiso | 13 |
| 1.14 Infracción | 14 |
| 1.15 Medida de Seguridad | 14 |
| 1.16 Pena | 14 |
| 1.17 Sanción | 15 |

CAPITULO SEGUNDO**Aspecto Histórico sobre la Regulación en México del delito de
utilización indebida de la vía pública**

| | |
|--------------------------|----|
| 2.1 Código Penal de 1871 | 16 |
| 2.2 Código Penal de 1929 | 17 |
| 2.3 Código Penal de 1931 | 18 |

CAPITULO TERCERO**Análisis de la Teoría del Delito**

| | |
|---|----|
| 3.1 Actividad y Falta de Acción | 27 |
| 3.2 Tipicidad y Ausencia de Tipo | 33 |
| 3.3 Antijuricidad y Causas de Justificación | 39 |
| 3.4. Imputabilidad y Causas de Inimputabilidad | 48 |
| 3.5. Culpabilidad y Causas de Inculpabilidad | 51 |
| 3.6. Condicionalidad Objetiva y su aspecto negativo | 58 |
| 3.7. Punibilidad y excusas absolutorias | 59 |

CAPITULO CUARTO**Análisis del Delito de Utilización indebida de la Vía Pública**

| | |
|------------------------------|----|
| 4.1 Conducta | 61 |
| 4.2 Tipicidad | 64 |
| 4.3 Antijuricidad | 71 |
| 4.4 Imputabilidad | 72 |
| 4.5 Culpabilidad | 73 |
| 4.6 Condicionalidad Objetiva | 73 |
| 4.7 Punibilidad | 74 |

CAPITULO QUINTO
Marco legislativo actual

| | |
|---|-----|
| 5.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos | 75 |
| 5.2. Código de Comercio | 80 |
| 5.3. Ley de Vías Generales de Comunicación | 83 |
| 5.4. Estatuto de Gobierno del Distrito Federal | 89 |
| 5.5. Ley para el funcionamiento de Establecimientos Mercantiles en el Distrito Federal | 92 |
| 5.6. Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal | 98 |
| 5.7. Ley de Transporte del Distrito Federal | 101 |
| 5.8. Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal | 105 |
| 5.9. Ley del Desarrollo Urbano del Distrito Federal | 105 |
| 5.10. Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal | 107 |
| 5.11. Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal | 109 |
| 5.12. Reglamento de Mercados para el Distrito Federal | 113 |
| 5.13. Reglamento para Trabajadores no asalariados del Distrito Federal | 121 |
| 5.14. Bando por el que se prohíbe el ejercicio del comercio en la vía pública en puestos fijos, semifijos y de cualquier otro tipo en las calles comprendidas dentro del perímetro determinado por el Departamento del Distrito Federal para la primera fase de desarrollo del Programa de Mejoramiento del Comercio Popular | 126 |
| CONCLUSIONES | 128 |
| PROPUESTA | 131 |
| BIBLIOGRAFÍA | 132 |

INTRODUCCION.

El comercio ejercido en la vía pública es fuente de toda una serie de problemas, se ha reconocido que es una actividad informal, incluso, las autoridades gubernamentales conscientes de ello han confirmado que existe un trato desigual con los comerciantes formalmente establecidos o también llamados comerciantes en Derecho, por ello se vieron en la necesidad de elaborar el Programa de Mejoramiento del Comercio Popular, siendo su finalidad incorporar a dichos comerciantes a un régimen formal lo que se traduce en el cumplimiento de las disposiciones contenidas en diversos ordenamientos legales, sin embargo tal programa no ha tenido el resultado esperado.

Se destaca, también que los comerciantes ambulantes, sólo requieren un permiso para vender en la vía pública, con el pago de sus respectivos derechos por concepto de explotación de la vía pública, mientras que los titulares deben pagar una licencia de funcionamiento, una autorización o permiso para ejercer el giro mercantil; además del pago por uso del suelo, esto sólo ha provocado que cada día el comercio informal aumente y exista una competencia desleal con el comercio formal, aunado a ello también se provoca la obstaculización de la vía pública, se impide el paso peatonal y vehicular, se afecta la imagen urbana de nuestra ciudad, propicia conductas delictivas que se facilitan, como es el caso de los líderes que incitan a ejercer el comercio ambulante con la finalidad de obtener lucros indebidos.

Nuestros legisladores con el propósito de solucionar la situación que provoca el comercio ejercido en la vía pública se dieron a la tarea de la creación del artículo 171 Bis que contiene el tipo de *utilización indebida de la vía pública*, el cual incluye la fracción II objeto de nuestro estudio, sin embargo, tal tipo legal no corresponde a las necesidades reales del problema del comercio ambulante, ya que sólo sanciona al "líder" como sujeto activo, el cual es muy impreciso ya que cualquier persona lo puede ser, olvidándose de

las personas que ejercen el comercio en la vía pública las cuales infringen variadas disposiciones legales contenidas en diversos ordenamientos.

En la exposición de motivos, del tipo legal en estudio, se explicó que no pretendía penalizar la pobreza ni saturar las cárceles, e infringir las garantías individuales de los ciudadanos, sino respondía al grave problema social de la inseguridad de las calles.

El tema de nuestra investigación es el estudio dogmático del Delito de Utilización indebida de la Vía Pública, por ello se presenta un análisis de lo que se entiende por el Uso de la Vía Pública, para enseguida comprender el por qué el legislador lo incluye como un tipo penal.

La investigación se encuentra organizada en cinco capítulos de los cuales en el Primer Capítulo manejaremos conceptos operativos fundamentales como: Derecho Penal, Delito, Vía Pública, Vía de Comunicación, Comercio, Comerciante, Libertad de Tránsito, Seguridad Jurídica y Medidas de Seguridad. para darle una pequeña introducción al contenido de nuestro tema.

En el Segundo Capítulo, se desarrolla, a través de los Códigos Penales que han estado vigentes, los cambios históricos que ha tenido la regulación del concepto de vía pública, con el fin de ubicar la intención del legislador de proteger su utilización.

En el Tercer Capítulo de acuerdo a nuestra principal intención se desarrolla la teoría del delito de acuerdo a sus elementos positivos y negativos.

En el Cuarto Capítulo aplicamos el estudio dogmático al delito de utilización indebida de la vía pública, para tener los elementos jurídicos suficientes, para elaborar nuestras críticas sobre dicha regulación.

En el Quinto Capítulo se exponen los diversos fundamentos jurídico de su regulación a partir de nuestra Carta Magna para llegar a los diversos ordenamientos jurídicos que regulan la vía pública.

Finalmente se presentan nuestras conclusiones, y una vez analizado el delito tanto histórica, dogmática y prácticamente estaremos en condiciones de elaborar una propuesta de solución al problema del comercio ejercido en la vía pública.

PAGINACION DISCONTINUA

CAPITULO PRIMERO

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

1.1. Derecho Penal.

La palabra "Derecho" deriva del vocablo latino "directum, el cual en su sentido figurado significa "lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma". "Derecho es lo que no se desvía a un lado ni otro, lo que es recto, lo que se dirige sin oscilaciones a su propio fin.

También manifestaremos que Derecho en sentido de rectitud se dice en italiano diritto, en portugués direito, en rumano dreptu; en francés se dice droit, en inglés right, en alemán recht, en holandés reght, etc.

El Diccionario de Derecho establece que es el "complejo de las normas de derecho positivo destinadas a la definición de los delitos y fijación de las sanciones".¹

1.2. Delito.

Por la importancia de este concepto y por tener estrecha relación con nuestro tema de tesis, presentaremos una adecuada explicación del mismo.

Gramaticalmente el concepto *delito*, proviene del verbo latino delinquere, genera la idea de "abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley".²

¹RAFAEL DE PINA Y RAFAEL DE PINA VARA, Diccionario de Derecho, Décima novena edición, Porrúa S.A., México, 1993, p. 238.

²CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Trigésima novena edición, Porrúa, México, 1998, p.125.

Por lo cual entendemos que se trata de una conducta negativa, reprimida y sancionada por el Estado, a través de su prohibición en la ley penal.

Las primeras formaciones del concepto de delito se encuentran a partir de la obra de Beccaria en donde los teóricos del Derecho penal se agruparon en escuelas, de conformidad a la similitud que sus ideas presentaron en relación con los temas de esta rama jurídica.

El concepto de delito en la denominada Escuela Clásica parte primero del hecho típico y después se ocupa del autor del mismo, es decir, está orientado hacia la división de los aspectos objetivos, que se refieren a la manifestación física en el mundo de los fenómenos y el aspecto subjetivo, esto es, los aspectos interior y psicológico vinculados con la voluntad, mismos que no son físicamente perceptibles por los sentidos.

El siguiente concepto fue proporcionado por Francisco Carrara es la "...infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañosos".³

La evolución de las ideas penales en algunos países europeos condujo al surgimiento de la Escuela Positiva, ésta produjo, por boca del jurista Rafael Garófalo, la siguiente definición de delito: "...el delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación a la sociedad"⁴

³JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, La ley y el delito. Principios de Derecho Penal, Quinta edición, Editorial Sudamericana, 1967, p.32.

⁴Ibidem p. 204

De esta forma observamos que nos proporciona más que un concepto jurídico de delito, una idea de delito que parte del derecho natural, pues considera que el delito es un hecho, esto es, algo que acontece en la realidad, que el delincuente se ve obligado a cometer porque influyen en él factores físicos y sociales.

Así un número importante de tratadistas ha proporcionado diversas definiciones del delito.

Las concepciones sustanciales sobre el delito, atienden a la esencia o sustancia del concepto. Se transcriben algunas de renombrados maestros, tomadas del libro "La Ley y el Delito", del tratadista Luis Jiménez de Asúa: para el profesor alemán Ernesto Beling, el delito es "... la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad".⁵

Edmundo Mezger, define al delito como la "... acción típicamente antijurídica y culpable".⁶

El propio Jiménez de Asúa señala que, considerando tanto los requisitos constantes como los variables de la infracción punible, el delito es el "...acto típicamente antijurídico y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputado a un hombre y que sometido a una sanción penal".⁷ Agrega que "el acto, tal como nosotros lo concebimos, independientemente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito, la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad, y las condiciones objetivas son advertencias e inconstantes. Por tanto, la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos:

⁵Ibidem, pp. 205 y 206.

⁶Ibidem., p. 206

⁷Ibidem.

tipicidad, antijurídica y culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito”.⁸

De lo anterior podemos expresar que las definiciones de delito jurídico sustanciales son las que poseen mayor relevancia jurídica. Los autores ofrecen concepciones distintas que son resultado de sus diferentes razonamientos sobre los elementos de sustancia que conforman al ente delito.

Se les conoce también con el nombre de concepciones formales del delito tienen su origen en la ley positiva. Al respecto, el Derecho mexicano dio nacimiento a tres definiciones, que corresponden a los tres códigos penales que fueron ley vigente en nuestra época independiente en el ámbito federal y en el Distrito Federal.

El Código de 1871, de corte clásico, define al delito en su artículo 4o. como “la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe ó dejando de hacer lo que manda”.⁹

En 1929 se expide un nuevo ordenamiento punitivo, de efferencia existencia que se fundamentó en las ideas de la Escuela Positiva, que precisó (artículo 11): “Delito es: la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal”¹⁰

Finalmente, el vigente Código Penal, de 1931, dispone en el artículo 7o. que “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”¹¹

⁸ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, op., cit., p.207.

⁹ Código Penal para el Distrito Federal Y territorio de la Baja California, sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación, 4a.ed., México, Herrero Hermanos, Sucesores, 1906.

¹⁰ Nuevo Código Penal para el Distrito y Territos Federales y Leyes Complementarias, México, Herrero Hermanos Sucesores, 1930.

¹¹ Código Penal para el Distrito Federal Vigente.

Con respecto al concepto formal de delito, el maestro Porte Petit apunta que: "... en México, ha sido un punto discutido y casi uniformemente resuelto el de si debe o no definirse el delito".¹²

En conclusión, las definiciones legales sobre el delito son calificadas por los doctrinarios de inútiles, sin trascendencia para el Derecho, por tratarse sólo de un concepto tautológico.

1.3. Concurso de delitos.

Es la pluralidad de infracciones a la ley penal, cometidas por la misma persona antes de ser juzgada ante una determinada jurisdicción.

El Código Penal para el Distrito Federal señala:

"Art. 18.- existen concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos". En el capítulo respectivo analizaremos si en el delito de utilización indebida de la vía pública existe el concurso de delitos.

1.4. Vía Pública.

Respecto del concepto de lo que es vía pública empezaremos por definir que es lo que se entiende por vía:

"Vía (Del latín vía) f. Camino. 2. Espacio que hay entre los carriles que señalan las ruedas de los carruajes. 3. El mismo carril."¹³

¹²PORTE PETIT, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*, Décima séptima edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1998, p.245.

¹³Diccionario de la Lengua Española, Décima sexta edición, Talleres de Publicación Herrerías S.A.. - México.- 12 de febrero MCMXLII.- p.1290.

"Vía pública. Calle, plaza, camino u otro sitio por donde transita o circula el publico".¹⁴

"Vías públicas. Bienes de dominio y uso público, construidas para la circulación de personas y vehículos..."¹⁵

"Vía de comunicación. Camino, terrestre, marítimo o aéreo utilizado para el comercio de los pueblos entre si"¹⁶

Observamos como para entender el vocablo vía pública, se abarca, camino calle, plaza, bien de dominio y uso público, camino terrestre, marítimo o aéreo.

El Código Penal para el Distrito Federal menciona en su artículo 165 que:

"Art. 165.- Se llaman caminos públicos las vías de tránsito habitualmente destinadas al uso público, sea quien fuere el propietario y cualquiera que sea el medio de locomoción que se permita y las dimensiones que tuviere..."

La Ley del Desarrollo Urbano del Distrito Federal define la vía pública en los siguientes términos:

Artículo 37. (primer y cuarto párrafo).

"Vía pública: es todo espacio de uso común que por disposición de la administración pública del Distrito Federal, se encuentre destinado al libre tránsito, de conformidad con las leyes y reglamentos de la materia, así como todo inmueble que de hecho se destine para ese fin. La vía pública está - - - -"

¹⁴Idem

¹⁵Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, 1999, p.996.

¹⁶Diccionario Salvat.-s.n.c.. T. XXVI, Edit., Salvat, México.-1981.-p.3682.

limitada por el plano vertical sobre la traza del alineamiento oficial o el lindero de dicha vía pública".

"La vía pública y los demás bienes de uso común destinados a un servicio público, son bienes del dominio público del Distrito Federal, regidos por las disposiciones contenidas en la ley del régimen patrimonial y del servicio público".

Por su parte el Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal establece:

Artículo 6. (primer párrafo)

"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 asolamiento 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".

Artículo 8. (primer párrafo).

"Las vías públicas y los demás bienes de uso común o destinados a un servicio público, son bienes de dominio público del Departamento, regidos por las disposiciones contenidas en la Ley y en la Ley Orgánica"

Finalmente la Ley de Transporte del Distrito Federal, incluye la integración de la vía pública:

Artículo 75.- "La vía pública se integra de un conjunto de elementos cuya función es permitir el tránsito de vehículos y peatones, así como facilitar la comunicación entre las diferentes áreas o zonas de actividad. Las vías públicas se clasifican en:

I.- Vías primarias.

A) Vías de acceso controlado

1.- anular o periférica;

2.- radial; y

3.- viaducto.

B) Arterias Principales:

1.- eje vial;

2.- avenida;

3.- paseo; y

4.- calzada.

II.- Vías secundarias.

A) Calle Colectora;

B) Calle Local;

1.- Residencial; E

2.- Industrial;

A) Callejón;

B) Callejuela;

C) Rinconada;

D) Cerrada;

E) Privada;

F) Terracería;

G) Calle Peatonal;

H) Pasaje;

I) Andador; y

J) Portal.

III.- Ciclistas; y

IV.- Áreas de transferencia. Las vías públicas estarán debidamente conectadas con las estaciones de transferencia tales como:

- A) Estacionamientos y lugares de resguardo para bicicletas;
- B) Terminales urbanas, suburbanas y foráneas;
- C) Estaciones del sistema de transporte colectivo "Metro";
- D) Centros de transferencia modal;
- E) Helipuertos; y
- F) Otras estaciones.

La definición de las vías públicas que se clasifican en la presente ley, se clasificarán en el reglamento correspondiente"

1.5. Camino Público.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 165 señala que:

"Se llaman caminos públicos las vías de tránsito habitualmente destinadas al uso público, sea quien fuere el propietario y cualquiera que sea el medio de locomoción que se permita y las dimensiones que tuviere; excluyendo los tramos que se hallen dentro de los límites de las poblaciones".

1.6. Vía de comunicación.

Primero anotaremos el significado de la palabra vía: "... calle, plaza u otro sitio por donde transita o circula el público..."¹⁷ Del cual destacamos que es para el tránsito y por tanto para la libre comunicación de las personas.

¹⁷ Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima edición., T.II. s.a.p.p.1382.

Vía de comunicación: "Camino, terrestre, marítimo o aéreo utilizado para el comercio de los pueblos entre sí".¹⁸ Observamos como este concepto es más amplio pues incluye la vía terrestre, marítima y aérea.

El Código Penal para el Distrito Federal establece en su artículo 165 :

Art.165.- "Se llaman caminos públicos las vías de tránsito habitualmente destinadas al uso público, sea quien fuere el propietario y cualquiera que sea el medio de locomoción que se permita y las dimensiones que tuviere..." Este concepto agrega que dicha vías de comunicación son para el uso público entendemos que de toda la sociedad.

1.7. Bien Jurídico.

"Bien Jurídico. Principio que presenta particular importancia en el ámbito del derecho penal, porque cada uno de los delitos se entiende que atentan contra el bien que la legislación protege: vida, propiedad, familia, honestidad, honor, seguridad nacional, administración pública, etc. Pero en la doctrina existen profundas diferencias acerca de cual sea el bien jurídico protegido frente a la comisión de los delitos o de algunos de ellos. Fuera de su aspecto penalístico se debe entender que es un bien jurídico el que se encuentra protegido o amparado dentro del derecho".¹⁹

El bien jurídico es lo que el Estado por medio del Derecho Penal ha considerado necesario proteger a través de una norma.

¹⁸ Diccionario Salvat, op. cit., p.3682.

¹⁹ OSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Penales y Sociales, s.n.e., Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1978, p.86.

1.8. Comercio.

"Comercio. (Del latín commercium; de cum, con y merx, mercancía). Negociación que se hace comprando, vendiendo o permutando géneros o mercancías"²⁰

Agregaríamos que siempre y cuando se cumpla con los requisitos formales y materiales establecidos en la ley.

1.9. Comerciante.

"Comerciante individual. Es la persona que teniendo la capacidad para ejercer el comercio, lo ejercita con habilidad y en nombre propio, aunque se sirva de representantes o apoderados, asumiendo personalmente los derechos y obligaciones que se producen en la negociación mercantil, sea cual fuere el sector económico a que se dedique".²¹

"Comerciante Persona a quien son aplicables las especiales leyes mercantiles".²²

Observamos que para tener la calidad legal de comerciante la ley solicita tener cierta capacidad para ello además de someterse a las leyes mercantiles las cuales analizaremos en los capítulos posteriores.

1.10. Acto Administrativo.

"Declaración de voluntad de un órgano de la administración pública, de naturaleza reglada o discrecional, susceptible de crear con eficacia particular o

²⁰ Dicionario de la Lengua Española, op. cit., p.320.

²¹ RIBÓ DURÁN, Luis, Dicionario de Derecho, Primera edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1987, p.108

²² Dicionario de la Lengua Española, - .cit., p.320

generar, obligaciones, facultades, o situaciones jurídicas de naturaleza administrativa".²³

1.11. Libertad de Tránsito.

"Facultad que debe reconocerse al hombre, dada su conducta racional, para determinar su conducta sin más limitaciones que las señaladas por la moral y el derecho".²⁴

La libertad de tránsito es una garantía individual que consiste en el derecho del hombre de ir de un lado hacia otro, "es la facultad reconocida al individuo en todo Estado de derecho para el desenvolvimiento de su personalidad..."

1.12. Seguridad Jurídica y Seguridad Pública.

"La estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecida de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce al Estado".²⁵

Seguridad Pública.- "Según los enfoques estatales o privados tanto como la seguridad interior del Estado, o la seguridad personal respectivamente".²⁶

²³ RAFAEL DE PINA, Diccionario de Derecho, op. cit., p.51

²⁴ Ibidem, pp.357 y 360.

²⁵ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Vigésima edición, T. VII Editorial Heliasta, S.R.L.Buenos Aires, Argentina, 1981. P.450

²⁶ Idem.

Dichos conceptos para nuestro análisis son de mucha importancia ya que se encuentran dentro de los fines del delito en estudio.

1.13. Permiso.

"Licencia, autorización, consentimiento para hacer o decir. Vacación justificada, ausencia de los militares. Descanso más o menos prolongado en ciertas actividades".²⁷

La Ley para el funcionamiento de Establecimientos mercantiles en el Distrito Federal, establece en su artículo 3ero. algunos conceptos operativos entre los que se encuentran:

Permiso.

"El acto administrativo que emite la Delegación para que una persona física o moral pueda ocupar y colocar en la vía pública enseres o instalaciones del establecimiento mercantil, de conformidad a lo establecido por la ley".

Autorización.

"El acto administrativo que emite la Delegación para que una persona física o moral pueda desarrollar por una sola ocasión o periodo determinado alguno de los giros que requieren licencia de funcionamiento".

En nuestra investigación nos interesa el primer concepto de la palabra permiso.

²⁷ CABANELLAS, Guillermo, op. cit., T.VI p.215.

1.14. Infracción:

"Proviene del latín *infractio*, *tionis* f. Quebrantamiento de la ley o tratado de una norma moral, doctrinal o lógica".²⁸ Se entiende por infracción el quebrantamiento o la no observación de alguna disposición contenida en la ley, por lo cual la palabra infracción puede ser utilizada en diferentes áreas, como el penal, civil o administrativo.

1.15. Medida de Seguridad.

"Nombre con el que se conocen las providencias o medidas de protección, de educación y tratamiento que el Estado, por medio de sus agentes, que impone a ciertos delincuentes en razón de su peligrosidad, ésta se distingue de las medidas preventivas a que son sometidos los individuos peligrosos, no delincuentes, precisamente -al contrario de éstas la peligrosidad que intenta atajar las medidas de seguridad, es post-delictual, por lo que sólo puede aplicarse basándose en la conducta criminal (delictiva) y en consideración de la pena impuesta como retribución pre-principal al delito no será suficientemente adecuada al carácter peligroso del sujeto".²⁹

De lo anterior debemos distinguir cuando es conveniente aplicar una pena y cuando una medida de seguridad, sobre todo en el delito en estudio.

1.16. Pena.

Proviene del latín *poena*, castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta.

²⁸ Diccionario Salvat, *op.cit.*, T.XV, p.20

²⁹ *Ibidem*, T.XVIII, p.2479

El Diccionario Jurídico Mexicano define a la pena como "... castigo impuesto por autoridad legítima al haber cometido un delito o falta. Disminución de uno o más bienes jurídicos, impuestos jurisdiccionalmente al actor de un acto jurídico (delito), que no representa la ejecución coactiva, efectiva, real, y concreta del precepto infringido sino su reformatión ideal moral y simbólica"³⁰

Por lo cual la pena está ligada esencialmente al delito, se aplica una vez que la autoridad legitimada para ello ha reunido todos los elementos del mismo, conducta típica, antijurídica, imputable y culpable.

1.17. Sanción.

De acuerdo con el Diccionario Enciclopédico Salvat deriva del "... latín sanctio-itionis. Estatuto o ley mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena... En general confirmación, aprobación de una disposición legal por la autoridad competente. También recompensa que dimana del cumplimiento de una norma o pena por la comisión de un delito, o de una falta".³¹

De lo anterior destaca la pena por la comisión de un delito.

El Diccionario Jurídico apunta: "Sanción.- Cuando se trata de la conducta antijurídica, sanción es sinónimo de pena o represión..."³² La palabra sanción, entonces se considera como sinónimo de pena.

³⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, s.n.e. T.VII, Porrúa S.A., México, 1985, p.77

³¹ Diccionario Enciclopédico Salvat, op.cit., TXXIV, p.3325

³² RAMÍREZ GRONDA, Juan, Diccionario Jurídico, Décima edición,, Editorial Claridad, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1988, p.274.

CAPITULO SEGUNDO.

ASPECTO HISTÓRICO SOBRE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE LA VIA PUBLICA.

En el presente apartado analizaremos la evolución que se ha presentado en los diversos códigos penales, sobre el delito en estudio, a fin de encontrar sus antecedentes y determinar las principales causas de su creación.

2.1. Código Penal de 1871.

Hasta 1857 no existían bases fundamentales para considerar la existencia de un Derecho Penal propiamente mexicano, por ello los encargados del Ministerio de Justicia y de la Suprema Corte de Justicia en sus respectivos informes expresan que existe una anarquía en las disposiciones penales por lo que es necesario la creación de un código penal en donde se contemplen y clasifiquen los delitos y sus correspondientes penas en forma adecuada. El presidente Benito Juárez al iniciar en 1867 la organización de su gobierno, llevo al Licenciado Antonio Martínez de Castro a la Secretaria de Justicia e Instrucción Pública, este hecho es importante, ya que es precisamente a él, a quien le toco presidir la comisión encargada de formular el Código Penal, dicha comisión encontró una escuela perfectamente caracterizada que fundaba el interés social en restablecer el equilibrio ético siempre que fuera perturbado por una ataque a la colectividad, que observaba en el delito una acción combinada de libertad e inteligencia y en la pena un medio de ejemplaridad y de corrección, derivándose los diversos grados de culpabilidad, la naturaleza de las penas y su proporcionalidad con el mal causado, resultando diversos grados del delito, diferente gravedad y la facilidad de obtener la medida de la pena.

Respecto a la orientación que tuvo este Código respondió al sistema político y a la forma de gobierno que se encontraban consolidados en 1857 que

defendían los principios de una nueva concepción de la sociedad y de los derechos del hombre.

De tal forma, el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871, respecto al delito objeto de nuestra investigación, no lo regulo como tal, es decir como "utilización indebida de la vía pública" solamente hacía referencia en su artículo 1151 a lo siguiente:

"Artículo 1151 Serán castigados con multa de 2 a 15 pesos:

- I. El que por simple falta de precaución destruya o deteriore el alambre, algún poste, o cualquier aparato de telégrafo".

Lo anterior como partes integrantes de medios de comunicación, y considerando que la vía pública también lo constituye.

En la disposición transcrita destacamos que el Código Penal de 1871 ya castigaba en forma estricta a las personas que hacían escándalos en la vía pública e impedían la función de los medios de comunicación., sin embargo no contempla la conducta de personas que hacen uso indebido de la vía pública para obtener un lucro indebido, sólo se limita a la protección de los medios de comunicación incluidos en el artículo 1151.

2.2. Código Penal de 1929.

Los primeros gobiernos revolucionarios nombraron diversas comisiones encargadas de llevar a cabo la revisión de nuestros códigos anacrónicos, cuya insuficiencia se notaba a diario en los tribunales.

Por lo que respecta a la redacción del nuevo Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, la comisión designada durante la época del Lic. Emilio Portes Gil, que presidió el Licenciado José Almaraz, concluyó a principios de septiembre de 1929.

Las ideas más importantes del Código de 1929 fueron expuestas por el Licenciado Luis Chico Goerne, miembro de la comisión redactora, destacan las siguientes: la nueva ley no es un molde preformado para encerrar a la vida mexicana sino que ésta quien la había convertido en norma, lo importante no eran las conductas delictivas sino los hombres, ya que el delincuente era el tema central de la ciencia penal a partir del humanismo.

En el código de 1929 encontramos como antecedente de nuestro tema, el título V denominado "Delitos contra la Seguridad de los Medios de Transporte y Comunicación" en su capítulo primero trata de la inutilización y de la obstaculización de las vías de comunicación reguladas en sus artículos 456 a 470.

De lo anterior se entiende como camino público: lo relativo a durmientes, rieles, clavos, tornillos o planchas de ferrocarril de usos público, lo relativo al rompimiento o separación de alambre de máquinas, aparatos transformadores, postes o aisladores empleados en el servicio telegráfico, telefónico o de fuerza motriz; detener los vehículos en camino público, impedir el paso de una locomotora y el descarrilamiento de éste o los vagones, la incineración de un avión, una embarcación u otro vehículo, la interrupción de la comunicación telegráfica, telefónica, energía eléctrica etc.

Sin duda alguna, el avance de las comunicaciones en la época en que fue promulgado dicho código, dio lugar a que se regulara con mayor amplitud y precisión en materia de medios de transporte y comunicación, es aquí en donde aparece la idea de protección a la vía pública entendida como camino público.

2.3. Código Penal de 1931.

Al entrar en vigor el Código Penal de 1929, y sus leyes de procedimientos complementarias se observaron serias dificultades de - - - - -

aplicación y se hicieron críticas, tanto por la técnica del nuevo ordenamiento como por sus consecuencias materiales, sus defectos de funcionamiento y hasta sus errores de redacción.

El anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1930, fue el antecedente inmediato y directo del Código Penal de 1931, El título V de dicho anteproyecto reprodujo e hizo suyo el sistema de su antecesor, es decir, el Código Penal de 1929, en materia de Medios de Comunicación. A diferencia del anterior, el título V relativo a los medios y vías de comunicación de dicho anteproyecto ahora viene comprendido en el Libro II y no en el III como lo establecía el Código Penal de 1929.

Ahora bien, respecto a la denominación del delitos comprendidos en el título V cambio para referirse a "Ataques a las vías de comunicación". Sin embargo en este código tampoco se refiere al uso indebido que se le da a la vía pública, como si lo hace el actual Código Penal para el Distrito Federal de 1999.

El cambio de nombre del Código penal, ahora sólo de competencia local, según la exposición de motivos del mismo deriva de manera directa en el caso del Distrito Federal, en el sentido problema de la seguridad pública que aqueja a sus habitantes debido a la descomposición social.

Por lo cual fue imperativo que los ordenamientos legales que rigen a esta entidad se ajustaran a la realidad social, política y jurídica en la que nos encontramos inmersos.

De lo anterior deriva la creación del artículo 171 Bis que contiene el tipo de utilización indebida de la vía pública, el cual incluye la fracción II objeto de nuestro estudio, el mismo señala:

***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 un 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 la inhalación, la pena será de hasta seis meses de tratamiento de desintoxicación o deshabilitación que corresponda en 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"

En la exposición de motivos de la creación de este tipo penal, se dijo que el mismo no pretendía penalizar la pobreza ni saturar las cárceles, así como infringir las garantías individuales, sino que es respuesta a un grave problema social y para hacer más seguras las calles.

Igualmente se reconoce que el mismo en la vía pública es en gran parte consecuencia de la situación económica del país, por lo que no se pretende castigar a las personas que tienen que recurrir a él para subsistir, sino sólo a aquellos líderes que gocen de esta situación un modus vivendi que les - - - - -

redituará grandes beneficios apoyados generalmente en la extorsión y el abuso.

CAPITULO TERCERO.

ANALISIS DE LA TEORIA DEL DELITO.

El concepto de delito constituye el punto de referencia con que se da inicio a la presente investigación, ya que se trata del género dentro del cual la utilización indebida de la vía pública, objeto de análisis de esta tesis, es una de sus especies.

El estudio del concepto del delito forma parte de lo que se denomina Teoría del Delito la que, a su vez, integra, junto con la Teoría de la Ley Penal y la Teoría de la pena y de las medidas de seguridad, la Parte General del Derecho Penal. Por su parte la Utilización Indebida de la Vía Pública, junto con todos los demás tipos penales, conforman la Parte Especial.

La Teoría del Delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y sus formas de manifestación. Su estudio es importante porque nos permitirá conocer con toda precisión si la realización de determinada conducta constituye, en los términos de nuestro ordenamiento penal, un delito o no.

El análisis de la Teoría del Delito representa una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, ya que su desarrollo nos indicará si efectivamente alguna conducta constituye un delito y por supuesto si el sujeto que la realiza es responsable.

De esta forma "... la teoría del delito da certeza jurídica a la función de todos cuantos intervienen en el ámbito del servicio de la administración de la justicia (el juez, el defensor, el Ministerio Público y su coadyuvancia), en la medida en que favorece la conformación de criterios más uniformes que permiten determinar, con el mayor grado de precisión, y con el menor grado de arbitrariedad, la existencia del delito y la responsabilidad del agente, sobre tal base, permite también al juzgador

la aplicación de la pena más justa y adecuada, por vía de la individualización".³³

Para dar inicio al estudio de la Teoría del delito precisamos de un método adecuado, que nos permita determinar la existencia de un delito, a partir de la lesión que se causa a un bien jurídico analizar todos sus componentes a la luz de los elementos integrantes del tipo penal, concluir si son atribuibles al contenido normativo de algún tipo definido en la ley. Posteriormente decidir si a través de todas las valoraciones que recoge el Derecho en general en forma de reglas permisivas, existe o no la conducta típica. Finalmente reflexionar acerca de la imposición del juicio de reproche de culpabilidad correspondiente, para la posibilidad de aplicar la pena.

El Jurista Jiménez de Asúa menciona que existen tres métodos de análisis: el jurídico, el experimental y el teleológico.

- Jurídico. Afirma que el Derecho ha de poseer un método jurídico, es decir, lógico-abstracto.

Es criticado por el autor citado " no sólo porque hablar de método lógico se presta a confusiones, sino también porque el contenido del Derecho es muy vario y no puede esclarecerse con esa metodología".³⁴

Von Ihering lo denominó "dogmática jurídico penal"

Sin embargo Gustavo Malo Camacho, nos explica que en la metodología jurídica se observan los siguiente principios:

³³ MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, Segunda edición, Porrúa, México, 1998, p.240.

³⁴ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el delito, Principios de Derecho Penal, op. -cit.-, p.28

"Principio de contradicción. Significa que el contenido de las normas debe ser interpretado de manera lógica; es decir, no puede ser interpretado de manera que resulte ser contradictorio, tiene que ser invariablemente congruente;

Principio de respeto a la norma superior. El análisis de la norma no puede ir en contra de los dispuesto por la norma superior; es decir, la interpretación de una ley no puede ir en contra de la ley de la cual emana;

Principio de la simetría. El contenido de la ley debe ser interpretado de manera que resulte armonioso y simétrico en sí.

"La construcción jurídica debe procurar la elaboración de las proposiciones de manera que no resulten ser contradictorias entre sí;..no debe ser contraria al texto de la ley y, por último, .no debe ser artificiosa sino simétrica y natural".³⁵

- Experimental. El Derecho puede ser estudiado como las Ciencias naturales. Es resultado de la Escuela Positiva.

- Teleológico. Se fundamenta en la idea de que si el Derecho es una ciencia finalista, requiere un método teleológico: "... el método teleológico averigua la función para que fue creada la Ley; explora la formación teleológica de los conceptos; esclarece el bien jurídico; desentraña el tipo legal; se vale del método sistemático, etc. y con ello logra una correcta interpretación de la ley descubriendo la voluntad de ésta ...".³⁶

Debe tenerse presente que, en tanto ciencia cultural, el principio y el fin del Derecho es el hombre, esto es, se trata de una ciencia finalista o teleológica cuyo objeto es la conducta humana desde la perspectiva del "deber ser".

³⁵ MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, op., cit., p.125.

³⁶ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, La ley y el delito, op., cit., p.29.

Además la ciencia del Derecho Penal no se ocupa de establecer juicios de valor que el Estado recoge, combinando los valores culturales de la sociedad con las características del estado de derecho, para señalar el valor de la conducta social deseada, y que constituyen el contenido normativo del derecho, sino que sólo determina la existencia de los tipos delictivos y su alcance a la luz del contenido del precepto específico, en base a la interpretación de todo el código penal, tanto en su libro primero como en el libro segundo, como también lo previsto en todo el derecho en cuanto guarde relación con el derecho penal, sobre la base de los principios que fundamentan el ius puniendi en la constitución y en los tratados internacional celebrados por nuestro país.

Concluimos que el método adecuado para el análisis del Derecho es el denominado "dogmática jurídico penal". Porque este método toma en cuenta los componentes lógicos señalados, su objetivo general de la seguridad jurídica y del respeto a los derechos humanos para cumplir con el fin primordial del derecho penal que es la convivencia de los hombres en sociedad y la protección de sus bienes jurídicos a través de las disposiciones del Código Penal.

El maestro Porte Petit afirma que "... el método que se siga con relación a las diversas ramas del Derecho, debe ser el mismo, en razón de la propia naturaleza de dichas materias jurídicas, y es, indudablemente el método jurídico".³⁷

Antolisei transcrito por el Doctor Porte Petit dice que "...el delito es un todo orgánico, es una especie de bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en algún modo fraccionable ... su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes del - - -

³⁷ PORTE PETIT, Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, op., cit., p.22 y 23.

mismo y tampoco en suma, sino en todo y en su intrínseca unidad: sólo mirando el delito bajo este perfil, es posible comprender su verdadera significado".³⁸

Por lo cual, toma en cuenta en su análisis todo el concepto del delito dentro de su estricto contexto jurídico, esto es, se estudia al delito como un todo único que no requiere de alguna disección que rompa su unidad conceptual.

Sin embargo, "...lo que mueve el análisis estratificado del delito es el interés eminentemente garantista, para el justiciable, pero también para toda la sociedad civil en general, de que las conductas y resultados en principios lesivos a bienes jurídicos penalmente protegidos corresponden con toda certeza y precisión al tipo previsto en la ley penal o no".³⁹

En este punto han surgido muchas polémicas, puesto que los autores no se han puesto de acuerdo sobre el número de partes esenciales del delito. Las controversias han dado lugar a que se hable de concepciones sobre el delito con diversos cortes: bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica. Es decir, el delito puede ser dividido en dos, tres, cuatro y hasta siete partes, las que constituyen los elementos de aquél.

Desde la perspectiva analítica, por tanto, el delito está conformado por distintos elementos fundamentales o de esencia.

Una concepción bitómica, por ejemplo se encuentra en el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, que dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Se denota que son elementos del delito, un acto u omisión, es decir, la conducta humana, y una sanción que la propia ley señala, esto es la penalidad.

³⁸ *Ibíd.*, p.241.

³⁹ MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, op., cit., pp. 242 y 243.

En la actualidad, en la ciencia del Derecho Penal en general es dominante la opinión de que el delito sólo se estructura de tres elementos, que son: actividad, tipicidad y antijuricidad; siendo ello válido tanto para el sistema causalista como para el finalista y que en cada uno de estos elementos hay diferencias notables en cuanto a su concepto y contenido.

El maestro Castellanos Tena dice que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, por lo tanto, su concepción analítica del delito reduce los elementos de éste a los cuatro que proporciona en su definición.

La teoría mas elaborada, fija que el delito está compuesto por siete elementos. actividad, tipicidad, antijurídica, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva y punibilidad. Esta teoría heptatómica la sostiene, entre otros, Jiménez de Asúa. En México es defendida principalmente por Porte Petit.

Por nuestra parte estudiaremos los siguientes elementos del delito actividad y su aspecto negativo falta de acción; tipicidad y ausencia de tipo, finalmente la antijuricidad y las causas de justificación.

3.1. Actividad y Falta de Acción.

A veces le denominan "acción", otras "acontecimiento", "acto" o "conducta". Sobre la terminología correcta para designar a este primer elemento del delito, no hay acuerdo entre los autores. Mientras que el maestro Castellanos Tena asienta que "...nosotros preferimos el término conducta; dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo"⁴⁰

Jiménez de Asúa se inclina por el de acto puesto que con él se - - - - -

⁴⁰ CASTELLANOS TENA, Fermand: Lineamientos elementales de Derecho Penal, op., cit., p.147.

"...supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta", diferenciándolo así del concepto de "hecho", con el que otros autores nombran este elemento del delito. Por su parte, el maestro Porte Petit anota la idea de "hecho" como la más descriptiva de este aspecto.

Porte Petit dice que "... la conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa)".⁴¹

Castellanos Tena afirma: " la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".⁴² Jiménez de Asúa establece que es "... la manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda".⁴³

También se anota el concepto formal proporcionado por el Código Penal Vigente sobre el delito: " acto u omisión que sancionan las leyes penales", que le otorga al elemento conducta el nombre de "acto".

De lo anterior observamos que los autores se refieren bien a conducta o hecho. Para nuestro estudio aceptamos el término conducta. La Conducta se traduce en un elemento psíquico, es decir, la voluntad de hacer o no hacer algo. Mientras el hecho consiste en una conducta que tiene un resultado material perceptible por los sentidos y que presenta un nexo causal entre ambos extremos.

El resultado material es la consecuencia de la conducta del sujeto que consiste en la transformación en el mundo de los fenómenos.

⁴¹ PORTE PETIT, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, op., cit., p.295.

⁴² CASTELLANOS TENA, Lineamientos elementales de Derecho Penal, op., cit., p.149.

⁴³ Idem.

En lo que se refiere a las formas de realización de la conducta, la doctrina siempre ha considerado que ella puede manifestarse en dos formas: mediante un hacer o un no hacer. Esto conduce a concluir que la conducta puede producirse por acción y por omisión. Cada una de estas maneras tiene características distintas.

En la acción se da una actividad o movimiento humano voluntario mediante el cual se modifica el mundo exterior, se produce un resultado. Sus elementos son:

- a) manifestación de voluntad,
- b) resultado y
- c) relación de causalidad. ⁴⁴

La omisión muestra dos clases: la omisión simple y la comisión por omisión impropia. De los delitos de omisión simple, nos dice el maestro Villalobos que son aquellos que consisten en un no hacer algo que se debe hacer; violan, por tanto, un mandato y constituyen un actuar humano⁴⁵

Los elementos integrantes de la omisión simple, según Porte Petit ⁴⁶ son:

- a) voluntad o no voluntad (culpa);
- b) inactividad o no hacer;
- c) deber jurídico de obrar y
- d) resultado típico.

⁴⁴ PORTE PETIT, Anuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, op., cit., pp.300 y 301.

⁴⁵ Véase, VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Quinta edición, Porrúa, México, 1990.

⁴⁶ Cfr., PORTE PETIT, op., cit., p.307.

Por lo que hace a los delitos de omisión impropia, se trata de la producción de "... un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva". ⁴⁷ El mismo autor ⁴⁸ proporciona los elementos de la comisión por omisión:

- a) voluntad o no voluntad(culpa);
- b) inactividad;
- c) deber de obrar (una acción esperada y exigida) y deber de abstenerse, y
- d) resultado típico y material.

De lo anterior se desprende que en los delitos de acción son aquellos en los que el sujeto tiene la voluntad de hacer algo y lo realiza, además existe un verbo núcleo del tipo. En los delitos de omisión el sujeto no hace lo que deber hacer, esta puede ser simple, es decir no hay resultado perceptible por los sentidos, o bien comisión por omisión, en donde el sujeto omite una conducta obligatoria y produce un resultado material que no debe producir.

Hay diferencias, si se trata de delitos de acción, de omisión o de comisión por omisión. En el primero el deber que se incumple es el de abstenerse; en el segundo se viola un deber de hacer, una norma preceptiva, mientras que en el tercero se han desobedecido tanto una disposición de hacer como otra de no hacer. En las dos últimas se trata de una inactividad, mientras que en la acción se ejecuta un acto.

La obligación del sujeto de realizar una conducta tiene varios fundamentos uno de ellos es el de la conducta esperada y exigida por la ley.

⁴⁷ PORTE PETIT, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, op., cit., p.311.

⁴⁸ *Ibidem.*, p.312.



Por cuanto hace al resultado, se habla de dos clases: típico y material:

El primero lo encontramos en los tres casos puesto que se altera el mundo jurídico tras la violación de la norma, ya preceptiva, ya dispositiva. El resultado material considera el cambio que la conducta ha producido en el mundo exterior y no se encuentra presente en los delitos de omisión simple, dándose en éstos únicamente el resultado típico. Así el resultado es "... la mutación jurídica o jurídica y material, producida por un hacer (acción) o un no hacer (omisión)".⁴⁹

Falta de acción.

La conducta tiene un aspecto negativo que es, la falta de acción o ausencia de conducta. Para que no se configure la conducta en tanto elemento del delito se necesita exactamente eso, que no haya conducta, es decir, que el actuar del hombre no sea consciente o voluntario.

A continuación expondremos los casos en que aún produciéndose el acto o hecho, no se puede hablar de conducta en sentido jurídico por estar ausente la voluntad o la conciencia que originan la falta de atribuibilidad al tipo del delito de que se trate y por tanto la inexistencia del delito.

- **Fuerza física irresistible.** Se presenta cuando una fuerza física exterior actúa sobre una persona y siempre que sea irresistible, lo convierte en un mero instrumento o fuerza mecánica de un proceso causal, que produce como consecuencia un resultado lesivo a bienes jurídicos penalmente tutelados. Se estudian dos casos:

- **Vis absoluta,** también llamada fuerza física exterior irresistible. En esta eximente de responsabilidad, cuando el agente actuó impelido, - - - - -

⁴⁹ PORTE PETIT, Apuntam: nios de la Parte General de Derecho Penal, op., cit., p.328.

impulsado, violentado u obligado por una fuerza física irresistible derivada de la naturaleza, no existe conducta para el Derecho Penal, y por ende, no habrá delito puesto que éste necesita la presencia de todos sus elementos de esencia.

- **Vis maior**, que, al igual que la absoluta, es una fuerza exterior irresistible pero cuyo origen no es la naturaleza sino la mano del hombre es decir, el sujeto queda convertido en un mero instrumento de la acción de un tercero, que es responsable si actúa con sentido y significación, lo que la distingue de la anterior.

Esta eximente es la única que regula el Código Penal; se encuentra en el artículo 15, fracción I. El resto de las hipótesis de ausencia de conducta son supraleales.

- **Sueño, Sonambulismo, e hipnotismo**. En relación a éstas existen dos criterios:

- Los que afirman que existe una ausencia de conducta.
- Los que estiman que se trata de una causa de inimputabilidad.

- Podemos manifestar que aquel que se encuentra dormido o sonámbulo no tiene dominio total sobre su voluntad y de aquí, la diferencia con la persona que se encuentra en estado de vigilia, pues se deduce que el sueño constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta, porque cuando se está en ese estado no existe voluntad, la cual forma parte integrante de aquella como elemento de la misma.
- son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia.

Los tratadistas discrepan sobre la ubicación correcta de estas últimas causas de ausencia de conducta pues algunos opinan que se trata de inimputables.

3.2. Tipicidad y Ausencia de Tipo.

En este análisis Incluiremos lo que es el tipo y la tipicidad.

Tipicidad

Max Ernesto Mayer en su "Tratado de Derecho Penal publicado en 1915, manifiesta que la tipicidad contiene un carácter indicario, toda vez que la ejecución de una conducta típica por serlo, es un indicio de antijuricidad.

En 1931 Edmundo Mezger afirma que la tipicidad no solamente constituye un indicio de la antijuricidad, sino que es verdaderamente la razón del delito, convirtiéndose en su **ratio essendi** y no la **ratio cognoscendi** de la antijuricidad.

Actualmente. la tipicidad consiste según dos definiciones de las transcritas por el doctor Porte Petit en : "... esa cualdad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal" (según Laureano Landaburu); también el "... encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinado o vinculación al mismo de las conductas accesorias" (Mariano Jiménez Huerta).⁵⁰

⁵⁰ PORTE PETIT, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, op., c.: p.470.

Castellanos Tena informa que: "... la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador".⁵¹

Para nosotros la tipicidad se refiere al estudio de la conducta típica, es decir, la conducta u omisión que previamente el legislador describió en la ley

penal, con el fin de proteger determinado bien jurídico, para evitar su destrucción, lesión o su puesta en peligro. Pues su análisis no sería relevante para el Derecho Penal si no significa una violación al contenido preceptivo o prohibitivo de la ley penal.

Tipo.

Por lo que se refiere al término, el concepto moderno de tipo es creado en Alemania al inicio del presente siglo por Ernesto Beling, si bien ya existía un concepto de tipo pero conformado por elementos tanto objetivos como subjetivos. Este autor, en 1906, afirma que el tipo es la descripción de un delito que contiene la ley penal, con lo cual le otorga independencia, frente a los demás elementos del delito. A partir de esta primera idea, otros autores han expresado varias opiniones sobre el tema, propiciando una evolución del concepto.

Tipo es, para Jiménez de Asúa "... la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho, que se cataloga en la ley como delito".⁵²

El maestro Castellanos Tena asevera que "... el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos

⁵¹ CASTELLANOS TENA, Líneas elementales de Derecho Penal, op., cit., p.166.

⁵² JIMÉNEZ DE ASUA, La ley y el delito, op., cit., p235.

penales".⁵³ Aclara que no en todos los preceptos penales es acertada esta definición puesto que " ...el tipo a veces es la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio...".⁵⁴ Opinión con la cual estamos de acuerdo.

Por su parte Zaffaroni distingue entre tipicidad y tipo al indicar que "... el tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como la prohibida por un tipo penal... Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad "... tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo...".⁵⁵

Nosotros consideramos que el tipo es la descripción detallada de una conducta u omisión que destruyen, lesionan o ponen en peligro un determinado bien jurídico, que el legislador considero importante proteger para el bien común de la sociedad, además cumple con una función preventiva porque informa a ésta que comportamientos están prohibidos u ordenados por el Estado, para protección de los bienes jurídicos, específicamente en el Código Penal vigente.

Sin embargo ¿cómo se integra o qué compone la descripción legal que hace el Estado de una conducta, denominada tipo? La doctrina tradicional señala que, de acuerdo a su composición, los tipos se agrupan en dos clases:

Normales. Cuando el tipo contiene solamente elementos objetivos, es decir, son elementos que pueden ser comprendidos y entendidos a través de la percepción de los sentidos. Nos referimos a la conducta, el resultado, el objeto

⁵³ CASTELLANOS TENA, Lineamientos elementales de Derecho Penal, op., cit., p.165

⁵⁴ *Ibidem.*, p.166.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda edición, Edlar. S.A. Buenos Aires, Argentina, 1979, p.307.

material, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los medios empleados y el bien jurídico protegido.

Así el autor Mezger, transcrito por el doctor Porte Petit, manifiesta que los elementos típicos objetivos son "... estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos, fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva", así como "... estados y procesos anímicos en otras personas que no son precisamente el autor".⁵⁶

Anormales. Son tipos en los cuales no tan solo se hace una descripción objetiva sino que presentan elementos normativos y subjetivos.

Los normativos implican valoraciones culturales o jurídicas. Por ejemplo la honestidad, el carácter de servidor público, ilícito, ilegítimo, hombre, mujer, castidad, etc.

Los subjetivos se refieren a estados anímicos como maliciosamente, con el propósito de, con la intención de, con el deseo de, o el engaño etc.

Sin embargo en la práctica los tipos contienen referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto a los siguientes elementos:

Sujeto activo del delito. Es la persona física que realiza el comportamiento descrito en la ley penal, el que causa la destrucción, lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido al violar la prohibición o mandato que contiene la ley penal.

Dentro de este tema también se hace referencia a la calidad de sujeto activo, esto es, algunos delitos exigen cierta calidad en el sujeto activo, con la

⁵⁶ Cit. por PORTE PETIT, op., cit., pp.431 Y 432.

consecuencia de que si ésta no se cumple el tipo no se conforma, por ejemplo los delitos cometidos por los servidores públicos.

Sujeto pasivo del delito. Es la persona física o moral titular del bien jurídico protegido, lesionado o puesto en peligro por la conducta típica, que genera la violación al deber previsto en el tipo penal. Aquí también algunos delitos exigen la calidad en el sujeto pasivo.

Objeto material. Es el ente corpóreo sobre el cual recae la acción del sujeto activo, que causa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y la violación a la norma jurídica generando con ello el delito, por ejemplo es la persona que sufre en su cuerpo las lesiones, son las joyas robadas.

Bien jurídico. Es el objeto de la protección de un concreto interés social, individual o colectivo que el Estado reconoce y protege a través de la ley penal, pues tal protección implica una seguridad jurídica para la convivencia en sociedad. Ejemplos de bienes jurídicos, la vida, la propiedad, el patrimonio, la integridad corporal, la libertad sexual etc.

Circunstancias de lugar, tiempo modo, y ocasión del delito. Así como de los medios.

- **De espacio o lugar.** Son las referencias de lugar vinculadas con la realización del delito a que hacen alusión a determinado tipo penal. Por ejemplo el robo en casa habitación. Art. 381.
- **De tiempo.** Son aquellas referencias de tiempo que se vinculan con la realización del delito en algunos tipos penales.
- **De modo.** Son los aspectos referidos al modo de ejecución de la conducta, que se previenen en algunos tipos. Por ejemplo el delito de aborto.

- De ocasión. Son circunstancias que enmarcan situaciones de ocasión vinculadas con la realización de la conducta, exigidos por algunos delitos.
- De los medios utilizados. Se refieren a los medios que se exigen en algún delito para su realización. Por ejemplo el delito de terrorismo.

Elemento Subjetivo del Injusto. Son ciertas referencias anímicas necesarias para proteger cierto tipo delictivo.

Ausencia de tipo.

Si la tipicidad se satisface sólo en tanto los elementos que conforman el tipo se encuentran en la conducta presuntamente delictiva, su contrario, la atipicidad se presenta si alguno o varios de ellos están ausentes.

La tipicidad la entiende el maestro Castellanos como la "... ausencia de adecuación de la conducta al tipo".⁵⁷

En consecuencia si falta el elemento normativo, subjetivo o referencias sobre el sujeto activo o el pasivo, o no se realizó la conducta con el modo exigido por el tipo, o bien las condiciones del lugar y de tiempo que señala la hipótesis legal no fueron satisfechas, en fin, si alguno de los elementos que contiene el tipo no está presente en la conducta en análisis para determinar la tipicidad, no será posible calificarla como típica.

⁵⁷ CASTELLANOS TENA, Lineamientos elementales de Derecho Penal, op., cit., p. 172.

3.3 Antijuricidad y Causas de Justificación.

Para que una conducta pueda ser calificada como delito, es preciso que, además de ser conducta típica, vaya en contra del Derecho, que sea anti-Derecho, antijurídico.

Se habla de un elemento del delito caracterizado por un no-Derecho, expresión que significa no únicamente ausencia de Derecho, sino abierta oposición a éste.

En la historia de la evolución del concepto penal de antijuricidad destacan varios nombres, el de Carlos Binding, Max Ernesto Mayer Y Franz Von Liszt.

Del primer autor se afirma que "... descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a los previsto en la ley penal... no se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley".⁵⁸

Binding distingue entonces, entre norma y ley y propone, en consecuencia, que no se hable de antijuricidad como algo contrario a la ley sino como lo contrario a la norma. Mayer⁵⁹ a su tiempo, asevera que la antijuricidad no es la violación a todo tipo de norma, sino únicamente a la norma de cultura que el estado reconoce. De esta teoría, a la cual se adhiere y califica de certísima, el maestro Jiménez de Asúa nos dice: "El profesor Mayer llega a la conclusión de que el orden jurídico es un orden de cultura y como la infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico. La sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario

⁵⁸ Cit., por JIMENEZ DE ASUA, La ley y el delito, op., cit., p 269.

⁵⁹ *Ibidem.*, p.275.

de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. Es la antijurídica ... aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado".

No hay unanimidad de apreciaciones acerca de lo anterior, Castellanos Tena señala que "... si observamos que lo antijurídico aparece aún cuando no se contradigan las normas, se derrumban las tesis de Binding y de Mayer, tal ocurre si se infringe un precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley antireligiosa en un pueblo eminentemente creyente)".⁶⁰ Menciona que Binding y Mayer se refirieron al doble contenido de la antijuricidad el formal y el material.

"El delito señala a este respecto Jiménez de Asúa, en cuanto constituye un acto injusto, es como la infracción civil, un acto culpable contrario al Derecho. El delito es, pues contrario al derecho, esta reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble: primero, el acto es formalmente contrario al

Derecho, en tanto que es trasgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico.; segundo, el acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad".⁶¹

De lo anterior deducimos que el contenido formal de la antijuricidad es la violación de la norma establecida por el Estado a través de su función legislativa; mientras que el contenido material es la conducta u omisión ilícita, que es contraria al bien común de la sociedad.

Manifiestamos que una conducta es antijurídica cuando, siendo típica, no está amparada por una causa de justificación o de licitud.

⁶⁰ CASTELLANOS TENA, Lineamientos elementales de Derecho Penal, op., cit., p. 177.

⁶¹ JIMENEZ DE ASUA, La ley y el delito, op., cit., p. 277.

La antijuricidad es importante porque el derecho es un conjunto de normas de cumplimiento obligatorio en un lugar y tiempo determinados, que posibilita la convivencia social, señalando facultades y restricciones o prohibiciones encaminadas a la protección de bienes o intereses sociales, elevados al rango de jurídicos. En particular el Derecho Penal persigue el propósito de colaborar en la obtención de los fines del Derecho en general, - - -

precisando las conductas lesivas de aquellos bienes jurídicos más caros, más valiosos para la sociedad, cuya violación o lesión debe ser, por ello, más fuertemente reprimida, así como la consecuencia jurídica que sobreviene a aquellos comportamientos.

En el caso del Derecho Penal, al violentarse un bien o interés jurídico que aquél protege, la respuesta social es más vigorosa, más violenta, con mayor contenido represivo que el surgido en otras rama jurídicas.

De esta forma el menoscabo en la integridad de los intereses jurídicos que el Derecho salvaguarda origina, desde una perspectiva material la antijuricidad. En el caso concreto del Derecho Penal, aquel desvalor es un elemento del delito, queriéndose decir, que la antijuricidad es común a todas las ramas de la ciencia jurídica, no debiéndose hablar de una antijuricidad general y otra penal, pues "...la antijuricidad es una sola, un único juicio valorativo acerca de la conducta típica que se estima antijurídica o no, a la luz de sus propias valoraciones que reconocen derechos, que se recogen en los permisos, que a su vez dan origen a las legitimantes y, tal juicio, implica el reconocimiento de que existe o no contradicción con el orden jurídico en general, y que también, el reconocimiento de la lesión a un bien jurídico protegido por la ley penal, supone un daño material, que en todo caso, confirma el contenido específico de lo que se ha querido entender como antijuricidad

material, pero cuidando de no permitir que tal noción lleve a los extremos de ilegalidad...".⁶²

Causas de justificación.

La antijuricidad cuenta con un aspecto negativo, esto es, con circunstancias que eliminan lo antijurídico o la antijuricidad de una conducta, nos referimos a las llamadas causas de justificación, o bien causas de licitud y de causas objetivas de exclusión del delito. Que son " ...aquellos- actos realizados conforme al derecho".⁶³

Se trata de aspectos negativos de otros elementos del delito. "A las justificantes generalmente se les agrupa en otras causas que anulan al delito, o mejor dicho, impeditivas de su configuración. Suele catalogárseles bajo la denominación de causas excluyentes de responsabilidad, causas de incriminación, etc. Nuestro Código usa la expresión circunstancias excluyentes de responsabilidad, comprendiendo varias de naturaleza diversa".⁶⁴

De esta forma subsiste la denominación de circunstancias excluyentes de responsabilidad* , a pesar de que, como dice Jiménez de Asúa citado por Carrancá y Trujillo: "...circunstancia es aquellos que está alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente; y las causas de que nos estamos ocupando cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia".⁶⁵ Carrancá y Trujillo propone que se les denomine causas que excluyen la incriminación.

⁶² MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, op., cit., p. 409.

⁶³ JIMENEZ DE ASUA, Luis, Lecciones de Derecho Penal, (Colección Clásicos del Derecho), Obra compilada y editada por Enrique Figueroa Alfonso, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.p.186.

⁶⁴ CASTELLANOS TENA, Lineamientos elementales de Derecho Penal, op., cit., 181

* Actualmente el Código Penal para el Distrito Federal les denomina "Causas de exclusión del delito".

⁶⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, cit., por., CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, México, Porrúa, 1974, p.266.

Las causas de justificación tienen como efecto la exclusión de la antijuricidad. El maestro Castellanos Tena señala las siguientes:

- Legítima Defensa.
- Estado de necesidad (cuando el bien salvado es de más valía que el sacrificado).
- Cumplimiento de un deber.
- Ejercicio de un derecho.
- Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber.
- Impedimento legítimo.

Las de mayor importancia son la legítima defensa y el estado de necesidad y a su estudio le dedican mayores esfuerzos los tratadistas.

Legítima Defensa. Se define como una "... repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección".⁶⁶

Para Cuello Calón "... es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor".⁶⁷

Carrancá y Trujillo afirma que "... la defensa privada se legitima suficientemente, tanto por la necesidad, como por la ausencia de temibilidad en el sujeto revelada por motivo y fin, así como por la imposibilidad en que el Estado se encuentra de acudir en defensa del interés agredido injustamente...".⁶⁸

⁶⁶ CASTELLANOS TENA, Lineamientos elementales de Derecho Penal, op., cit., p.190.

⁶⁷ CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, 8a., edición, Barcelona, 1947, T.I., p.314.

⁶⁸ CARRANCA, Y TRUJILLO, Derecho Penal Mexicano, T.I. Porrúa, México, 1992., p. 73.

Sobre la fundamentación de la legítima defensa, el profesor Zaffaroni ⁶⁹ afirma que se ha sustentado ya desde un aspecto individual (defensa de los derechos o los bienes jurídicos) o desde un enfoque social (defensa del orden jurídico). El autor sostiene que no hay realmente contradicción entre ambos aspectos y que, más bien, la legítima defensa se fundamenta en un solo principio, nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. "Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto puede actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos o, mejor dicho, la protección de los bienes jurídicos". ⁷⁰

El Código penal contiene la legítima defensa en los siguientes términos:

ARTICULO 15.- "El delito se excluye cuando:

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

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

⁶⁹ CFR., Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, op., cit., p. 419.

⁷⁰ ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal, op., cit., p.419.

De lo anterior se desprenden los siguientes elementos:

- Una agresión real, esto es, debe ser auténtica, cierta y no imaginaria.

- Tal agresión debe ser actual o inminente, significa que debe ser presente, que la misma no se imagine y que las características de la agresión sean ya evidentes, por lo cual quien reacciona no le queda más alternativa que actuar para evitar los efectos de la agresión.

- Que sea sin derecho. No supone una acción apoyada y fundada jurídicamente.

- La reacción debe ser racional, es decir que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata de su parte o de la persona a quien se defiende y que sea la causa que originó la agresión que se repele.

- Necesidad de la defensa. Significa que quien actúa no tiene más alternativa que reaccionar como lo hace, a fin de salvaguardar sus derechos. Significa que si tenía otras opciones, como la posibilidad de retirarse en lugar de enfrentarse, no se estará frente al caso de la legítima, por falta del elemento de necesidad de la reacción.

- Racionalidad de la defensa. Es indispensable que exista una cierta proporcionalidad entre la reacción que implica la defensa con las características de la agresión sufrida.

- Provocación suficiente. No debe mediar una provocación que sea suficiente por parte de quien se defiende, que no haya provocado la agresión contra la cual reacciona.

- **Bienes protegidos.** Se trata de la racionalidad, del equilibrio entre el bien jurídico defendido y los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la agresión.

Se dice que existe un fundamento que es la preponderancia de intereses pero no por considerar de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor, sino en virtud de existir para el Estado una preponderancia indiscutible en el interés del orden social, sobre la posibilidad de que se cause daño al agresor de esos derechos, y , por tanto , trastornador del orden público, de la paz pública y de cuanto constituye la médula, el fin y la razón del ser del propio Estado, con el propósito de paralizar su ataque.

Se da preeminencia al bien social sobre el bien particular.

Estado de necesidad. Según Von Liszt "El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos".⁷¹

"Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona".⁷²

Origina la fundamentación del estado de necesidad, el principio del interés preponderante, por lo que se presenta aquella causa de justificación solamente cuando el conflicto de intereses es entre dos de diferente valía y es el de mayor valor el que se intenta proteger, en caso contrario, es decir, si el de menor valor lesiona al de más valor no puede aducirse la eximente de estado de necesidad. Por último si dos bienes de valor idéntico chocan, se presenta una causa de inculpabilidad más no de justificación.

⁷¹ Cit., por., LUIS JIMENEZ DE ASUA, La ley y el delito, op., cit., p.302.

⁷² Idem.

El Código Penal vigente menciona al respecto:

ARTICULO 15.- "El delito se excluye cuando:

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

En esta fracción, especialmente en esta causa de exclusión del delito, debemos aclarar que el peligro como elemento del estado de necesidad consiste en una probabilidad de daño. El peligro a que hace referencia el estado de necesidad, puede proceder de un tercero, de la naturaleza o de los animales. Tal peligro a los bienes jurídicos no debe ser ocasionado dolosamente ni por culpa.

Ante el conflicto de bienes que no puede coexistir el Estado opta por la salvación de uno de ellos; sigue cobrando importancia el principio del interés preponderante sólo cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, porque sólo entonces el ataque obra con derecho, jurídicamente.

Cumplimiento de un deber. Cuando el derecho, a través de la norma, ordena o prohíbe una cierta conducta y simultáneamente en otra disposición legal, ordena o prohíbe una conducta contradictoria sólo una de ellas puede ser válida y la otra queda neutralizada y destruida por la especial. Vgr. El Código Penal previene en su artículo 302 el homicidio, la conducta de privar de la vida a otro, y el Código de Justicia Militar ordena salvaguardar la seguridad de la nación. lo que obliga a matar en defensa de ella, previniendo incluso una sanción que pueda ser la pena de muerte para quien incumpla el mandato.

El cumplimiento de un deber es el campo propio y específico de la normatividad y de la tipicidad, es decir las reglas a través de las cuales el derecho permite actuar al individuo de una manera diversa a la expresamente prohibida u ordenada en la norma penal. De tal forma supone la legitimación o justificación de la conducta antinormativa típica y por tanto la inexistencia del delito.

Entonces más que una causa de exclusión del delito el cumplimiento del deber es una causa de atipicidad.

Ejercicio de un derecho. Consiste en el ejercicio de un derecho que se encuentra fundado y recogido en la ley parte de la preexistencia de una norma jurídica que prohíbe u ordena una cierta conducta, pues sólo frente a la normatividad, puede nacer y tiene sentido la regla permisiva que, al reconocer el derecho de la persona para actuar como lo hace, permite su ejercicio.

3.4 Imputabilidad y Causas de inimputabilidad.

Este elemento del delito se encuentra entre los elementos de antijuricidad y culpabilidad por considerarse como un presupuesto de la última.

La imputabilidad, en nuestro ordenamiento penal no se encuentra plenamente establecida por lo cual es necesario hacer la interpretación a contrario sensu del artículo 15 fracción VII de nuestro Código Penal.

"... al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o conducirse de acuerdo con esa comprensión en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior solo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este código”.

De lo anterior la imputabilidad es la capacidad de querer y entender del sujeto activo, es decir, cuenta con la posibilidad de llevar a cabo ciertas actividades y de comprender la trascendencia de los actos que realiza. Como condiciones de la capacidad de querer y entender encontramos: el individuo debe tener madurez mental, contar con salud mental y con un normal desarrollo mental.

El maestro Eduardo López Betancourt opina que la “... imputabilidad es la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión”⁷³

Carranca y Trujillo manifiesta que “... para que la acción sea inculpa además de antijurídica y típica ha de ser culpable. Ahora bien, solo puede ser culpable el sujeto que sea imputable. Imputar es poner una cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin este alguien; y para el Derecho Penal solo es alguien aquel que por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad... será pues imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana”⁷⁴

Finalmente y en una forma muy sencilla el maestro Castellanos Tena nos dice que la imputabilidad “... es el conjunto de condiciones mínimas de

⁷³ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, 7a. ed., Porrúa, México, 1990, P.170.

⁷⁴ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Código Penal Mexicano, Parte General, 22a. de., Porrúa, México, 1999, p.430.

salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal que lo capacitan para responder del mismo".⁷⁵

Causas de inimputabilidad.

La inimputabilidad es elemento negativo de la imputabilidad, consiste en la incapacidad del sujeto activo de querer y entender debido a que carece de alguna de estas tres calidades, madurez mental, salud mental y un normal desarrollo mental.

En relación a los inimputables, es decir, a los sujetos que no son capaces de actuar con culpabilidad no es posible aplicarles penas, sin embargo a los menores de edad se les aplican las denominadas medidas de seguridad a través de la Ley para el Tratamiento de Menores, mientras que a los individuos que no poseen salud mental o no tienen un normal desarrollo mental se ordenan distintas medidas de seguridad consistentes en diversos tratamientos médicos.

Así como causas de inimputabilidad tenemos:

- **Inmadurez mental.** Se incluye la minoría de edad, considerada en nuestro ordenamiento penal para los menores de dieciocho años de edad, de tal forma dichos menores están sujetos a un régimen diverso ya que gozan de una capacidad limitada debido a su edad, por lo cual es aplicable la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.
- **Desarrollo Mental Retardado.** Significa la disminución intelectual del sujeto, es decir, no está en posibilidad de comprender la licitud del hecho realizado o de conducirse de acuerdo a una comprensión dentro de esta disminución

⁷⁵ CASTELLANOS TENA, Lineamientos elementales del Derecho Penal, op.cit., p.178.

intelectual, se comprenden la ceguera y la sordomudez mismas que deberán ser congénitas y originar un estado de incomprensión total.

- **Trastorno Mental.** Implica una perturbación, alteración o mal funcionamiento psíquico en el sujeto activo que impide que éste comprenda el alcance jurídico de su actividad.
- **Miedo Grave.** Es una situación o circunstancia subjetiva que obliga a actuar al sujeto activo por sentirse éste amedrentado, ocasiona una perturbación momentánea del razonamiento y produce de manera inconsciente reacciones imprevistas o la pérdida del control de la conducta.

3.5. Culpabilidad y Causas de Inculpabilidad.

En la doctrina se han manejado tres conceptos para designar la culpabilidad como elemento del delito: psicológico, normativo o mixto (propio del sistema causalista) y puramente normativo (del sistema finalista), cada uno de ellos con un distinto contenido en su estructura.

Concepto psicológico sostiene que "... la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuricidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuosos".⁷⁶ Conforme al concepto psicológico la culpabilidad sólo se estructura de dolo y culpa, éstas dos son las especies de la culpabilidad y constituyen respectivamente, el nexo psicológico entre el autor y su hecho en los delitos dolosos o en los delitos culposos. para esta concepción, además, la imputabilidad constituye un presupuesto de la

⁷⁶ CASTELLANOS TENA, Lineamientos elementales de Derecho Penal, op., cit., p.232.

culpabilidad, debe, por ello, afirmarse previamente, antes de entrar al análisis de la culpabilidad.

Jiménez de Asúa critica esta posición al decir: " La imputabilidad si es psicológica; pero la culpabilidad es valorativa, puesto que su contenido es un reproche, no basta en ella... lo psicológico puro".⁷⁷

Concepto normativo, En éste la culpabilidad no es un mero nexo psicológico, sino un juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica, pero en relación con la concepción normativa es necesario distinguir aquella propia de los autores causalistas y la de los autores finalistas.

Para los causalistas la culpabilidad está integrada por los siguientes elementos: imputabilidad, dolo, culpa y exigibilidad, es decir, esta compuesta tanto de elementos psicológicos como valorativos, siguiendo formando parte de ella el dolo y la culpa.

Para los finalistas la culpabilidad es entendida como un juicio de reproche, tiene los siguientes elementos: imputabilidad, posibilidad de conocimiento o conciencia de la antijuricidad y exigibilidad, de aquí se deriva el dolo y la culpa ya que no sólo son elementos de la culpabilidad, sino también los elementos subjetivos del tipo.

De esta forma variarían los elementos de la culpabilidad dependiendo el sistema que se siga.

En la doctrina penal mexicana puede decirse que la opinión dominante es aquella que sostiene un concepto normativo de culpabilidad, pero el concepto normativo que corresponde al sistema causalista, por ser el causalismo el que igualmente priva en nuestra ciencia del Derecho Penal; es - -

⁷⁷ JIMENEZ DE ASUA, *La ley y el delito*, op., cit., p.355.

decir, prevalece la idea de que la culpabilidad se estructura de imputabilidad, dolo, culpa y exigibilidad.

En los textos de derecho penal se mencionan siempre dos categorías que son el dolo y la culpa.

ARTICULO 8. "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente".

ARTICULO 9. "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, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo 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".

De lo anterior para que una persona pueda ser responsable penalmente por la comisión de un delito es indispensable que haya actuado con dolo, esto es, que haya querido plenamente la realización del delito. También puede presentarse que dicha persona haya actuado con culpa, es decir que siendo previsible el resultado no haya previsto o que previó confiando en que no se produciría, violando un deber de cuidado.

Jiménez de Asúa dice que el dolo "... existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio

en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica".⁷⁸

El dolo es el querer el resultado típico, dicho querer implica que la persona conozca o se haya representado su contenido ya que no se puede querer lo que no se conoce. Tiene dos aspectos básicos:

- El elemento cognoscitivo o representación del dolo. Vgr.: el robo exige como dolo que el individuo conozca lo que quiere robar y que quiera robarlo.
- El querer o elemento volitivo del dolo. Implica el querer que se ha de manifestar y exteriorizar en la dirección deseada. Aquí se encuentran las siguientes clases de dolo:
 - ◆ Dolo directo. Se presenta cuando el autor quiere la producción del resultado típico. Vgr. El delito de fraude.
 - ◆ Dolo eventual. La persona no quiere producir el resultado típico, sin embargo en el interés de alcanzar el fin que se propone, esta dispuesto a aceptar las consecuencias que pudieran derivar de su conducta y hecho típico aun cuando desee que estos no se produzcan.

En el dolo directo observamos una coincidencia entre la voluntad del autor y el resultado producido. En el dolo eventual no existe la voluntad de causar el resultado típico pero es asimilada a ésta, para los efectos de su responsabilidad penal, su aceptación de las consecuencias del resultado producido.

Respecto de la culpa ésta es una forma o especie de culpabilidad, Jiménez de Asúa nos comenta que : "... existe culpa cuando se produce un

⁷⁸ JIMENEZ DE ASUA, La ley y el delito, op., cit., p. 365.

resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga han sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se produce sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo".⁷⁹

La culpa se clasifica a su vez en función de la previsión o representación a su ausencia. Así, se habla de culpa consciente y culpa inconsciente.

- ◆ La culpa consciente se presenta cuando "... el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá".⁸⁰

- ◆ La culpa inconsciente es aquella en "... donde no se previó lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada".⁸¹

Causas de inculpabilidad.

La inculpabilidad opera al hallarse ausente los elementos esenciales de la culpabilidad que son el conocimiento y la voluntad, asimismo una conducta no puede ser considerada como culpable si faltare alguno de los elementos del delito.

El maestro López Betancourt refiere que la "... la inculpabilidad consiste en la falta del nexo causal emocional entre el sujeto y su acto esto es, la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto". También manifiesta que abra inculpabilidad siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de

⁷⁹ JIMENEZ DE ASUA, *La ley y el delito*, op., cit., pp. 371 y 372

⁸⁰ CASTELLANOS TENA, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, op., cit., p.247.

⁸¹ *Ibidem.*, p.248.

modo que no actúa libre y espontáneamente. El inculpable debe ser completamente capaz pero no le es reprochable su conducta ya que ésta fue resultado de un error o por no poderse exigir otra forma de actuar por lo que en juicio la culpabilidad se absuelve.

Causas de Inculpabilidad.

Han sido consideradas como causas de inculpabilidad:

Error esencial de hecho invencible. A éste se refiere el Código Penal para el distrito Federal en su artículo 15 fracción VIII.

"...Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal o

B) Respecto a la ilicitud de la conducta ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma porque crea que esta justificada su conducta.

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

El artículo 66 señala:

"... 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. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate".

Debemos destacar que el error es una falsa apreciación de la realidad, se divide en error de derecho y error de hecho. El primero se presenta cuando un sujeto que ha cometido un delito alega ignorancia o error de la ley; asimismo el error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental.

- Error esencial debe ser invencible y se presentara cuando el sujeto realiza una conducta antijurídica, pensando que es lícita.
- El error accidental no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino en secundarias, este error se divide en :

⇒ Error en el golpe: se presenta cuando el resultado del delito no es el deseado, pero provoca el mismo daño;

⇒ Error en la persona cuando hay equivocación en la persona a la cual va dirigida la conducta delictiva;

⇒ Error en el delito: cuando el sujeto comete un delito pensando inexactamente que comete otro ilícito determinado.

También se encuentran como causas de inculpabilidad:

- Temor Fundado. Es una circunstancia externa que obliga al sujeto activo a realizar una conducta contraria a Derecho, al encontrarse coaccionado sobre su voluntad y como medio para librarse de un mal que le amanece, es decir, hay un constreñimiento de afuera hacia adentro.
- No exigibilidad de otra conducta. El hecho típico se realiza en una situación especial y apremiante de la cual no se puede exigir otro comportamiento de tal manera que se indulta la naturaleza de su actividad. Entre los casos de

la no exigibilidad de otra conducta se encuentran el estado de necesidad y la vis compulsiva.

⇒ Estado de necesidad: Opera tratándose de bienes de la misma igualdad, cuando la conducta de quien sacrifica un bien para salvar otro del mismo valor, es delictuosa pero debe operar en su favor un perdón o una excusa.

⇒ Vis compulsiva: Se presenta cuando se afecta el elemento volitivo, porque se coacciona moralmente al sujeto para que realice determinada conducta.

3.6. Condicionalidad Objetiva y su aspecto negativo.

Se trata de condiciones indispensables, en ocasiones expresas y en otras tacitas que el legislador establece para encontrarse en la posibilidad de aplicar la pena.

El maestro Castellano Tena opina que "... son aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación".⁸² Cuello Calón explica que en ciertos casos el delito no se integra únicamente con la concurrencia de la tipicidad antijuricidad e imputabilidad sino que la propia ley "... además exige como requisitos para que el hecho en cuestión sea punible, la concurrencia de determinadas circunstancias ajenas o exteriores al delito, e independientemente de la voluntad del agente".⁸³

Nosotros opinamos que las condiciones objetivas de punibilidad son requisitos especiales para una correcta integración del delito, y una adecuada aplicación de la pena.

⁸² CASTELLANOS TENA, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, op. cit., p.278.

⁸³ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, s.n.c T.I. Editorial Bosh, Barcelona, España, 1980, p.521

Aspecto Negativo.

Consisten en la falta de observación de tales condiciones.

3.7. Punibilidad y excusas absolutorias.

Consiste en la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito.

Jiménez de Asúa considera que la punibilidad es el carácter específico del delito siendo éste la actividad humana que al describirse en la ley recibe una pena.

Castellanos Tena dice que "... la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta".⁸⁴

Excusas Absolutorias.

Las excusas absolutorias son el aspecto negativo de la punibilidad y consisten en la imposibilidad por parte del Estado para imponer una pena a cierta conducta delictiva.

Jiménez de Asúa las llama causas de impunidad y las define como "... las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública".⁸⁵

Para nosotros son circunstancias que el propio Estado ha considerado, a través del legislador para evitar la aplicación de una pena.

⁸⁴ CASTELLANOS TENA, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, op. cit., p.275

⁸⁵ JIMENEZ DE ASUA, La ley y el Delito, op. cit., p.258.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal establece las siguientes:

- Excusa en virtud de graves consecuencias sufridas (artículo 55).
- Excusa en virtud de móviles afectivos revelados (artículos 151 y 400).
- Excusa en virtud de maternidad consciente (artículo 333).
- Excusa en virtud de interés social preponderante (preceptos 351 y 358)
- Excusa en virtud de la mínima temibilidad (precepto 375).

Para los efectos del presente trabajo y con fundamento en estos elementos, el tipo penal utilización indebida de la vía pública será estudiado dogmáticamente en el capítulo cuarto.

CAPITULO CUARTO.

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE LA VÍA PÚBLICA

En el desarrollo del presente análisis aplicaremos los conocimientos adquiridos en el primer capítulo, es decir, la parte correspondiente a la Teoría del Delito, ya que para nosotros los gobernados ésta representa una garantía de seguridad jurídica.

4.1. Conducta.

El maestro Jiménez de Asúa manifiesta que la conducta es la manifestación de voluntad que, mediante acción o un dejar hacer produce un cambio en el mundo exterior, de tal forma explicaremos en qué consiste la conducta en el delito en estudio.

La fracción II del artículo 171 bis del Código Penal para el Distrito Federal dice.

Art. 171bis. "Comete el delito de utilización indebida de la vía pública:

I...

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...

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".

Para la redacción de este artículo el verbo núcleo del tipo "determinar" se utiliza en una forma general, así determinar significa:

"Determinar (Del latín determináre). 1.-. Fijar los términos de una cosa. 2. Distinguir, discernir. 3. Señalar fijar una cosa para algún efecto. 4.- Tomar resolución. 5. Hacer tomar una resolución. Esto me determinó a ayudarlo. 6. Formar sentencia, definir, determinar el pleito, la causa".⁸⁶

Como observamos de los seis significados que nos ofrece el Diccionario de la Lengua Española, el más conveniente e idóneo para nuestra interpretación es el quinto.

"Determinar. Hacer tomar una resolución. Esto me determinó a ayudarlo."

Sin embargo, para " determinar" a otros a ejercer el comercio también se entienden los términos "incitar" e "influir" en otros de lo cual:

"Incitar. (Del latín incitáre) tr. Mover o estimular a uno para que ejecute una cosa"⁸⁷

"Influencia. (Del latín inflüens-entis, influente). F. Acción y efecto de influir. 2. Fig. Poder valimiento autoridad de una persona para con otra u otras para intervenir en un negocio. 3. fig...."⁸⁸

De las anteriores definiciones comprobamos que dentro del verbo determinar como núcleo del tipo del delito en estudio también podemos utilizar el "incitar e influir" pues a través de su empleo consiguen que otros ejerzan el comercio en la vía pública.

⁸⁶ Diccionario de la lengua Española, op., cit., p.453.

⁸⁷ Ibidem, p.713.

⁸⁸ Ibidem, p.721.

El resultado material es la consecuencia de la conducta del sujeto que consiste en la transformación en el mundo de los fenómenos, puede manifestarse en dos formas: mediante un hacer o un no hacer.

De esta forma se trata de un **delito de acción**, en donde el sujeto dotado de voluntad, mediante su acción determina a otros a ejercer el comercio, esto produce un cambio en el mundo exterior que se traduce en la presencia de "personas" que bloquean la vía pública al impedir el libre tránsito y la libertad de comunicación.

Existen dos **clases de resultado. típico y material**. En el primero se altera el mundo jurídico tras la violación de la norma, ya preceptiva, ya dispositiva. El resultado material consiste en el cambio que la conducta ha producido en el mundo exterior.

El resultado típico lo encontramos en la violación primero del Código Penal en el artículo 171 bis fracción II que prohíbe la influencia, la determinación que realizan ciertas personas al influir en otras para el ejercicio del comercio en la vía pública sin el permiso otorgado por la autoridad competente, con la finalidad de obtener un lucro para sí o para un tercero.

El resultado material es la presencia de personas que indebidamente (porque no cumplen con los requisitos para obtener su permiso) ejercen el comercio en la vía pública obstaculizando el libre tránsito de las personas.

Es un **delito** completamente **doloso** por ser la voluntad del sujeto el inducir en otras personas a que ejerzan el comercio para obtener un lucro para sí o para un tercero. Se viola un deber de abstenerse, que no incite, no determine, que no influya en otros para el ejercer el comercio.

4.2. Tipicidad.

Zaffaroni distingue entre la tipicidad y tipo al indicar que éste es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta, es decir, la tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal.

Precisaremos el tipo que contiene la descripción de utilización indebida de la vía pública y por ende como es exigible la adecuación de la conducta al tipo para configurarse la tipicidad.

"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".

Se trata de un **tipo anormal** porque contiene elementos objetivos, de naturaleza normativa y subjetivos.

Los **elementos objetivos** son determinar; ejercer el comercio; obtener un lucro; actos que sólo son perceptibles mediante nuestros sentidos.

Recordemos que el **elemento de naturaleza normativa** implica una valoración cultural o jurídica, en nuestro estudio, es el carácter de comerciante que expresa el legislador.

El **elemento subjetivo** es el estado anímico del autor, se habla de la completa seguridad, conocimiento, intención de obtener un lucro para sí o para un tercero.

El tipo se refiere a un delito **sujeto activo** del a través de la expresión " el que determine a otros " esto es, que lleve a cabo la conducta --

planteada en el primer punto de este análisis, para nosotros no es otro sino el "dirigente, el organizador, el líder " el cual no ejerce por sí mismo el comercio sino solamente incita, planea, influye en otros, siendo su finalidad el obtener un lucro para sí e incluso para un tercero.

"Dirigir. (Del latín dirigere) tr. Enderezar, llevar rectamente una cosa hacia un término o lugar. 2. Guiar, mostrando o dando las señales de un camino, 3... 4..fig. Encaminar la intención y las operaciones a determinado fin. 5. Gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o profesión. 6. Aconsejar y gobernar la conciencia de una persona"⁸⁹

De lo anterior concluimos que no existe calidad del sujeto activo del delito porque cualquier persona puede cumplir con la hipótesis prevista en tal tipo.

En lo que se refiere al **sujeto pasivo** del delito también es abierto es decir, cualquier persona puede una vez efectuados los actos que lo influyen lo suficiente, ejercer el comercio en la vía pública.

Para nosotros este punto es controvertido ya que creemos que en forma indirecta este tipo si califica al sujeto pasivo del delito, al mencionar que "...determine a otros a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente..." en donde comercio y comerciante son:

"Comercio. (Del latín commercium; de cum, con y merx, mercancía). Negociación que se hace comprando, vendiendo o permutando géneros o mercancías".⁹⁰

"Comerciante individual. Es la persona que teniendo la capacidad para ejercer el comercio, lo ejercita con habilidad y en nombre propio, aunque -

⁸⁹ Diccionario de la Lengua Española, op., cit., p.468.

⁹⁰ Ibídem, p.320.

se sirva de representantes o apoderados, asumiendo personalmente los derechos y obligaciones que se producen en la negociación mercantil, sea cual fuere el sector económico a que se dedique".⁹¹

"Comerciante Persona a quien son aplicables las especiales leyes mercantiles".⁹²

Por su parte el Código de Comercio,⁹³ establece lo siguiente:

Art.1. "Los actos de comercio sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables"

Art.3. "Se reputan en derecho comerciantes:

I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II. ...

III... "

Art.4. "Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento, hagan alguna operación de comercio, aunque no sean en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. Por lo tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tiene plantados almacén o tienda en alguna población para expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria o trabajo, sin hacerles alteración al —

⁹¹ RIBÓ DURÁN, Luis, Diccionario de Derecho, op., cit., p.108.

⁹² Diccionario de la Lengua Española, op., cit., p.320.

⁹³ Código de Comercio, 68a. ed., Porrúa, México, 2000.

expenderos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas"

Art.5. "Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo"

Art. 75 "La ley reputa actos de comercio:
Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o _____ mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

XXIV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código....."

Por lo anterior la calidad de sujeto pasivo es la de "comerciante" pues a pesar de no tener el permiso correspondiente, tan sólo con ejercer el comercio se coloca en alguna de las hipótesis descritas en el Código de Comercio".

El **objeto material** es la persona misma ya que sobre ella, se llevaran a cabo los actos tendientes al convencimiento de que mediante la obtención de algún beneficio se le proporcionen facilidades para que ejerza el comercio, sin tener que realizar toda clase de tramites administrativos que le signifiquen sufragar algo de su patrimonio y por lo tanto pérdida de tiempo.

Sin embargo, la ley no especifica como debe entenderse el beneficio o lucro deja la interpretación abierta para entender que puede ser bien en dinero o en especie.

Tampoco dice que actos debe llevar a cabo para convencer al comerciante a ejercer el comercio y no expresa a cambio de que, dicha persona aceptará proporcionar tal lucro, si por una seguridad, por el cuidado de su negocio, porque dicha persona sirva de intermediario ante las autoridades administrativas, o si porque dicha persona lo represente ante toda clase de autoridades y ante cualquier conflicto futuro.

Todas las anteriores situaciones se le olvidaron al legislador, o bien no quiso contemplarlas, consideramos que por ser de fondo completamente político, pues se afectarían otro tipo de intereses.

Para nosotros la conducta prevista como delito también incluye a las mismas autoridades que aprovechándose de su empleo o nombramiento obtienen un lucro al permitir dichos actos, empero, el legislador sólo quiso que visualizáramos al "dirigente" al "líder" que sin tener una calidad específica, se dedica a obtener beneficios a través de los comerciantes, esto es, la sociedad sólo relacionará a aquella persona que por tener influencia o las características para ser líder, pero no una preparación especial, se dedica a tal actividad.

Bien jurídico protegido. Es confusa la redacción del artículo, ya que de su simple lectura se destacan varias hipótesis:

1. Se refiere al ejercicio legal del comercio, con el cumplimiento de las condiciones previstas en la ley, pues a nadir puede prohibírsele que trabaje en lo que desee, es decir, se protege la libertad de trabajo consagrada en el artículo 5 constitucional.

Artículo 5 "A ninguna persona podrá impedirle que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada

en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.....”

2.- El bien jurídico que protege es la vía pública, sin embargo debemos mencionar que existen otros delitos tanto a nivel federal como local que también protegen dicho bien, porque lo consideran un medio de comunicación, el cual se entiende como:

“Vía (Del latín vía) f. Camino. 2. Espacio que hay entre los carriles que señalan las ruedas de los carruajes. 3. El mismo carril.”.⁹⁴

“Vía pública. Calle, plaza, camino u otro sitio por donde transita o circula el público”.⁹⁵

“Vías públicas. Bienes de dominio y uso público, construidas para la circulación de personas y vehículos...”.⁹⁶

Por lo anterior en este tipo delictivo se entiende que se protege además de la vía pública como medio de comunicación, se protege su fin específico que es “el libre tránsito de las personas” esto es, la libertad de tránsito como garantía constitucional.

Artículo 11. “Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia,...”

Además se encuentra en el título quinto, denominado “Delitos en materia de vías de comunicación y correspondencia” por lo que entendemos

⁹⁴ Diccionario de la Lengua Española, op., cit., p.1290.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, 1999, p.996.

que el bien que protege es efectivamente la vía pública como medio de comunicación, el cual al ser obstruido no permite tal comunicación.

Resulta innecesario la protección de tal bien, pues el legislador ya lo había considerado importante para el bien común porque corresponde a un interés social, y su protección implica una seguridad para la sociedad. y lo incluía en los delitos tanto de ataques a las vías generales de comunicación como el delito de ataques a las vías de comunicación.

Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión del delito.

De espacio o lugar. El tipo de utilización indebida de la vía pública no señala ningún lugar específico para que el sujeto activo determine a otros a ejercer el comercio. Sin embargo para que dicha conducta se encuadre a este tipo, debe necesariamente ejercerse el comercio la vía pública. Para que este ejercicio sea ilícito debe actualizarse la ausencia de los requisitos establecidos en la ley para obtener el permiso correspondiente

Por lo cual se refiere al lugar en forma indirecta, entendiéndose que es la vía pública, pues dentro de ésta debe ejercerse el comercio.

Respecto a las **circunstancias de modo**, este delito nos señala que el ejercicio del comercio deberá ser:

- dentro de la vía pública y
- sin el permiso otorgado por la autoridad competente.
- que proporcione algún beneficio, ya sea por medio de dinero o en especie.

No se encuentra en este tipo circunstancias de ocasión y tiempo, así como de los medios utilizados, Tampoco el elemento subjetivo del injusto

4.3. Antijuricidad.

La antijuricidad de la conducta típica se afirmará cuando no exista en el caso concreto una causa de justificación.

Para nosotros la antijuricidad es importante ya que el derecho representa un conjunto de normas de carácter obligatorio en un lugar y tiempo determinados, que posibilita la convivencia social.

En este tipo no es posible hablar de **legítima defensa** toda vez que esta causa de justificación supone la inocencia de quien la ejerce, al requerirse una agresión anterior que no es provocada. Pero en este tipo ni siquiera describe si debe llevarse a cabo con violencia física o moral y en todo caso que bien estaría protegiendo, la lesión debe ser actual, inminente, la respuesta del comerciante sería la de defenderse pero que bien estaría salvaguardando?

El delito de utilización indebida de la vía pública es formalmente antijurídico porque el líder que determina a otros a ejercer el comercio en la vía pública sin el permiso de la autoridad competente obteniendo algún beneficio o lucro para si o para un tercero, viola una norma establecida por el legislador en representación de la función legislativa del Estado.

Por otro lado se pone en duda si es materialmente antijurídico pues se debe precisar que bien jurídico protege pues tal parece que su redacción no es muy afortunada pues no se contempla el bien común de la sociedad, porque nos parece que se trata de una cuestión administrativa en donde no causa perjuicio a la sociedad de forma directa en cuanto a su sana convivencia, ya que raras veces verificamos si las personas que ejercen el comercio en la vía pública tienen o no el permiso correspondiente

También se podría decir que atenta contra el libre tránsito de las personas y su seguridad jurídica, pero sólo en el supuesto de que dichas personas no tengan el permiso aludido; otro supuesto es la hipótesis en que cumplen con los requisitos y obtiene el permiso para ejercer el comercio,. entonces en este caso no lesiona la garantía de libre tránsito, seguridad jurídica ? y no se pone en peligro la vía pública como medio de comunicación? Desde luego que sí, por lo anterior suponemos que la creación de este delito no es resultado de un debido análisis jurídico sólo nos deja ver la falta de preparación jurídica de nuestros legisladores y los intereses políticos. Porque el problema de las personas que ejercen el comercio en la vía pública es un asunto de carácter tanto económico, como político y social que enfrenta el principal problema que es la falta de empleo y las pocas posibilidades de acceso a la educación, así como toda la larga cadena de trámites administrativos y gastos que se deben realizar para ejercer el comercio lícitamente.

4.4. Imputabilidad.

Algunos autores la consideran como un elemento de la culpabilidad, sin embargo, ésta es solo un presupuesto de la misma.

La imputabilidad es la capacidad de querer y entender por parte del sujeto activo. En el delito de utilización indebida de la vía pública, dicha imputabilidad consiste en que el sujeto activo del mismo, es decir, "...el que determine a otros a..." presente madurez mental, esto es, que tenga un normal desarrollo mental y de esta forma tenga capacidad penal para ser sujeto activo del delito en análisis.

Con el enunciado "...el que determine a otros..." observamos que existe como lo manifiesta el maestro Eduardo López Betancourt, una conducta libre, porque el individuo se coloca por su propia voluntad y en forma culpable en un estado completo de imputabilidad.

4.5. Culpabilidad.

La culpabilidad es el elemento final del delito, el análisis de un hecho para determinar si es culpable o no debe suponer la previa comprobación de una conducta adecuada a la definición legal y carente de causas legales que la justifiquen, es decir, una conducta típica y antijurídica.

La conducta que sugiere el tipo delictivo del artículo 171 bis la realiza un sujeto con plena capacidad de entender y de querer, es decir, un imputable, pues el sujeto conocía los elementos típicos y actúa con voluntad propia, en términos del sistema finalista diríamos que si tuvo la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y de motivarse de acuerdo a dicha comprensión, integrando así la culpabilidad.

El tipo requiere que el delito se cometa con un propósito: para obtener un beneficio o lucro para sí o para un tercero. La presencia de la finalidad en la definición legal exige, por tanto, que la conducta, para que sea típica se debe dirigir a un propósito específico, esto es, una intención.

Si para que exista conducta típica se necesita que la conducta tenga una intención, y si la intención es entendida como sinónimo de dolo y éste excluye la culpa, debe concluirse que para el delito de utilización indebida de la vía pública no se actualiza la culpa sino el dolo.

Su comisión necesita un proceder intencional.

4.6. Condicionalidad Objetiva.

Siendo las condiciones objetivas de punibilidad, aquellos requisitos establecidos en algunos tipos penales los cuales sino se presentan no es - - - -

factible que se configure el delito; por lo cual al manifestarse sólo en algunos tipos penales, es porque no constituyen elementos básicos sino secundarios.

La condicionalidad objetiva representa en el delito de utilización indebida de la vía pública, una circunstancia exterior al delito, la cual consiste en el que se actualice el ejercicio del comercio, en un lugar específico que es la **vía pública**.

4.7. Punibilidad.

La punibilidad significa la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado, por autoridad legítima para ello, como el responsable de la comisión de un delito.

Jiménez de Asúa comenta que la punibilidad representa el carácter específico del delito, cuando para una actividad descrita por la ley se establece una pena concreta.

El tipo establecido en el artículo 171 Bis fracción II señala que:

“Al que incurra en la comisión de algunas 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”.

CAPITULO QUINTO.

MARCO LEGISLATIVO ACTUAL

Para entrar al análisis de las disposiciones legales respecto del uso de la vía pública, debemos anotar que el uso de la vía pública, sobre todo en el tema que nos ocupa, es decir el comercio ambulante, es regulado por diversas disposiciones legales que pasan de leyes y reglamentos hasta diferentes acuerdos.

Una vez que hemos apuntado lo que se entiende por vía pública, analizaremos el marco legal de la vía pública a fin de precisar la legalidad de los permisos otorgados a los comerciantes para ejercer su actividad en calles, plazas y avenidas, es decir, en la vía pública, y entender de mejor manera las razones que tuvo el legislador para crear el tipo de utilización indebida de la vía pública y su innecesaria regulación.

5.1. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Como norma suprema la Carta Magna señala que:

Artículo 133. " Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

De lo anterior se desprende que la jerarquía de las leyes en nuestro sistema jurídico mexicano es la siguiente:

- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

- **Leyes Federales y Tratados Internacionales.**
- **Constituciones locales**
- **Leyes ordinarias locales.**
- **Leyes reglamentarias locales**
- **Leyes municipales**
- **Normas individualizadas**

De la misma partiremos para realizar nuestro estudio sobre las diversas disposiciones que regulan el uso de la vía pública.

Actualmente la Constitución Federal no regula en forma específica el comercio ambulante ejercido en la vía pública, lo hacía antes de la reforma a la fracción VI del artículo 73, Base Tercera, inciso a), cuyo decreto del 25 de octubre de 1993 cambio los artículos 31, 44, 73, 74, 89, 104, 105, 107, 122, así como la denominación del Título Quinto, y adicionó además una fracción la IX al artículo 76 y un primer párrafo al artículo 89 de nuestra Carta Magna el cual establecía:

"Son facultades de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, las siguientes:

A) Dictar bandos, ordenanzas y reglamentos de policía y buen gobierno que sin contravenir a lo dispuesto por las leyes y decretos expedidos por el Congreso de la Unión para el Distrito Federal, tengan por objeto atender las necesidades que se manifiesten entre los habitantes del propio Distrito Federal, en materia de abasto y distribución de alimentos, mercados y rastros, establecimientos mercantiles, **comercio en la vía pública... uso del suelo... vialidad y tránsito, transporte urbano y establecimientos, alumbrado público, parques y jardines...**"

De acuerdo a lo anterior, era facultad constitucional de la Asamblea de representantes el legislar sobre el comercio en la vía pública y todo lo relacionado con ella, sin embargo, con la reforma al mismo artículo 73 y al artículo 122 de la misma Constitución, las facultades de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal pasaron al actual artículo 122 Base primera fracción V inciso j):

"BASE PRIMERA. Respecto a la Asamblea Legislativa:

V La Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de Gobierno, tendrá las siguientes facultades:

j) Legislar en materia de planeación del Desarrollo; en desarrollo urbano, particularmente en uso del suelo; Preservación del medio ambiente y protección ecológica; vivienda, construcciones y edificaciones; **vías públicas**, tránsito y estacionamientos, adquisiciones y obra pública y sobre explotación, uso y aprovechamiento de los bienes del Patrimonio del Distrito Federal".

Observamos que sólo omitieron " el comercio", pero le dieron el carácter GENERAL, por lo cual quien debe legislar sobre el uso de la vía pública es la Asamblea Legislativa.

También nuestra Constitución Federal nos establece sobre el ejercicio del comercio como un derecho que:

Artículo 5. "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial".

Ejercer el comercio es una garantía individual comprendida en la libertad de trabajo con las limitaciones correspondientes. Por lo cual al solicitar que el comercio ambulante sobre la vía pública, independientemente de analizar que su objeto sea lícito o no, sea prohibido debe fundamentarse debidamente para no violentar tal garantía constitucional.

Lo real es que el establecimiento del comercio en la vía pública afecta los derechos de terceros y podría incluso colocarse en la integración del tipo penal de ataques a las vías de comunicación, ya que éste protege la vía y medios de comunicación, como bienes jurídicos, esto es importante ya que al encuadrarse la conducta de dichos comerciantes en el delito comentado, existiría una sentencia judicial con fundamento en una ley penal que al prohibir que se ejerciera el comercio en la vía pública no atentaría contra la libertad de trabajo porque no impediría que se ejerciera otra actividad, sino que protegería los derechos de terceros y que se observe el destino natural de la vía pública.

El jurista Burgoa Orihuela manifiesta que: "... la sentencia judicial que establezca esta prohibición no tiene el alcance que aparentemente se deriva de la disposición constitucional transcrita, puesto que de lo contrario haría nugatoria dicha garantía en perjuicio del sujeto. Lo que el constituyente quiso fue no establecer la posibilidad de que un hombre fuese privado de la libertad de trabajo considerada como una facultad del individuo para dedicarse a cualquier oficio, profesión, comercio, etc., que más le agrade, son facultar al juez para prohibir a una persona continúe ejerciendo una actividad perjudicial para los derechos de un tercero. propiamente la Constitución en este caso no continúe una limitación general, abstracta a la libertad de trabajo, sino una facultad otorgada al juez para prohibir que se dedique a una determinada labor cuando el ejercicio de esta implique una vulneración a los derechos de otra persona de elegir cualquier ocupación lícita, aun la misma que se le vedó, siempre y cuando no produzca dicho efecto".⁹⁷

⁹⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio.- Las Garantías Individuales.- Vigésima sexta.-edición.- Editorial Porrúa.- México.- 1994.- p.315.

En el caso del comercio ambulante en la vía pública, se afectan los derechos de la sociedad al impedir el tránsito por las calles, avenidas, etc.

Respecto a las Legislaturas de los Estados con fundamento en el artículo 124 constitucional, éstas también tienen facultad para legislar sobre el uso y explotación de la vía pública, igualmente nuestra Constitución en su artículo 115 fracción III dispone una serie de facultades que la autoridades tanto estatales como municipales, que en coordinación deben prestar para mantener en buen estado la vía pública.

Artículo 115...

"III. Los Municipios con el concurso de los Estados cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes, tendrán a su cargo los siguientes servicios públicos:

- a) Agua Potable y alcantarillado
- b) Alumbrado público.
- c) Limpia.
- d) Mercados y centrales de abasto.
- e) Panteones
- f) Rastro
- g) Calles, parques y jardines.
- h) Seguridad pública y tránsito, y
- i) Los demás que las legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socio-económicas de los Municipios, así como su capacidad administrativa y financiera"

De lo anterior se deduce que las autoridades estatales y municipales deben coordinarse para la prestación de servicios públicos en las vías de comunicación, entre las que destacamos la seguridad pública y el tránsito.

5.2. CODIGO DE COMERCIO.

El Código de Comercio regula en forma específica quienes tienen la calidad legal de comerciantes.

Artículo 3

"Se reputan en derecho comerciantes:

- I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
- II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;
- III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio".

El artículo 5 señala quienes tienen capacidad para ejercer el comercio.

Artículo 5-

"Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, ya que las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión de comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo".

Toda persona tiene entonces, capacidad legal para ejercer el comercio por el sólo hecho de ser persona.

El comerciante ambulante utiliza la vía pública para evitar pagar los impuestos correspondientes, el artículo 4 dispone:

Artículo 4.

“Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, **aunque no son en derecho comerciantes**, quedan sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria, o trabajo, sin hacerles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas”.

Existen comerciantes accidentales que ejercen su actividad con o sin establecimiento fijo y que además no cumplen con las obligaciones que establece este Código, por lo tanto no se pueden calificar como “comerciantes en Derecho”.

El artículo 16 establece algunas de dichas obligaciones:

Artículo 16.

“Todos los comerciantes, por el hecho de serlo, están obligados.

I.- A la publicación, por medio de la prensa, de la calidad mercantil; con sus circunstancias esenciales, y en su oportunidad, de las modificaciones que se adopten;

II.- A la inscripción en el registro publico de comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios;

III.- A mantener un sistema de contabilidad

IV...”.

Artículo 33.

"El comerciante esta obligado a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado. este sistema podrá llevarse mediante los instrumentos, recursos y sistemas de registro y procesamiento que mejor se acomoden a las características particulares del negocio, pero en todo caso deberá satisfacer los siguientes requisitos mínimos:

a) Permitirá identificar las operaciones individuales y sus características, así como conectar dichas operaciones individuales con los documentos comprobatorios originales de las mismas.

b) Permitirá seguir la huella desde las operaciones individuales a las acumulaciones que den como resultado las cifras finales de las cuentas y viceversa;

c) Permitirá la preparación de los estados que se incluyan en la información financiera del negocio;

d) Permitirá conectar y seguir la huella entre las cifras de dichos estados, las acumulaciones de las cuentas y las operaciones individuales;

e) Incluirá los sistemas de control y verificación internos necesarios para impedir la omisión del registro de operaciones, para asegurar la corrección del registro contable y para asegurar la corrección de las cifras resultantes, conforme al artículo 33".

En el caso del comercio ejercido en la vía pública, los comerciantes omiten estas obligaciones y por tanto el sistema de contabilidad no existe, sin embargo, no dejan de ser comerciantes accidentales, por lo que su actividad - -

queda sujeta a las disposiciones del Código de Comercio pero esto no se cumple.

5.3. LEY DE VÍAS GENERALES DE COMUNICACIÓN

Esta ley regulaba la vía pública de carácter federal como parte de las vías generales de comunicación, al señalar en su artículo 1:

"Artículo 1. Son vías generales de comunicación:

V. Los caminos:

a) Cuando entronquen con alguna vía de país extranjero".

Actualmente dicho artículo dice:

Artículo 1. "Son vías generales de comunicación:

XI. Las rutas del servicio postal".

Artículo 2.

"Son partes integrantes de las vías generales de comunicación:

I.- Los servicios auxiliares, obras, construcciones y demás dependencias y accesorios de las mismas, y

II.- 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 fijara por la secretaria de comunicaciones".

Artículo 3.

"Las vías generales de comunicación y los modos de transporte que operan en ellas quedan sujetos exclusivamente a los poderes federales. el ejecutivo ejercitara sus facultades por conducto de la secretaria de comunicaciones y transportes en los siguientes casos y sin perjuicio de las facultades expresas que otros ordenamientos legales concedan a otras dependencias del ejecutivo federal:

I.- Construcción, mejoramiento, conservación y explotación de vías generales de comunicación;

II.- Vigilancia, verificación e inspección de sus aspectos técnicos y normativos;

III.- Otorgamiento, interpretación y cumplimiento de concesiones;

IV.- Celebración de contratos con el gobierno federal:

V.- Declaración de abandono de tramite de las solicitudes de concesión o permiso, así como declarar la caducidad o la rescisión de las concesiones y contratos celebrados con el gobierno federal y modificarlos en los casos previstos en esta ley.

VI.- Otorgamiento y revocación de permisos;

VII.- Expropiación;

VIII.- Aprobación, revisión o modificación de tarifas, circulares, horarios, tablas de distancia, clasificaciones y, en general, todos los documentos relacionados con la explotación;

IX.- Registro;

X.- Venta de las vías generales de comunicación y medios de transporte, así como todas las cuestiones que afecten a su propiedad;

XI.- La vigilancia de los derechos de la nación, respecto de la situación jurídica de los bienes sujetos a reversión en los términos de esta ley o de las concesiones respectivas;

XII.- Infracciones a esta ley o a sus reglamentos; y

XIII.- Toda cuestión de carácter administrativo relacionada con las vías generales de comunicación y medios de transporte.

En los casos de las fracciones IV y V será indispensable la aprobación previa de la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico, siempre que los actos ejecutados en uso de esas facultades impliquen el gasto de fondos públicos, comprometan el crédito publico o afecten bienes federales o que estén al cuidado del gobierno".

Artículo 7.

"Las vías generales de comunicación, los servicios públicos que en ellas se establezcan, los capitales y empréstitos empleados en ellos, las acciones, bonos y obligaciones emitidos por las empresas, no podrán ser objeto de contribuciones de los Estados, departamentos del distrito federal o municipios".

Artículo 8.

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

A nivel federal debemos destacar que la Secretaria de Comunicaciones y Transportes otorga permisos para la explotación de las vías federales de comunicación lo que no ocurre en la vía publica local.

Artículo 10.

"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."

Debemos mencionar que no toda vía de comunicación es de carácter federal, existen por parte de los Estados vías de comunicación que son su responsabilidad, encontramos la confusión consistente en que todo ataque a las vías de comunicación es federal y no local, la diferencia radica en que unas reciben el calificativo de GENERALES.

En esta ley el legislador sanciona, los daños a las **vías generales de comunicación** o su obstaculización, lo que no sucede en el caso de **nuestras vías de comunicación de carácter local** pues ellas están invadidas de comerciantes accidentales que en forma irregular ejercen el comercio y ocasionan una serie de problemas que afecta el destino normal de la vía pública.

Artículo 524.

"Para la aplicación de las sanciones a que se refiere el artículo anterior, se observará el procedimiento siguiente:

Tan luego como la Secretaría de Comunicaciones tenga conocimiento de la infracción, procederá al aseguramiento de las obras ejecutadas, las instalaciones establecidas y todos los bienes muebles e inmuebles dedicados a la explotación de la vía de comunicación, ocupación de la zona federal o playas, de las vías flotables o navegables, poniéndolos bajo la guarda de un interventor especial, previo inventario que se formule. posteriormente al

aseguramiento se concederá un plazo de diez días al presunto infractor para que presente las pruebas y defensas que estime pertinentes en su caso; y pasado dicho termino la Secretaria de comunicaciones dictara la resolución que corresponda.

Artículo 525.

"El que indebidamente ejecute obras que invadan o perjudiquen una vía federal de comunicación, pagara una multa de cincuenta a dos mil pesos a juicio de la secretaria de comunicaciones, mas los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado".

Artículo 533.

"Los que dañen, perjudiquen o destruyan las vías generales de comunicación, o los medios de transporte, o interrumpan la construcción de dichas vías, o total o parcialmente interrumpan o deterioren los servicios que operen en las vías generales de comunicación o los medios de transporte, serán castigados con tres meses a siete años de prisión y multa de 100 a 500 veces el salario mínimo general vigente en el área geográfica del distrito federal.

Si el delito fuere cometido por imprudencia y con motivo del transito de vehículos por carretera, aquel solo se perseguirá por querrela, la cual únicamente podrá formularse cuando no se repare el daño en un plazo de treinta días naturales. en este caso, el delito se sancionara con multa hasta por el valor del daño causado mas la reparación de éste".

Artículo 536.

"Se impondrán de quince días a seis años de prisión, y multa de diez a cinco mil pesos, al que de cualquier modo destruya, inutilice, apague, quite o

cambie una señal establecida para la seguridad de las vías generales de comunicación o medios de transporte.

Si el delito fuere cometido por imprudencia y con motivo del tránsito de vehículos por carretera, aquel solo se perseguirá por querrela, la cual únicamente podrá formularse cuando no se repare el daño en un plazo de treinta días naturales. en este caso, el delito se sancionara con multa hasta por el valor del daño causado mas la reparación de este.

Al que coloque intencionalmente señales que puedan ocasionar la pérdida o grave deterioro de vehículos en circulación, será castigado con prisión de uno a cinco años.

Si se ocasionaren los accidentes mencionados, se aplicaran las reglas de acumulación con el delito o delitos que resulten consumados”.

La vía pública fue creada para el tránsito de las personas de un lugar a otro, no para su explotación a través de diversas actividades como el comercio ambulante, de ser así existiría una ley de carácter local que regulará la explotación de la vía pública local y no como lo hizo el legislador al crear un tipo penal inútil, denominado utilización indebida de la vía pública, además ni siquiera preciso al sujeto activo del delito, pues debemos comentar que no sanciona a la persona que ejerce tal actividad en la vía pública.

Por otro lado cabe señalar que no deben confundirse las infracciones señaladas por la Ley de Vías Generales de Comunicación con los diversos tipos penales señalados como ataques a las vías de comunicación regulado tanto en el Código Penal Federal como en el respectivo Código Penal para el Distrito Federal.

5.4. ESTATUTO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL.

El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal fue publicado el 26 de julio de 1999 y representa la Constitución Local del Distrito Federal.

Dicho ordenamiento incluye las garantías individuales consagradas en nuestra Carta Magna, por lo que se interpreta que también se encuentra la garantía de libertad de trabajo entre la que se encuentra el ejercer el comercio siempre y cuando dicha actividad sea lícita y no afecte los derechos de la sociedad.

ARTICULO 16.

"En el Distrito Federal todas las personas gozan de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Además tendrán los derechos y obligaciones que establecen este Estatuto y las leyes correspondientes."

Este artículo también señala que los habitantes del Distrito Federal tienen "Derechos y Obligaciones" de lo cual la siguiente norma menciona:

ARTICULO 17.

Los habitantes del Distrito Federal, en los términos y condiciones que las leyes establezcan, tienen derecho a:

- I. La protección de las leyes, reglamentos y demás normas jurídicas que rijan en el mismo;
- II. La prestación de los servicios públicos;
- III. **Utilizar los bienes de uso común conforme a su naturaleza y destino;**
- IV...
- V...."

Entre esos bienes de uso común se encuentra la vía pública.

ARTICULO 18.

"Son obligaciones de los habitantes cumplir con los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los de este Estatuto así como los de las leyes y demás disposiciones jurídicas aplicables; contribuir a los gastos públicos de la Federación y del Distrito Federal, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes; **utilizar las vías y espacios públicos conforme a su naturaleza y destino; y ejercer sus derechos sin perturbar el orden y la tranquilidad públicos ni afectar la continuidad del desarrollo normal de las actividades de los demás habitantes."**

ARTICULO 42.

"La Asamblea Legislativa tiene facultad para:

VIII. Iniciar leyes o decretos relativos al Distrito Federal, ante el Congreso de la Unión;

XIV. **Legislar** en materia de planeación del desarrollo; en desarrollo urbano, particularmente en el uso del suelo; preservación del medio ambiente y protección ecológica; vivienda; construcciones y edificaciones; **vías públicas, tránsito** y estacionamientos; adquisiciones y obras públicas; y sobre explotación, uso y aprovechamiento de los bienes del patrimonio del Distrito Federal;

XV. **Regular la prestación** y la concesión de los servicios públicos; legislar sobre los servicios de transporte urbano, de limpia, turismo y servicios de alojamiento, **mercados, rastros y abasto, y cementerios;"**

La prestación de servicios públicos está a cargo del Gobierno del Distrito Federal quien cumple con ellas por medio de las diferentes Delegaciones de la Ciudad al respecto el artículo 104 señala:

ARTICULO 104.-

"La Administración Pública del Distrito Federal contará con un órgano político-administrativo en cada demarcación territorial.

Para los efectos de este Estatuto y las leyes, las demarcaciones territoriales y los órganos político-administrativos en cada una de ellas se denominarán genéricamente Delegaciones.

La Asamblea Legislativa establecerá en la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal el número de Delegaciones, su ámbito territorial y su identificación nominativa."

Dichas facultades consisten en:

ARTICULO 117.-

"Las Delegaciones tendrán competencia, dentro de sus respectivas jurisdicciones, en las materias de: gobierno, administración, asuntos jurídicos, obras, servicios, actividades sociales, protección civil, seguridad pública, promoción económica, cultural y deportiva, y las demás que señalen las leyes.

El ejercicio de tales atribuciones se realizará siempre de conformidad con las leyes y demás disposiciones normativas aplicables en cada materia y respetando las asignaciones presupuéstales.

II. Prestar los servicios públicos y realizar obras, atribuidos por la ley y demás disposiciones aplicables, dentro del marco de las asignaciones presupuéstales;

V. Otorgar y revocar, en su caso, licencias, permisos, autorizaciones y concesiones, observando las leyes y reglamentos aplicables;

VIII. Coadyuvar con la dependencia de la administración pública del Distrito Federal que resulte competente, en las tareas de seguridad pública y protección civil."

Lo que nos interesa con este análisis es dejar claro que el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal otorga y protege las mismas garantías que nuestra Constitución Federal, sin embargo, también se destaca que el comercio ambulante afecta los derechos de la sociedad y obstaculiza la naturaleza y destino de la vía pública, por lo cual debe actualizarse tal conducta con el delito de ataques a las vías de comunicación y no con el de utilización indebida de la vía pública como lo considero el legislador.

5.5. LEY PARA EL FUNCIONAMIENTO DE ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES EN EL DISTRITO FEDERAL

Esta ley contiene el régimen aplicable a los comerciantes formalmente establecidos, por lo cual señala diversos requisitos que deben cumplir, por otra parte omite la regulación de los comerciantes informales, es decir, los que ejercen su actividad en la vía pública. De tal forma el siguiente artículo tiene algunos conceptos operativos:

Artículo 2.-

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

II. Autorización: El acto administrativo que emite la Delegación para que una persona física o moral pueda desarrollar por una sola ocasión o período determinado, alguno de los giros que requieren Licencia de Funcionamiento;

VI. Establecimiento mercantil: El local ubicado en un inmueble en donde una persona física o moral desarrolla actividades relativas a la intermediación, compraventa, alquiler o prestación de bienes o servicios, en forma temporal o permanente;

VIII. Giro mercantil: La actividad o actividades permitidas en su uso de suelo y que se registren o autoricen para desarrollarse en los establecimientos mercantiles;

IX. Giro principal: Es la actividad o actividades predominantes, autorizadas en la Licencia de Funcionamiento, manifestadas en la Declaración de Apertura;

X. Impacto social: La actividad que por su naturaleza puede alterar el orden y la seguridad pública, o afectar la armonía de la comunidad;

XI. Ley: La Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles en el Distrito Federal;

XII. Licencia de Funcionamiento: El acto administrativo que emite la Delegación, por el cual autoriza a una persona física o moral a desarrollar actividades comerciales;

XIII. Permiso: El acto administrativo que emite la Delegación, para que una persona física o moral pueda ocupar y colocar en la vía pública enseres o instalaciones del establecimiento mercantil, de conformidad a lo establecido en la Ley;

XVI. Titulares: Las personas físicas o morales que obtengan Licencia de Funcionamiento, Autorización, Permiso o Declaración de Apertura."

La autoridad encargada de vigilar el cumplimiento de los derechos y las obligaciones son los titulares es la Secretaría de Gobierno.

Artículo 4.-

"Corresponde a la Secretaría de Gobierno:

I. Coordinar, supervisar y evaluar el debido cumplimiento de las facultades y obligaciones conferidas a la Delegación en la Ley;

II. Fijar los horarios de funcionamiento de los establecimientos mercantiles; que serán de carácter general, sin que puedan autorizarse horarios especiales;

III...y

IV. Ordenar la suspensión de actividades en los establecimientos mercantiles que operen alguno de los giros que requieran Licencia de Funcionamiento en fechas u horas determinadas, con el objeto de vigilar que no se alteren el orden y la seguridad pública.

En los supuestos señalados por las fracciones II y IV, se expedirá previo acuerdo que deberá publicarse en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y para su mayor difusión en diarios de amplia circulación en el Distrito Federal. "

Artículo 5.

"Son atribuciones de la Delegación:

1. Expedir Licencias de Funcionamiento, Permisos y Autorizaciones en los términos de la Ley;"

En esta disposición cabe comentar que sólo para los titulares que cumplen con todos los tramites que el artículo siguiente señala:

Artículo 6.-

"Son facultades de los titulares de las Ventanillas únicas y la de gestión, orientar, recibir, integrar, gestionar y entregar la documentación y respuesta correspondiente, de los siguientes trámites:

I. Autorización y revalidación de las Licencias de Funcionamiento, así como la tramitación de los traspasos;

II. Registro de la Declaración de Apertura y tramitación de los traspasos;

III. Registro del aviso de suspensión y cese de actividades de los establecimientos mercantiles;

IV. Entrega de Permisos y Autorizaciones; y

V. Las demás que establezca la Ley".

Para nuestro análisis destaca la obligación que tienen los titulares de abstenerse de utilizar la vía pública, esto nos demuestra lo innecesario de la creación del tipo penal en estudio.

Artículo 9.

"Los Titulares, tienen las siguientes obligaciones:

IX. **Abstenerse de utilizar la vía pública** para la prestación de los servicios o realización de las actividades propias del giro mercantil de que se trate, salvo aquellos casos en que lo autorice expresamente la Ley;"

Observamos como esta ley protege la naturaleza, uso y destino de la vía pública, de ahí la importancia de su protección en el delito de ataques a las - - -

vías de comunicación, los casos de excepción se describen en las siguientes disposiciones:

Artículo 12.

"Los establecimientos mercantiles que funcionen como restaurantes y cafeterías, podrán colocar en la vía pública, previo permiso y pago de los derechos que establezca el Código Financiero del Distrito Federal, enseres necesarios para la prestación del servicio consignado en su Declaración de Apertura o en su Licencia de Funcionamiento".

Artículo 13.

"La colocación de los enseres o instalaciones a que se refiere el artículo anterior, únicamente se autorizarán cuando reúnan las siguientes condiciones:

- I. Que sean contiguas al establecimiento mercantil y desmontables;
- II. Que se coloquen únicamente en el horario que establezca la Secretaría de Gobierno;
- III. Que se deje una anchura libre de por lo menos 1.50 metros entre los enseres o instalaciones y la guarnición de la banqueta, para el paso de peatones;
- IV. Que no ocupen la superficie de rodamiento para la circulación vehicular;
- V. Que no afecte el entorno e imagen urbana;
- VI. Que los enseres o instalaciones no se utilicen para preparar o elaborar bebidas o alimentos; y

VII. Que no se instalen en zonas preponderantemente destinadas al uso habitacional y de oficinas.

Se declara de interés público el retiro de estos enseres o instalaciones, cuando su colocación viole lo dispuesto por la Ley..

Es de señalarse que los comerciantes ambulantes no pagan ningún derecho, solo en algunas ocasiones obtienen el permiso correspondiente, por lo que existe un trato desigual con los comerciantes establecidos, por lo anterior no se comprende el porque en el delito de utilización de la vía pública no se sancionó a quien ejerce el comercio en ésta sino al que determine a ejercerlo, además el artículo anotado señala que la protección de la vía pública como vía de comunicación es de INTERES PUBLICO.

Artículo 14.

"Los interesados en obtener de la Delegación el permiso a que se refiere el artículo 12 de la Ley, deberán presentar ante la Ventanilla Única o la de gestión la solicitud correspondiente acompañada de los siguientes datos y documentos:

I. Nombre, razón social o denominación del establecimiento mercantil, y domicilio para oír y recibir notificaciones;

II. Copia de la Licencia de Funcionamiento vigente o de la Declaración de Apertura, según sea el caso; y

III. Proyecto y croquis de colocación de enseres, en el que se expliquen las condiciones en que se instalarán u operarán, en su caso, a efecto de certificar que se cumple con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley.

La Delegación, una vez que reciba la solicitud, acompañada de los documentos y cumplidos los requisitos a que se refiere el presente artículo, deberá dentro de un plazo de 7 días hábiles, entregar el permiso, previo pago de los derechos correspondientes”.

Los comerciantes ambulantes, sólo requieren un permiso para vender en la vía pública con el pago de sus respectivos derechos por concepto de explotación de la vía pública, mientras que los comerciantes establecidos, es decir, los titulares deben pagar una licencia de funcionamiento, una autorización o permiso para ejercer el giro mercantil; además del pago por uso del suelo, esto solo provoca que cada día el comercio informal aumente y exista una competencia desleal con el comercio formal, aunado a esto también se provoca la obstaculización de la vía pública, se impide el paso peatonal y vehicular, se afecta la imagen urbana de nuestra ciudad, y propicia conductas delictivas que se facilitan, como es el caso de los líderes que incitan a ejercer el comercio ambulante con la finalidad de obtener lucros indebidos.

5.6. LEY ORGANICA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL.

Artículo 3.

“El Jefe del Departamento del Distrito Federal se auxiliará en el ejercicio de sus atribuciones, que comprenden el estudio, planeación y despacho de los asuntos que competen al Departamento del Distrito Federal en los términos de esta Ley, de las siguientes unidades administrativas:

VI. La Secretaría General de Protección y Vialidad para atender, primordialmente, las materias relativas a la seguridad pública y la vialidad;

X. Las Delegaciones ...”

Artículo 17.

"Al Departamento del Distrito Federal corresponde el despacho de los siguientes asuntos en materia de Gobierno".

I.-Administrar los bienes de dominio público y los de dominio privado del Departamento del Distrito Federal en los términos de las disposiciones aplicables,...

X.- Prevenir y evitar la prostitución y la drogadicción y dictar las medidas tendientes a mantener la seguridad y el orden públicos, para prevenir la comisión de delitos y proteger a las personas, sus propiedades y derechos;

XI.- Cuidar de la observancia de las disposiciones legales y reglamentarias de policía en el Distrito Federal; hacer cumplir las leyes y reglamentos referentes a tránsito de vehículos y peatones en la vía pública y estacionamientos públicos para vehículos de toda clase;"

Artículo 18.

"Al Departamento del Distrito Federal, corresponde el despacho de los siguientes asuntos en materia jurídica y administrativa:

X. Otorgar los permisos y autorizaciones que le competan, así como declarar administrativamente la caducidad, nulidad, rescisión y revocación que corresponda, substanciándolas en los términos de las disposiciones legales aplicables;"

Entre la clasificación del patrimonio del Distrito Federal encontramos que la vía pública es bien de dominio público de la cual no puede sacarse provecho a través de su explotación.

Artículo 33.

"El patrimonio del Departamento del Distrito Federal lo constituyen los bienes de dominio público y los de dominio privado".

Artículo 34.

"Los bienes de dominio público del Departamento del Distrito Federal, son los siguientes:

I.- Los de uso común;

V.- Las vías terrestres de comunicación que no sean federales o de particulares;

XIII.- Las plazas, calles, avenidas, viaductos, paseos, jardines y parques públicos"

Artículo 36.

"Los bienes ...

Los bienes de dominio público de uso común y los destinados a un servicio público no podrán ser objeto de hipoteca ni reportar en provecho de particulares, sociedades o corporaciones, ningún derecho de uso, usufructo o habitación, tampoco podrá imponerse sobre ellos servidumbre pasiva alguna en los términos del derecho común.

Los derechos de tránsito, de vista, ... Los permisos o concesiones que otorgue la autoridad administrativa sobre esta clase de bienes, tendrán siempre el carácter de temporales y revocables"

En el siguiente artículo destaca la facultad del Gobierno del Distrito Federal para recuperar la naturaleza de la vía pública.

Artículo 41.

"El Departamento del Distrito Federal podrá ordenar, y ejecutar las medidas administrativas encaminadas a mantener o recuperar la posesión de los bienes incorporados al dominio público del propio Departamento, así como remover cualquier obstáculo, natural o artificial, que impida o estorbe su uso o destino..."

Con esta disposición también demostramos la inutilidad de la creación del tipo utilización indebida de la vía pública, ya que el Departamento del Distrito Federal tiene plena facultad para recuperar su destino natural, creemos que más que nada el legislador lo hizo por razones políticas y no jurídicas.

5.7. LEY DE TRANSPORTE DEL DISTRITO FEDERAL.

La presente ley importa para nuestro análisis porque detalla la integración de la vía pública, define que se entiende por peatón, cuida de su tránsito seguro por la vía pública y de la pertinente observación de una educación vial.

Artículo 2.- " Para la aplicación, interpretación y efectos de la presente ley se establecen las siguientes definiciones:

Peatón: Persona que transita a pie por la vía pública.

Secretaría: La Secretaría de Transportes y Vialidad del Distrito Federal.

Seguridad Pública: La Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal".

Artículo 11.- "La Secretaría promoverá las acciones necesarias para que las vialidades peatonales existentes, los corredores, andenes y en general la infraestructura de conexión de los diversos medios de transporte, se mantengan en buen estado, con el fin de proporcionar a los usuarios y peatones el tránsito seguro por estas, llevando a cabo las medidas necesarias para que en las vialidades se establezcan facilidades para el acceso de la población infantil, escolar, personas con discapacidad, de la tercera edad y mujeres en periodo de gestación".

Artículo 15.- " La administración pública del Distrito Federal promoverá las acciones permanentes necesarias en materia de educación vial, para peatones, conductores..."

Artículo 74.- "La vialidad y el tránsito en el Distrito Federal, se sujetaran a lo previsto en esta ley y demás disposiciones jurídicas administrativas aplicables, y a las políticas establecidas por la secretaria de acuerdo con las siguientes bases:

II.- Las limitaciones y restricciones que se establezcan para el tránsito de vehículos en la vía pública, con objeto de mejorar la vialidad, preservar el ambiente, salvaguardar la seguridad de las personas y el orden público;

VII.- **El retiro de la vía pública** de los vehículos y objetos que, indebidamente obstaculicen o pongan en peligro el tránsito de personas o de vehículos;"

Cabe destacar que por una parte habla de la educación vial pero también menciona que la vía pública debe estar en buen estado y libre de

objetos que obstaculicen el libre tránsito, esto para que se cumpla el objetivo del ordenamiento legal.

Artículo 75.- "La vía pública se integra de un conjunto de elementos cuya función es permitir el tránsito de vehículos y peatones, así como facilitar la comunicación entre las diferentes áreas o zonas de actividad. Las vías públicas se clasifican en:

I.-Vías primarias.

A) Vías de acceso controlado

1.- anular o periférica;

2.- radial; y

3.- viaducto.

B) Arterias Principales:

1.- eje vial;

2.- avenida;

3.- paseo; y

4.- calzada.

II.- Vías secundarias.

A) Calle Colectora;

B) Calle Local;

1.- Residencial; E

2.- Industrial;

A) Callejón;

B) Callejuela;

C) Rinconada;

D) Cerrada;

E) Privada;

F) Terracería;

- G) Calle Peatonal;
 - H) Pasaje;
 - I) Andador; y
 - J) Portal.
- III.- Ciclistas; y

IV.- Áreas de transferencia. Las vías públicas estarán debidamente conectadas con las estaciones de transferencia tales como:

- A) Estacionamientos y lugares de resguardo para bicicletas;
- B) Terminales urbanas, suburbanas y foráneas;
- C) Estaciones del sistema de transporte colectivo "Metro";
- D) Centros de transferencia modal;
- E) Helipuertos; y
- F) Otras estaciones.

La definición de las vías públicas que se clasifican en la presente ley, se clasificarán en el reglamento correspondiente"

Artículo 78.- (segundo párrafo)

"La Secretaria en coordinación con otras autoridades competentes, establecerá las políticas y mecanismos para evitar actividades en la vía pública, que interfieran la seguridad en el tránsito peatonal o vehicular"

5.8. LEY DE SEGURIDAD PUBLICA DEL DISTRITO FEDERAL.

Artículo 2.

La seguridad pública es un servicio cuya prestación, en el marco de respeto a las garantías individuales, corresponde en forma exclusiva al Estado, y tiene por objeto:

I.-Mantener el orden público;

III.- Prevenir la comisión de delitos e infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía;..."

Por lo cual también le incumbe que se respete la naturaleza y destino de la vía pública para dar cumplimiento a su principal objetivo.

5.9. LEY DEL DESARROLLO URBANO DEL DISTRITO FEDERAL.

Esta ley cuida y regula el desarrollo urbano de nuestra ciudad y su buena imagen, por lo tanto incluye las limitaciones a la vía pública y su natural destino.

Artículo 16.

"La planeación del Desarrollo Urbano y el ordenamiento territorial se concretará a través del Programa General, los Programas Delegacionales y los Programas Parciales que en conjunto constituyen el instrumento rector de la planeación económica y social para el Distrito Federal".

Artículo 19.

"Los Programas Delegacionales contendrán:

V.- La estructura vial de la delegación correspondiente, que contendrá:

- A) Las vías secundarias;
- B) Las áreas de transferencia, y
- C) **Las limitaciones de uso de vía pública...**

Artículo 33.

"Las normas de ordenación establecidas en los programas y el reglamento de esta ley se referirán a:

IV. Vía pública, alineamientos, zonas federales, derechos de vía, vialidades, afectaciones, restricciones, espacios públicos y la regulación de la imagen urbana en el espacio de la vía pública;..."

Artículo 37. (primer y cuarto párrafo).

"Vía pública: es todo espacio de uso común que por disposición de la administración pública del Distrito Federal, se encuentre destinado al libre tránsito, de conformidad con las leyes y reglamentos de la materia, así como todo inmueble que de hecho se destine para ese fin. La vía pública está limitada por el plano vertical sobre la traza del alineamiento oficial o el lindero de dicha vía pública.

La vía pública y los demás bienes de uso común destinados a un servicio público, son bienes del dominio público del Distrito Federal, regidos por las disposiciones contenidas en la ley del régimen patrimonial y del servicio público".

Artículo 39.

"La Secretaría en Coordinación con la Secretaría de Transportes y vialidad determinara:

- I. El Proyecto de las redes de vías públicas;
- II. Los Derechos de vía,
- III. Las limitaciones de uso de la vía pública:
- IV. Las especificaciones para modificar definitiva o temporalmente la vía pública, y
- V. La conveniencia y forma de penetración al territorio al Distrito Federal de vías de comunicación ..."

5.10. REGLAMENTO DE CONSTRUCCIONES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Este ordenamiento legal también define lo que se entiende por vía pública y prohíbe el comercio ambulante en la misma.

Artículo 6. (primer párrafo)

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 asolamiento 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".

Artículo 8. (primer párrafo).

Las vías públicas y los demás bienes de uso común o destinados a un servicio público, son bienes de dominio público del Departamento, regidos por las disposiciones contenidas en la Ley y en la Ley Orgánica”

Artículo 11.

“Se requiere de autorización del Departamento para:

II.- Ocupar la vía pública con instalaciones de servicio público, comercios semifijos, construcciones provisionales, o mobiliario urbano;...”

Artículo 12.

“No se autorizará el uso de las vías públicas en los siguientes casos:

- I. Para aumentar el área de un predio o de una construcción;
- II. Para obras, actividades o fines que ocasionen molestias a los vecinos tales como la producción de polvos, humos, malos olores, gases, ruidos y luces intensas;
- III. Para conducir líquidos por su superficie;
- IV. Para depósito de basura y otros desechos;
- V. Para instalar comercios semifijos en vías primarias y de accesos controlado, y

VI. Para aquellos otros fines que el Departamento considere contrarios al interés público”.

Artículo 13.

“Los permisos o concesiones que el Departamento otorgue para la ocupación, uso y aprovechamiento de las vías públicas o cualesquiera otros bienes de uso común o destinados a un servicio público, no crean ningún derecho real o posesorio”.

Artículo 16.

“El Departamento dictará las medidas administrativas necesarias para mantener o recuperar la posesión de las vías públicas y demás bienes de uso común o destinados a un servicio público del propio Departamento, así como para remover cualquier obstáculo, de acuerdo con la legislación vigente”.

Artículo 17.

“ El que ocupe sin autorización la vía pública con construcciones o instalaciones superficiales, áreas o subterráneas, estará obligado a retirarlas o demolerlas. En su caso el Departamento llevará a cabo el retiro o demolición de las obras con cargo al propietario o poseedor”.

5.11. REGLAMENTO INTERIOR DE LA ADMINISTRACION PUBLICA DEL DISTRITO FEDERAL

Lo que nos interesa de este reglamento es señalar quien es la autoridad que otorga los permisos para ejercer el comercio en la vía pública a los - - - -

ambulantes, y que también fomenta la actividad de aquellos que determinan a que otros ejerzan el comercio en la vía pública.

Artículo 7º.

Para el despacho de los asuntos que competan a las Dependencias de la Administración Pública, se les adscriben las Unidades Administrativas, las Unidades Administrativas de Apoyo Técnico-Operativo, los Órganos Político-Administrativos y los Órganos Desconcentrados siguientes:

A la Secretaría de Gobierno:

1.- La Subsecretaría de Gobierno, a la que quedan adscritas la:

A) Dirección General de Gobierno.

2. La Subsecretaría de Trabajo y Previsión Social a la que quedan adscritas la:

B) Dirección General de Trabajo no asalariado.

II. A la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda:

A) Dirección General de Desarrollo Urbano.

B) Dirección General de Equipamiento Urbano y Proyectos.

III. A la Secretaría de Desarrollo Económico:

D) Dirección General de Abasto, Comercio y Distribución;

Artículo 28.

"Corresponde al titular de la Subsecretaría de Trabajo y Previsión Social.

IV. Establecer los lineamientos y acordar con el titular de la Secretaría de Gobierno, la Política de conducción de las relaciones con los trabajadores no asalariados y sus organizaciones, así como coordinar y ejecutar las que se establezcan para la protección de sus derechos y mejoramiento de sus condiciones laborales, y atender, en coordinación con las dependencias competentes la problemática social derivada de la realización de actividades comerciales en la vía pública:"

Artículo 43.

"Corresponde a la Dirección General de Trabajo No Asalariado:

I. Vigilar la observancia y colocación de las leyes, reglamentos y disposiciones administrativa aplicables a los trabajadores no asalariados;

III. Instrumentar la política de protección a los trabajadores no asalariados, así como las medidas para atender la problemática social derivada de actividades comerciales realizadas en la vía pública, que señale el titular de la Subsecretaría de Trabajo y Previsión Social;

IX. Llevar un registro de los trabajadores no asalariados y sus organizaciones".

De lo anterior entendemos que la persona que ejerce su actividad en la vía pública es considerado como trabajador no asalariado, y entonces encontramos contradicciones en la misma ley.

Artículo 45.

"Corresponde a la Dirección General de Desarrollo Urbano:

XIII. Emitir las determinaciones oficiales de la vía pública a través de los planos de alineamientos, números oficiales y derechos de vía, e inscribir en los mismos las modificaciones de la traza urbana".

Artículo 46.

"Corresponde a la Dirección General de Equipamiento Urbano y Proyectos:

I. Formular, coordinar, ejecutar y evaluar las políticas estrategias, líneas de acción, normas, instrumentos y criterios de aplicación en materia de equipamiento urbano, así como el mobiliario urbano, la imagen urbana, las aéreas de conservación patrimonial y el patrimonio cultural urbano:"

XI. Formular, coordinar, ejecutar y evaluar los lineamientos y políticas para la protección, conservación y consolidación del paisaje, de la imagen urbana y el patrimonio cultural urbano".

Artículo 51.

"Corresponde a la Dirección General de Abasto, Comercio y Distribución:

II. Formular, supervisar y evaluar los programas de abasto, comercialización y distribución que se instrumenten para los órganos político-administrativos. Así como de construcción y ampliación de mercados públicos y los de ubicación y funcionamiento de mercados sobre ruedas, tianguis, concentraciones de comerciantes y bazares".

Artículo 117.

"Corresponde a la Dirección General Jurídica y de Gobierno:

I. Otorgar permisos para el uso de la vía pública, sin que se afecte la naturaleza y destino de la misma en los términos de las disposiciones jurídicas y administrativas aplicables.

X. Otorgar las licencias y autorizaciones de funcionamiento de los giros mercantiles establecidos en la demarcación territorial del órgano político-administrativo.

XVIII. Administrar los mercados públicos, asentados en la demarcación territorial del órgano político-administrativo, de acuerdo a las disposiciones jurídicas aplicables y lineamientos que fije el titular del mismo".

Observamos como a pesar de que la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Distrito Federal otorga permisos para el uso de la vía pública lo hace con las limitaciones de que se respete la naturaleza y destino de la misma, así como de que se cumplan las normas que ya comentamos.

5.12. REGLAMENTO DE MERCADOS PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Reglamento de Mercados es publicado el 1 de junio de 1951 con el presidente Miguel Alemán, actualmente constituye la principal legislación en la cual las autoridades del Distrito Federal mantienen controlados a los comerciantes establecidos en los **mercados públicos** y mediante el cual también otorgan permisos a los comerciantes ambulantes.

En su artículo primero se marca la finalidad del mismo.

Artículo 1o.-

“El funcionamiento de los mercados en el Distrito Federal, constituye un servicio público cuya prestación será realizada por el Departamento del Distrito Federal por conducto del Departamento de Mercados de la Tesorería del mismo Distrito.

Sin embargo, dicho servicio podrá ser prestado por particulares cuando el Departamento del Distrito Federal otorgue la concesión correspondiente”.

El artículo tercero marca conceptos operativos que son básicos.

Artículo 3o.-

“Para los efectos de este Reglamento se considera:

I.- **Mercado público**, el lugar o local, sea o no propiedad del Departamento del Distrito Federal, donde ocurra una diversidad de comerciantes y consumidores en libre competencia, cuya oferta y demanda se refieran principalmente a **artículos de primera necesidad**.

II.- **Comerciantes permanentes**, quienes hubiesen obtenido del **Departamento de Mercados de la Tesorería del Distrito Federal**, el empadronamiento necesario para ejercer el comercio por tiempo indeterminado y en un lugar fijo que pueda considerarse como permanente.

III.- Comerciantes temporales, quienes hubiesen obtenido del Departamento de Mercados de la Tesorería del Distrito Federal, el empadronamiento necesario para **ejercer el comercio por tiempo determinado que no exceda de seis meses, en un sitio fijo** y adecuado al tiempo autorizados.

IV.- Comerciantes ambulantes A, quienes hubiesen obtenido del Departamento de Mercados de la Tesorería del Distrito Federal, el empadronamiento necesario para ejercer el comercio en **lugar indeterminado** y para acudir al domicilio de los consumidores.

También se consideran dentro de esta categoría a los comerciantes que por sistema utilicen vehículo.

V.- Comerciantes ambulantes B, las personas que ejerzan el comercio en lugar **indeterminado** y que no se encuentren dentro de las previsiones de la fracción anterior.

VI.- Zonas de Mercados, las adyacentes a los mercados públicos y cuyos **límites** sean señalados por el departamento de Mercados de la Tesorería del Distrito Federal.

VII.- Puestos permanentes o fijos, donde los comerciantes permanentes deban ejercer sus actividades de comercio.

También se consideran puestos permanentes o fijos las accesorias que existan en el exterior o en el interior de los edificios de los mercados públicos.

VIII.- Puestos temporales o semifijos, donde los comerciantes temporales deban ejercitar sus actividades de comercio.

También se consideran puestos temporales o semifijos, las carpas, circos, aparatos mecánicos, juegos recreativos y juegos permitidos que funcionen en la vía pública o en predios propiedad del Departamento del Distrito Federal”.

Artículo 5o.-

“El Departamento de Mercados de la Tesorería del Distrito Federal tendrá las siguientes atribuciones:

I.- Las que señala a la misma Tesorería el Título XII de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal.

II.- El empadronamiento y registro de los comerciantes a que se refiere el artículo 3o de este Reglamento.

III.- Aplicar las sanciones que establece este mismo Reglamento.

IV.- Dividir cada Zona de Mercado en líneas de recaudación.

VI.- Ordenar la instalación, alineamiento, reparación, pintura, modificación y el retiro de los puestos permanentes y temporales a que se refiere este Reglamento.

VII.- Administrar el funcionamiento de los mercados públicos propiedad del Departamento del Distrito Federal.

VIII.- Fijar los lugares y días en que deban celebrarse los "tianguis" en cada mercado público.

IX.- Vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales en los mercados públicos, sean o no propiedad del Departamento del Distrito Federal.

X.- Las demás que fije el presente Reglamento ".

Sin embargo, la aplicación de este Reglamento carece de positividad, dadas las circunstancias económicas actuales y los cambios de autoridades estas normas resultan ineficaces, por lo mismo el legislador busco una solución al problema de corrupción que existe en el ejercicio del comercio ambulante a través de la creación del delito en estudio.

Artículo 7o.-

"El horario de funcionamiento de los puestos, permanentes o temporales, será el siguiente:

I.- Tratándose de puestos instalados en la vía pública, habrá tres jornadas:

Diurna, de las 6 a las 22 horas.

Nocturna, de las 20 a las 6 horas del siguiente día.

Mixta, de las 15 a las 24 horas.

II.- Tratándose de puestos instalados frente a los edificios en que se efectúen espectáculos o diversiones públicas desde una hora antes de que se inicie la función, hasta una hora después de que hubiera terminado.

III.- Tratándose de mercados públicos, instalados en edificios, el horario será fijado en cada caso por el Jefe del Departamento de Mercados de la Tesorería del Distrito Federal, atendiendo siempre a las exigencias de la demanda.

Tanto el horario como sus modificaciones serán publicados en las puertas de los mercados públicos.

Se prohíbe al público permanecer en el interior de los mercados después de la hora de cierre. Los comerciantes que realicen sus actividades dentro de los edificios de los mercados públicos, podrán entrar una hora antes de la señalada y permanecer en su interior o volver a entrar al mercado, hasta dos horas después de la hora de cierre.

IV.- Tratándose de comerciantes ambulantes A, que utilizando vehículos para el ejercicio de sus actividades hagan funcionar como medio de propaganda magnavoces u otros aparatos fonoelectromecánicos, el horario será de las 9 a las 20 horas.

V.- No quedan sujetos a horario los ambulantes B.

VI.- Las accesorias que existan en el exterior de los edificios de los mercados públicos, así como el comercio no previsto en las fracciones anteriores, se sujetarán al horario establecido por el reglamento correspondiente”.

Destaca que las jornadas para la explotación de la vía pública, no se cumplen.

En la siguiente disposición se protege el tránsito de los peatones y por tanto el bien común de la sociedad.

Artículo 8o.-

"Se prohíbe colocar marquesinas, toldos, rótulos, cajones, canastos, huacales, jaulas, etc., que en cualquier forma obstaculicen el tránsito de los peatones, sean dentro o fuera de los mercados públicos".

Artículo 26.-

"Los comerciantes permanentes y temporales, así como los ambulantes **A**, **deberán empadronarse para el ejercicio de sus actividades**, en el Departamento de Mercados de la Tesorería del Distrito Federal.

Tratándose de los **ambulantes B**, **éstos deberán registrarse** en el mismo Departamento de Mercados, a efecto de que pueda tenerse un control de estos comerciantes".

Artículo 32.-

"El Departamento de Mercados de la Tesorería del Distrito Federal, en ningún caso concederá al mismo comerciante más de una cédula de empadronamiento".

Debemos hacer el comentario de que el Departamento de la Tesorería del Distrito Federal ya no existe, la autoridad encargada de ello es ahora la Dirección General de Abasto, Comercio y Distribución. Ahora bien, las obligaciones que marcan los artículos anteriores no son observados por los comerciantes ambulantes, de ahí su principal característica de informalidad.

Artículo 34.-

"En igualdad de circunstancias, el Departamento de Mercados de la Tesorería del Distrito Federal dará preferencia a las solicitudes de empadronamiento para expender periódicos, revistas o libros, cuando el puesto de que se trate deba instalarse en la vía pública.

También se preferirán en igualdad de circunstancias las solicitudes de empadronamiento hechas por personas afectadas con incapacidad parcial permanente de trabajar en los términos del artículo 289 de la Ley Federal del Trabajo".

Artículo 63.-

"Solamente en las Zonas de Mercados a que se refiere este Reglamento, podrán instalarse puestos permanentes o temporales, siempre y cuando **no constituyan un estorbo:**

- I.- Para el tránsito de los peatones en las banquetas.
- II.- Para el tránsito de los vehículos en los arroyos.

III.- Para la prestación y uso de los servicios públicos como bomberos, drenaje, aguas potables, transporte, electricidad, teléfonos, etc”

Artículo 67.-

“Se declara de interés público el retiro de puestos cuya instalación viole lo dispuesto en este Reglamento”.

Estas normas tiene en común la prohibición del uso de la vía pública para ejercer el comercio cuando éste afecte los derechos de la sociedad.

5.13.REGLAMENTO PARA TRABAJADORES NO ASALARIADOS DEL DISTRITO FEDERAL

En nuestra investigación encontramos un reglamento interesante que regula las actividades de los comerciantes ambulantes como trabajadores no asalariados, sin embargo, continua con la protección de la vía pública.

Artículo 1o.-

“El presente Reglamento tiene por **objeto proteger las actividades de los trabajadores no asalariados** que ejerzan sus labores en el Distrito Federal.

Las dudas que surjan en la aplicación de este ordenamiento serán aclaradas por el Jefe del Departamento Del Distrito Federal, por conducto de la Dirección General de Trabajo y Previsión Social.”

De tal forma el artículo segundo indica quien es trabajador no asalariado.

Artículo 2o.-

"Para los efectos de este Reglamento, **trabajador no asalariado** es la persona física que presta a otra física o moral, un servicio personal en forma accidental u ocasional mediante una remuneración sin que exista entre este trabajador y quien requiera de sus servicios, la relación obrero patronal que regula la Ley Federal del Trabajo".

Artículo 3o.-

"Quedan sujetos a las normas de este Reglamento:

- I.- Aseadores de calzado;
- II.- Estibadores, maniobristas y clasificadores de frutas y legumbres;
- III.- Mariachis;
- IV.- Músicos, trovadores y cantantes;
- V.- Organilleros;
- VI.- Artistas de la vía pública.
- VII.- Plomeros, hojalateros, afiladores y reparadores de carrocerías;
- VIII.- Fotógrafos, mecanógrafos y peluqueros;
- IX.- Albañiles;
- X.- Reparadores de calzado;
- XI.- Pintores.
- XII.- Trabajadores auxiliares de los panteones;
- XIII.- Cuidadores y lavadores de vehículos;
- XIV.- Compradores de objetos varios, ayateros; y
- XV.- Vendedores de billetes de lotería, de publicaciones y revistas atrasadas.

Asimismo, los individuos que desarrollen cualquier actividad similar a las anteriores se someterán al presente ordenamiento, de no existir normas especiales que los rijan”.

En la parte final es en donde ubicamos a los comerciantes ambulantes.

Artículo 4o.-

“Para el ejercicio de sus actividades los trabajadores no asalariados se clasifican con las siguientes denominaciones: Fijos, Semifijos y Ambulantes.

Son trabajadores **fijos** aquellos a quienes se **asigna un lugar determinado** para realizar sus actividades.

Trabajadores **semifijos** son aquellos a quienes **se señala una zona** para el ejercicio de sus especialidades, con autorización para que las realicen en cualquier punto dentro de dicho perímetro.

Trabajadores ambulantes son los autorizados para prestar sus servicios en todo el Distrito Federal, sin que puedan establecerse en un sitio determinado”.

Artículo 5o.-

“Los trabajadores filarmónicos, trovadores, aseadores de calzado, ambulantes, fotógrafos de instantáneas y artistas de la vía pública no podrán desarrollar sus actividades en las zonas remodeladas del Distrito Federal, excepto durante las fiestas navideñas y patrias.

Tampoco podrán ejercer su oficio los trabajadores no asalariados en los prados, camellones, en el interior de las estaciones del metro y de los mercados; en autobuses, tranvías y trenes, en accesos a los espectáculos públicos, entradas a los estacionamientos de automóviles, enfrente de hospitales, clínicas, escuelas y otros lugares similares que determine la Dirección de Trabajo y Previsión Social. Quedan exceptuados de esta disposición los organilleros”.

Se incluye la prohibición expresa de constituir obstáculos en la vía pública.

Artículo 9o.-

“Para ejercer sus actividades, los trabajadores no asalariados deberán obtener la licencia correspondiente conforme a las siguientes disposiciones de este Capítulo:

Los fijos, semifijos y ambulantes presentarán la solicitud correspondiente ante la Citada Dirección.

En el caso de los trabajadores fijos y semifijos, la Dirección expedirá las licencias mediante consulta con la dependencia o dependencias correspondientes del Departamento del Distrito Federal, dentro de cuya jurisdicción se encuentre el lugar o área de trabajo en que se les pretenda ubicar”.

Marca algunas excepciones para utilizar la vía pública.

Artículo 31.-

"Los aseadores de calzado pueden ser ambulantes o asignados a los siguientes lugares:

I.- Parques y jardines:

II.- Lugares fijos de la vía pública; y

III.- Lugares fijos interiores".

Artículo 32.-

"Los trabajadores a que se refiere este capítulo, autorizados para ejercer sus actividades en lugares fijos interiores, **no podrán trabajar en la vía pública**, pero tendrán derecho a laborar en boleterías establecidas, despachos, oficinas y en general dentro de lugares cerrados, de acuerdo con la licencia que se les expida, la que especificara el lugar preciso en que pueden laborar.

Quando algún trabajador del mismo ramo invada el perímetro señalado exclusivamente a otro, el afectado podrá recurrir en queja ante la Dirección General de Trabajo y Previsión Social, para que sean respetados sus derechos".

Artículo 48.-

"**Queda prohibido a los hojalateros y reparadores de carrocería, realizar su actividad en la vía pública, cuando pueda provocar trastornos al tránsito de vehículos y peatones**".

Nuevamente encontramos la protección de los derechos de la sociedad y el bien común con estas prohibiciones.

5.14. BANDO POR EL QUE SE PROHIBE EL EJERCICIO DEL COMERCIO EN LA VÍA PÚBLICA EN PUESTOS FIJOS, SEMIFIJOS Y DE CUALQUIER OTRO TIPO EN LAS CALLES COMPRENDIDAS DENTRO DEL PERÍMETRO DETERMINADO POR EL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL PARA LA PRIMERA FASE DE DESARROLLO DEL PROGRAMA DE MEJORAMIENTO DEL COMERCIO POPULAR.

En la exposición de motivos de este bando se explica que el comercio ambulante al ser una actividad informal genera varios problemas en el lugar que se ejerce como lo es la vía pública y que en respuesta al Programa de mejoramiento del Comercio Popular se pretende aplicar soluciones de fondo e incorporar a dichos "comerciantes" a un régimen formal, que comprendemos mejor como que tales personas cumplan con las disposiciones del comercio formal y por tanto con todas las normas legales que para los comerciantes establecidos se han elaborado, y lo que es más trascendente recuperar el uso original de la vía pública, y no sancionar solo la conducta de un sujeto activo que no está plenamente identificado.

Art. 1. "Queda prohibido el ejercicio del comercio en la vía pública en puestos fijos, semifijos y de cualquier otro tipo en las calles comprendidas dentro del perímetro determinado por el Departamento del Distrito Federal ...

- a)...
- b)...
- c)..

Las vías públicas de dicha área serán utilizadas de conformidad con su naturaleza y destino, respetándose el derecho de tránsito y las características que a éstas le son propias en términos de las disposiciones legales y reglamentarias.

Quedan exceptuados de la prohibición los puestos dedicados a la venta de periódicos, revistas y libros por estar considerada esta actividad como de interés público.

Nuestro comentario al respecto es que a pesar de la calidad en la jerarquía de leyes que pueda tener este Bando, lo cierto es que no es la primera disposición legal que prohíbe el comercio en la vía pública, por afectar el destino y naturaleza de ésta como vía de comunicación como se desprende del análisis que hemos realizado.

Destaca la intención de querer, a través de este Bando, solucionar la problemática que el comercio informal genera en la vía pública.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. El análisis de la Teoría del Delito comprende el estudio de sus elementos tanto positivos como negativos, por lo cual representa una garantía de seguridad jurídica para los gobernados porque su desarrollo comprobará si alguna conducta constituye un delito y si el sujeto que la realiza es responsable.

SEGUNDA. Las personas que ejercen el comercio en la vía pública obstaculizan el libre tránsito e impiden la libertad de comunicación.

TERCERA. El delito de utilización indebida de la vía pública, es un delito completamente doloso ya que el sujeto activo tiene la plena voluntad de inducir en otras personas para que ejerzan el comercio en la vía pública, con el propósito de obtener un lucro, por ello no cabe ninguna causa de justificación.

CUARTA. De acuerdo con el artículo 4 del Código de Comercio con sólo realizar alguna operación de comercio, aunque se tenga o no establecimiento fijo, dicha actividad se sujeta a las leyes mercantiles, esta circunstancia califica al sujeto pasivo del delito de utilización indebida de la vía pública, por lo cual nos referimos al comerciante ambulante.

QUINTA. El concepto de beneficio indebido en el delito en estudio, no se precisa por lo cual puede ser cualquier prestación en dinero o en especie.

SEXTA. La conducta prevista como delito también incluye a las mismas autoridades que aprovechándose de su empleo o nombramiento obtienen un lucro al permitir dichos actos, empero, el legislador solo quiso que visualizáramos al dirigente o líder que sin tener una calidad específica se dedica a obtener beneficios a través de los comerciantes.

SEPTIMA. Uno de los bienes jurídicos protegidos en el delito de utilización indebida de la vía pública se refiere al ejercicio legal del comercio a través del cumplimiento de las condiciones previstas en la ley, lo que consideramos inútil ya que existe toda una serie de normas que se encargan de ella, la principal es la garantía de la libertad del trabajo consagrada en el artículo 5to constitucional.

OCTAVA. El ejercicio del comercio en la vía pública genera la actualización de diversos delitos y por lo tanto la inseguridad jurídica de la sociedad.

NOVENA. El problema de las personas que ejercen el comercio en la vía pública es asunto de carácter económico, político y social que enfrenta el principal problema que es la falta de empleo y las pocas posibilidades de acceso a la educación, así como toda la larga cadena de tramites administrativos y gastos que se deben realizar para ejercer el comercio lícitamente.

DECIMA La vía pública se integra de un conjunto de elementos cuya función es permitir el tránsito de vehículos y peatones, así como facilitar la comunicación entre las diferentes áreas de actividad

DECIMA PRIMERA. La vía pública fue creada para el tránsito de las personas de un lugar a otro no para su explotación a través de diversas actividades como el comercio ambulante, de ser así existiría una ley de carácter local que regulara la explotación de la vía pública.

DECIMA SEGUNDA. La vía pública es un bien de dominio público tiene que ver con el desarrollo urbano de nuestra ciudad y su buena imagen.

DECIMA TERCERA. De acuerdo con el reglamento interior de la administración pública del distrito federal las personas que ejercen el comercio en la vía pública son consideradas como trabajadores no asalariados,

lo que concuerda con el reglamento para trabajadores no asalariados del Distrito Federal, el cual proporciona una definición del mismo, sin embargo, también marca limitaciones al uso de la vía pública las cuales no se cumplen.

DECIMA CUARTA. Los diversos ordenamientos legales estudiados en el capítulo tercero contienen varias contradicciones en cuanto al uso de la vía pública ya que permiten el uso de esta a través del otorgamiento de un permiso, mientras que otras la prohíben.

DECIMA QUINTA. Cabe destacar que a pesar de las contradicciones ya mencionadas en las leyes también las mismas contienen diversas limitaciones al uso de la vía pública en aras de un interés social y la reconocen como un bien de dominio público destinado al libre tránsito.

PROPUESTA.

El comercio informal o accidental, ha sido provocado en gran parte por la diversas crisis económicas de nuestro país, así como por la falta de empleos y por la carencia de una debida retribución a éstos, sin embargo, es cierto que existen personas que se han aprovechado de dicha situación para generar ganancias excesivas, podemos decir que tales personas van desde simples "líderes u organizadores" hasta las propias autoridades encargadas de otorgar permisos para el ejercicio del comercio en la vía pública.

La prohibición de dicha actividad no sería una solución preponderante y eficaz, porque tendrían que darse respuestas urgentes a las demandas de un buen trabajo y por tanto de un justo sueldo a éstos, lo que le resulta, en nuestra época, imposible al gobierno, sobre todo por el desmedido e incontrolado crecimiento de nuestra ciudad.

Nuestra propuesta consiste en ofrecen posibles soluciones al problema del comercio ejercido en la vía pública, aclarando que la misma merece un análisis previo por especialistas.

Se debe reglamentar el comercio informal o ambulante a través de una ley de carácter local y de un Programa encargado de ordenar las diversas áreas que integran la vía pública, en las que se genera ampliamente el ejercicio del comercio ambulante, ya que es necesario precisar a las autoridades que se encargaran de vigilar el adecuado desarrollo de este tipo de comercio, así como de recabar los ingresos que se generen por cuotas o por los permisos otorgados a los comerciantes informales, debiendo tener como principal finalidad que dichos ingresos sean debidamente controlados y utilizados para generar empresas que a su vez reubiquen a dichos comerciantes ofreciendo fuentes de trabajo con la finalidad de evitar la corrupción en esta actividad.

BIBLIOGRAFIA.

1. ANTON ONECA, Derecho Penal, Parte General, s.n.e. s.edit., Madrid, 1949.
2. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, 26a.ed., Porrúa, México, 1999.
3. DIAZ DE LEON, Marco Aantonio, Código Penal Federal con comentarios 2a.ed. Porrúa, México, 1997.
4. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 1974.
5. -----Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 1992.
6. -----CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Código Penal Anotado, 20a.ed., Porrúa, México, 1999.
7. CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 39a.ed., Porrúa, México, 1998.
8. CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, 8a.ed., s.edit., Barcelona, España, 1947.
9. -----Derecho Penal, s.n.e. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1980.
10. GRANADOS ATLACO, José Antonio, GRANADOS ATLACO, Miguel Angel, Teoría del Delito, Lecciones de Catedra, UNAM, Facultad de Derecho, México, 1998.
11. JIMENEZ DE ASUA, Luis, La ley y el Delito. Principios de Derecho Penal, 5a.ed., Sudamericana, s.l.p. 1967.
12. -----Lecciones de Derecho Penal. (Colección Clásicos del Derecho) Obra compilada y editada por Enrique Figueroa Alfonso, Edit., Pedagógica Iberoamerica, México, 1995.
13. LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, 7a.ed., Porrúa, México, 1990.
14. MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, 2a.ed., Porrúa, México, 1998.
15. VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 5a.ed., Porrúa, México, 1990.

16. Apuntes de Derecho Penal tomados en la Cátedra del Dr. Franco Guzmán, Ricardo, Facultad de Derecho, UNAM, 1992.

DICCIONARIOS.

1. DE PINA, Rafael, DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, 19a.ed., Porrúa, S.A. México, 1993.
2. VARIOS TOMOS, CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 20a.ed., Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1981.
3. Diccionario de la Lengua Española, 16a.ed., Talleres de Publicación, Herrerías S.A México, 12 de febrero MCMXLII.
4. Diccionario Jurídico, Espasa, Madrid, 1999.
5. VARIOS. Diccionario Salvat, s.n.e., Salvat, México, 1981
6. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario jurídico Mexicano, s.n.e. Porrúa, México, 1985.
7. OSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Penales y Sociales, s.n.e., Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1978.
8. RAMIREZ GRONDA, Juan, Diccionario jurídico, 10a.ed., Editorial Claridad,, Buenos Aires, Argentina, 1988.
9. RIBÓ DURÁN, Luis, Diccionario de Derecho, s.n.e. Casa Editorial Bosch, Barcelona, España, 1987.

LEGISLACION.

1. Instituto Nacional de leyes Penales, Leyes Penales de México, T.III, México, 1979.
2. Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación, 4a.ed., Herrero Hermanos Sucesores, México, 1906.
3. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales y Leyes Complementarias, México, Herrero Sucesores, 1930.

4. Código Penal Federal, vigente 2001.
5. Código Penal para el Distrito Federal, vigente 2001.
6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente 2001.
7. Código de Comercio vigente 2001.
8. Ley de Vías Generales de Comunicación vigente 2001.
9. Estatuto de Gobierno del Distrito Federal vigente 2001.
10. Ley para el funcionamiento de Establecimientos Mercantiles en el Distrito Federal vigente 2001.
11. Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal vigente 2001.
12. Ley de Transporte del Distrito Federal, vigente 2001.
13. Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, vigente 2001.
14. Ley del Desarrollo Urbano del Distrito Federal, vigente 2001.
15. Reglamento de construcciones para el Distrito Federal vigente 2001.
16. Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal, vigente 2001.
17. Reglamento de Mercados para el Distrito Federal, vigente 2001.
18. Reglamento para Trabajadores No Asalariados del Distrito Federal vigente 2001.
19. Bando por el que se prohíbe el ejercicio del comercio en la vía pública en puestos fijos, semifijos y de cualquier otro tipo en las calles comprendidas dentro del perímetro determinado por el Departamento del Distrito Federal para la primera fase de desarrollo del programa de mejoramiento del comercio popular.