

40721
432
1



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGÓN**

**“DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 291 DEL
CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSÉ LUIS VELÁZQUEZ LÓPEZ

**ASESOR:
MTRO. FERNANDO PINEDA NAVARRO**

MÉXICO

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.

AGRADECIMIENTOS

A Dios Nuestro Señor, por darme la vida, estar siempre a mi lado y darme la fortaleza necesaria para ver concluidos todos mis anhelos.

A mis padres, con todo mi amor, respeto y cariño.

José Luis y Gloria Eva.

A mis hermanas, con mis mejores sentimientos: Reyna, Lucero, Dulce y Flor, por estar juntos y compartir la vida por siempre, por querernos y apoyarnos mutuamente, por ser parte importante en mi vida.

*A dos grandes amores que
me permitieron entrar en sus vidas.*

Edith y Alejandra.

*- A mi asesor de tesis, por su
paciencia y guía en la elaboración
de este trabajo.*

Maestro Fernando Pineda.

*Y a la Universidad Nacional
Autónoma de México, que me
brindó la oportunidad de
realizarme como profesionalista
dentro de sus aulas.*

DEROGACION DEL ARTICULO 291 DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

INDICE

INTRODUCCION.

Págs.

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL.

1.1	DEFINICION DE DERECHO PENAL.....	1
1.2	ANTECEDENTES HISTORICOS.....	4
1.2.1	EL DERECHO PENAL PRECORTESIANO.....	8
1.2.2	EL MEXICO INDEPENDIENTE.....	14
1.3	FUENTES DEL DERECHO PENAL.....	17

CAPITULO II

DOGMATICA DEL DELITO.

2.1	ELEMENTOS DEL DELITO.....	26
2.1.1	POSITIVOS.....	33
2.1.2	NEGATIVOS.....	45
2.2	CLASIFICACION DEL DELITO.....	51
2.3	SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA COMISION DEL DELITO.....	56

CAPITULO III

EL ROBO.

3.1	DEFINICION DEL DELITO DE ROBO.....	58
3.2	ANTECEDENTES DEL DELITO DE ROBO.....	61
3.3	NATURALEZA JURIDICA DEL ROBO.....	64
3.4	ELEMENTOS DEL DELITO DE ROBO.....	67
3.5	AUTONOMIA DEL DELITO DE ROBO.....	75
3.6	AGRAVANTES DEL DELITO DE ROBO.....	78

CAPITULO IV

**DEROGACION DEL ARTICULO 291
DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.**

4.1	ANALISIS AL ARTICULO 287 DEL CODIGO PENAL.....	84
4.2	ANALISIS DEL ARTICULO 291 DEL CODIGO PENAL.....	87
4.3	PROPUESTA.....	96

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACION CONSULTADA

INTRODUCCION.

La inquietud que surgió para la elaboración del presente trabajo titulado "DEROGACION DEL ARTICULO 291 DEL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO", es que a juicio del deponente se viola uno de los elementos esenciales del delito de robo como lo es el apoderamiento. En este ordenamiento legal (llámese Código Penal para el Estado de México) el artículo 291 propone una atenuante consistente en señalar: "Al que se apodere de un bien ajeno mueble, sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor, con carácter temporal y no para apropiárselo o venderlo y lo restituya espontáneamente antes de que la autoridad tome conocimiento..." y el artículo 287 del mismo ordenamiento legal citado nos señala: "Comete el delito de robo, el que se apodera de un bien ajeno mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de él, conforme a la ley" y su segundo párrafo nos indica "El robo estará consumado desde el momento en que el ladrón tiene en su poder el bien, aún cuando después lo abandone o lo desapoderen de él", considerando que es aquí precisamente en donde existe una contradicción del artículo 291 con el artículo 287, en el sentido de indicarnos sobre una restitución espontánea de la cosa robada por el sujeto activo una vez que se ha consumado el apoderamiento, esto es al haber una restitución de la cosa robada al sujeto pasivo del delito, ya no se estará desapoderado de dicha cosa, porque se encontrará dentro de la esfera de su dominio y posesión, en consecuencia, si no hay "apoderamiento" no habrá robo. Nos habla también del carácter temporal de dicho apoderamiento, sin el ánimo de apropiación o para

venderlo, lo cual en la realidad cotidiana resultaría de difícil comprobación, además que la propia ley adjetiva no tiene contemplado como elemento esencial del delito de robo el ánimo o intención del agente, puesto que el robo es un delito clasificado como instantáneo, se agota y consume con la sola conducta del activo, razón por lo que se expondrá:

La definición del Derecho Penal, sus antecedentes en nuestra nación, se enunciarán las fuentes del Derecho Penal, analizando lo que es la legislación penal, sus elementos, y su interpretación.

Así mismo se expondrá la dogmática del delito, desde su definición, la clasificación de los delitos, los elementos del delito, los sujetos que intervienen en la comisión de un delito y de esta manera poder establecer el camino del crimen (ínter criminis).

Analizaremos el delito de robo, desde su definición, la naturaleza jurídica de esta figura delictiva, de los elementos que lo conforman, explicando su autonomía y exponiendo las agravantes y atenuantes que se encuentran en la legislación penal.

Finalmente expondremos un análisis a los artículos 287 y 291 del Código Penal vigente para el Estado de México, exponiendo una crítica personal de estos artículos, culminando el presente trabajo de investigación con la propuesta a la solución del problema planteado, que es la derogación del artículo 291 del citado ordenamiento legal.

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL.

CAPITULO I GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

1.1 DEFINICION DE DERECHO PENAL.

El Derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida social, siendo este un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado, para su debido cumplimiento.

Partiendo de este concepto, diremos que los intereses que el Derecho intenta proteger son de gran importancia para el individuo y en consecuencia para la comunidad, sin embargo de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia del orden social, y para lograr tal fin, el Estado esta facultado y obligado a la vez, de valerse de los medios adecuados (creados por él mismo), originándose así la necesidad del Derecho Penal que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

CARRANCA Y TRUJILLO, señala que el Derecho Penal es tan antiguo como la humanidad, menciona que si no fue la primera de las ramas del Derecho en aparecer por orden cronológico, tuvo en su origen un desarrollo mayor que el de otras ramas. Se ha definido al

Derecho Penal objetivamente como el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone a los delincuentes (CUELLO CALON); o como el conjunto de principios relativos al castigo del delito (PESSINA); o como el conjunto de reglas establecidas por el estado que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia (LISZT); o como el conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado conectando al delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica (MEZGER). De esta manera ofrece una definición sociológica como el conjunto de conductas sancionadas con el medio específico de la pena, que son el producto de la necesidad propia del Estado, de dar a la población una disciplina coactiva y una tutela eficaz, así como de asegurar la observancia del mínimo absoluto de moralidad considerando como indispensable y suficiente para la segura y civil convivencia en un determinado momento histórico. (1)

Para el maestro CASTELLANO TENA, el Derecho Penal es la rama del Derecho público interno, relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y conservación del orden social. Debiendo entender por Derecho público al conjunto de normas que rige relaciones en donde el Estado interviene como soberano a diferencia del Derecho privado, regulador de situaciones entre particulares. Por lo que el Derecho Penal es público, por normar relaciones entre el poder y los gobernados. (2)

(1) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General, 20ª Edición. México, Editorial Porrúa, 1999, p. 17.

(2) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 40ª edición. México, Editorial Porrúa, 1999 p. 18.

El Derecho Penal, lo define el maestro PAVON VASCONCELOS, como el conjunto de normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social. (3)

Como hemos visto, múltiples son las definiciones que los autores han estructurado sobre el Derecho Penal, partiendo de la idea de que el Derecho en general surge como expresión de la necesidad de ordenar y organizar la vida comunitaria, por lo que al Derecho Penal se la he visto siempre como un conjunto de normas de superior jerarquía por tutelar intereses jurídicos del individuo, del Estado y de la sociedad.

Varios autores distinguen, al definirlo, entre el Derecho Penal objetivo y el subjetivo. Desde el punto de vista objetivo es el conjunto de normas jurídicas que asocia al delito, como presupuesto y la pena como consecuencia jurídica. El Derecho Penal subjetivo se identifica con la facultad del Estado para crear los delitos, las penas y las medidas de seguridad aplicables a quienes los cometan o a los sujetos peligrosos que puedan delinquir. Por ello CUELLO CALON afirma que, en sentido subjetivo, es el derecho a castigar (ius puniendi), el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas, afirmando que en tal noción está contenido el fundamento filosófico del Derecho Penal. (4)

(3) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, 14ª edición. México, Editorial Porrúa, 1999. p. 17.

(4) *Ibidem*. p. 18.

Como se advierte, las anteriores definiciones ofrecen tres vértices de coincidencia a saber: el delito, la pena y la relación jurídica entre ambos en virtud de la norma que asocia la una al otro. En suma, el Derecho Penal objetivamente considerado es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación. Es una disciplina jurídica y social, por mirar a las violaciones de la ley, a la defensa de la sociedad mediante la pena y las medidas de seguridad y a la significación y valoración social y jurídica de la conducta humana.

1.2 ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL EN MEXICO.

Para continuar con este punto es necesario y de manera breve exponer la evolución de las ideas penales. Empezaremos diciendo que en la historia de la humanidad, la función represiva se ha orientado en diversos caminos según los distintos pueblos. Se agrupan en cuatro periodos: el de la venganza privada; el de la venganza divina; el de la venganza pública y el periodo humanitario y algunos consideran una quinta etapa llamada científica correspondiente a estos tiempos.

Comenzaremos con la venganza privada o también conocida como venganza de la sangre o época bárbara. En este período de formación del Derecho Penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia

por si mismo. En este período la función represiva estaba en manos de los particulares. Como en ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción, se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la fórmula del talión: ojo por ojo y diente por diente, para significar que el grupo sólo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido. Este sistema talional supone la existencia de un poder moderador y, en consecuencia, envuelve ya un desarrollo considerable.

La venganza divina se desarrollo al igual que la organización teocrática, de esta manera todos los problemas y soluciones se proyectan a la divinidad, siendo esta el eje fundamental de la constitución misma del Estado. Así surge en el terreno de las ideas penales, el período de la venganza divina; se estima al delito una de las causas del descontento de los dioses; por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación. Esta etapa evolutiva la justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal.

El maestro CASTELLANOS TENA, nos refiere de manera concisa que la venganza pública se manifiesta a medida que los estados adquieren una mayor solidez; principia a hacerse la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Los tribunales juzgan en nombre de la colectividad. Para la supuesta

salvaguarda de ésta se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas. Afirma que en este período nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba, los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes. De estos ilimitados derechos abusaron los juzgadores; no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando. En este período la humanidad aguzó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento; la tortura era una cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución a fin de obtener revelaciones y confesiones. En fin nacieron la mayoría de las formas de tortura. (5)

El período humanitario se distinguió por un movimiento humanizador de las penas y en general, de los sistemas penales. La tendencia humanitaria, de antecedentes muy remotos, tomo cuerpo con César Bonnesana, en su libro titulado *Dei delitti e delle pene* (Del Delito y De La Pena), quien se une la crítica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de los nuevos conceptos y nuevas prácticas; la pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarias; se propone la certeza contra la crueldad de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen esperar la impunidad a los delincuentes, etc.

(5) CASTELLANOS TENA, Fernando. op. cit. p. 34.

En este tenor de ideas y comprendiendo que la historia en general es la narración ordenada y sistemática de hechos importantes que han influido en el desarrollo de la civilización de la humanidad. Aplicando tales conceptos a nuestra disciplina, podemos decir que la historia del Derecho Penal, es también la narración sistemática de las ideas que han determinado la evolución y desarrollo del Derecho represivo.

Los conceptos más seguros de los historiadores sobre el territorio de México hasta el descubrimiento de América son: las desigualdades jerárquicas y sociales; aristocracias guerrera y sacerdotal —el poder militar y religioso han ido siempre juntos para el dominio de los pueblos— flotando sobre las desigualdades económicas; en una palabra oligarquías dominantes y, como consecuencia, la justicia penal diferenciada según las clases, con penas diversas según la condición social de los infractores.

Durante la colonia nuevas clases sociales se organizan partiendo fundamentalmente de la diferencias de castas dominadoras y dominadas, o conquistadores o conquistados. Las ideas penales de la Metrópoli española fueron trasplantadas lisamente a la Colonia en sus esencias puras de desigualdad y de crueldad, pues la crueldad daba en Europa entera, la tónica de la represión.

En la etapa del México independiente, se aprecia una marcada influencia de las disposiciones legales que rigieron durante la Colonia, pero conforme se fueron estableciendo los distintos gobiernos de esta

etapa, se integraban diferentes leyes de carácter penal, dando vida a los distintos Códigos Penales que han regido en nuestro país.

1.2.1 EL DERECHO PENAL PRECORTESIANO.

En realidad muy pocos datos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los españoles; indudablemente los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es nuestra patria poseyeron reglamentación sobre la materia penal. Como no existía unidad política entre los núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias, resulta más correcto aludir únicamente al Derecho de los tres principales pueblos encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América: el maya, el tarasco y el azteca –según estudios de CASTELLANOS TENA-. De esta manera se le llama Derecho precortesiano a todo el que rigió antes de la llegada de Hernán Cortés, designándose así no sólo al orden jurídico de los tres señoríos mencionados, sino también al de los demás grupos.

En el pueblo maya las leyes penales, al igual que en los otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los babats o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud, la primera se reservaba a los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba, hasta la frente. El pueblo maya no uso como pena la prisión ni los azotes, pero a los

condenados a muerte y a los esclavos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles. Las sentencias penales eran inapelables.

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

De mayor importancia resulta el estudio del Derecho Penal de los aztecas. Aún cuando su legislación no ejerció influencia en la posterior, era el reino o imperio de más relieve a la hora de la conquista. Este pueblo no fue sólo el que dominó la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que impuso o influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles. Por otro lado dos eran las instituciones que protegían a la sociedad azteca, constituyendo el origen y fundamento del orden social: la religión y la tribu. La religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el

individuo todo dependía de la obediencia religiosa, el sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil, sino dependiente de ella, al tiempo que la hacía depender de sí; con ello ambas jerarquías se complementaban. La sociedad azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad. De tal estado de cosas derivaron importantes consecuencias para los miembros de la tribu, quines violaban el orden social eran colocados en un status de inferioridad y se aprovechaba su trabajo en una especie de esclavitud; el pertenecer a la comunidad traía consigo seguridad y subsistencia; el ser expulsado significaba la muerte por las tribus enemigas, por las fieras, o por el propio pueblo. En un principio escasearon los robos y delitos de menor importancia, cuando las relaciones de los individuos entre sí estaban afectas a la responsabilidad solidaria de la comunidad, pero a medida que la población creció y se complicaron las tareas y formas de subsistencia, aumentaron los delitos contra la propiedad y se provocaron otros conflictos e injusticias.

El derecho penal azteca revela excesiva severidad, principalmente en relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del gobierno o la persona misma del soberano; las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infracciones. Ha quedado perfectamente demostrado que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de las penas, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

CASTELLANOS TENA al citar al investigador **CARLOS H. ALBA**, los delitos se clasificaban en la siguiente forma: contra la seguridad del imperio; contra la moral pública; contra el orden de las familias; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio. (6)

Lo más destacado por los historiadores, fue la desigualdad que privó en esos pueblos al establecerse y respetarse jerarquías sociales, aristocracias, guerrera y sacerdotal, ya que el poder militar y religioso han ido siempre de la mano en el dominio de los pueblos, flotando sobre las desigualdades económicas, en una palabra, los pueblos indígenas sólo conocieron oligarquías dominantes y una justicia penal diferenciada, según las clases, con penas según la condición social de los infractores.

PAVON VASCONCELOS, apoyado en los estudios de **LUCIO MENDIETA Y NUÑEZ**, señaló como hechos delictivos en los reinos de Acolhuacan, de México y de Tacuba, conforme a las definiciones actuales, a los siguientes:

Aborto: pena de muerte para la mujer que bebía brebajes abortivos e igual pena para quienes lo proporcionaran.

Adulterio flagrante: pena de muerte para ambos adúlteros, excepto el adulterio realizado por el hombre casado con mujer soltera,

(6) *Ibidem* p. 41

que era excluido de la pena;

Daño en propiedad ajena: originando la muerte de un esclavo, se castigaba con pena de esclavitud para el culpable, en compensación con el dueño de la víctima;

Embriaguez: se sancionaba trasquilando al culpable en la plaza pública, destruyéndole su casa y privándolo de un oficio honroso. Como excepción, se permitía beber abundantemente en bodas y fiestas solemnes;

Robo en el mercado, en el templo, o sobre objetos o insignias militares: pena de muerte;

Robo de objetos de escaso valor: restitución de lo robado y esclavitud para el responsable a favor del dueño;

Robo de menos de veinte mazorcas de maíz: pena de multa.

Robo de más de veinte mazorcas de maíz: pena de muerte. (7)

Punto importante es señalar el Derecho Penal en la época colonial. La conquista puso en contacto al pueblo español con el grupo de razas aborígenes de una manera violenta y brutal; los integrantes de estas razas fueron los siervos y los europeos (como conquistadores) los amos, por más que en la legislación escrita declarara a los indios hombres libres y se les dejaba abierto el camino de su emancipación y elevación social por medio del trabajo, el estudio y la virtud.

En nada de consideración influyeron las legislaciones de los grupos indígenas en el nuevo estado de las cosas a pesar de la

(7) PAVON VASCONCELOS, Francisco. op. cit. p. 75.

disposición del emperador CARLOS V, en el sentido de respetar y conservar las costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral; por lo tanto, la legislación de Nueva España fue netamente europea.

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

Puede afirmarse que la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y de azotes, todo por procedimientos sumarios, "excusado de tiempo y proceso". Para los indios las leyes fueron más benévolas, señalándoles como penas los trabajos personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la Colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían pagarles

con su servicio, y los mayores de 13 años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga. Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos. (8)

1.2.2 EL MEXICO INDEPENDIENTE.

Con la nueva nación independiente, fue preocupación principal de sus gobernantes establecer las disposiciones básicas que permitieran su organización política y administrativa, no siendo de extrañar que por algún tiempo siguieran en vigor las normas jurídicas de orden penal que rigieron durante la Colonia. Las primeras disposiciones dictadas obedecieron a la necesidad de establecer la paz en el territorio nacional mediante la organización de la policía. Al consumarse la independencia de México en 1821, las principales leyes vigentes eran, como Derecho principal, la Recopilación de las Indias, complementada con los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, etc.

Durante mucho tiempo se consideró al denominado Código de Corona, para el Estado de Veracruz, el primer Código Penal vigente en la República, investigaciones hechas por CELESTINO PORTE PETIT, hicieron saber que dicho honor correspondió al Código Penal, también de Veracruz, promulgado por decreto de 28 de abril de 1835, del Gobernador del Estado, General Don Miguel Palacios, el cual se

(8) CASTELLANOS TENA, Fernando. op. cit. p 44

integró de tres partes: la primera relativa a las Penas y Normas Generales sobre el Delito; la segunda que se denominó De los Delitos contra la Sociedad; en tanto la tercera comprendió los Delitos contra los Particulares, ordenamiento legal similar con el Código Penal Español de 1822. (9)

Al Código Penal de 1835, le sucede el Código Penal de Corona del año 1869, denominado así porque Don Fernando de Jesús de Corona, siendo magistrado del Estado de Veracruz realizó los correspondientes proyectos de la materia penal, civil y de procedimientos, siendo auxiliado en sus trabajos por sus compañeros magistrados. Con anterioridad a 1869, en la capital se había integrado una comisión, esto en el año de 1861, y la cual culminó con el Código Penal de 1871, conocido como Código de Martínez de Castro, el cual contenía 1152 artículos, ordenados en cuatro libros denominados: el primero de los Delitos, Faltas, Delincuentes y Penas; el segundo Responsabilidad Civil en Materia Criminal; el tercero De los Delitos en particular, y el cuarto De las Faltas. Estuvo vigente hasta 1929. En 1903 el Presidente Porfirio Díaz, designó una comisión presidida por el Licenciado Miguel S. Macedo, para llevar a cabo una revisión de la legislación penal. Los trabajos se terminaron hasta el año 1912, sin que el Proyecto de Reformas pudiera plasmar debido a que el país se encontraba en plena revolución. Siendo Presidente de la República, el licenciado Emilio Portes Gil, se expidió el Código de 1929, conocido como el Código de Almaraz, por haber formado parte de la Comisión

(9) PAVON VASCONCELOS, Francisco. op. cit. p 77.

Redactora el señor licenciado José Almaraz. Dicho ordenamiento legal tuvo varios aciertos entre los cuales destacan la supresión de la pena capital y la elasticidad para la aplicación de las sanciones, ya que se establecieron los mínimos y máximos para cada delito. Defectos técnicos y escollos de tipo práctico hicieron de difícil aplicación este Código, la efímera vigencia, pues sólo rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de Septiembre de 1931. Al día siguiente (17 de Septiembre de 1931) entró en vigor el que rige en la actualidad. Fue promulgado por el Presidente Pascual Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931 y publicado en el Diario Oficial el 14 del mismo mes y año con el nombre de "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia Federal". Este código ha recibido múltiples reformas y derogaciones hechas en los años 1983, 1993 y 1996, las cuales han cambiado de manera notable la estructura del mismo, a tal grado que se ha llegado a decir que el código de 1931 sólo conserva el nombre, pero muy poco su contenido inicial. TEJA ZABRE, quien redactó la exposición de motivos de este Código, hizo notar que éste no escapa a la influencia de la escuela Clásica como de la positiva, por lo que posiblemente pudiera considerarse de tendencia "eclectica" que en realidad se trataba de un Código de transición, que intentaba preparar el terreno para una reforma más sabia y con más capacidad de discernimiento. (10)

(10) Ibidem p. 77.

1.3 LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL.

La palabra "fuente" gramaticalmente designa el manantial o lugar donde brota el agua. No tiene sin embargo una connotación idéntica cuando se la usa para designar las fuentes del Derecho, pues la doctrina ha distinguido entre fuentes reales, fuentes de producción y fuente de cognición o conocimiento, así y para aplicarlo a nuestra materia, se entiende que es fuente (de fons y de fundo: que se derrama, o brota al exterior) aquello de donde procede, toma origen o mana el derecho.

De esta forma PAVON VASCONCELOS las clasifica en formales e históricas, otros en fuentes de producción y fuentes de cognición o conocimiento, otros más en fuentes directas o indirectas o coadyuvantes y algunos distinguen entre fuente próxima o remota, mediata o inmediata, principal o supletoria.

Son fuentes reales, los factores de variada índole que precisan o determinan el contenido de las normas jurídicas. Tales fuentes pueden ser: racionales (perennes) e históricas (variables); las primeras se identifican con el Derecho natural, mientras las segundas las constituyen aquellos factores de carácter político, económico y social que fundamentan, en un momento dado, el contenido de las normas jurídicas. "por fuente real -dice CASTELLANO TENA-, se entiende el conjunto de razones que determinan el contenido de las normas jurídicas; esto es, las causas que impulsaron al legislador a darles vida. Son pues, los motivos de convivencia social tomados en cuenta

por el legislador en un momento histórico dado y en un determinado lugar; constituyen la materia misma de la ley". Por su parte ROJINA VILLEGAS, después de definir las fuentes de derecho como los diversos procesos a través de los cuales se elaboran las normas jurídicas, tales como factores sociales, económicos, políticos, etc., como las formas reguladas por el Derecho "para la creación sistemática y ordenada de las diversas normas, tal como ocurre en el proceso legislativo, en la obra constante de la jurisprudencia y en la colaboración que se lleva a cabo por la costumbre jurídica. (11)

Son fuentes de producción del derecho los órganos de las cuales proviene éste. Desde un punto de vista unitario y formal, el Estado es la única fuente de producción del Derecho, ya que todo Derecho positivo es tal en cuanto pueda referirse a la voluntad del Estado, constituyendo por ello la única fuente formal de las normas jurídicas positivas vigentes por cuantos por ser Derecho vigente debe ser aplicado, impuesto por él. Desde un punto de vista diverso, las fuentes pueden ser originarias y derivadas. La primera lo es el poder Constituyente, pues se supone la creación de la Ley fundamental que no encuentra apoyo legal en otra norma precedente. La segunda lo es el poder legislativo, porque a él corresponde, dentro del régimen constitucional establecido, la creación del derecho positivo, de acuerdo con los procedimientos previamente señalados.

Las fuentes de cognición o de conocimiento son, las formas que

(11) Ibidem p. 84.

el Derecho asume en la vida de la comunidad estatal, es decir los modos en que se manifiesta. De tal modo que en la ciencia jurídica se habla de fuente del Derecho con un doble significado. En un sentido, por fuente se entiende el sujeto del que emana la norma jurídica; en otro sentido se entiende por tal el modo de manifestarse de la voluntad jurídica, la forma en que el Derecho objetivo asume en la vida social, agregando que su doble significado se basa en la distinción entre fuente de producción y fuente de conocimiento. (12)

La ley, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales son las fuentes del derecho en general, mediante éstas, inmediata y directa sólo aquella, según que tengan por sí fuerza de obligar o que la adquieran derivadamente.

El artículo 14 constitucional erige en suprema prohibición la de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, en los juicios del orden criminal, *pena alguna que no éste decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata*. En consecuencia, no hay delito ni pena sin ley y es la ley la fuente única de nuestro Derecho Penal.

El límite del *ius puniendi* es la ley penal de donde la ley también es fuente y medida de un derecho subjetivo del delincuente por cuanto le garantiza, frente al Estado, el no ser sancionado por acciones diversas de aquellas que la ley establece y con penas diversas.

(12) Idem.

Por esto mismo han sido establecidos ciertos cánones —los cuales son señalados por CARRANCA Y TRUJILLO— que consagran tales garantías emanadas de la ley. Son a saber:

No hay delito sin ley que lo formule previamente: *nullum crimen sine lege, nullum crimen sine proevia lege poenale* (artículo 14 Constitucional).

No puede aplicarse pena que no esté establecida por la ley: *nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale*.

No puede aplicarse pena sino a consecuencia de delito: *nulla poena sine crimine*.

Nadie puede ser sometido a un juez que no derive su jurisdicción

En consecuencia el órgano jurisdiccional tiene que funcionar legalmente, ha de ser el que por ley daba conocer del delito y la competencia en relación con éste no puede ser reconocida a tribunales extraordinarios. El artículo 13 Constitucional, comienza así: nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. No puede aplicarse pena sino mediante juicio: *nulla poena sine iudicio, nemo damnetur nisi per legale iudicium*. El citado artículo 14 mantiene que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Quando se dice *nulla poena sine lege* no debe entenderse que sea la ley la creadora de los delitos, pues todo lo que ella hace es reconocer su existencia, y fijar la correctiva sanción; el delito es la violación de una norma que está más allá de la ley, la norma de cultura; violación que siempre es justa por más que sólo pueda ser sancionada cuando la ley tipifica y la conmina con pena. En la ley penal debe distinguirse entre la norma (orden o prohibición) y la sanción que la acompaña para hacerla eficaz. (13)

Por cuanto hace a las otras fuentes del Derecho en General, CARRANCA Y TRUJILLO señala que también tienen que ver con el Derecho Penal desde otro punto de vista. Empezando por la costumbre; se sostiene que la costumbre no tiene eficacia ni para crear ni para integrar normas penales. Pero por el contrario se admite que, si como creadora de derecho (consuetudo) no tiene eficacia, si la tiene derogadora (desuetudo), si mediante el derecho consuetudinario se transforman las normas relativas a la propiedad y a la posesión, tales transformaciones deben influir sobre los conceptos penales del hurto, del daño, etc.

En nuestro Derecho no tiene la costumbre ningún valor como fuente; a lo sumo es auxiliar para la interpretación de la ley, como la optima legum interpretes y sólo tiene influencia refleja cuando concurre a engendrar el derecho.

(13) CARRANCA Y TRUJILLO. op. cit.p. 169.

La equidad se define como la correspondencia perfecta, ética y jurídica, entre la norma y las circunstancias al caso concreto en que se aplica. Aspira a que la justicia tenga cuenta de los elementos varios del delito, animada de un alto ideal de solidaridad humana. En nuestro derecho tampoco es fuente, si bien se le acoge a cierto modo para la fijación individual de las sanciones por cuanto se dispone que el juez valorara los motivos determinantes del delito, tomando conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

La jurisprudencia y la doctrina no son fuentes del Derecho Penal, si bien permite la primera conocer los aciertos y los errores del ordenamiento positivo promoviendo su reforma; y la segunda ilumina la interpretación de la ley. La interpretación judicial de nuestro Derecho Penal va siendo recogida en los "Anales de Jurisprudencia" por lo que hace a los tribunales del fuero común y en el "Semanao Judicial de la Federación" por lo que hace a los del Federal.

Los principios generales.- si en cuanto al Derecho Civil son fuente los principios generales del derecho, en materia penal sólo auxilian a la interpretación al igual que la equidad, dado el carácter de estricta legalidad que en materia penal mantiene el artículo 14 constitucional, al decir: ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Sin embargo, también al igual que con la equidad, el juzgador debe tener presentes los principios generales para cuando haya de entrar en función su arbitrio para establecer la pena.

La interpretación de la ley penal.- esa estricta legalidad o estricta aplicación de la ley penal no obsta para que sea posible su interpretación, ya que interpretar no es otra cosa que desentrañar el sentido de una cosa, y si la ley es confusa, interpretarla será aclarar su sentido y si es clara será entender su contenido para adecuarla al caso específico en cuestión, referir el proceso abstracto a la vida real a que se aplica. Esa búsqueda y explicación del sentido verdadero de la norma penal, de la voluntad de la ley, o sea su interpretación, pertenece todavía a la estática del derecho, mientras su dinámica es ya la aplicación misma. (14)

Son leyes penales no sólo las comprendidas en el Código Penal, sino otras de contenido estrictamente represivo penal insertas en leyes especiales o en los tratados internacionales aprobados por el Senado de la República. En nuestro medio judicial es común designar como "delitos especiales" a las figuras delictuosas descritas en leyes no penales, es decir, fuera del Código Penal, bien en forma aislada o formando parte de títulos especiales referentes a delitos de peculiar estructura en otras leyes.

Son fuentes del Derecho Penal: a) la ley penal, b) los tratados internacionales; y c) las leyes penales especiales, sin contradecir que el principio de que la ley penal es la única fuente del derecho represivo, pues los tratados internacionales, al ser aprobados por el Senado, quedan incorporados al Derecho nacional, en atención al

(14) *Ibidem* pp. 175 y 176

mandato del artículo 133 constitucional: "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 la 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". En México son numerosísimas las leyes penales especiales, crean delitos especiales del fuero federal, entre otras, las siguientes leyes: Código de Justicia Militar, Ley Forestal, Ley de Imprenta, Ley de Quiebras, Ley de Vías Generales de Comunicación, Ley Federal del Trabajo y el Código Fiscal de la Federación.

CARRANCA Y TRUJILLO opina, con relación al Código de Justicia Militar, que constituye la principal fuente del Derecho Penal Militar, cuyas características son distintas a las del derecho penal común, en atención a los destinatarios y a la severidad de sus penas tendientes a fortalecer la disciplina castrense. "El imperativo de rigurosa disciplina —dice el mencionado autor—, que es nervio del Instituto castrense justifica el fuero de guerra como instrumento para fortalecer a aquélla en sus resortes de obediencia, respeto a las jerarquías, sumisión al deber, estímulos al valor, etc. esto significa que el fuero de guerra no es un privilegio sino todo lo contrario, un orden de mayor exigencia, lo que se comprueba con sólo considerar los numerosísimos casos de pena de muerte consignados en el Código, que tratándose de delitos del orden común no lo ameritarían. Y por ello un Estado democrático puede mantener la jurisdicción militar no

obstante declarar que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales (artículo 13 constitucional), esto es, bajo un sistema de privilegio. (15).

(15) PAVON VASCONCELOS, Francisco. op. cit.. p. 86-87.

25-A

CAPITULO II

DOGMATICA DEL DELITO.

CAPITULO II DOGMATICA DEL DELITO.

2.1 ELEMENTOS DEL DELITO.

Para continuar con el siguiente capitulo, es necesario definir lo que es el delito, tomando en cuenta a las diversas opiniones de los estudiosos del Derecho.

La palabra delito –nos dice CASTELLANOS TENA- deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. Los autores han tratado de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. Como el delito está esencialmente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. A pesar de tales dificultades, como se verá después, es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de formulas generales determinadas de sus atributos esenciales. (16)

El delito en la historia de la humanidad, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva y subjetiva, la cual encuentra sus

(16) CASTELLANOS TENA, Fernando. op. cit. p 124.

fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético social y su especial estimación legislativa. Los pueblos más antiguos castigaron los hechos objetivamente dañosos y la ausencia de aspectos jurídicos no constituyó un obstáculo para justificar la reacción punitiva del grupo o del individuo lesionado contra su autor, fuera este un hombre o una bestia. Sólo con el transcurso de los tiempos y la aparición de diversas leyes reguladoras de la vida colectiva, surgió una valoración subjetiva del hecho lesivo, limitando al hombre a la esfera de aplicabilidad de la sanción represiva. (17)

Los clásicos elaboraron varias definiciones del delito, pero aquí sólo aludiremos a la de CARRARA, quien lo define como 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 dañoso. Para CARRARA el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del Derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; pero para no confundirlo con el vicio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción del estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además, para hacer patente que la idea especial del

(17) PAVON VASCONCELOS, Francisco. op. cit. p. 187.

delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos, CARRARA precisó anotar en su definición, cómo la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y pensamientos y, también, para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente, estima al acto o a la omisión moralmente imputable, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política. (18)

En cambio el maestro PAVON VASCONCELOS nos dice que un concepto substancial del delito sólo puede obtenerse dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal. De este desprendemos que el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, de los que se desprenden los siguientes elementos, los cuales son cinco:

- a) una conducta o un hecho;
- b) la tipicidad;
- c) la antijuricidad;
- d) la culpabilidad y
- e) la punibilidad,

(18) Idem.

Teniendo que el acto u omisión como formas de expresión de la conducta humana, en la que en ocasiones se viene a sumar aquella mutación del mundo físico en que consiste el resultado, integrando así un hecho. La conducta (acción u omisión) o el hecho (conducta-resultado-nexo causal) deben estar amenazados de una sanción penal. (19)

PAVON VASCONCELOS señala que para la sociología el delito es la violación de un deber, deber necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal. GAROFALO menciona un concepto llamado por él delito natural, viendo en él una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo en sociedad. Este concepto mereció diversas críticas, porque encontró, según él, algo común al hecho delictivo en todos los tiempos y todos los lugares, de manera que no estuviera sujeto a la constante variedad de su estimativa según la evolución cultural e histórica de los pueblos, su empeño quedó frustrado, pues su concepto del delito resultó estrecho e inútil. De la misma forma indica que CARRARA, con su concepto de "ente jurídico" distinguió al delito otras infracciones no jurídicas y precisó sus elementos más importantes. Lo consideró como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o

(19) Ibidem p. 189.

negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". De esta definición destaca, en lo esencial que el delito es una violación a la ley, no pudiéndose concebir como tal cualquiera otra precisamente dictada por el Estado, con lo cual separa, definitivamente la esfera de lo jurídico a otras pertenecientes al ámbito de la conciencia del hombre, precisando su naturaleza penal, pues sólo esta ley se dicta en consideración a la seguridad de los ciudadanos. Al precisar que tal violación debe ser resultado de un acto externo del hombre, CARRARA excluye al pensamiento y limita al concepto de acción al acto realizado por el ser humano, único dotado de voluntad, acto de naturaleza positiva o negativa, con lo cual incluye en la definición la actividad o inactividad, el hacer o no hacer, en fin la acción o la omisión, formas de manifestación de la conducta. La imputabilidad moral fundamenta la responsabilidad del sujeto y, por último, la calificación dañosa da su verdadero sentido a la infracción de la ley y a la alteración de la seguridad de los ciudadanos para cuya garantía fue dictada. (20)

Ahora bien, las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; CASTELLANOS TENA citando a MEZGER, el cual elabora también una definición jurídico-sustancial, al expresar que el delito es la acción *típicamente antijurídica y culpable*. Para CUELLO CALON es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible. Por su parte JIMENEZ DE AZUA textualmente dice: "Delito es el acto típicamente

(20) Ibidem. p. 187.

antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".

(21)

"Estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de alguna excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso. No conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hayan sancionadas por la Ley con una pena, sin ser delitos. Y no señala elementos de lo definido, ya que estar sancionado con una pena es un dato externo, usual en nuestros tiempos para la represión y por el cual se podrá identificar el delito con más o menos aproximación, sin que sea inherente al mismo ni, por tanto, útil para definirlo. Una definición descriptiva, puede acumular datos o propiedades de la cosa definida, pero esos datos y propiedades han de ser tales que radiquen en el objeto que se definen o se relacionen con él de manera que, a través del tiempo y del espacio haya la certeza de que acompañaran necesariamente a todos los individuos de la especie definida y, acumulados, sólo convendrá a ellos por lo demás, decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por qué lo sancionan o cuál es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o sanciones penales." (22)

(21) CASTELLANOS TENA, Fernando. op. cit. P. 129.

(22) Ibidem. p. 133.

Para los fines de este trabajo, tomaremos la definición que hace el Código Penal vigente para el Estado de México, que en su artículo 6° señala:

“El delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible”.

La mayoría de las definiciones anteriores del delito señalan a los elementos esenciales de una u otra forma, en consecuencia es preciso hacer el estudio de cada uno de ellos, así como de su aspecto negativo, para tener una idea completa de la materia, coincidiendo diversos autores en que los principales son:

ASPECTOS POSITIVOS.

actividad
 tipicidad
 antijuricidad
 imputabilidad
 culpabilidad
 condicionalidad objetiva
 punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS.

falta de acción.
 ausencia de tipo.
 causas de justificación.
 causas de inimputabilidad.
 causas de inculpabilidad.
 falta de condicionalidad objetiva
 excusas absolutorias.

Los autores que se refieren a los presupuestos, los consideran como las circunstancias jurídicas o de hecho, cuya existencia debe ser previa a la realización del delito. Clasifican a los presupuestos en generales y especiales. Son generales cuando necesariamente debe concurrir para la configuración de cualquier delito, pues su ausencia

implica la imposibilidad de integrarlo; mencionan como tales a la norma penal, al sujeto activo, al sujeto pasivo y al bien jurídico. Estiman como presupuestos especiales a los condicionantes de la existencia de un delito concreto y cuya ausencia puede originar la no aparición del delito. (23)

2.1.1 ELEMENTOS DEL DELITO (POSITIVOS).

Para continuar con el presente trabajo de investigación, es necesario estudiar cada uno de los elementos del delito.

CONDUCTA

El delito es ante todo una conducta humana. Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones: acto, acción, hecho. Preferimos el término conducta, ya que dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo. Dentro del concepto conducta pueden comprender la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

Citando a PORTE PETIT, el maestro CASTELLANOS TENA se muestra partidario de los términos conducta y hecho para denominar al elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo. Según esta terminología, a veces el elemento objetivo del delito es la

(23) Ibidem p. 134.

conducta (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión), y otras, hecho, cuando la ley requiere (además de la acción o la omisión) la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Así pues, el citado profesor PORTE PETIT distingue la conducta del hecho, este se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el requisito del tipo, como suceden en los llamados delitos de mera actividad (o en los de simple omisión), carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa de una mutación en el mundo material. Por nuestra parte no hay inconveniente en aceptar el empleo de ambos términos: conducta y hecho, advirtiendo sin embargo que, en el lenguaje ordinario, por hecho se entiende lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano (con o sin resultado material) por efectuarse en el escenario del mundo es, desde este punto de vista, un hecho. También los fenómenos naturales son hechos. Más si convencionalmente se habla de hecho para designar la conducta, el resultado y el necesario nexo causal, y del vocablo conducta cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, la distinción nos parece útil. Desde luego, únicamente existe el nexo causal en los ilícitos de resultado material; los de simple actividad (o inactividad) comportan sólo resultado jurídico. (24)

(24) Ibidem p. 147.

La conducta es pues, el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

De esta manera y para nuestro estudio, sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente él es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad. Este principio, indiscutiblemente en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas, según enseña la historia, porque de alguna manera se consideró a los animales como delincuentes.

La conducta (llamada también acto o acción), puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; es decir, por actos o por abstenciones. El acto o la acción en estricto sentido, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro modificación.

La acción es el fundamento estructural de la definición del delito. En el concepto de la acción está comprendido el concepto del resultado. Resultado del delito es la total realización típica exterior. No cualquier conducta humana puede ser designada como acción en sentido jurídico, sino sólo la acción imputable, la acción no imputable.

(25)

La omisión, en cambio, radica en un abstenerse de obrar, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción. Según CUELLO CALON, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la Ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Según EUSEBIO GOMEZ, son delitos de omisión aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio. En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente. En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva. (26)

LA TIPICIDAD.

Sabemos que para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humano; más no toda conducta o hecho son catalogados como delitos; necesita además, que sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta que en nuestra Constitución Política Federal, en su artículo 14 establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo que se traduce que no existe delito sin tipicidad.

(26) CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. p. 155.

Ahora bien, no debe confundirse el tipo con la tipicidad, el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Basta que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo, para que la conducta en referencia no sea delito y en consecuencia quede excluido.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para ROBERTO REYNOSO DAVILA, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*. El tipo es para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él. (27)

Si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuricidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho liberal, por no haber un delito sin tipo legal (*nullum crimen sine lege* equivalente a *nullum crimen sine tipo*). Entonces la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las

(27) REYNOSO DAVILA, Roberto. op. cit. p. 62.

características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarlas en el ámbito penal. La tipicidad no sólo es pieza técnica, es como secuela del principio legalista, garantía de libertad.

LA ANTIJURICIDAD.

La antijuricidad es un aspecto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre una idea positiva; sin embargo comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho. Según CUELLO CALON, la antijuricidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada. Para SEBASTIAN SOLER, no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho, entendido en su totalidad, como organismo unitario. Téngase presente que el juicio de antijuricidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal, ello corresponde a la culpabilidad. La antijuricidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. "Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación". Lo cierto es que la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. En los tipos penales se señalan los

valores que es necesario amparar; una conducta es antijurídica cuando vulnera dichos bienes y valores. (28)

La antijuricidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo, FRANZ VON LISZT, ha elaborado una doctrina dualista de la antijuricidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la Ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos. Según CUELLO CALON, hay en la antijuricidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuricidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuricidad material). Para VILLALOBOS la infracción de las leyes significa una antijuricidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituyen la antijuricidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas. (29)

LA IMPUTABILIDAD.

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el

(28) CASTELLANOS TENA, Francisco. op. cit. p. 178.

(29) *Ibidem.* p. 179.

individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

(30)

Será imputable, todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminante por la ley.

LA CULPABILIDAD.

La imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal, corresponde ahora, externar una noción de culpabilidad. Por lo consiguiente una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y

(30) Ibidem p. 218.

antijurídica, sino además culpable. Será culpable la conducta –según CUELLO CALON- cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor debe serle jurídicamente reprochada. PORTE PETIT, define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales por su naturaleza, no es posible querer el resultado; se caracterizan por un resultado no deseado por el agente ni directa, ni indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. Por ello consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. Para VILLALOBOS, “la culpabilidad generalmente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tiende a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa”.

(31)

Son dos las teorías que tratan sobre la naturaleza de la culpabilidad: el psicologismo y el normativismo.

Para la teoría psicologista, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y

(31) Ibidem p. 234.

como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso.

La teoría normativa nos señala que la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable si a un sujeto capaz que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio nace de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa, cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho; el deber ser jurídico. La culpabilidad pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber. (32)

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente

(32) Idem p. 233.

dirija su voluntad consiente a la ejecución del hecho tipificado en la Ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa). (33)

En el dolo, el agente conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa consiente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; en la inconsciente o sin previsión, no se prevé un resultado previsible; existe también descuido por los intereses de los demás. Tanto en la forma dolosa como en la culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico.

CASTELLANOS TENA apoyado por estudios de Cuello Calón nos dice que el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. Lo define como la producción de un resultado 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. El dolo consiste en el actuar, conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. (34)

(33) REYNOSO DAVILA, Roberto. op. cit. p. 204.

(34) CASTELLANOS TENA, Fernando. op. cit. p. 239.

LA PUNIBILIDAD.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de la aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menor propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: es punible una conducta cuando su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del *ius puniendi*); igualmente se entiende por punibilidad, en formas menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes. En este último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la llamada amenaza normativa.

En resumen, punibilidad es: a) merecimiento de penas; b) conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y c) aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Algunos autores como ROBERTO REYNOSO DAVILA, considera la punibilidad como elemento del delito, en virtud de que en las leyes el delito se define como el acto u omisión que sanciona la ley

penal. Por tanto lo determinante para que una conducta sea o no delito, es que sea punible. Otros autores consideran la punibilidad como consecuencia que surge al delito una vez integrado. Señalando una contradicción de Celestino Porte Petit que dice: "La penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo" y posteriormente dice: "Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típico, antijurídico, imputable y culpable, pero no punible en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que esta no es un elemento del delito sino una consecuencia del delito" (35)

2.1.2 ELEMENTOS DEL DELITO (NEGATIVOS).

AUSENCIA DE CONDUCTA.

Debemos tomar en cuenta que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, este no se integrara, en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de la apariencias. Es, pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impedimentos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta, o fuerza física

(35) REYNOSO DAVILA, Roberto. op. cit. p. 274.

exterior irresistible. La aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir la valoración de la voluntad, quien obra así no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho), no comete delito. Es unánime el pensamiento en el sentido de considerar también como factores eliminatorios de la conducta a la vis mayor (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos. Operan porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que, como hemos dicho, es siempre un comportamiento humano voluntario. Sólo resta añadir que la vis absoluta y la vis mayor difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía no humana. Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito).

Para algunos penalistas son verdaderos aspectos negativos de la conducta, el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias para desarrollar tal o cual actividad conscientemente, por lo tanto no es responsable de sus actos bajo estas circunstancias.

AUSENCIA DE TIPICIDAD.

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

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada y inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En cambio la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada. En el fondo en toda atipicidad hay falta de tipo, si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos; b) si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley; e) si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos y f) por no darse en su caso, la antijuricidad especial. (36)

(36) CASTELLANOS TENA, Fernando op. cit. p. 175.

AUSENCIA DE ANTIJURICIDAD.

Muchas veces ocurre que la conducta típica esta en aparente oposición al Derecho y sin embargo no es antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Ya que las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuricidad.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica. Representan el aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuricidad. En tales condiciones la acción realizada a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho.

Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación, dice SOLER, son objetivas referidas al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva. Los efectos de las primeras son erga omnes respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo. A su vez las causas de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad, en tanto las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente en diversa forma y grado. El inimputable, es psicológicamente incapaz,

de modo perdurable o transitorio, para toda clase de acciones. Las causas de inculpabilidad anulan la incriminación en quien fue capaz; las de inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla. (37)

LA INIMPUTABILIDAD.

Como la imputabilidad es elemento básico y esencial de la culpabilidad, sin aquella no existe esta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva. Ya hemos dicho que la imputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mentales, la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad.

Las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para comprender la antijuricidad o ilicitud de su acción y omisión, antes y durante la comisión del ilícito y en nuestra legislación penal se contempla en el artículo 16:

Alienación u otro trastorno similar permanente.

Transtorno mental transitorio...

Sordomudez, careciendo totalmente de instrucción.

(37) *Ibidem* p. 185.

LA INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad, esta opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia. Así la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuricidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone una valoración de antijuricidad de la conducta típica, pero al hablar de inculpabilidad en particular o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. Jamás se insistirá demasiado en que tampoco aparecerá la culpabilidad en ausencia de un factor anterior, por ser ella un elemento fundado respecto a los otros que, por lo mismo, resultan fundantes en una escala de prelación lógica.

Para que un sujeto sea culpable, necesita en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad, por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como una causa de inculpabilidad. En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el

elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos.

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de las penas, constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

2.2 CLASIFICACION DE LOS DELITOS.

El maestro CASTELLANOS TENA hace diversas clasificaciones de los delitos en donde hablaremos de los más importantes por la doctrina.

1. Por la conducta del agente, o dicen algunos autores, según la manifestación de voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión. Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. Son aquellos en los

cuales las condiciones de donde deriva el resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto. En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten, en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio. Debe agregarse que los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de simple omisión, o de omisión propiamente dichos, consiste en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan, es decir, se sancionan por la omisión misma.

Los delitos de comisión por omisión, o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Para CUELLO CALON, consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, fórmula que se concretiza en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el Derecho ordena hacer.

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

2. **Por el resultado.** Según por el resultado que producen, los delitos se clasifican en formales y materiales. A los primeros también se les conoce de simple actividad o de acción; a los segundos se les llama delitos de resultado o de resultado material. Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción (u omisión) en sí misma.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material.

3. **Por la lesión que causan.** Con relación al efecto resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de daño y de peligro. Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de daño.

4. **Por su duración.** Los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

Instantáneo. La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. Para la calificación

se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante.

Instantáneo con efectos permanentes. Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo.

Continuado. En este delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. El delito continuado consiste: 1° unidad de resolución; 2° pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); 3° unidad de lesión jurídica; y 4° unidad de sujeto pasivo. Es decir, este delito se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley.

Permanente. Se habla de delito permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que se idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos. Existe el delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación. Permanece no el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación, puede

concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia en el propósito, no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución.

5. Por el elemento interno o culpabilidad. Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos y culposos en donde diremos que el delito es doloso cuando se dirige la voluntad conciente a la realización del hecho típico y antijurídico. En la culpa no se quiere el resultado penalmente tipificado, más surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común.

6. Por la forma de su persecución. Se refiere a los llamados por querrela necesaria, cuya persecución únicamente es posible si se llena el requisito previo de la querrela de la parte ofendida; más una vez que esta formulada la querrela, la autoridad está obligada a perseguir.

Los delitos perseguibles previa denuncia conocidos como perseguibles de oficio, que puede ser formulada por cualquier persona, son todos aquellos en los que la autoridad está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos. Consecuentemente, los delitos perseguibles por denuncia no surte efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa de lo que ocurre en los de querrela necesaria. (38)

(38) Ibidem p. 135-137.

2.3 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA COMISION DEL DELITO.

EL SUJETO ACTIVO.

Tomando en cuenta lo que hasta el momento se ha mencionado en el presente capítulo, podemos decir que el hombre es sujeto activo del delito, porque él se encuentra con la capacidad y voluntad de hacer o dejar hacer, y de esta forma puede, infringir el ordenamiento jurídico penal de un determinado tiempo y lugar. Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo el autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o competer (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitante con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor).

El criterio expuesto que ve a la persona humana como único sujeto activo del delito e invoca preferentemente en su apoyo los principios de imputabilidad y de personalidad de la pena, ha encontrado consagración en nuestros textos positivos.

EL SUJETO PASIVO.

Por tal se conoce al titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. Como la ley tutela bienes no sólo personales sino colectivos, pueden ser sujetos pasivos:

- a) la persona física sin limitaciones, después de su nacimiento,
- b) la persona moral o jurídica sobre quien puede recaer, igualmente la conducta delictiva, lesionando bienes jurídicos tales como el patrimonio.
- c) El Estado, como poder jurídico, es titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal, en virtud puede ser ofendido con la conducta delictiva;
- d) La sociedad en general, como en el caso de los delitos contra la economía y contra la moral pública.

Para CUELLO CALON, el sujeto pasivo del delito, es un elemento que se conoce generalmente con el nombre de víctima de la infracción. Teóricamente, sin embargo, esta expresión de sujeto pasivo del delito admite dos significados: uno genérico y más amplio y otro concreto y preciso. Toda infracción ofende a la sociedad y le ocasiona un daño, por eso cada vez que se perpetra un crimen puede considerarse que la comunidad entera lo sufre. Pero de manera concreta es sujeto pasivo del delito, el titular del derecho o del bien jurídico lesionado. Es necesario insistir sobre esta expresión, titular del derecho, porque estamos considerando un sujeto pasivo y jurídico y no meramente material. Conviene repetir aquí, una vez más, que hay derechos que tienen como titular a la comunidad entera, de modo que en el caso de que uno de esos derechos sea violado. (39)

(39) PAVON VASCONCELOS, Francisco, op. cit. p 196.

57-A

CAPITULO III

EL ROBO.

CAPITULO III EL ROBO.

3.1 DEFINICION DEL DELITO DE ROBO.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al concepto de robo, ha determinado: "Robo es el apoderamiento de una cosa mueble, ajena, la usurpación <invito dominio> de la posesión verdadera, con sus elementos simultáneos y concomitantes de corpus y animus". "Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella, con arreglo a la ley". (40)

El Código Penal vigente para el Estado de México, en su artículo 287 dispone que:

"Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de él conforme a la ley".

De esta forma, para que pueda considerarse responsable al sujeto, del delito de robo, debe apoderarse de la cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento, apropiarse de ella cuando tiene

(40) FORTE PETIT CANDALAUP, Celestino. Robo Simple. 2ª edición. México. Editorial Porrúa, 1999. p. 5.

sobre la misma una detentación subordinada u obtenerla por medio de la violencia física o moral.

Para PORTE PETTIT, es muy frecuente decir (no obstante que el robo se pudo cometer, teniendo la cosa, por existir una detentación subordinada, o bien, obtenerla cuando hay violencia moral) que "en el robo, el agente va hacia la cosa". Así Francisco González de la Vega, sostiene, que "en el robo la cosa no se entrega voluntariamente al autor; este va hacia ella, la toma y la arranca de la tenencia del propietario o detentador legítimo". Afortunadamente, Jiménez Huerta, con su acostumbrado acierto, ha dicho hace tiempo, que "son científicamente inexactas y didácticamente erróneas las frases de que se vale González de la Vega para sintetizar la diferencia conceptual que existe entre el delito de robo y el de abuso de confianza, consistente el primero en que el infractor va hacia la cosa y en el segundo la cosa va hacia el infractor. Sobre el particular ha expresado la Suprema Corte de la Nación: se debe distinguir entre el elemento característico del robo "apoderamiento", y la "disposición indebida" del abuso de confianza, que presupone indefectiblemente la tenencia. Sintetizado, en el robo, el agente activo va hacia la cosa; entre tanto que el abuso de confianza, al contrario, la cosa va hacia el infractor. El mismo alto Tribunal olvidando que existe robo cuando el sujeto teniendo la cosa en detentación subordinada, dispone de ella, se concreta a decir, para diferenciar el delito de robo del abuso de confianza: "Es criterio doctrinal y jurisprudencial, que la acción de apoderamiento como elemento característico del delito de robo es en el fondo, el signo distintivo en relación al de abuso de confianza. Se ha

sostenido en estricta lógica jurídica que el apoderamiento significa que el agente del delito va hacia la cosa, en tanto que ocurre lo contrario en el abuso de confianza, porque la cosa ya obra en su poder y simplemente se dispone de ella, o sea, la falta a la confianza del dueño, quien le otorgo la tenencia pero no el dominio. De tal modo, no se integra el delito de robo si el agente a quien se le entregó la mercancía para su venta, no la devuelve, o no hace posterior entrega del producto, pues está ausente un elemento típico, ya que, aunque no devolvió una cosa ni lo otro, resulta incorrecto afirmar que hubo apoderamiento con las características del robo, en virtud de que ninguna acción desplegó el agente para sustraer la cosa del ámbito de su legítimo propietario". (41)

Demetrio Sodi, nos dice, que "el robo no puede ejecutarse sino por el apoderamiento de la cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley; así que si alguna dispone del objeto que le fue entregado por el dueño, no comete robo", asentando más adelante, que "numerosísimos son los casos que ofrecen los anales de nuestra criminalidad en los que desconociéndose de un modo absoluto la naturaleza del delito de robo, se han pronunciado sentencia inicuas, olvidándose que para que el robo exista, es necesario que sea arrancado el objeto materia del delito de la tenencia del propietario, sin que este lo haya entregado voluntariamente a otro..." (42)

(41) Idem.

(42) Ibidem op. cit. p. 6.

El hurto o robo, tiene una historia tan antigua, como la de la humanidad, pues el apoderamiento de las cosas provoca siempre una enérgica reacción en la víctima, que tiene raíz en el más primitivo de los instintos: la lucha por la subsistencia, dramática en los albores de la humanidad y que vuelve a desbordarse, con igual fuerza, en épocas de crisis, de guerras, de trastornos sociales, de catástrofes, por lo que el Estado como ente soberano esta obligado y facultado para garantizar que este bien jurídico (así como otros de igual importancia), se encuentre plena y ampliamente protegido.

3.2 ANTECEDENTES DEL DELITO DE ROBO.

Los antecedentes históricos que se tienen a la mano y pueden ser utilizados en materia de robo son, principalmente, los principios de Derecho Romano acerca de las diferentes sustracciones de la propiedad (*furtum*) y la reglamentación francesa y española, la primera relativa al delito de robo y la segunda referente al hurto y robo.

Los juristas latinos llamaban en general *furtum* a los delitos consistentes en apropiarse las cosas ajenas, distinguiéndose las siguientes clases: 1 Hurto en general, y sobre todo de bienes privados; 2 Hurto entre cónyuges; 3 Hurto de bienes pertenecientes a los dioses (*sacrilegium*) o al Estado (*peculatus*); 4 Hurto de cosechas; 5 hurtos cualificados de la época imperial para los cometidos con armas, para los ocultadores de ladrones, para los abigeos o ladrones de ganado, para los fracturadotes, para la circunstancia de nocturnidad); y 6 Hurto de Herencias. El Hurto violento, sin quedar excluido del

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

Dentro de la noción amplísima del hurto romano se incluían, sin tipificarlas especialmente, las modernas nociones diferenciadas de robo, de abuso de confianza, fraudes y ciertas falsedades, por estimarse su elemento común el ataque lucrativo contra la propiedad.

De acuerdo con los estudios de GONZALEZ DE LA VEGA, los elementos del hurto eran:

- a) la cosa que debería ser mueble, incluyendo los objetos desprendibles de los inmuebles, también quedaban comprendidos los esclavos, y en la época antigua, ciertos hombres libres por estar sometidos a la potestad doméstica. La causa de haberse limitado el concepto del *furtum* a las cosas muebles derivaba de que en un principio no era conocida la propiedad privada de los inmuebles.
- b) La *contrectio*, o sea el manejo, tocamiento o, en tiempos posteriores, la sustracción de la cosa. Cuando se hacía manejos sobre la cosa de otro con ánimo de apropiación, se cometía el *furtum rei*. Cuando, teniendo un derecho sobre la cosa, se cometía un manejo que sobrepasaba ese derecho, sin ánimo de hacerse propietario, se cometía el *furtum usus*. Cuando el propietario violentaba derechos de otro, que había consentido sobre sus cosas, el manejo se llamaba *furtum possessionis*. Se reputaba haber apropiación de una cosa cuando se apoderaba alguno de las que se hallaran en

posesión legítima de otro, y también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que le correspondiera, por eso las nociones de abuso de confianza y de ciertos fraudes quedaban involucrados en el *furtum*.

- c) La defraudación, consistente en que la apropiación debía ir encaminada al enriquecimiento ilegítimo del que la llevaba a cabo, tomándose la idea del enriquecimiento en un sentido amplio. Siempre que la apropiación se hubiese efectuado sin la debida conciencia de que era ilegítima, aun por error, quedaba excluido el hurto.
- d) Por último el perjuicio; la apropiación indebida no era punible sino cuando hubiese causado algún daño en los bienes de otro. (43)

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

En el Código Penal de 1810 ya se tipificó claramente el delito especial diferenciando otros que, como el abuso de confianza y las estafas, tienen como semejanza la apropiación indebida.

El Código Napoleónico divide los delitos que llama contra las propiedades en tres grupos: el primero constituido por el robo, el

(43) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano, 29ª edición. México. Editorial Porrúa. 1997 p. 166.

segundo incluyendo las estafas, las quiebras y otros fraudes, y dentro de estos el abuso de confianza, y el tercero las destrucciones y perjuicios a las cosas, definiendo en cada delito las maniobras o acciones materiales que le son constitutivas.

El artículo 379 del Código Francés citado describe el delito de robo así: *qui con que a sustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient past est ocupable de vol.* "Cualquiera que sustrae fraudulentamente una cosa que no le pertenece es culpable de robo. De esta manera el Derecho Galo disminuyó la extensión del antiguo furtum romano. El robo se limitó a un único caso, el de sustracción fraudulenta, el del manejo por el cual se quita una cosa a su legítimo tenedor o propietario sin su consentimiento. (44)

3.3 NATURALEZA JURIDICA DEL ROBO.

Para poder establecer la naturaleza jurídica del delito de robo, cabe señalar, los siguientes puntos de vista, respecto al bien jurídico que protege:

- a) protege al patrimonio.
- b) a la propiedad
- c) tutela la posesión
- d) protege tanto la propiedad como a la posesión, siendo la posesión el medio para llegar a la lesión de la propiedad.

(44) *Ibidem* p. 167.

Con base a lo anterior se afirma que el robo, es un delito instantáneo, ya que el momento mismo del apoderamiento del bien existe un resultado material y con ello viola el bien protegido por el Derecho Penal.

MAGGIORE, estima que "objeto de esta tutela penal, es el interés público por mantener inviolable la propiedad, entendida esta en sentido penal –no estrictamente civil-, de modo que comprenda, fuera del derecho de propiedad en sentido estricto, todo derecho real y hasta la posesión de hecho" agregando, que no obstante, hay que advertir, que la propiedad se halla protegida en primer término mientras la posesión, o mejor dicho la tenencia, está protegida únicamente de modo secundario y subordinado". CUELLO CALON, nos dice, que "el interés jurídico aquí protegido es de posesión de hecho de las cosas muebles cualesquiera que sea su origen (derecho de propiedad, posesión o mera tenencia de la cosa)". JIMENEZ HUERTA manifiesta, que "es pues, el poder de hecho que se tiene sobre las cosas muebles o la posesión de las mismas, el interés patrimonial que se protege en este delito". (45)

Somos de la opinión compartida por PORTE PETTIT, que los bienes jurídicos que se protegen en el delito de robo, son la propiedad y la posesión.

(45) PORTE PETIT CANDALAUP, Celestino, op. cit. p 28.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho:

1. La creación de la figura castigada como delito de robo es considerada como tuteladora del patrimonio.

2. Para la comprobación del cuerpo del delito de robo es necesaria la demostración de la propiedad de objetos robados, porque esta figura delictiva no se configura por un ataque a la posesión, lo que se desprende de lo estatuido en la disposición legal, que da eficacia para comprobar el cuerpo del delito, a la confesión, aún cuando se ignore quien haya sido el dueño de la cosa material del delito.

El problema a resolver respecto al elemento material en este delito, consiste en saber si se trata de un delito formal o material, es decir si hay un mutamiento jurídico o jurídico y material.

PORTE PETIT, es de parecer, que el delito de robo encuentra su expresión objetiva, en la pura conducta del sujeto, con Independencia de un resultado material inexistente en la descripción típica", "resultando claro que el término <<apoderamiento>> expresa la acción del sujeto, es decir, el movimiento corporal voluntario de aprehender y sustraer la cosa de la potestad dominical de su titular y no la acción y un resultado material concreto integradores de un hecho de naturaleza causal en el cual la actividad humana sea condición", Maggiore expone, que "no obstante la enseñanza común de que el hurto es delito formal, hemos de considerarlo como delito material, pues se

consuma por medio de la sustracción”, pues “esta —que consiste en separar la esfera patrimonial una cosa para trasladarla a la del culpable- constituye el resultado”. Rodríguez Devesa es de la opinión que “desde el punto de vista de la clasificación de los delitos formales y materiales, el hurto es un delito material o de resultado, ya que está fuera de toda discusión que en él no es bastante una simple manifestación de la voluntad: lo que la ley prohíbe no es la mera exteriorización del propósito de apropiarse la cosa ajena sino su efectiva e ilegítima apropiación”. Finalmente para Ranieri, el hurto es delito material, porque no se consuma sin el apoderamiento querido por el agente”. (46)

3.4 ELEMENTOS DEL DELITO DE ROBO.

Los elementos del delito de robo son los elementos del delito en general, más los propios de esta figura delictiva, estableciéndose que los elementos constitutivos del cuerpo del delito de robo, en los que consiste su realización objetiva o externa, son: a) el apoderamiento; b) de una cosa ajena mueble; c) que se efectúe sin derecho y d) que el apoderamiento se efectúe sin el consentimiento de quien puede disponer de ella. Por lo que veremos el primer elemento.

a) EL APODERAMIENTO.

El núcleo del tipo de robo radica en el apoderamiento que ha de

(46) Ibidem p. 8.

realizar el sujeto activo. Apoderarse uno de alguna cosa significa "ponerla bajo su poder". Para la configuración del delito de robo se precisa que la cosa este previamente en posesión ajena, esto es, en poder de otra persona, necesario es determinar cuando, previo quebrantamiento de dicha posesión, la cosa quede en poder del agente. El apoderamiento en el robo es la acción por la cual el agente activo del delito toma la cosa que no tenia, privando así del objeto a su propietario o legitimo poseedor.

Según la más antigua teoría de la *contraectio* o del *tocamiento*, el robo se perfecciona por el hecho de tocar el sujeto activo la cosa con la mano. En la actualidad es insostenible, pues el solo hecho de tocar la cosa no implica un apoderamiento de la misma, había cuenta de que no quebranta la posesión o poder de hecho que sobre la cosa tiene el sujeto pasivo.

Tiene gran importancia la teoría de la *amotio* (remoción). CARRARA sostiene que el robo se consuma cuando la cosa ajena ha sido desplazada del sitio en que se hallaba y no ya por el acto de ponerle la mano sobre ella, pues sólo cuando acaece aquel desplazamiento surge la violación de la posesión ajena. Si se prescinde del momento de la remoción el cual implica en si mismo una violación completa de la posesión, no se podría encontrar un criterio exacto para determinar el momento consumativo del robo, pues, incluso entre los que niegan que la esencia del delito es la remoción de la cosa, se advierte una fluctuación ineludible. Unos sostienen que se consuma cuando el objeto robado es sacado de la cámara en que

se encuentra; otros de la cosa; otros de las adyacencias; y finalmente, otros, cuando el ladrón ha llevado la cosa al lugar a que la destinaba.

(47)

Un tercer criterio (teoría de la ablatio) estima insuficiente la simple remoción de la cosa por quedar impreciso el sitio al que se desplaza, y exigen que la cosa sea transportada por el ladrón a otro lugar fuera de la esfera en que estaba y colocada en la de la acción del culpable.

Y una cuarta teoría (de la illatio) considera que sólo puede considerarse integrado el delito, cuando la cosa ha sido transportada por el ladrón al lugar donde se propuso ocultarla, antes del robo.

Nuestro Código Penal nos señala que el robo estará consumado desde el instante que el ladrón tiene en su poder el bien, aun cuando lo abandone o lo desapoderen de él. Lo que también deja sin resolver la cuestión, pues silencia las bases materiales que deben concurrir para que deba concluirse que el ladrón tuvo en su poder la cosa, compete a la interpretación esclarecer el problema.

El sujeto activo del robo tiene en su poder la cosa robada cuando, en cada paso concreto, concurren aquellas circunstancias fácticas precisas para que social y jurídicamente pueda afirmarse que

(47) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Volumen I. 3ª edición. Editorial Porrúa, 1980. p. 26.

ha quebrantado la posesión ajena y que, la cosa, de hecho ha quedado bajo su posesión, aunque sólo fuere momentáneamente.

De lo que se puede concluir que el delito de robo se consuma, cuando el agente del delito tiene, previa desposesión, bajo su radio de acción, la cosa a que se refiere la ley penal y por tanto, fuera de la del sujeto que puede disponer de ella conforme a la ley.

b) COSA

El vocablo "cosa", es de los más diversos, pues asume un diverso significado según la Filosofía, la Economía y el Derecho. En sentido filosófico, es cosa todo lo que abstractamente existe; todo lo que puede ser concebido por la mente; toda entidad, incluso imaginaria, como la idea. En sentido físico, denota lo que tiene existencia corpórea y puede ser percibido por nuestros sentidos, como por ejemplo, una nube. En sentido económico indica todo lo que, delimitable exteriormente, puede quedar cometido al señorío del hombre por ser susceptible de satisfacer sus necesidades. La cosa, físicamente delimitada y potencialmente útil al hombre, deviene bien jurídico en cuanto sirve para satisfacer sus necesidades, esto es los intereses de un sujeto determinado. Todo bien es por consiguiente, una cosa, pero no toda cosa es bien. De esta correlación resulta claro que en el mundo jurídico se labora sobre el concepto de bien, círculo menor respecto al mayor representado por el concepto de cosa. Esto se sobreentiende que cuando la ley penal habla de "cosa" emplea el vocablo no sólo en su significado material, sino también jurídico, esto

es, provisto de los atributos necesarios para indicar un "bien". De ahí la equivalencia entre "cosa" y "bien" en el texto de la mayor parte de las normas. (48)

Son objeto del delito de robo todas las cosas corporales susceptibles de ser removidas materialmente por el hombre del lugar en que se encuentran, incluso aquellas que la ley declara irreductibles a propiedad particular, como por ejemplo, las que integran el patrimonio artístico o histórico de la Nación. Los bienes inmateriales no pueden ser objeto de corporal remoción.

La cosa ha de tener algún valor, bien sea este de apreciable en dinero o simplemente de afección e inestimable pecuniariamente, a esto hace referencia el artículo 287 pues tras establecer que para estimar la cuantía del robo se atenderá exclusivamente el valor intrínseco —permutable en dinero— del objeto del apoderamiento" ... el código sigue en este punto una mejor dirección jurídica, pues al patrimonio no se integra sólo por las cosas que tienen un valor de cambio estimable en dinero, sino también por aquellas que tienen únicamente un valor de uso, esto es que satisfacen los gustos, las aficiones y los afectos de su titular, pero si conforme a las imperantes concepciones económicas y sociales, la cosa careciere de valor de cambio y de valor de afección, el delito de robo no sería configurable pues faltaría el interés jurídico patrimonial en él tutelado.

(48) Ibidem p 36.

De esta forma y considerando las peculiaridades que debe tener el objeto material en el robo, tiene que estimarse como "cosa", a cualquier objeto material que implique los siguientes atributos: Corporeidad, Valor económico o afectivo y susceptible de apropiación.

c) MUEBLE.

Al afirmarse que son objeto material del delito de robo todas las cosas corporales susceptibles de ser removidas materialmente del lugar en que se encuentran, se hace conceptual referencia a una cualidad inmanente que la cosa ha de tener o ha de adquirir en el momento de realizar la acción ejecutiva, esto es, a su movilidad. El artículo 287 expresamente menciona dicha cualidad, pues especifica que el apoderamiento ha de recaer sobre "una cosa mueble". Y, en verdad, esta innecesaria especificación crea un problema interpretativo, esto es, el de determinar si el concepto de "cosa mueble" ha de entenderse en la acepción técnica que le otorga el Derecho Civil, al describirlos como muebles por su naturaleza a los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por si mismos, ya por efecto de una fuerza exterior.

La cualidad de la cosa que trasciende a la consideración penalística para perfilar la posible existencia del delito de robo, radica, pues en su potencial movilidad, aun cuando para lograrla el sujeto activo tuviere previamente que separarla del bien inmueble a que estuviere unida. Lo único que interesa es que la cosa sea desplazable.

Por esta razón no es susceptible de ser sustraído un inmueble y si lo son sus porciones, a condición de que pueda dotárseles de movilidad.

d) AJENA.

La cosa mueble, objeto material del delito de robo, ha de ser "ajena". Denota esta expresión que ha de pertenecer a un patrimonio del que es titular una persona extraña al sujeto activo del delito.

Este requisito típico es de incontrovertible naturaleza normativa, entendida en su más puro concepto, pues en verdad, no es dable esclarecer el concepto de ajenidad sin adentrarse e incursionar por el ámbito del Derecho positivo que establece el deslinde entre lo extraño y lo nuestro. Las normas imperantes en el Derecho privado de cada país han de tenerse en cuenta para deslindar el sentido y el alcance del requisito de "ajenidad" de la cosa requerido para la integración del delito de robo.

Ahora bien, cosa ajena es, la que no nos pertenece por no ser propia.

e) SIN DERECHO Y SIN CONSENTIMIENTO.

No basta para integrar la conducta típica del delito de robo que el sujeto activo se apodere de cosa mueble ajena; necesario es, que este quebrantamiento de la posesión se efectúe antijurídicamente, pues en el artículo 287 se condiciona la relevancia típica de la conducta que

describe, que el apoderamiento se efectúe "sin derecho y sin el consentimiento de la persona que puede disponer de ella (de la cosa) con arreglo a la ley". Una valoración es, pues, preciso e ineludible hacer para que la conducta descrita –apoderamiento de cosa mueble ajena- en dicho artículo adquiera signo o relevancia típica. Pero la frase "sin derecho y sin consentimiento, de la persona que puede disponer de ella (la cosa)" es notoriamente redundante, pues actuar sin el consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley, es uno de los casos en que se actúa "sin derecho" o antijurídicamente.

El ordenamiento jurídico otorga múltiples derechos al individuo, tanto en su simple condición de persona, como en atención a la profesión, cargo u oficio que desempeña, y regula al mismo tiempo el ejercicio de estos derechos en la forma que considera más adecuada para lograr la más perfecta vida en común.

En los delitos contra el patrimonio en donde con mayor alcance ejerce su influjo el consentimiento en la valoración de la conducta, pues los intereses que protegen en la casi totalidad de estos delitos, son derechos subjetivos individuales, esto es, bienes jurídicos en los que la voluntad de su titular es árbitro de la tutela. En el régimen de organización social que es marco cultural de nuestro ordenamiento vigente, se otorga al individuo plena libertad para conservar o desprenderse de su patrimonio. Juega aquí el consentimiento el papel descolante de la valoración de la conducta, pues, precisamente, de la existencia o inexistencia del consentimiento pende la matización de

aquella: acto jurídico que el Derecho regula o hecho antijurídico que el Derecho sanciona. Quien consiente en que otro tome un objeto de su patrimonio, efectúa un acto que el Derecho denomina donación; quien se apodera de un objeto sin el expresado consentimiento, realiza un hecho antijurídico que la ley penal cataloga como robo. La voluntad del individuo en la conservación de su patrimonio, condiciona, pues, el interés que el orden jurídico tutela.

La validez del consentimiento está condicionada a que se hubiera prestado antes o simultáneamente al apoderamiento mediante una inequívoca manifestación, expresa o tácita, de la voluntad del titular del bien jurídico. La creencia errónea del sujeto activo, de que tomaba la cosa con el consentimiento de la persona que podía disponer de ella con arreglo a la ley, sería intrascendente para legitimar el acto, pero tendría influjo en el juicio de reprochabilidad.

3.5 AUTONOMIA DEL DELITO DE ROBO.

La palabra autonomía, se equipara a independencia, a emancipación, es determinada como la libertad de gobernarse por sus propios estatutos.

Dentro de la clasificación de los delitos existe que estos pueden ser autónomos y accesorios; son autónomos los que tienen vida por sí mismos y accesorios los que dependen de otro delito para su existencia.

Por lo que se afirma que el delito de robo es autónomo, porque no precisa de otro delito para existir como tal, en otras palabras, el delito de robo tiene vida por si mismo.

Para el maestro PAVON VASCONCELOS el robo es, además, un delito unisubsistente, ya que la aprehensión de la cosa que implica colocarla en la esfera del poder del ladrón, es una acción que permite, por su esencia, el fraccionamiento en varios actos, sino que por sí sola (único acto) expresa en el plano subjetivo la voluntad criminal. "Grave error es, a nuestro juicio, afirmar el carácter plurisubsistente del delito en atención a la pluralidad de los actos precedentes de la acción, tales como la fractura de puertas y ventanas para penetrar al lugar donde se encuentra el objeto material, cuyo apoderamiento se trata de llevar a cabo. No se da al delito ese carácter, a virtud de la simple pluralidad de actos en que se puede descomponer el proceso ejecutivo. La naturaleza plurisubsistente de un delito surge de la posibilidad de fraccionar la acción típica constitutiva y desde ese particular punto de vista es un delito unisubsistente". (49)

De esta forma se le llama delito unisubsistente al que consta de un solo hecho y delito plurisubsistente al que se integra solamente cuando concurren varios hechos, que naturalmente separados no constituyen delito, en tanto que en el complejo o compuesto, se integra con la fusión de varias figuras delictivas.

(49) CARDENAS, Raúl F. Derecho Penal Mexicano. Del Robo, 2ª edición. México. Editorial Porrúa, 1982.p. 165.

Sin embargo, el delito de robo en su comisión admite la posibilidad de actividades fraccionadas y también del intercrimínis, (cuyo aspecto analizaremos a continuación), como a pesar de que el robo es también un delito monosubjetivo, admite la posibilidad de que varios autores.

La tentativa es un momento del intercrimínis, que se ubica entre los actos preparatorios y la consumación, que cierra el camino del delito. En el robo, se puede presentar la tentativa inacabada, la acabada o frustración y la tentativa imposible o delito imposible, así como el desistimiento. La inacabada se dará cuando queriendo cometer el robo, exista un comienzo de ejecución y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del mismo. Y la tentativa imposible o delito imposible, cuando queriendo cometer el delito y existiendo un comienzo de ejecución o una total ejecución, no se consuma el robo los medios no son idóneos, originándose el aspecto negativo de la tipicidad. (50)

Por ser el robo un delito material o de resultado, es configurable la tentativa siempre que el sujeto activo realice actos directamente encaminados a apoderarse de la cosa, ya sea removiéndola del lugar en que la tiene colocada su poseedor, ya sea sustrayéndola de su esfera de vigilancia en los casos que el sujeto activo tenga contacto físico con ella por razones de dependencia, trabajo o vida social.

La consumación. El estudio de esta etapa del intercriminis se encuentra ya desarrollado cuando se trató el elemento objetivo de este delito de robo: el apoderamiento, precisamente porque al realizarse éste se consuma el delito.

Una etapa posterior a la consumación, es el agotamiento del delito; momento posterior que puede presentarse en el delito de robo. A decir por PORTE PETTIT, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que "suelen confundirse los dos momentos enunciados, no obstante que el Código Penal del Distrito Federal, resuelve el problema al estimar consumado el robo, desde que el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa, lo que implica lógicamente, que realizó la actividad típica de la figura o apoderamiento, y por consecuencia, si el agente devuelve o es desapoderado de parte del botín, no atempera su responsabilidad, supuesto que el valor de las cosas se toma al momento de la consumación y no al instante de disposición o agotamiento del delito desde el aspecto personal del agente; situación última que es diferente para los fines represivos". (51)

3.6 AGRAVANTES DEL DELITO DE ROBO.

Estas se encuentran contenidas en el artículo 290 del Código Penal para el Estado de México, que la letra dice:

"son circunstancias que agravan la penalidad en el delito de robo

(51) Idem.

y se sancionarán además de las penas señaladas en el artículo anterior con las siguientes:

I Cuando se cometa con violencia...

La violencia física consiste en la utilización de la fuerza material por el sujeto activo sobre el sujeto pasivo; y la violencia moral consiste en la utilización de amagos, amenazas o cualquier tipo de intimidación que el sujeto activo realice sobre el sujeto pasivo, para causarle en su persona o en sus bienes, males graves o se realice en desventaja numérica sobre el sujeto pasivo. Igualmente se considera violencia la que se utiliza el sujeto activo sobre la persona o personas distintas del sujeto pasivo o sobre sus bienes, con el propósito de consumar el delito o la que se realice después de ejecutado éste, para propiciarse la fuga o quedarse con lo robado;

II Cuando se cometa en el interior de casa habitación o en el interior de un vehículo particular, se impondrán de seis a doce años de prisión y de uno a tres veces el valor de lo robado, sin que exceda de mil días multa.

Se comprende dentro de la denominación casa habitación, el aposento, cualquier dependencia de ella y las móviles cualesquiera que sea el material con el que estén construidas;

III Cuando se cometa en el interior de casa habitación o en el interior de un vehículo particular y se utilice en su ejecución la violencia,...

IV Cuando por motivo del robo se causare la muerte...

V Cuando se cometa el robo de un vehículo automotor, de una o más de las partes que lo conforman o de la mercancía transportada a

bordo de aquél... sin perjuicio, en su caso, de la agravante a que se refiere la fracción I de este artículo.

VI Cuando se cometa aprovechando la falta de vigilancia o la confusión ocasionado por un siniestro o un desorden de cualquier tipo,

Si se comete por elementos pertenecientes a una corporación de auxilio, socorro u organismos similares o por miembros de alguna corporación policiaca, además de la pena anterior, se agregarán de dos a cuatro años de prisión y destitución del cargo e inhabilitación por veinte años para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos.

VII Cuando lo cometa un dependiente o un doméstico contra su patrón, algún miembro de su familia, huésped o su invitado, en cualquier parte que lo cometa...

Se entiende por doméstico, aquél que sirva a otro y viva o no en la casa de éste, por un salario, estipendio o emolumento;

VIII Cuando el huésped o comensal o alguno de su familia o de los domésticos que lo acompañen, lo cometan en la casa donde reciban hospedaje, acogida o agasajo...

IX Cuando lo cometa el anfitrión o alguno de sus familiares en la casa del primero, contra su huésped o domésticos o contra cualquier persona invitada o acompañantes de éste...

X Cuando lo cometan los trabajadores encargados de empresas o establecimientos comerciales, en los lugares en que presten sus servicios al público, o en los bienes de los huéspedes o clientes...

XI Cuando se cometa por los obreros, artesanos o discípulos, en la casa, taller o escuela, en que igualmente trabajen, estudien o en la habitación, oficina o bodega u otros sitios a los que tengan libre entrada por el carácter indicado...

XII Cuando el robo recaiga en expedientes o documentos de protocolo, oficina o archivos públicos o en documentos que contengan obligación, liberación o transmisión de deberes que obren en expediente judicial... Si el delito lo comete el servidor público de la dependencia en que se encuentre el expediente o documento, se le impondrá además destitución definitiva e inhabilitación por veinte años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos; y

XIII Cuando el robo se cometa en lugar cerrado, ... Se entenderá por lugar cerrado, cualquier recinto notoriamente aislado del espacio circundante al que el activo no tenga libre acceso, independientemente que se encuentren abiertas las puertas o rotos los muros.

Si en los actos mencionados participa algún servidor público que tenga a su cargo funciones de prevención, persecución, sanción del delito o de ejecución de penas...

Y en el artículo 292 del mismo ordenamiento legal, que a la letra dice:

"Se equipara al delito de robo y se sancionará en los siguientes términos, al que sabiendo su procedencia ilícita:

I Desmantele uno o más vehículos robados, enajene o trafique conjunta o separadamente las partes que lo conforman;

II Enajene o trafique de cualquier manera con uno o más vehículos robados;

III Detente, posea, custodia, altere o modifique de cualquier manera la documentación que acredite la propiedad o los medios de identificación originales de algún o algunos vehículos robados.

IV Traslade el o los vehículos robados a otra entidad federativa o al extranjero;

V Utilice el o los vehículos robados en la comisión de otro u otros delitos; y

VI Utilice el o los vehículos robados en la prestación de un servicio público o actividad oficial.

Si en los actos mencionados participa algún servidor público que tenga a su cargo funciones de prevención, persecución, sanción del delito o de ejecución de penas...

De igual forma el Código Penal vigente para el Estado de México, en su artículo 293 nos señala las circunstancias en las que el delito de robo no es punible, señalando:

I Cuando sin emplear la violencia, alguien se apodera por una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento;

II Cuando el valor de lo robado no exceda de veinte veces el salario mínimo vigente en la zona económica en donde se cometió, se restituya el bien espontáneamente por el sujeto activo, se paguen los daños y perjuicios ocasionados, no se ejecute con alguna de las circunstancias a que se refieren las fracciones II a V del artículo 290 de este Código y aún no tome conocimiento del delito la autoridad;

III Cuando se cometa por un ascendiente en contra de su descendiente o viceversa, por un cónyuge contra el otro, por el concubinario contra la concubina o viceversa o por el adoptante contra el adoptado o viceversa; y

IV Si se prueba la buena fe de su tenencia o propiedad del vehículo del que se trate, la buena fe se demostrará cuando en la documentación de propiedad se establezca la fecha de adquisición y el precio de su transmisión, el nombre, el domicilio y el número de identificación del vendedor con los datos de su credencial de elector o pasaporte.

83-A

CAPITULO IV

**DEROGACION DEL ARTICULO 291 DEL
CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.**

CAPITULO IV DEROGACION DEL ARTICULO 291 DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

4.1 ANALISIS DEL ARTICULO 287 DEL CODIGO PENAL.

El artículo 287 del Código Penal vigente para el Estado de México nos dice:

“Comete el delito de robo, el que se apodera de un bien ajeno mueble, sin derecho y sin el consentimiento de la persona que puede disponer de él, conforme a la ley.

El robo estará consumado desde el momento en que el ladrón tiene en su poder el bien, aún cuando después lo abandone o lo desapoderen de él.

Para estimar la cuantía del robo, se atenderá únicamente el valor intrínseco del objeto del apoderamiento.

Para efectos de este capítulo, se entiende, por salario mínimo diario, el que se encuentre vigente en la zona económica, al momento de cometerse el delito”.

De lo que se desprende que dicho ordenamiento legal, describe todos y cada uno de los elementos que tipifican el delito de robo que

hemos analizado en el capítulo anterior. Señalando brevemente a cada uno de ellos:

- a) El apoderamiento en el robo es la acción por la cual el agente activo del delito toma la cosa que no tenía, privando así del objeto a su propietario o legítimo poseedor. La aprehensión de la cosa es directa cuando el ladrón utiliza sus propios órganos corporales para tomarla; es indirecta cuando utiliza medios desviados para ingresarla a su poder, como empleo de terceros, instrumentos mecánicos de aprehensión, etc.
- b) Cosa, son objeto del delito de robo todas las cosas corporales susceptibles de ser removidas materialmente por el hombre del lugar en que se encuentran.
- c) Mueble. son objeto material del delito de robo todas las cosas corporales susceptibles de ser removidas materialmente del lugar en que se encuentran.
- d) Ajena. Es la que no pertenecē al sujeto activo. Denota esta expresión que ha de pertenecer a un patrimonio del que es titular una persona extraña al sujeto activo del delito.
- e) Sin el derecho o consentimiento de la persona que pueda disponer de él. La mención es innecesaria puesto que la antijuricidad es integrante general de todos los delitos. No será

robo el apoderamiento no consentido de cosas ajenas, pero con derecho, por ejemplo: en virtud de un secuestro legal. (52)

Puntualizando que el robo estará consumado desde el momento en que el sujeto activo del delito se apodera del bien, aún cuando después lo abandone o lo desapoderen de él. Como se aprecia en ningún momento este ordenamiento legal tiene como presupuesto o elemento esencial del delito el ánimo o la intención con la que ha actuado el agente, sólo requiere que se cumplan con todos y cada uno de los requisitos que ha expresado para que el delito se encuentre integrado.

Nos refiere que para estimar la cuantía del robo, se atenderá únicamente el valor intrínseco de la cosa robada, esto es para señalar la medida de la penalidad, por lo que el precio afectivo, el de estimación, no lo toma para nada en cuenta la ley, siéndole completamente indiferente la impresión dolorosa que haga la víctima con la pérdida de un objeto amado y ese daño moral que puede ser de gran intensidad, no aumenta la responsabilidad del acusado.

Para el señalamiento de la sanción, debe considerarse el valor intrínseco de la cosa, es decir el valor real de la cosa. Por lo que consideramos que la ley pretende evitar al referirse al valor intrínseco, es que los objetos robados, se valúen de acuerdo con la estimación que por motivos personales puedan tener para su propietario, pero su

(52) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado, 8ª edición. México. Editorial Porrúa, 1987. p. 471.

valor normal de adquisición, es su valor intrínseco. Es de importante cuestión resolver el momento en que debe considerarse el valor de lo robado. Es evidente que este momento debe ser aquél en que se cometió el delito de robo, o sea, el preciso momento en que se llevo a cabo la consumación, se deberá considerar como el real valor de la cosa, no el anterior o posterior, sino su exacto precio en el momento del apoderamiento, que en los proceso deberá ser fijado por los peritos.

Tomando en cuenta estos elementos que se encuentran en nuestra Ley Penal, se cumple pues, con los requisitos que la doctrina exige para la integración del delito de robo.

4.2 ANALISIS DEL ARTICULO 291 DEL CODIGO PENAL.

Por lo que respecta el artículo 291 del Código Penal vigente para el Estado de México, señala:

“Al que se apodere de un bien ajeno mueble, sin el consentimiento del dueño o legítimo poseedor, con carácter temporal y no para apropiárselo o venderlo y lo restituya espontáneamente antes de que la autoridad tome conocimiento, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión.”

Desprendiéndose de lo anterior de la existencia de una marcada contradicción de este ordenamiento legal con el artículo 287 en cuanto a uno de los elementos esenciales para tipificar el delito de robo,

refiriéndonos concretamente al elemento "apoderamiento", ¿porqué decimos esto?, la respuesta es sencilla y lógica, en primer lugar el artículo 291 empieza diciendo: "al que se apodere..." esto es "APODERARSE" (como ya lo hemos visto) de alguna cosa ajena significa "ponerla bajo su poder" y para la configuración del delito de robo se precisa que la cosa este previamente en posesión ajena, esto es, en poder de otra persona, elemento de indiscutible significación jurídica, pero el mismo artículo termina diciendo. "...y lo restituya espontáneamente..." lo cual significa devolver una cosa a quien pertenecía, llevándonos a la siguiente pregunta: ¿cómo acreditar el delito de robo si la cosa u objeto del delito se encuentra bajo la esfera de posesión o en poder de su legítimo propietario? Ya que si bien es cierto que el segundo párrafo del artículo 287 señala textualmente: "El robo estará consumado desde el momento en que el ladrón tiene en su poder el bien, aún cuando después lo abandone o lo desapoderen de él", hipótesis que sin duda podría aplicarse al presente caso, pero también es cierto que no señala ni en forma directa o indirecta como elemento esencial del delito el ánimo con que el agente ha realizado su conducta, consistiendo la contradicción precisamente al hablar primero de un "apoderamiento" y posteriormente de una "restitución". De igual forma nos señala que dicho apoderamiento ha de ser: "...de un bien ajeno mueble, sin el consentimiento del legítimo dueño o poseedor..." elementos que encuadran perfectamente al delito de robo.

Es importante subrayar la precisión del concepto "apoderamiento", verbo rector que matiza la acción ejecutiva en el

robo, e integra el núcleo del tipo, tiene especial relevancia en nuestro sistema jurídico pues en su definición encontramos el elemento finalista y es la base para determinar si una conducta se adecúa o no al tipo descrito por la ley, a otro o es irrelevante. El verbo apoderar, no expresa una simple acción material, como acontece con otros delitos en relación a sus verbos definidores, sino que a la acción material, va íntimamente unido un elemento subjetivo finalista. (53)

En la definición del robo, que acepta nuestro Código, no está ausente, el elemento subjetivo, pues si bien no está específicamente expresado en ella, como en otras legislaciones, está contenido en el verbo mismo que expresa la esencia de la acción y que lo diferencia de las otras conductas antijurídicas, de carácter patrimonial, descritas en nuestro Código Penal.

Apoderar, es el verbo reflexivo que significa hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder. Y en este tenor de ideas, señalamos que en términos de nuestra legislación civil, es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho. Posee un derecho el que goza de él. Al ladrón no le interesa saber que al robar la cosa, adquiere de una forma o no la propiedad, lo que le interesa es ejercer un poder de hecho sobre la cosa que ha robado, disponer de ella como dueño, aún cuando no lo sea, sepa o no y ejerza actos de dominio sobre ella. Debe tener ese ánimo de gozar de

(53) CARDENAS, Raúl F. Derecho Penal Mexicano. Del Robo, 2ª edición. México. Editorial Porrúa. 1982. p. 104

la misma, de ejercer un derecho sobre ella, de hacerla entrar en su esfera de poder.

Este fin, este ánimo, este deseo de aprovechar la cosa, es el elemento subjetivo que está insito en el verbo rector del robo, apoderar.

Nos habla también del carácter temporal del apoderamiento, dejando en la más ambigua imprecisión y en la más profunda oscuridad la duración del uso que de la cosa el agente ha de hacer. Afirma que la cosa ha de ser tomada "con carácter temporal y no para apropiársela o venderla" es emplear una frase cargada de demasiada turbiedad. Esta ambigüedad está latente en la significación de la palabra "temporal", pues si este carácter asume todo aquello que debe ser entendido por temporal como es "dura por algún tiempo", "que pasa con el tiempo" o "que no es eterno", evidente es que dentro de este concepto entran también aquellos casos en que el agente toma la cosa con el fin de usarla durante un prolongado tiempo, es decir el apoderamiento de la cosa podría ser desde unos instantes, meses e incluso años.

Indicándonos también que debe tener el presupuesto "sin el animo de apropiárselo o venderlo", lo que nos lleva sin duda a lo que los tratadistas llaman ROBO DE USO, y que se caracteriza por el propósito del agente, que no es el de apropiarse de la cosa ajena de cual se apodera, como sucede en el robo genérico, sino hacer de la misma un uso determinado. FRANCISCO PAVON VASCONCELOS,

dice sobre el particular: "Se le llama robo de uso porque si bien en el caso concurren todos los elementos del robo genérico, no existe en su comisión especial ánimo o propósito de apropiarse de lo ajeno, es decir, de hacerlo ingresar ilícitamente en el dominio del infractor. Aquí el dolo se manifiesta en una forma menos intensa, menos perjudicial y revela disminuido afán de lucrar con lo ajeno; el agente se propone, no a la apropiación de la cosa para quedársela definitivamente o disponer de ella, sino a conservarla temporalmente; para emplear otra forma de expresión, el apoderamiento material de la cosa objeto del delito de robo, se efectúa desde un principio con el deseo de usarla y restituirla posteriormente. La finalidad perseguida no es de enriquecerse con la apropiación, sino utilizar temporalmente la cosa". (54)

De esta forma determinar el alcance y sentido del elemento subjetivo de antijuricidad que ha de presidir la acción ejecutiva en el delito de robo, esto es el de la frase "para apropiársela o venderla" como sinónima de *anumus lucrandi* que según una sólida tradición jurídica con la que estamos de acuerdo, concurre, con excepción del de daño en los bienes, en todos los delitos patrimoniales, en donde queda comprendido no sólo el provecho económico que de la cosa pudiera obtenerse, sino también el placer o el goce que al sujeto activo le proporcione la cosa robada.

Al hablar de la culpabilidad en el robo, expresamos que se requiere además del dolo genérico, un dolo específico consistente en

(54) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal, Parte Especial, Robo, Abuso de Confianza y Fraude, 4ª edición. México. Editorial Porrúa. 1977. p. 95.

el animus domine, en el ánimo o propósito del agente de disponer en su provecho de la cosa objeto del apoderamiento. Pues bien, en el robo de uso, el dolo específico consiste no en el propósito de "apropiársela o venderla", sino en el usarla o conservarla durante un tiempo determinado con intención de devolverla. En el robo de uso quedan reproducidos los elementos materiales del tipo básico del delito de robo, a excepción del propósito o finalidad que llevan al agente a remover la cosa, la cual imprime su huella en la propia conducta diferenciándola del apoderamiento, sin embargo como un desplazamiento temporario estrictamente naturalístico carecería de sentido ante el Derecho Penal, evidente que ha de estar presidido por una finalidad específica, esto es, por usar la cosa en beneficio propio, nuestra ley no hace mención alguna al animus utendi y se limita a subrayar la temporalidad del desplazamiento.

Aunque gramaticalmente los verbos "apoderar" y "tomar" tienen significados diversos, pues en tanto el primero lleva insita la específica intención de quien realiza la acción física, el segundo refiere simplemente al movimiento corporal traducido en la toma de la cosa, al afirmarse la identidad material del robo común con el robo de uso, no puede darse a ambos términos más contenido, objetivamente considerados, que el de la propia actividad voluntaria (acción) realizada sobre la cosa. En tal sentido puede afirmarse, como es común reconocerlo, que en ambos tipos se dan idénticos elementos materiales, llegándose a la diferenciación de ellos en cuanto se examina el elemento subjetivo que individualiza la acción típica constitutiva en dichos robos. El animo de usar la cosa, característico

del robo de uso, se encuentra ausente dentro de la estructura del robo genérico, pero de acuerdo con lo expresado, aquél adquiere necesariamente el carecer de tipo complementado, subordinado al básico y privilegiado en su tratamiento punitivo.

De esta forma PAVON VASCONCELOS nos dice que existe una identidad en cuanto a los elementos materiales constitutivos, entre el robo genérico y el de uso, considerando respecto a éste, lo siguiente:

- I Es un delito comisito (de acción) por no aceptar, su conformación típica, a la omisión como forma de expresión de la conducta.
- II En delito unisubsistente (de acto único) por la imposibilidad de fraccionar la acción en varios actos.
- III Su consumación es instantánea y tiene lugar al realizarse la acción configurativa del delito: en el momento mismo en que el sujeto toma la cosa con el concreto animo de usarla.
- IV Es un tipo complementado, pero al mismo tiempo subordinado al básico, de tratamiento privilegiado en razón de su penalidad atenuada. Es igualmente un tipo simple, de formulación libre y de lesión, pero conteniendo un elemento subjetivo, como lo es la concreta exigencia de la ley al propósito del agente de tomar la cosa con carácter temporal

"y no para apropiársela o venderla", puede calcificársele como tipo anormal en su estructura;

V En orden al sujeto activo y partiendo de la inexistencia de calidad específica exigida por el tipo, así como la innecesaria concurrencia de una pluralidad de personas en su comisión, lo consideramos como un delito de sujeto común o indiferente y monosubjetivo (de concurso eventual). Con relación al sujeto pasivo, el robo de uso puede ser personal o impersonal, según la lesión patrimonial recaiga en una persona física o en una persona moral o jurídica.

VI El objeto material de la tutela jurídica comprende, únicamente, cosas no fungibles, esto es, cosas cuyo uso no implique su consumación y requieran, por ello ser reemplazadas por otras de la misma especie, calidad y cantidad. Si el uso equivale al consumo de la cosa, queda excluida la posibilidad de la comisión de la figura privilegiada en el examen y se estará ante un robo genérico. No debe confundirse aquel extremo, sin embargo, con el simple deterioro o disminución sustancial de la cosa derivada de su uso normal, pues tomada en cuenta de esta circunstancia, la ley condena a pagar, al ofendido y como reparación del daño, el doble de alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada. (55)

Para nosotros, cuando el autor de la desposesión de la cosa haya tenido la intención de usurparla, las razones, cualesquiera que hayan sido, para hacerlo obrar son indiferentes, ya que es la substracción la que debe ser castigada, no su retención, punto que tiene importancia en la consumación del delito. Ejemplo es si el sujeto pasivo en el robo descubre al sujeto activo y le dice que va a denunciar los hechos y antes de que se presente ante la autoridad competente, en este caso el Ministerio Público, el activo restituye el bien con la finalidad de no ser sancionado por la autoridad. Ahora bien el animo de lucro ha quedado demostrado en el disfrute que ha hecho el sujeto activo del delito del bien del cual se ha apoderado, es decir si bien no tenía la intención de apropiárselo, si tenía contemplado en todo momento la intención de lucrar con dicho objeto, privando de esta manera, del uso y disfrute que de la cosa pudo haber hecho el legítimo propietario o poseedor del bien.

Finalmente habla del presupuesto "antes de que la autoridad tome conocimiento", haciendo válida la pregunta ¿cómo la autoridad va a imponer cualquier tipo de sanción, sino tiene conocimiento del hecho delictivo?; es decir, se tendría que realizar la restitución del bien antes de que se presente la denuncia respectiva, porque si existe por parte del sujeto activo la certeza de que ha sido descubierto en la comisión del robo por parte del sujeto pasivo y para evitar ser sancionado por la autoridad restituye de esta forma el bien que ha robado, de esta consecuencia (según este ordenamiento) ya no sería sancionado de igual forma que en el robo genérico, y podríamos decir de alguna forma que no existe ni existió tal apoderamiento, porque el

bien mueble (objeto material del robo) lo tiene en su dominio y en esfera de su posesión el propietario. Cabe señalar que la mayoría de las ocasiones que la gente ha sufrido un robo, está acude casi de manera inmediata a denunciar los hechos y de esta forma buscar el amparo y protección del Estado como ente jurídico, ya que ha sufrido el detrimento de su patrimonio, siendo el patrimonio uno de los bienes jurídicos tutelados que con toda fuerza debe proteger el Estado, y conservar de esta manera el orden social.

4.3 PROPUESTA.

Al analizar la ley sustantiva vigente para el Estado de México, nos encontramos con la circunstancia de que una de las atenuantes del delito de robo se encuentra establecida en el artículo 291, existiendo un claro antagonismo de este artículo con uno de los elementos que integran el delito de robo, ya que el artículo 287 señala como uno de los elementos esenciales del delito de robo el apoderamiento.

En el capítulo III se ha explicado cada uno de los elementos del delito de robo, elementos que son establecidos en el artículo 287 por la ley penal sustantiva.

En tal virtud, se debe tomar en cuenta que uno de los elementos esenciales de esta figura delictiva es dicho apoderamiento, y como se ha analizado la acción de apoderarse se consuma desde el momento en que el sujeto activo tiene en su poder la cosa robada, aún cuando

lo abandone o lo desapoderen de ella, estableciéndolo expresamente así el segundo párrafo del artículo 287

Pero el artículo 291 del mismo ordenamiento legal señala la existencia de una restitución del bien mueble, y como bien sabemos si no existe un elemento del tipo penal, en este caso del delito de robo refiriéndonos en concreto al "apoderamiento", y tomando en cuenta que la "cosa" nuevamente se encuentra en poder del legítimo propietario o poseedor existirá la atipicidad y en consecuencia la antijuricidad, considerando que es aquí donde se encuentra la oposición de los artículos en mención, ya que el artículo 287 nos define y nos delimita en forma precisa lo que es el delito de robo así como cada uno de los elementos que son esenciales para su existencia, y en el artículo 291 nuevamente se establecen dichos elementos y se aprecia lo que podría ser una atenuante para la conducta delictiva, pero para nuestro punto de vista esta no debe ser considerada como tal, porque independientemente de la restitución o no, el apoderamiento se ha consumado y el bien jurídico tutelado por la norma penal (que es el patrimonio y la posesión), ha sido lesionado, además sin ese elemento esencial (el apoderamiento) ya no se encuadra la integración de este delito, ya que la cosa objeto material del robo, se encuentra en la esfera de poder del pasivo. No vale alegar la falta de "ánimos" con la que ha actuado el sujeto activo como elemento del delito, por no encontrarse expresamente establecido por la ley.

Ahora bien, en la vida real y cotidiana es muy difícil (tal vez imposible) saber el ánimo con que una persona ha robado algún bien material mueble, si es con el de apropiarse de él o si tiene la intención únicamente de utilizarlo temporalmente, y una vez utilizado el bien, lo devuelva a su propietario. En este orden de ideas y tomando por cierto que el activo del delito únicamente utilice el bien y lo devuelva, de cualquier manera, ha cometido el delito de robo, independientemente del ánimo y circunstancias que haya motivado su conducta, y en consecuencia, debe ser sancionado de igual forma en que lo dispone la ley penal adjetiva para el supuesto del robo genérico. De esta forma debe ser castigada la conducta (el apoderamiento) y no la retención (con carácter temporal) ni el ánimo del agente (y no para apropiárselo o venderlo).

Ahora bien, si por el deseo nobilísimo y levantado de facilitar el arrepentimiento de los delincuentes (refiriéndonos al robo) es lo mismo que restituya lo robado cuando se encuentra preso y a disposición del juez, habiendo declarado ya, y aún mentido en su declaración, que cuando espontáneamente, sin coacción alguna y por un noble impulso busca al ofendido, y restituye el objeto robado, es decir si lo importante es la restitución del bien, entonces que se restituya en cualquier momento del proceso.

Y si la voluntad de la ley es acordar relevancia penal a estas conductas y sancionarlas con penas más leves que las establecidas para el robo genérico, consideramos necesario que en un precepto expreso (llámese artículo 291 del Código Penal para el Estado de

México), se estatuya dicha relevancia típica para que se emplee en él el verbo "tomar" que tiene una significación antijurídica más neutra que el de "apoderarse", la cual implica toda una serie de connotaciones jurídicas de más amplio alcance que se ha discutido en páginas anteriores.

Por lo que finalmente se propone que el artículo 291 del Código Penal vigente para el Estado de México, sea derogado por su nula aplicación en la vida jurídica y cotidiana; considerando que como actualmente se encuentra escrito es contrario a uno de los elementos esenciales del delito de robo como lo es el apoderamiento, refiriéndonos en concreto al supuesto "restitución", concluyendo que debe castigarse con la misma fuerza el llamado "robo de uso" que un robo generico o simple, y en consecuencia se protegerá a toda costa uno de los bienes jurídicos fundamentales para la supervivencia de la sociedad, como lo es la propiedad y la posesión.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El Derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria, siendo este un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado, para su debido cumplimiento.

SEGUNDA.- El Derecho Penal, es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social.

TERCERA.- La única fuente del Derecho Penal es la Ley, esto se encuentra fundamentado en el artículo 14 constitucional erige en suprema prohibición la de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, en los juicios del orden criminal, pena alguna que no éste decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En consecuencia, no hay delito ni pena sin ley y es la ley la fuente única de nuestro Derecho Penal, protegiendo al delincuente el no ser sancionado por acciones diversas de aquellas que la ley establece y con penas diferentes.

CUARTA.- El delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, 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 dañoso.

QUINTA.- El hombre es único sujeto activo del delito, porque él se encuentra con la capacidad y voluntad de hacer o dejar hacer, y de esta forma puede, infringir el ordenamiento jurídico penal de un determinado tiempo y lugar.

SEXTA.- El robo es el apoderamiento de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella conforme a la ley, elementos contenidos en el artículo 287 del Código Penal vigente para el Estado de México.

SEPTIMA.- El bien jurídico tutelado en el delito de robo es la propiedad y la posesión, siendo la posesión el medio para llegar a la sesión de la propiedad.

OCTAVA.- El robo es un delito doloso, ya que la intención del sujeto activo desde su concepción, hasta la consumación del robo, es la de apropiarse de un bien ajeno mueble, del que no tiene derecho y sin el consentimiento de su legítimo poseedor o propietario, independientemente de su intención.

NOVENA.- El artículo 291 del Código Penal vigente para el Estado de México, contiene los elementos esenciales del robo, con el supuesto "restitución espontánea", con una penalidad atenuada, considerando que en este tipo de robo debe ser castigada la conducta (el apoderamiento) y no la retención (con carácter temporal) ni el ánimo del agente (y no para apropiárselo o venderlo).

DECIMA.- Existe una contradisposición en los artículos 287 y 291 del Código Penal para el Estado de México, mientras en el primero nos señala los elementos del robo, en el segundo nos habla de una "restitución", dejando sin efecto al elemento "apoderamiento", considerando entonces se estatuya dicha relevancia típica para que se emplee en él el verbo "tomar" que tiene una significación antijurídica más neutra que el de "apoderarse", la cual implica toda una serie de connotaciones jurídicas de más amplio alcance.

UNDECIMA.- Debe derogarse el artículo 291 del Código Penal para el Estado de México, considerando que como actualmente se encuentra escrito es contrario a uno de los elementos esenciales del delito de robo como lo es el apoderamiento, refiriéndonos en concreto al supuesto "restitución", lo que implica una penalidad menos severa, concluyendo que debe castigarse con la misma fuerza el llamado "robo de uso" que un robo genérico o simple.

BIBLIOGRAFIA.

- ❖ CARDENAS, Raúl F. Derecho Penal Mexicano Del Robo. 2ª edición. México. Editorial Porrúa, 1982. 289 pp.
- ❖ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl; CARRANCA Y RIVAS, Raúl; Código Penal Anotado. 10ª edición. México. Editorial Porrúa, 1983. 1029 pp.
- ❖ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl; CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General. 20ª edición. México. Editorial Porrúa, 1999. 982 pp.
- ❖ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 40ª edición. México. Editorial Porrúa, 1999. 363 pp.
- ❖ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 16ª edición. México. Editorial Porrúa. 1997. 886 pp.
- ❖ DIAZ ARANDA, Enrique. Dolo. México. Editorial Porrúa, 2000. 270 pp.
- ❖ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Federal de Procedimientos Penales Comentado. 2ª edición. México. Editorial Porrúa. 1989. 808 pp.
- ❖ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Penal Federal Comentarios. México. Editorial Porrúa, 1994. 647 pp.
- ❖ D'ORS, J.A. Derecho Privado Romano. 7ª edición. Pamplona. Ediciones Universidad Navarra, 1989. 635 pp.
- ❖ FLORIS MARGADANTS, Guillermo. El Derecho Privado Romano. 6ª edición. México. Editorial Esfinge, 1975. 530 pp.
- ❖ GARCIA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 45ª edición. México. Editorial Porrúa, 1993. 444 pp.
- ❖ GARCIA RAMIREZ, Sergio; ADATO DE IBARRA, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. 8ª edición. México. Editorial Porrúa, 1999. 865 pp.
- ❖ GARCIA RAMIREZ, Sergio; ADATO DE IBARRA, Victoria. Derecho Procesal Mexicano. 3ª edición. México. Editorial Porrúa, 1980. 654 pp.
- ❖ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. 8ª edición. México. Editorial Porrúa, 1987. 529 pp.

- ❖ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 29ª edición. México. Editorial Porrúa, 1997. 473 pp.
- ❖ JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano Volumen I. 3ª edición. México. Editorial Porrúa, 1980. 534 pp.
- ❖ OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa. 9ª edición. México. Editorial Porrúa, 1989. 636 pp.
- ❖ PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo. Abuso de Confianza y Fraude. 4ª edición. México. Editorial Porrúa, 1977. 254 pp.
- ❖ PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. 14ª edición. México. Editorial Porrúa, 1999. 1127 pp.
- ❖ PORTE PETIT CANDALAP, Celestino. Robo Simple. 2ª edición. México. Editorial Porrúa, 1989. 248 pp.
- ❖ REYES ECHANDIA, Alfonso. Imputabilidad. 4ª edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 1989. 236 pp.
- ❖ REYNOSO DAVILA, Roberto. Teoría General del Delito. 2ª edición. México. Editorial Porrúa, 1997. 362 pp.
- ❖ VARGAS ALVARADO, Gilberto y PAVON VASCONCELOS, Francisco. Derecho penal Mexicano. Parte Especial. 4ª edición. México. Editorial Porrúa, 1998. 397 pp.
- ❖ ZAMORA JIMENEZ, Arturo. Cuerpo del Delito y Tipo Penal. México. Angel Editor. 2000. 191 pp.

LEGISLACION CONSULTADA.

- ❖ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tercera Edición. México. Editorial Oxford, 2000.
- ❖ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México. México. editorial Emahaua, 1999.
- ❖ Código Penal Federal. México. Editorial Delma, 1999.
- ❖ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 3ª edición. México. Editorial Delma, 1999.
- ❖ Código Penal para el Estado de México. México. Editorial SISTA, 2002.
- ❖ Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México. México. Editorial SISTA, 2002.
- ❖ Ley Orgánica de la procuraduría General de Justicia del Estado de México.