



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ACATLÁN**

**“EL TIPO COMPLEMENTADO CUALIFICADO DE ROBO  
POR TENENCIA PRECARIA”.**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:**

**LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**

**IVÁN CARRANZA GÓMEZ**

**ASESOR: LIC. RODRIGO RINCÓN MARTÍNEZ**

**ACATLÁN, EDO. DE MÉXICO.**

**MARZO 2006**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# INDICE.

PAG.

<b>INTRODUCCIÓN.</b> -----	<b>1</b>
----------------------------	----------

## **CAPITULO I.**

### **ANTECEDENTES HISTORICO LEGISLATIVO DEL TIPO DE ROBO.**

1. Roma.-----	<b>3</b>
2. España.-----	<b>6</b>
3. Legislativo.-----	<b>10</b>
3.1. El robo en el Código Penal de 1871.-----	<b>13</b>
3.2. El robo en el Código Penal de 1929.-----	<b>16</b>
3.3. El robo en el Código Penal de 1931.-----	<b>18</b>
3.4. El robo en el Código Penal de 2002.-----	<b>22</b>

## **CAPITULO II.**

### **ELEMENTOS DEL TIPO DE ROBO.**

1. Concepto de tipo penal.-----	<b>25</b>
2. Elementos del tipo penal en general.-----	<b>31</b>
2.1. Elementos Objetivos.-----	<b>35</b>
2.1.1. Concepto.-----	<b>35</b>
2.2. Elementos Subjetivos.-----	<b>37</b>
2.2.1. Concepto.-----	<b>37</b>
2.3. Elementos Normativos.-----	<b>38</b>
2.3.1. Concepto.-----	<b>38</b>
3. Los tipos complementados de robo del artículo 223 del nuevo ordenamiento sustantivo penal.-----	<b>40</b>
4. Elementos del tipo de robo simple según el artículo 220 del código penal para el distrito federal.-----	<b>44</b>
4.1. Descripción delictiva del robo.-----	<b>44</b>
4.2. Elemento objetivo.-----	<b>45</b>
4.3. Elemento subjetivo.-----	<b>47</b>
4.4. Elemento normativo.-----	<b>48</b>

## **CAPITULO III.**

### **ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE ROBO.**

1. Regulación del robo en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal.-----	<b>55</b>
3. Clasificación del delito.-----	<b>55</b>
4. Conducta y su ausencia.-----	<b>58</b>
5. Tipicidad y atipicidad.-----	<b>63</b>
6. Antijuridicidad y causas de justificación.-----	<b>69</b>
7. Imputabilidad e inimputabilidad.-----	<b>85</b>
8. Culpabilidad e Inculpabilidad.-----	<b>89</b>
9. Punibilidad y causas absolutorias.-----	<b>100</b>
10. Condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia.-----	<b>104</b>

**Capítulo IV.**

**ANÁLISIS DEL TIPO COMPLEMENTARIO AGRAVADO  
DE ROBO DE LA FRACCIÓN IV DEL NUMERAL 223.**

1.	Similitudes entre los delitos de robo y el de abuso de confianza-----	<b>105</b>
2.	Posesión, tenencia y tenencia precaria en los delitos patrimoniales.-----	<b>109</b>
3.	Calificativa o abuso de confianza.-----	<b>120</b>
4.	Comentarios a criterios jurisprudenciales de la S.C.J.N.-----	<b>121</b>
5.	Algunas propuestas de reforma legislativa en torno al robo.-----	<b>125</b>
6.	Opinión en torno a la calificativa prevista en la fracción IV del artículo 223 del nuevo Código Penal..-----	<b>127</b>

<b>V. CONCLUSIONES.</b> -----	<b>129</b>
-------------------------------	------------

<b>VI. BIBLOGRAFIA.</b> -----	<b>131</b>
-------------------------------	------------

## INTRODUCCIÓN.

La presente investigación tiene por objeto realizar un estudio analítico referente a los delitos patrimoniales de robo y abuso de confianza para diferenciarlos en lo que hace a la nueva calificativa de robo por tenencia precaria y el tipo fundamental de abuso de confianza que están previstos en la fracción IV del artículo 223 y 227 respectivamente, del nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

La investigación inicia realizando un vademécum de los antecedentes del robo empezando en el Derecho Romano con el llamado *furtum*; luego con su desarrollo en el Derecho Penal Español, diferenciándolo con el hurto, así como su desarrollo legislativo en el derecho penal mexicano, desde sus inicios con el llamado Código Penal de Martínez de Castro (1871), continuando con el Código Penal de 1929 o de Almaraz y el de 1931, sucesivamente, así como su nueva forma de regulación y su separación del delito de encubrimiento dentro del nuevo ordenamiento penal para el Distrito Federal vigente a partir del 12 de noviembre del 2002, con sus últimas reformas al 13 de mayo del 2003.

El segundo capítulo trata sobre la diferenciación entre tipo penal o tipo del injusto y tipicidad, así también examina los elementos del tipo penal dentro de los que desarrollaremos los elementos objetivos (susceptibles de ser conocidos por los sentidos), elementos subjetivos (que se encuentran en el *psique* del sujeto activo) y los elementos normativos (que son susceptibles de ser valorados jurídica o culturalmente), los cuales estudiaremos brevemente dentro de las teorías casualista y finalista; continúa la investigación con las calificativas que contempla el nuevo artículo 223 del ordenamiento penal para el Distrito Federal vigente, para seguir con el análisis del tipo básico de robo según la descripción que prevé el numeral 220 de ese nuevo Código, conforme a sus elementos objetivos, subjetivos y normativos.

Se hace un estudio dogmático del delito de robo en el capítulo tercero, estudiándose la nueva regulación del tipo de robo en el nuevo Código Penal en relación a sus elementos positivos y negativos de acuerdo a la teoría del delito: la conducta, acción, omisión y comisión por omisión u omisión impropia voluntarias y su ausencia; la imputabilidad, que sabemos es la capacidad de culpabilidad del activo del delito, e inimputabilidad, incluyendo las acciones libres en su causa; prosiguiendo con el concepto unitario de derecho relativo a la antijuridicidad y las causas de justificación que contempla el artículo 29 del nuevo ordenamiento penal, haciendo hincapié en la diferenciación de injusto y antijuridicidad, extendiendo este estudio con el análisis de la tipicidad que sostiene su firmeza en el principio de legalidad "*nullum crimen sine lege*" y su aspecto negativo, la atipicidad; así mismo, analizaremos el juicio de reproche fundado en la exigibilidad de una conducta que sea apegada a derecho, que se traduce en el elemento positivo de la culpabilidad y su aspecto negativo, que contempla la Teoría de los Elementos Negativos del Delito, la inculpabilidad; y para terminar, la punibilidad en donde se

estudiarán las condiciones objetivas de punibilidad, que son las que fundamentan la pena y las excusas absolutorias que excluyen la pena.

En el cuarto y último capítulo se estudia la problemática que originó esta investigación, consistente en establecer un criterio lógico-jurídico que diversifique el robo por tenencia precaria y el tipo fundamental de abuso de confianza, previstos en el nuevo ordenamiento penal para el Distrito Federal, pues pareciera ilógico calificar al robo en tenencia precaria cuando existe el delito de abuso de confianza que exige la tenencia de la cosa como su presupuesto para la disposición indebida, ya que si pensamos en tenencia sería imposible la existencia del “sin consentimiento” (elemento descriptivo fundamental del tipo del injusto de robo), en este orden de ideas, la tenencia lleva intrínseco el consentimiento, por lo que en la adecuación típica más bien recaería en el tipo del injusto de abuso de confianza aparentemente. Bajo esta premisa, en este capítulo nos ocuparemos de las similitudes existentes entre estos delitos patrimoniales (debemos recordar que en Roma, en la Ley de la XII tablas, se comprendía el delito ahora llamado abuso de confianza dentro del robo por tener el elemento común de ataque lucrativo a la propiedad); estudiaremos las diferencias existentes entre la posesión, tenencia y tenencia precaria, que no son conceptos sinónimos, al menos la precariedad, continuando la investigación con la exposición de un criterio personal sobre el particular motivado por la misma investigación; Después analizaremos tesis aisladas y criterios jurisprudenciales relativos a la discusión sobre la aplicación en casos concretos del tipo fundamental de abuso de confianza o del tipo complementado de robo por tenencia precaria; y para finalizar propondremos algunas reformas legislativas tendientes a evitar la confusión del robo por tenencia precaria con el abuso de confianza.

# CAPITULO I.

## ANTECEDENTES HISTORICO LEGISLATIVO DEL TIPO DE ROBO.

### 1. ROMA

En la Roma antigua desde sus inicios se contemplo el delito de robo y hurto dentro de la figura del “*furtum*”, el cual tiene distintas acepciones como lo expresa Roberto Reynoso: “...No existió unanimidad entre los jurisperitos romanos acerca de la etimología de la voz *furtum* pues mientras algunos, como Paulo, la hacían provenir de *fraus* (fraude), otros, como Labeón, creían que procedía de *furvus* (negro), que significa propiamente lo que se hace en la oscuridad, ya para indicar la oscuridad de que se rodea el ladrón, ya para indicar que los robos suelen cometerse de noche. Otros consideran que hurto deriva de *furtum*, de *furare* y de *ferre* o *aufferre*, llevarse algo. Entre los tratadistas modernos, Puglia cree que deriva de la raíz griega *fer*; expresando idéntica idea, que significa quitar. La voz *furtum* tenía, al principio, un contenido amplísimo, pues comprendía no sólo el hurto propiamente dicho, sino el robo, la usurpación y la estafa. Posteriormente fueron apareciendo otras diferencias, iniciándose al mismo tiempo un proceso de desintegración en virtud del cual se desgajaban del título primitivo nuevas entidades delictivas. La distinción entre el hurto y el robo, como delitos *sui generis*, arranca del Derecho romano imperial...”<sup>1</sup>

Este termino se refería en si mismo al delito de robo y hurto, en la Roma antigua lo catalogaban de dos formas el *furtum* flagrante y el *furtum* no flagrante, en la mayoría de las épocas antiguas y en la sociedad romana se castigaban en forma excesiva y bárbara los delitos, y de mayor forma se hacia con el delito de robo cuando se detenía al activo en flagrancia, lo cuales tenían como pena la esclavitud e incluso la muerte (empalamiento, depilación, etc).

Francesco Carrara nos da la definición de hurto, como: "la contrectación dolosa, de una cosa ajena, hecha contra la voluntad de su dueño (invito domino), y con intención de lucrar con ella".<sup>2</sup>

En este mismo sentido, Maggiore señala que el hurto "...consiste en el hecho de quien se apodera de cosas muebles ajenas, sustrayéndolas al que las retiene con el fin de sacar provecho ellas para si o para otros..."<sup>3</sup>

Reynoso Davila explica que: “...En los años de 451 y 450 a. de J.C. fueron designados diez patricios (*Decemviri legibus scribendis*), quienes elaboraron la Ley de las XII Tablas (*Lex duodecim tabularum*) y en la que aparece la distinción entre *furtum manifestum*, o flagrante, y *furtum nec manifestum*; cuando el ladrón era

---

<sup>1</sup> Reynoso Davila, Roberto, DELITOS PATRIMONIALES, Edit., Porrúa, México, 1999, pp., 12, 13.

<sup>2</sup> López Betancourt, Eduardo, DELITOS EN PARTICULAR, Editorial Porrúa, México, 1988, p., 255.

<sup>3</sup> Ibidem, p.255.

sorprendido *infraganti*, era severamente castigado, con la esclavitud para el hombre libre y a los esclavos precipitándolos desde una roca (*praecipitatio a saxo*), y el segundo, el no manifiesto, con la pena del duplo...”<sup>4</sup>

La diferencia del castigo que se tenía previsto para una y otra figura era demasiado incongruentes para el delito de *furtum manifiesto* y *furtum no manifiesto*, de aquí Montesquieu explicó la mayor severidad con la que los romanos penaban el hurto manifiesto, con relación al no manifiesto. Viendo en ello un remedio de las leyes de Licurgo, que únicamente castigaban al ladrón que se había dejado sorprender robando para que los niños de Esparta, al adiestrarse en hurtar, aprendieran a ser astutos y rápidos.

Por el contrario, Theodor Mommsen estimaba que la razón de tal diferencia en las penas de uno y otro tipo de hurto yacía en la conveniencia de impedir la venganza privada de la víctima del robo al encontrarse con el ladrón, pues se fundaba en el mayor peligro que suponía para el robado que tenía que defenderse del ladrón.

La rapiña, o sea el robo con violencia sobre las personas, se contrapone al hurto simple, así como el arrebatarse una cosa a la fuerza y abiertamente (*rapere vi et palam*), se contrapone a la sustracción clandestina y oculta (*contrectare clam et occulte*). Al principio fue considerada como un simple *delictum privatum*

José Sánchez Arcilla al citar a Vizcaíno refiere la diferencia radical de la rapiña y el hurto, pues expresa: “..Las palabras de Vizcaíno son, en mi opinión, muy expresivas pues nos dan la clave para entender el proceso de asimilación que se había producido entre el *furtum* y la rapiña romanos. Si la acción esencial del *furtum* era la sustracción de una cosa mueble del *dominio* de una persona sin el consentimiento de ésta, dicha conducta coincidía en esencia con la *rapina* –figura intermedia, recuérdese, entre el hurto y las fuerzas-, por tanto, no había motivos para considerados dos crímenes distintos, ya que el segundo -el robo o *rapina*- era perfectamente reconducible a la figura del hurto. Hurto y robo, de esta manera, en un proceso de simplificación -si se quiere, de vulgarización- quedaron homologados en un nivel vulgar de conocimiento del derecho, pero no confundidos, al ser considerado el robo una subespecie del hurto o, como dirá ya a finales del siglo XVIII Vizcaíno, un "hurto qualificado”...”<sup>5</sup>

Únicamente bajo el Imperio, apareció el hurto como figura delictiva autónoma. Entonces se delineó, en toda su pureza ontológica, el delito de hurto, según la áurea definición de Paulo: *Furtum est contrectatio fraudulosa rei alienae, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, veletiam usus ejus possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittiere* (Hurto es la sustracción fraudulenta de una cosa ajena, con el fin de lucrarse, o con la cosa misma, o con su uso o posesión, hechos que

---

<sup>4</sup> Ob cit., p.12.

<sup>5</sup> Sánchez-Arcilla Bernal, José, ROBO Y HURTO EN LA CIUDAD DE MEXICO A FINES DEL SIGLO XVIII, Revista Cuadernos de Historia del Derecho, numero 8, Madrid, España, 2001 pp., 65, 66.; Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

nos prohíbe admitir la ley natural).

Humberto Barrera Domínguez considera que: "...respecto a la definición romana del hurto, dentro del alcance de la *contrectatio* quedan abarcados los siguientes casos:

- a) El *furtum rei*, el cual tenía lugar cuando con ánimo de apropiación, el agente disponía de las cosas ajenas.
- b) El *furtum usus*, en el cual quien tenía un derecho sobre la cosa, extralimitaba el ejercicio de tal derecho, pero sin ánimo de apropiación, o apropiación indebida del uso (la que realizaba el agente en la cosa que ya estaba en su poder).
- e) El *furtum possessionis*, el cual se cometía por el mismo propietario del bien, cuando lesionaba los derechos que otro tenía sobre la misma cosa, o desposesión que el propio dueño del bien hacía a quien, con derecho, retenía la cosa..."<sup>6</sup>

Por ello, sigue diciendo Barrera Domínguez, que se dé a la *contrectatio* de la definición romana el alcance de manejo fraudulento, haciéndolo consistir en actos de sustracción y de apropiación indebida.

De esta forma en la Roma Antigua se tenía considerado el delito de robo, el cual no estaba bien definido, pues se confundido con un fraude o abuso de confianza, además de que su sanción era demasiado inhumana, sin siquiera pensarse en una readaptación por su comisión.

---

<sup>6</sup> Humberto Barrera Rodríguez citado por Roberto Reynoso Davila, ob cit., p., 14.

## 2. ESPAÑA

El Derecho Penal español se fue forjando con base en la evolución del Derecho romano y en las ideas de la moral escolástica de los siglos XVI y XVII, donde en sus inicios el Derecho Penal español sobresalía un derecho penal primitivo que vislumbraba un sistema penal represivo con penas inusitadas y represivas, como el predominio de la venganza privada, en donde no diferenciaba el robo y hurto, en los cuales los ofendidos se hacían justicia a su manera; posteriormente aparecieron las Partidas (conjunto de leyes relativas a varias ramas del Derecho) de las cuales se hizo un conjunto de modificaciones para el surgimiento del santo oficio creado por los reyes católicos.

Cándido Conde-Pumpido<sup>7</sup> al respecto indica: “Las Partidas, con la 7ª dedicada al Derecho penal, simbolizan la recepción del Derecho romano, pero solo tuvieron una aplicación parcial y supletoria, pese a lo que, por su espíritu avanzado para la época, gozaron de la preferencia de los juristas prácticos de la Edad Moderna. En esta fueron promulgadas una serie de leyes para resolver necesidades concretas y circunstanciales de represión. Los reyes Católicos crean la Santa Hermandad, que jugó un importante papel en la pacificación del Reino. El Santo Oficio va a ocuparse de los crímenes de herejía y a colaborar con la política de expulsión de los disidentes –judíos y moriscos- que intentaban, en un error histórico, mantener la unidad de la ortodoxia católica de todos los españoles.” En esta época precodificadora llamada también de la “venganza divina” donde reinaban en su tiempo Carlos I y Felipe II, este último que dictó su Ley que castigaba con pena capital a quien robara en el término de la Corte y cinco leguas de su rastro y distrito, cualquiera que fuera la cantidad, ley que tuvo terribles excesos en otros países con monarquía absoluta.

Desde principios del siglo XIX en la España antigua, empieza el desarrollo de la codificación, con los siguientes Códigos Penales:

Código Penal de 1822. Al iniciarse el siglo XIX surge el primer *Código Penal Español*, que le da origen básicamente la Constitución de 1812, como dice Rodríguez Devesa, respecto a este ordenamiento: “hay mucho de original y que en una serie de extremos importantes ha prejuzgado la evolución posterior, por ejemplo, la denominación misma del Código Penal, frente al término francés de «criminal», la consignación de una definición legal del *delito* como acto doloso diferenciado de *la culpa* o acto imprudente el que, anticipando ideas modernas, sólo se pena en los casos previstos en la Ley; el castigo de la conspiración y proposición, que desde entonces va a distinguir el sentido autoritario o progresista de los Códigos (se castiga en todo caso en los primeros y sólo para los delitos políticos los segundos); el tratamiento del encubrimiento y receptación como formas de participación criminal; se introducen los catálogos de atenuantes y agravantes genéricas típicos de nuestro derecho; el abono de prisión preventiva y la inclusión de la responsabilidad civil derivada del delito. En algunos puntos su

---

<sup>7</sup> Conde-Pumpido Ferreira, Cándido, DERECHO PENAL, Edit., Colex, Madrid, España, 1990, p., 51.

modernidad es superior a los que lo sucedieron: así, en la indemnización prevista para las víctimas inocentes de errores judiciales.”<sup>8</sup>

Código Penal de 1848. El 19 de marzo 1848 surge otro Código Penal el cual contempla al tipo de robo con fuerza en las personas independiente del robo simple, esta diferenciación deviene de la distinción de robo y hurto que los romanos como ya vimos lo diferenciaban por esta circunstancia, respecto a este ordenamiento Rodríguez Devesa nos dice: “En muchos puntos importantes sigue el Código su propia línea. Por ejemplo, en el tratamiento de los delitos culposos, con la famosa cláusula general de castigo de la imprudencia que se conservará hasta nuestros días; el tratamiento del asesinato y del robo con fuerza en las cosas como delitos independientes, por no mencionar otros muchos que le dan una fisonomía propia.”<sup>9</sup>

Código Penal de 1870. Con la revolución en 1868 sobrevienen nuevos órganos políticos que llevan en sus ideales la más amplia concepción de derechos individuales por lo que se hizo proyecto de iniciativa de ley que contenía estos intereses que se aprobó hasta 1870, este código fue el que estuvo más tiempo vigente por la abolición de la república y la promulgación de la Constitución de 1876.

Código Penal de 1928. En el año de 1926 se encarga la comisión codificadora presidiada por Cuello Calón, que redacte un proyecto de nueva edición del Código Penal, introduciendo en él una serie de reformas, por lo que no se pensaba en aquel momento en un nuevo código penal, pero así fue, el nuevo Código empezó a regir el 1º de Enero de 1929, al referirse a este Código Penal Conde-Pumpido F. explica: “El Código presenta, al lado de defectos más copioso de lo que sería menester, indiscutibles progresos como la definición de delito continuado. La responsabilidad de las personas jurídicas y el encubrimiento, que se pena como delito distinto y la formulación de ciertos delitos de peligro, son materias en las que se ha anticipado a la legislación posterior. Adopto también una terminología más actual: así, clasificaba las eximentes en causas de inimputabilidad y justificación.”<sup>10</sup>

Este ordenamiento reúne a la clasificación del delito por su duración la de delito continuado que se origina por los llamados robos hormigas, los cuales son un conjunto de robos consumados que se dan con unidad de propósito entre otros requisitos, así también reluce la figura de encubrimiento que llegaba a confundirse con el robo, es decir, posesión de lo robado.

Código Penal de 1932. La segunda República se proclama el 14 de abril de 1931. Al día siguiente el Gobierno provisional declaró «sin ningún valor ni efecto el titulado Código Penal de 1928», y restableció el Código de 1870 en tanto no se publicara el nuevo Código. La subcomisión fue presidida por Jiménez de Asúa,

---

<sup>8</sup> Rodríguez Devesa. Citado por Cándido Conde-Pumpido Ferreira, Ob cit., p., 53.

<sup>9</sup> Ibidem, p., 54

<sup>10</sup> Ob. cit., p., 56.

quien también defendió el dictamen. Comenzó a regir el texto articulado el 1º de diciembre de 1932, el cual se limitó a actualizar el anterior código de 1870, el cual entre otras, suprimió la pena de muerte para los robos considerados graves.

Código Penal de 1963. Después de la entrada en vigor del código de 1932 empezaron a surgir conflictos del civiles en vías de un nuevo régimen, declaratorios del estado de guerra, los cuales sustrajeron a la legislación común un conjunto de delitos, los cuales se convirtieron por asimilación en rebelión militar, por lo que se dio una legislación especial en el año de 1944 *“por decreto el código penal texto refundido de 1944”*, la imposición de este decreto al vapor con un conjunto de leyes especiales que con posterioridad fueron necesarias crear para cubrir las deficiencias del texto refundido de 1944, dio la pauta a los legisladores de culminar con la aprobación en diciembre de 1961 de unas Bases de reforma del Código Penal que previa esas situaciones, que se desarrollan en 1963.

Dentro de este ordenamiento en los delitos patrimoniales, el tipo de robo queda tal cual lo previa el Código de 1932 y solo se introduce el delito de cheque en descubierto.

Reforma de 1980. El Gobierno nombró en abril de 1978, a la Comisión General de Codificación, una Ponencia especial compuesta de dos Catedráticos, un Magistrado y un Fiscal, ambos del Tribunal Supremo (Rodríguez Mourullo, Gimbernat., Díaz Palos y Conde-Pumpido Ferreiro). En marzo de 1979 fue entregado al Gobierno el texto del Anteproyecto, el cual, con algunas reformas introducidas a instancias de las distintos Departamentos Ministeriales, y que, por cierto, más que mejorar rebajaron la armonía del texto, fue presentado a las Cortes a finales de 1979 y publicado como Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal el 17 de enero de 1980.

Este Anteproyecto en los delitos patrimoniales cambia el título referente a estos, que en los Códigos anteriores siempre se denominó “los delitos contra el patrimonio”, y en ese nuevo código de forma errónea nombro como “delitos contra la propiedad” ya que como es sabido el bien jurídicamente tutelado en estos tipos penales no solo es el patrimonio, si no también es la legítima posesión que tiene una persona de un bien, como es el caso del despojo.

La Propuesta de Anteproyecto de 1983. El Partido socialista había prestado gran atención al Proyecto de 1980 y presentado en las Cortes un buen número de enmiendas al mismo. Con esa base, llegados al Gobierno, se nombra una nueva Ponencia, que prepara una “Propuesta de Anteproyecto de Código Penal”, que somete a la opinión pública en 1983, el cual dentro de su estructura como ya es clásico en los códigos españoles se distribuye en tres libros que contienen 604 artículos, Dentro del libro segundo “Delitos y sus Penas” se encuentra en penúltima posición el título de los delitos contra la propiedad, al referirse Conde-Pumpido a las reformas patrimoniales para diferenciarlo del proyecto de 1980, del que fue parte fundadora dice: “Las reformas respecto este título de la parte

especial de este ordenamiento, pretendieron atemperar las penas y, suprimida la pena de prisión, acomodar las restantes a la actual sensibilidad de la sociedad y a las modernas tesis penitenciarias sobre la inutilidad de las penas prolongadas de prisión.”<sup>11</sup>

La reforma parcial de 1983 bien pronto mostró su insuficiencia para acomodar el Código penal a la evolución de la sociedad española, acelerada por el cambio democrático. Ello, unido al retraso en promulgar un nuevo Código Penal moderno y congruente con los valores sociales emergentes, provocó el continuismo de las modificaciones parciales que se fueron dando hasta 1989 las cuales se unieron dentro de un código Penal Español, surgiendo así el Código Penal que rige hasta nuestros días en España, el Código Penal del 23 de noviembre de 1995 que contiene sus últimas reformas del 29 de septiembre del 2003, el cual al igual que todos los Códigos Españoles contempla en su título XIII de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, y hace la diferenciación de los delitos de hurto y robo que desde los romanos como se ha venido estudiando radicaba en el uso de la violencia, así en su numeral 234 respecto **a los hurtos** nos dice este ordenamiento sustantivo español : “...*El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, si la cuantía de lo sustraído excede de cincuenta mil pesetas....*”<sup>12</sup> y en relación **al robo** este ordenamiento penal prevé: “...*Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas....*”<sup>13</sup>, como podemos ver estos tipos básicos de hurto y robo tiene elementos descriptivos relacionados que lo único que los diferencia es la violencia física o moral, que en el delito de hurto no la exige y en el robo si la exige, diferencia que si contemplo en México por lo menos en la época cortesiana, en el siglo XIII como más adelante lo estudiaremos.

---

<sup>11</sup> Ob.cit, p., 61

<sup>12</sup> Código Penal Español, [www.Vlex.com-mx](http://www.Vlex.com-mx).

<sup>13</sup> *ibidem.*, [www.Vlex.com-mx](http://www.Vlex.com-mx).

### 3. LEGISLATIVO.

El Derecho Penal Mexicano en sus primeras leyes penales (hasta 1857) se caracterizó en aquella época con el régimen represivo basado en una verdadera anarquía en cuanto a las disposiciones de fondo.

*Carranca y Trujillo* al estudiar el Derecho Penal precortesiano explico "...Se ha dicho que en lo penal, la historia de México comienza con la Conquista pues todo lo anterior, protohistoria y prehistoria, esta por descubrir todavía. O los pueblos indígenas nada tenían en materia penal, lo que parece imposible, si lo que tenían nada les quedo después de la conquista fue borrado y suplantado por la legislación colonial, tan rica."<sup>14</sup>

Como lo aprecia el autor la comprobación de un Derecho Penal en la nueva España es de difícil demostración y no sabemos si existieron estos ordenamientos de antaño, los hallan destruido los españoles al imponerse sobre los indígenas.

*Carranca*<sup>15</sup> explicaba que uno de los ordenamientos penales más importantes de la etapa precortesiana era el Código Penal de Nezahualcoyotl, el cual respecto a delitos patrimoniales excusaba el robo por hambre siendo menor de diez años, contemplaba una excluyente por estado de necesidad: robar espigas de maíz por hambre, como pena en el robo se imponía ser arrastrado por las calles y después ahorcado, también vigente las leyes de los tlaxcaltecas que contemplaban la pena de muerte para el ladrón de joyas, los mayas castigaban, el robo de cosa que no podía ser devuelta con esclavitud.

Como podemos ver lo que se puede afirmar respecto el Derecho Penal de los pueblos indígenas en la época precortesiana, era un sistema represivo de los delitos con penas muy severas, crueles y desiguales.

Ya dentro de la época colonial se llevo a cabo la aplicación del derecho penal español al territorio de la nueva España, aplicaban las leyes del reino de Castilla en supletoriedad de los ordenamientos españoles impuestos, de entre las cuales sobresalían entre otras como lo explica el profesor Carranca y Rivas que dice: "las partidas, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación,... atribuidas a Don Joaquín Velásquez de León, las Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de minería de la Nueva España y de su tribunal (1783) ...contiene disposiciones penales especiales. Se sanciona en ellas el hurto de metales y se le equipara el hecho de que el barretero *-extraviase la labor dexando respaldado el metal o lo ocultare de otra manera maliciosamente-*... procediendo *-la imposición de pena ordinaria, mutilación de miembro u otra que sea corporis afflictiva-*".

El Español historiador de Derecho profesor Sánchez-Arcilla Bernal<sup>16</sup> dentro de su trabajo investigativo "*Robo y hurto en la ciudad de México a fines del siglo XVIII*" refiere uno de los antecedentes primarios de lo que puedo ser el robo en la etapa

---

<sup>14</sup> Carranca y Trujillo, Raúl, DERECHO PENAL MEXICANO, Edit., Porrúa, México, 1988, p., 112.

<sup>15</sup> Ibidem, pp. 112-115.

<sup>16</sup> Ob. cit., pp., 43-108.

de la conquista basándose en los libros de Reos que en palabras del autor explica: “Se trata de ocho libros que se venían conservando en el Archivo Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de la Republica Mexicana y que, según noticias recientes, han pasado a los fondos del Archivo General de la Nación. Los libros abarcan los años de 1794 a 1798 y, desafortunadamente, no están todos completos. Proceden cuatro de ellos del corregidor de la ciudad, los que denomino LRCO 1794, LRCO 1795, LRCO 1796 y LRCO 1798; tres de alcaldes ordinarios de la misma: LRAO 1795, LRAO 1796 y LRAO 1798; y, por último, un libro un tanto ambiguo que, aun perteneciendo a la jurisdicción del corregidor, al ser consignado en el los reos detenidos en las rondas nocturnas de la ciudad, he estimado oportuno denominarle RONDA 1798 para distinguirlos del LRCO 1798 y del LRAO 1798”<sup>17</sup>, esta fuente que aunque no esta completa, arroja datos verosímiles de lo que fue el delito de robo y hurto en aquella época cortesiana ya que existen muy poca información respecto a este periodo, al analizar estos datos dentro de los libros de reos lo primero que nos llama la atención es el escaso numero de asientos consignados relativos a robos y hurtos, que son de trescientos diez asientos en relación con los más de tres mil quinientos que ocupa la embriaguez, esto presupone que los robos y hurtos apenas suponen un 4.40% respecto de la totalidad de los Libros de reos que son de siete mil treinta y tres, además en la antigua Tenochtitlán a finales del siglo XVIII era la más poblada de la Nueva España con una población censada en 1790 que ascendía a 112,926 habitantes<sup>18</sup>, lo que daría sobre esa cifra el porcentaje de hurtos y robos respecto el total de la población estaría aproximadamente en un 12%, situación que dice que en aquella época no era un problema el delito patrimonial relativo al robo y hurto, ya que estaban controlados con las penas tan desequilibradas y trascendentales que se imponían; por otro lado debemos decir que dentro de los ordenamientos penales que se aplicaban en la Nueva España no se hacia una distinción clara de lo que significaba el robo y el hurto, -como ahora lo hace el Código Penal Español- ya que dentro de muchas de estas ordenanzas se hacia referencia sinónima de los dos tipos como es el caso de “*Los Formularios de causas criminales de la Nueva España*” que por ejemplo al definir -ladrón sacrílego- dice: “Es el que hurta cosa sagrada, y se prueba como los demás hurtos, y solo se distinguen en el los sujetos robados”.<sup>19</sup> Como podemos ver en esta época no se diferenciaban los delitos de robo y huerto a pesar que dentro del derecho romano se hizo una clara diferenciación de las dos figuras.

Jiménez de Asúa<sup>20</sup> refiere que el primer antecedente legislativo en México fueron los constituyentes de 1857, con los legisladores de 4 de diciembre de 1860 y de 14 de diciembre de 1864, quienes sentaron las bases del derecho mexicano, al subrayar la urgencia codificadora que califico de ardua el Presidente Gómez

---

<sup>17</sup> Ibidem, pp., 45 y 46.

<sup>18</sup> Estado General de la Población de México, año 1790, Archivo General de la Nación, impresos oficiales, vol., 51, exp., 48, citado por José Sánchez-Arcilla Bernal, Ibidem. p. 47.

<sup>19</sup> Ibidem, p., 67.

<sup>20</sup> Jiménez de Asúa, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL, Edit, Losada, Tomo I, Buenos Aires. Argentina, 1950, p., 1241.

Farías, así mismo menciona que el Estado de Veracruz fue el primero que llegó a poner en vigor sus Códigos Propios Penal y de Procedimientos, por lo que merece alabanzas su principal realizador Fernando J. Corona.

Dentro de los antecedentes legislativos penales del robo en los Estados Unidos Mexicanos, es necesario estudiar los Códigos penales que estuvieron vigentes en su época los cuales son: el primer Código Penal de 1871, el Código Penal de 1929, el Código Penal de 1931 y el nuevo Código Penal para el Distrito Federal del 2002, los cuales iremos estudiando más adelante.

### 3.1. EL ROBO EN EL CODIGO PENAL DE 1871.

Este ordenamiento penal también conocido como el Código Penal de Martínez de Castro, ya que en 1867 Don Antonio Martínez de Castro procedió a presidir la Comisión redactora del que sería el primer Código Penal Federal Mexicano.

El profesor Jiménez de Asúa refiere respecto a este ordenamiento que: "la nueva comisión quedo designada el 28 de septiembre de 1868, integrándola Martínez de Castro –que fue el presidente-, José Maria Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona... pudieron presentar su obra a las cámaras, que aprobaron y promulgaron el *Código Penal del 7 de Diciembre de 1871*, para comenzarse a regir el primero de abril de 1872 en el Distrito Federal y el territorio de Baja California... Este Código tomo como modelo el Código Penal de 1850 y su reforma de 1870... Como su arquetipo español, el Código de 1870 está admirablemente redactado. Su principal defecto es la extensión: consta de 1152 artículos."<sup>21</sup>

Carranca y Trujillo respecto a este Código Penal Federal expresó que: "La fundamentación clásica del código se percibe claramente. Conjuga la justicia absoluta y la utilidad social. Establece como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad (art. 3,1. fr. 1). Cataloga rigurosamente las atenuantes y las agravantes (arts. 39 a 47). Dándoles valor progresivo matemático. Reconoce excepcional y limitadísimamente el arbitrio judicial (arts. 66 y 231), señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la ley (arts. 37. 69 Y 230). La pena se caracteriza por su nota afflictiva, tiene carácter retributivo, y se acepta la de muerte (art. 92, fr. X) y, para la de prisión se organiza el sistema celular (art. 130). No obstante se reconocen algunas medidas preventivas y correccionales (art. 94). Por último se formula una tabla de probabilidades de vida para los efectos de la reparación del daño por homicidio (art. 325).

Dos novedades importantes representa, sin embargo, el c. p. para su tiempo. La una lo fue el "delito intentado"; *"es el que llega hasta el último acto en que debería realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible o porque evidentemente son inadecuados los medios que se emplean"* (art. 25); grado que el legislador hizo intermedio entre el conato (ejecución inconsumada, art. 19) y el delito frustrado (ejecución consumada, pero que no logra el resultado propuesto, art. 26). y que certera y expresamente justificó Martínez de Castro con la diferente peligrosidad acreditada. La otra novedad consistió en la "libertad preparatoria"; *"la que con calidad de revocable y con las restricciones que expresan los artículos siguientes se concede a los reos que por su buena conducta se hacen acreedores a esa gracia, en los casos de los artículos 74 Y 75, para otorgarles después la libertad definitiva"* (art. 98). La institución de la libertad preparatoria constituyó, para su tiempo, un notable progreso, recogido después por la legislación europea a través del Proyecto suizo

---

<sup>21</sup> Ibidem, p. 1242.

de Carlos Stoos (1892), al que es aplaudida esa originalidad que en realidad corresponde a Martínez de Castro, pues significa tanto como la sentencia relativamente indeterminada.”<sup>22</sup>

Este primer Ordenamiento Penal Federal tenía previsto el delito de robo en su libro tercero: "De los delitos en Particular", el cual lo dividía en su Título I y los capítulos siguientes:

- I. Robo. Reglas Generales: Artículos 368-375.
- II. Robo sin violencia: Artículos 376-397.
- III. Robo con violencia a las personas: Artículos 398-404.<sup>23</sup>

Como se puede apreciar del este ordenamiento penal (Código de 1871) se observa, que el texto original en los capítulos II y III, se refieren respectivamente al "robo *sin* violencia" y al "robo *con* violencia a las personas", que desde este primer momento la comisión redactora presidida por Martínez de Castro tomo la decisión de utilizar únicamente la denominación de robo, sin distinguirlo del hurto, como ya lo hacían otros ordenamientos como el Código Penal Español de 1870 que fue el modelo de este ordenamiento nacional, por esto Demetrio Sodi refiere: "... que no hay congruencia entre el término "robo", adoptado por el Código Penal de 1871 y su *Exposición de Motivos*, precisando dicho autor: "La ley, queriendo romper con la tradición del Derecho romano, se aparta de la distinción que existía entre la rapiña, el hurto; el latrocinio y el estelionato; sin embargo, ¿por qué la Comisión que formó nuestro Código, dice en la parte expositiva del mismo, que queriendo acomodarse al lenguaje común, en el cual no se conoce la distinción legal entre hurto y robo, desechó de estas denominaciones *la segunda*, admitiendo únicamente la primera? Si no hay un error de imprenta o una equivocación en el lugar que ocupan las palabras «hurto» y «robo», no comprendemos la afirmación hecha por la Comisión, toda vez que el artículo 368 prescinde del antiguo concepto del hurto, y se limita a decirnos lo que es un robo, que más adelante puntualiza y clasifica la ley en robo simple y en robo con violencia", agregando: "Si el robo se caracterizaba por la violencia, por la fuerza, y el hurto por la astucia, el Código, al castigar el robo con determinada pena cuando no es violento, y al aumentar la penalidad cuando concurre esta circunstancia, bien sea violencia física o moral, suprime la distinción de que venimos hablando, y no es verdad, como se asienta en la parte expositiva, que nuestra ley prescinda de la denominación de robo, admitiendo únicamente la de hurto.

Entre nosotros no hay hurtos; no hay más que robos sin violencia o robos con violencia, bien sean rateros, en lugar cerrado, en casa habitada, en campo abierto, etc. Las acciones de hurto manifiesto y de rapiña, el latrocinio, que revela el hábito delictuoso y el estelionato, que presupone el fraude, y el engaño, son objeto de estudio a título de curiosidad, pero sin aplicación práctica, sirviéndonos tan sólo para precisar la naturaleza del delito de robo, tal como lo tenemos formulado en

---

<sup>22</sup> Ob cit., pp., 126, 127.

<sup>23</sup> Porte Petit Candaudap, Celestino. ROBO SIMPLE, TIPO FUNDAMENTAL, SIMPLE O BASICO Editorial Porrúa. México 1986. p. 1.

nuestra ley penal..."<sup>24</sup>

El numeral 368 de este ordenamiento penal de 1871 describe el tipo básico de robo, a la letra: "...**Artículo. 368.**- Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho, y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".<sup>25</sup> y respecto a su consumación actualiza la teoría del tocamiento (de la contretacion o contrectatio romana) en su numeral 370 que dice: "...**Artículo 370.**-Para la imposición de la pena se da por consumado el robo, al momento en que el ladrón tiene en sus manos la cosa robada; aun cuando lo desapoderen de ella antes de que la lleve a otra parte, o la abandone."<sup>26</sup> Este primer ordenamiento penal Federal tuvo vigencia hasta el día 15 de diciembre de 1929, fecha en que entraron en vigor reformas.

---

<sup>24</sup> Demetrio Sodi citado por Porte Petit Candaudap, ibidem, pp. 2 y 3.

<sup>25</sup> Ibidem, p., 178.

<sup>26</sup> Ibidem, p., 178.

### 3.2. EL ROBO EN EL CODIGO PENAL DE 1929.

El Código Penal de 1929 que tuvo como su creador principal al licenciado José Almaraz, que en su momento expreso: "...es *un código transitorio y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas...*"<sup>27</sup>. A este código se le conoce también como el código penal de Almaraz aunque Luis Chico Goerne lo termino en conjunto con el, al principio en el año de 1912 se propuso la iniciativa para crear este ordenamiento, que Carranca y Trujillo explico: "...la comisión presidida por el licenciado don Miguel S. Macedo. La comisión "tomó como base de su labor respetar los principios generales del código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones y limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones, cuya bondad se pueda estimar ya aquilatada y cuya admisión es exigida por el estado social del país al presente -tales son, por ejemplo, la condena condicional, la protección a la propiedad de energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso- y a enmendar las obscuridades las incoherencias, las contradicciones, aunque sólo sean aparentes y los vicios que han podido notarse en el texto del código, por más que no afecten a su sistema". Modesta labor de revisión con miras a corregir erratas, a aclarar obscuridades, a modernizar lo anticuado... Los trabajos de la comisión revisora no recibieron la consagración legislativa *por* su inactualidad y porque las convulsiones internas del país llevaron a los gobiernos a atender a preocupaciones de más notoria urgencia y valía. La revolución, abanderada con las reivindicaciones populares, con las libertades efectivas, con la igualdad social y económica, luchó hasta dominar a las clases poseedoras del poder, imponiéndoles el Estatuto de 1917..."<sup>28</sup>

Así debido al momento revolucionario en que vivía la sociedad mexicana no fue posible terminar con esta iniciativa penal de 1912, y fue hasta el año de 1925 cuando fueron designadas nuevas comisiones revisoras que hasta el año de 1929 concluyeron sus trabajos, promulgándose el código penal de esa fecha, como Carranca y Trujillo lo refiere: "...El Presidente Portes Gil, en uso de facultades que al efecto le confirió el Congreso de la Unión por Decreto del 9 de febrero de 1929, expidió el c. p. de 30 de septiembre de 1929, para entrar en vigor el 15 de diciembre del mismo año (art. trans.). Se trata de un código de 1,233 arts. de los que 5 son transitorios. Buena parte de su articulado procede del anteproyecto para el Estado de Veracruz, que fue promulgado como Código Penal hasta junio 10, 1932... Muy al contrario del c. p. 1871, el de 1929 padece de graves deficiencias de redacción y estructura, de constantes reenvíos, de duplicidad de conceptos y hasta de contradicciones flagrantes, todo lo cual dificultó su aplicación práctica."<sup>29</sup>

En el Código Penal de 1929, el delito de robo esta previsto en el Libro Segundo, "De la reparación del daño"; Título Vigésimo "Delitos contra la propiedad"; Capítulo I, "Del robo en general"; Capítulo II, "Del robo sin violencia"; y, Capítulo III, "Del

---

<sup>27</sup> José Almaraz. Citado por Jiménez de Asúa. ob. cit., p.1244.

<sup>28</sup> Ob. cit., p. 127.

<sup>29</sup> Ibidem., p. 128.

robo con violencia", de los artículos 1112 al 1143".<sup>30</sup>

Este ordenamiento penal agrupó al delito de robo en el Libro Segundo, a diferencia del Código de 1871, que lo hizo en el Libro Tercero, "De los delitos en particular". Es singular esta división, ya que el Código de 1929 únicamente contenía dos Libros: el Primero, "Principios generales, reglas sobre responsabilidades y sanciones"; y el segundo, "De la reparación del daño". Sin embargo, el título que ampara al delito en estudio conservó el nombre exactamente igual al Código de 1871. Así también la legislación de 1929, mantuvo la división del Código de 1871 en robo en general; robo con violencia; y robo sin violencia.

El Código Penal de 1921, definió al *robo en general* como:

**"Artículo 1112.-** Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".<sup>31</sup>

Definición que es idéntica de la del Código de 1871, respecto al momento de consumación del delito; como ya lo indicamos previamente, en el Código de 1871 se tenía por consumado el delito cuando el ladrón tiene en sus manos la cosa robada de conformidad con la teoría del tocamiento, situación que resulta imprecisa, pues de tener una cosa en las manos no significa que el indiciado tenga el poder de hecho sobre la cosa mueble, y mucho menos la finalidad de apoderarse de dicha cosa; sin embargo, este Código Penal de 1929, nos resolvió esta postura errónea, pues estableció que se consuma cuando el activo del delito tiene en su poder la cosa, es decir, la posesión de esta, en el entendido de que a desapoderado al legitimado para poseerla, en términos del artículo 1,114 que a la letra decía: "...Artículo 1,114.- Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento, en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella"<sup>32</sup>

Eduardo López Bentacourt al estudiar las diferencias del delito de robo respecto a los Códigos Penales de 1871 y 1929 respectivamente hace énfasis en el tipo complementado de robo entre cónyuges, manifestando: "...A diferencia de la legislación de 1871 este Código establece respecto al robo entre cónyuges, que no vivan bajo el régimen de comunidad de bienes; y en relación al robo de una ascendiente contra su descendiente o de éste contra aquel, se sancionará el robo únicamente a petición de parte ofendida y si a este delito acompaña, precede o sigue algún otro hecho que constituya un delito, se sancionará éste únicamente (artículo 1118)... . También este código va a distinguir entre la violencia física y la moral, exactamente igual que el Código 1871..."<sup>33</sup>, este ordenamiento penal tuvo vigencia hasta el año de 1931.

---

<sup>30</sup> Código Penal Federal de 1929. Trascrito por Celestino Porte Petit Candadudap., ob cit., pp., 205-210.

<sup>31</sup> Ibidem., p., 205.

<sup>32</sup> Idem., p., 205.

<sup>33</sup> López Betacourt, Eduardo, DELITOS EN PARTICULAR, Editorial Porrúa, México, 1988, p., 258.

### 3.3.- EL ROBO EN EL CODIGO PENAL DE 1931.

Este ordenamiento penal en materia del fuero común y de toda la republica en materia federal, entró en vigor el 13 de agosto de 1931, tan solo dos años después del Código penal de 1929, este acontecimiento determinó el fracaso del anterior Código Penal, donde el mismo Portes Gil, nombró una comisión para revisar lo legislado, de los integrantes de esta comisión nos habla Jiménez de Asúa al tomar datos del Boletín de la Secretaría de Gobernación explica: "...correspondiente, al 13 de junio de 1930, tomamos los datos que siguen: "De conformidad, con el acuerdo presidencial fecha 2 de los corrientes, la Comisión Revisora de los Códigos Penal y de Procedimientos Penales quedó integrada por nueve miembros de los cuales cinco, que corresponden a un representante de la Secretaria de Gobernación, a uno de la Procuraduría General de la República, otro de la Procuración General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, el del Tribunal Superior del Distrito, el de los Jueces Correccionales y de las Cortes Penales, forman el cuerpo técnico redactor de la propia Comisión, en la que tienen voz y voto. El otro representante de la Secretaria de Gobernación, así como el del Consejo Supremo de Defensa, el de la Comisión que formuló el Código penal en vigor (el de 1929) y el de los Abogados postulantes, son considerados como comisionados de información y solo tienen voz en las deliberaciones..., finalmente la Comisión redactora quedo integrada por los siguientes juristas, por la Secretaría de Gobernación, Lic. José Ángel Ceniceros; por la Procuraduría General de la República, Lic. José López Lira; por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Lic. Alfonso Teja Zabre (Presidente); por la Procuraduría del Distrito Federal, Lic. Luis Garrido; por los Jueces, Lic. Ernesto G. Garza..., Entre los demás miembros de la Comisión, cuyo número se amplió, figuraron: don Carlos L. Ángeles, Magistrado del Tribunal Superior, don José Ma. Ortiz Tirado, del mismo Tribunal; don Alberto R. Vela y don Rafael Matos Escobedo, Jueces de Corte Penal; don Francisco González de la Vega, Juez entonces y profesor de nuestra materia hoy; Emilio Pardo Aspe y Luis Chico Goerne, como miembro de la Comisión que compuso el Código de 1929..."<sup>34</sup>

El Código Penal de 1931 se integro de 407 artículos para sus dos libros, la parte general, la parte especial y transitorios, tiene un articulado más leve y conciso en su contenido, en comparación de los anteriores códigos penales (1871 y 1929), lo que nos dice que este código penal reveló un cuidado excesivo en el estilo legislativo para corregir errores técnicos y contradicciones en que habían incurrido anteriores legisladores.

Este Código penal desde su entrada en vigor tenia previsto al robo de forma idéntica que el Código Penal de 1871 y 1929, así al igual que el de 1929 dominó la teoría del apoderamiento para la consumación de este delito, descripción que no cambio hasta el código penal del 2002.

---

<sup>34</sup> Ob cit., p., 1253.

Reformas de 1942, 1946 y 1947. Dentro de las reformas que se fueron dando a este ordenamiento sustantivo fueron de mayor trascendencia y relación al tema en estudio la del 31 de diciembre de 1942 la cual restituye la pena de muerte en los delitos de secuestro y robo a mano armada que como lo explica Jiménez de Asúa dice: "...Una de las más importantes enmiendas concierne al restablecimiento de la pena de muerte. El código en vigencia no contenía el castigo capital, pero decreto del 31 de diciembre del año de 1942 culminó una torpe campaña de prensa en pro de su reimplantación en el país. Los penalistas, con rara unanimidad -José Ángel Ceniceros, Raúl Carrancá y Trujillo, Luis Garrido, José Gómez Robleda, Ramón Prida, etc. se opusieron a este clamor indocto, alegando Ceniceros, con razón, (que lo importante no es que se estableciese tan grave pena, sino que se evitara que los delitos quedasen impunes en México, lo que ocurre con tan grande como lamentable frecuencia: la certidumbre de la sanción defendería mejor a la sociedad, que el establecimiento en las leyes de la pena de muerte. El gobierno no supo resistir a esas exigencias populares y en el año 1943 se reincorporó el castigo capital a la legislación mexicana para los delitos de **secuestro** y **asalto a mano armada**..."<sup>35</sup>

Por ende resulta de la misma importancia la reforma del 30 de diciembre de 1946 publicada de enero de 1948, donde quedó finalmente suprimida la pena capital del Código penal en comento, situación que reafirma la postura que tomó en aquel entonces Carrancá y Trujillo respecto a la decisión irracional de reestablecer esta pena dentro del Código Penal vigente a pesar de que siempre a estado vigente dentro de nuestra Carta Magna.

De mayor interés para nuestro estudio fue la reforma de 9 de marzo de 1946 que reforma numerales respecto a los delitos patrimoniales y específicamente al delito de robo al cual le introducen el delito de encubrimiento por receptación al cual fue trasladada del artículo 13 respecto a la autoría y participación, que el ya mencionado jurista J. de Asúa refiere en su Tratado de Derecho Penal: "...De mayor alcance fue la *reforma introducida, en el Código* por Decreto que vio la luz el 9 de marzo de 1946. Empieza por alterar el artículo 13 en que se trata de los, partícipes del delito, reservando el encubrimiento real (o receptación), para los casos especialmente previstos, y modifica después los delitos de pecuniarios (art. 200) falsificación de billetes de Banco, Títulos de crédito y documentos de crédito al portador (arts. 238, 239 Y 240), falsificación de senos o marcas (art. 242), falso testimonio (art. 247), robo (art. 370), apropiación indebida (art. 382), abuso de confianza (art. 384), fraude (arts. 386 y 387), usurpación (art. 395), no impedimento de delitos o no cooperación con la autoridad para reprimidos, encubrimiento y receptación (arts. 400 y 400 bis). Las penas se aumentan a veces considerablemente. Estas modificaciones que como vemos, en su inmensa mayoría hacen más dura la represión, sin percatarse de que en México el problema no es el de aumentar la severidad de las sanciones, sino el de evitar la impunidad de los hechos punibles, se han hecho al clamor de voces, nada inteligentes, que han reclamado una legislación penal más enérgica. Serenamente

---

<sup>35</sup>Ibidem., p. 1225

respondió Luis Garrido, cuando se proyectaba la reforma impuesta en 1946, que eleva la penalidad de ciertos delitos, que "si la criminalidad aumenta no es porque el Código penal sea bueno o malo, es sencillamente porque rara vez se aplica".<sup>36</sup>

Anteproyecto de 1949.- Muchas reformas sufrió el articulado del código sustantivo de 1931, pero una de las primeras de más importancia fue la del Anteproyecto de 1949, el cual en conjunto con las demás reformas efectuadas a este ordenamiento desde el año de 1931, a juicio de Carranca y Trujillo<sup>37</sup> que forma parte de la comisión redactora de dicho anteproyecto "...no solo hicieron perder en cierto grado al Código la uniformidad de estilo legislativo que lo caracterizaba, al ser puesto en vigencia, sino también porque después de más de un cuarto de siglo de experiencia, la práctica de los tribunales y la doctrina nacional y extranjera han demostrado que en algunos capítulos conviene mejorarlo..." junto con los señores doctor don Luis Garrido, Presidente, y licenciados don Celestino Porte Petit, don Francisco Argüelles y don Gilberto Suárez Arvizu, el último como Secretario y los dos anteriores como Vocales.

Jiménez de Asúa al referirse a esta a la finalidad de la comisión redactora de este anteproyecto expresa que "...No es el propósito hacer nuevas leyes en materia penal, pues un cambio total de legislación nulificaría (sic) la jurisprudencia y las doctrinas que se han elaborado sobre las disposiciones penales vigentes, durante más de dieciséis años de aplicación. Sin embargo, se aprovechará la experiencia adquirida para reformar todo lo que sea necesario, subsanando algunas, eliminando contradicciones (sic) y perfeccionando los conceptos legales que haya menester. Al correr de los años, el Código penal ha sufrido diversas reformas, que muchas veces en lugar de mejorarlo, han oscurecido su sentido y hecho difícil su aplicación. Con tal motivo, la Comisión que hoy se nombra, tendrá como tarea esencial la de hacer una labor de coordinación y aseo de nuestra Legislación Criminal, poniéndola al día, para que responda en todos sus aspectos a la defensa de la sociedad mexicana. Apenas anunciada la reforma proliferan las iniciativas para que se siga esta o aquella tendencia y para que se reforme este o aquel otro artículo. Luis Chico Goerne insiste en su tesis de exposición difícil y muy conceptuosa; Miguel N. Lira pide que el rapto se traslade del título de los delitos sexuales, donde ahora figura, al de los que atacan el orden de la familia y las buenas costumbres, proponiendo que se redacte de nuevo modo; Joaquín Chico Goerne solicita la reforma de los artículos sobre robo simple, para que la penalidad se adapte por el juez entre un mínimo y un máximo del tiempo de prisión, sin subordinarla a la "métrica" actual; Miguel Lavallo entiende que deben clasificarse y pensarse de otra manera las lesiones, y Ajardo Prat aprovecha el momento para preguntar a José Angel Ceniceros, Luis Garrido, Luis Chico Goerne, Carlos A. Ángeles, Raúl Carrancá Trujillo y Francisco Argüelles, lo que opinan sobre la pena de muerte. Todos se pronuncian en contra de su reimplantación y aprovechan la coyuntura para afirmar la convivencia de que el

---

<sup>36</sup> Ibidem. pp., 1256, 1257.

<sup>37</sup> Ob cit., p., 133.

Código penal se reforma.”<sup>38</sup>

Este ordenamiento sustantivo penal en su numeral 367 definió el tipo fundamental de robo que a la letra dice: “...**Artículo 367**. Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley...”<sup>39</sup>

Fue hasta el año de 1999 cuando se realizó la división de los Códigos Penales Federal y Local del Código Penal de 1931 los cuales fueron originados mediante procedimiento legislativo ante el Congreso de la Unión, ordenamientos que tenían los dos la misma redacción, de esta forma el Código Penal para el Distrito Federal estuvo vigente hasta el 12 de noviembre de 2002, que fue cuando fue abrogado por la Comisión de Procuración y Administración de Justicia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

---

<sup>38</sup>ob. cit., pp., 1259, 1260.

<sup>39</sup> Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1931, Título Vigésimo Segundo, citado por Celestino Porte Petit. ob cit., p. 212.

#### 4.- EL ROBO EN EL CODIGO PENAL DEL 2002.

El 12 de Noviembre del 2002 por decreto local entró en vigor el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mediante proyecto que presentó la comisión de Procuración y Administración de Justicia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal al Gobierno del Distrito Federal, con apoyo de una comisión especial de revisión de la iniciativa que entrego dicha Asamblea para que se diera un plano semifinal al ordenamiento, comisión integrada por el Dr. Moisés Moreno Hernández, licenciado Juan Velásquez entre otros penalistas, el penalista Juan Velásquez manifestó en el Primer coloquio "La Justicia Penal en el Distrito Federal"...asignatura pendiente que se realizó el 19 de Septiembre del 2002 por el Gobierno del Distrito Federal que: "...El nuevo Código Penal no es tan bueno como el Alemán (9 años para hacerlo) y aunque no va a cumplir el objetivo que motivo al congreso ya que alude al incremento desmedido de la delincuencia que se puede contraatacar a través de normas jurídicas penales. **AHORA:** Todas las comunicaciones privadas se pueden hacer a petición fundada por el Ministerio Público, se puede negar libertad caucional por petición del Ministerio Público, se amplio el concepto de flagrancia, Se puede tener arraigo por 30, 60 y 90 días, se amplio el catalogo de delitos graves, se tipifico la desobediencia del arraigo, tenemos una ley federal de Delincuencia Organizada, que trajo el señor Procurador del Extranjero notablemente inconstitucional, la cual aplico a sabiendas de esta situación con el propósito de reformar la Constitución, ahora hay testigos protegidos, cuestión que viola el derecho del procesado a saber quien lo acusa.

Ahora se les niega libertad caucional a procesados que tenga una pena mayor de 5 años, ahora la coacción de las Autoridades no esta castigada.

Mi propuesta de Solución al Incremento delictuoso es:

- 1.- Depurar y Profesionalizar a la Policía en General.
- 2.- Aplicar las penas mínimas (3, 5, 6 años, etc.) al 98% de los delincuentes y no las máximas (30, 40, etc.) al 2% de los delincuentes como sucede en la actualidad.

Como Últimas Reflexiones.

- 1.-El Nuevo Código no acepta ninguna de las teorías del delito, ni el finalismo, ni el causalismo.
- 2.- Es incuestionable que el nuevo Código supera al de 1931 por su mejor apreciación y redacción.
- 3.- Se han sistematizado los conceptos y se observa una preferencia hacia el derecho penal mínimo.
- 3.- El libro primero contrasta con el libro segundo.
- 4.- Se han creado más tipos para proteger áreas de necesidad para la sociedad..."<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Primer Coloquio "La Justicia Penal en el Distrito Federal"...asignatura pendiente, de fecha 16 de septiembre del 2002, se realizo en el Desierto de los Leones por el Jefe de Gobierno Delegacional de Cuajimalpa de Morelos el licenciado Francisco De Souza en coordinación con el Gobierno del Distrito Federal y la Barra Interamericana de Abogados A.C.

Este último ordenamiento sustantivo penal vigente en el Distrito Federal es un buen código, bien estructurado, novedoso, busca el derecho penal mínimo, de fácil consulta que como todo nuevo código tiene errores que se han ido corrigiendo en las reformas del 15 de mayo del 2002 respecto de los delitos de robo y lesiones las que faltan por venir pues se debe ir ajustando a las exigencias sociales, a mi criterio se debe reconocer principalmente en dos aspectos:

1. Supera el orden y el sistema del código anterior ya que facilita a cualquiera su consulta. Ejemplo. Comienza con el conjunto de principios rectores de la materia penal, por lo que estos permiten una mejor interpretación de los tipos.

2.- Muchas de las ideas de este ordenamiento se refieren a una sanción penal mínima y se dirige a la reparación del daño, dos aspectos de principal importancia.

El hecho de la organización y facilidad de consulta es una característica de que no gozaba el código penal del 1931, ya que se mezclaban los tipos como es el caso del delito de robo y el encubrimiento real o por receptación, lo hace que cualquier persona tenga un entendimiento claro y de mayor ayuda para comprender las normas penales de que es susceptible de aplicación, así también este ordenamiento de buscar un derecho penal mínimo con la búsqueda de una readaptación social real, son aspectos importantísimos y de los que adolecía el código del 1931, entre otros aspectos generales encontramos los siguientes:

1.- Art. 22 del nuevo Código, con relación al artículo 13 del Código anterior queda, eliminada la autoría intelectual.

2.- Los Artículos 30 y 31 del nuevo Código tienen una especial apreciación ya que separa los conceptos de penas, medidas de seguridad, cuestión que no tenía prevista el Artículo 24 del Código anterior, de forma que será más fácil distinguirlas; también se instituyen los trabajos a favor de los ofendidos, tratándose de la pena de prisión debe restarse el tiempo que el presunto responsable haya estado en el arraigo.

Las sanciones pecuniarias instituyen la reparación del daño en el código nuevo para la mejorar la justicia.

3.- El Artículo 36 del nuevo ordenamiento penal instituye el trabajo de los delincuentes en favor del ofendido como pena sustitutiva de la pena privativa de la libertad en delitos que no sean graves, menores de 3 años de pena privativa de la libertad, estos trabajos tendrán distintos tiempos de forma que no afecten el desarrollo social del responsable y por ningún concepto serán de forma degradante o que resulten inmorales.

4.- Los Artículos 50 y 51 del nuevo ordenamiento son fuentes para promover de recursos al nuevo fondo para la reparación del daño, así cuando sea menor de 3 años la pena se puede sustituir por trabajos en beneficio del ofendido,

5.- El Artículo 79 del nuevo ordenamiento penal prevé que en caso de concursos se establecen reglas para su punibilidad.

Por lo que hace al tipo de robo fundamental está previsto en el numeral 220 que a la letra dice: "...Artículo 220. Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodera de una cosa mueble ajena..." concepto que tiene la misma redacción que desde el código de 1871 se estableció

lo único que aquí se le integra un elemento subjetivo mas para su acreditación “el animo de dominio”, que muchos autores manifiestan que ese elemento no era necesario describirlo ya que en el elemento descriptivo de “apoderamiento” se debía acreditar aspecto en el cual desde mi particular punto de vista no estoy de acuerdo y creo que si es necesario describir en el tipo básico de robo este elemento subjetivo ya que aquí radica su diferencia con el robo de uso.

## **CAPITULO II.**

### **ELEMENTOS DEL TIPO DE ROBO.**

#### **1.- CONCEPTO DE TIPO PENAL.**

El concepto de tipo penal se refiere a la descripción de una conducta prohibida prevista en la norma penal vigente, realizada por el legislador dentro del ordenamiento penal sustantivo, para tal comprensión es necesaria hacer una diferenciación entre tipo del injusto, tipo penal y tipicidad.

Gimbernat Ordeig señala que el tipo consiste: "...en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar (mediante la amenaza con una pena) para que dicha conducta no se cometa; si únicamente se castiga la lesión dolosa de un bien jurídico, sólo el autor que va a obrar con intención (y no el que está actuando imprudentemente) tendrá una motivación jurídica penal para inhibirse. Y si el legislador quiere llevar más lejos la protección del bien jurídico y amenaza con una pena también su lesión imprudente, entonces se ampliará el campo de comportamientos que a los ciudadanos, desde un punto de vista jurídico, penal y por el mal amenazado, no interesa realizar. El tipo tiene una función motivadora. En él tiene cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de "la conducta, cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de que es lo que pertenece al tipo es la problemática de cual es la conducta que el legislador quiere evitar. Con ello la ley penal no hace sino acudir a un mecanismo fundamental para toda la vida social, y que también utiliza, por ejemplo, el educador; amenaza con un mal (con el castigo) las conductas que pretende evitar a fin que el educado se abstenga de cometerlas"

41

Jiménez de Asúa en su resumen de nomenclatura y distintos conceptos que se manejan en torno al tipo penal, según la nueva formulación de la doctrina de Beling, expuesta en 1903 expone: "... **a) Tipo de delito.** Se trata de la figura de delito, como se diría en castellano o también de la vieja acepción que se dio, de Stübel a Schaper, a la tipicidad. Se procura tan solo destacar especies; **b) Tipo de lo injusto.** Se trata de la conducta antijurídica de ésta o aquella especie. Para el interprete, pues, una valoración, ya que se trate de imágenes normativas... **e) Adecuación típica.** En realidad, el tipo o figura rectora no es parte del tipo delictivo. Si este se desmembra, parece que debería surgir la imagen rectora. Pero no es así. Esa figura rectora es independiente en absoluto y tiene su contenido, mejor dicho, lo espera, puesto que esta vacía. "matar a un hombre" es la imagen rectora del homicidio, abstracción hecha de todos los acontecimientos reales, que corresponden a la acción; pero la primera característica del tipo del delito de homicidio no es la figura rectora "matar a un hombre", sino la acción de matar. Esto es la adecuación típica. **f) Tipicidad.** En realidad la tipicidad es un

---

<sup>41</sup> Gimbernat Ordeig citado por Rafael Márquez Piñero, EL TIPO PENAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL MISMO, Edit., UNAM, 1992, Primera Reimpresión, Primera Edición, p., 166.

“elemento conceptual del delito”, que no se debe confundir con la “adecuación al tipo”, que es la realización en la practica.”<sup>42</sup>

Rafael Marquez al referirse al origen del tipo penal con el principio de legalidad expone que: “...El Estado moderno, en general y sin matizaciones ideológicas, es sumamente poderoso, y como consecuencia de ello los medios empleados en la represión de los delitos afectan -en muy considerable medida los derechos individuales más elementales, de ahí, la característica de *última ratio* que la intervención estatal tiene, pero de ahí -también la necesidad de un principio que controle el poder punitivo estatal, y que constriña su aplicabilidad para excluir toda arbitrariedad o exceso por parte de quienes ejercen ese poder represivo. El principio limitador recibe el nombre de "principio de legalidad", Su expresión formal, que ha devenido en clásica, se encuentra consagrada en la fórmula: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*.

La apariencia externa latina de su manifestación no puede hacernos olvidar su origen, que se encuentra en el profundo pensador y jusfilósofo Anselmo Van Feuerbach. Para el maestro teutón, los principios fundamentales del derecho penal son los siguientes:

1) La imposición de una pena, en todos los casos, presupone la existencia de una ley penal (*nulla poena sine lege*).

2) La imposición de una pena viene determinada por la existencia de una acción sancionada con ella (*nulla poena sine crimine*).

3) El hecho conminado por una ley está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).

En definitiva, nadie puede ser castigado sino por hechos definidos por la ley como delitos, ni con penas que no hayan sido establecidas legalmente. De esta manera, la fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege* se desdobra en una dual garantía individual; nadie puede ser penado sino por hechos, previamente determinados por la ley como delitos (*nullum crimen sine praevia lege poenali*): *garantía criminal*, y nadie puede ser castigado con penas, diversas de las previamente establecidas por la ley (*nulla poena sine praevia lege*): *garantía penal*. Un hecho no puede ser punible sino cuando encaje en los tipos definidos de una ley penal. Y tampoco será castigado con pena distinta a la establecida en la ley...”<sup>43</sup>

Por otro lado Porte Petit<sup>44</sup> al precisar sobre los conceptos de tipo y tipicidad dice: “...el tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula *nullum crime sine tipo*. El concepto que se dé del tipo debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho; o en ocasiones, esa descripción objetiva, conteniendo además, según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos... la tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento objetivo, porque puede contener el tipo, además algún elemento normativo o subjetivo del injusto o ambos (salvo el caso que el tipo solo requiera solamente el

---

<sup>42</sup> Jiménez de Asúa citado por Santiago Avila Negrón, EL CUERPO DEL DELITO Y LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2003, pp., 337-339.

<sup>43</sup> Ob cit., p., 129.

<sup>44</sup> Porte Petit Candaudap, Celestino, citado por Santiago Avila Negrón, ob., cit., p., 339, 340.

elemento objetivo). Consecuentemente la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo”, por otro lado Raúl Plasencia en su obra Teoría del delito refiere respecto al tipo penal que: “...Es indudable que a fin de estar en posibilidades para sancionar a una persona por la realización de un comportamiento nocivo a los intereses de la sociedad, es necesaria la existencia de un concepto legal que contempla dicha circunstancia, así como que cumpla con el presupuesto de que el sujeto tenga conocimiento de lo antisocial de su comportamiento, es decir, no podemos obligar a nadie a no observar un comportamiento observado como ilícito si desconoce tal carácter. La delimitación de comportamientos prohibidos o en su caso de observancia obligatoria se han delimitado en lo que conocemos como tipo penal... En cuanto al tipo penal es dable que consiste en la palabra mas generalizada de la palabra alemana *tatbestand*, con la que se alude a un conjunto de hechos dotándolos de una significación unitaria. Aun cuando para unos autores sea preferible del uso de “hecho”, “encuadrabilidad”, “subordinación” o “delito tipo”, en lugar de la tipicidad. Para los italianos es el *fattispecie o fatto*.”<sup>45</sup>

Mientras que para Hans Welzel<sup>46</sup> el tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos, formas de posible conducta, la norma prohíbe la realización de estas formas de conductas. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la antinormatividad de la conducta. En tal sentido, el tipo también lo concibe, como una figura puramente conceptual, es decir descripción concreta de la conducta prohibida.

¿Pero, en definitiva, cuál es la noción del tipo legal dentro del modelo lógico de los reiterados penalistas mexicanos? La doctora Islas Magallanes<sup>47</sup> (en su discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, el 16 de febrero de 1978) da la siguiente noción: "Un tipo legal es una figura elaborada por el legislador con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos",

Posteriormente (*Explicaciones de cátedra. División de Estudios de postgrado. Facultad de Derecho, UNAM. Curso 1981-82*) da una tesis doctoral "Nueva teoría general, definición de perfiles más completos, así nos dice: "El tipo es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos."

De esta definición se desprenden las siguientes características del tipo:

- Primero.* Se trata de una figura elaborada por el legislador.
- Segundo.* Es una mera descripción de una determinada clase de eventos sociales.

---

<sup>45</sup> Plasencia Villanueva, Raúl, *TEORIA DEL DELITO*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, p., 90, 91.

<sup>46</sup> Welzel, Hans. Citado por Raúl Villanueva Plasencia, ob. cit. p. 93

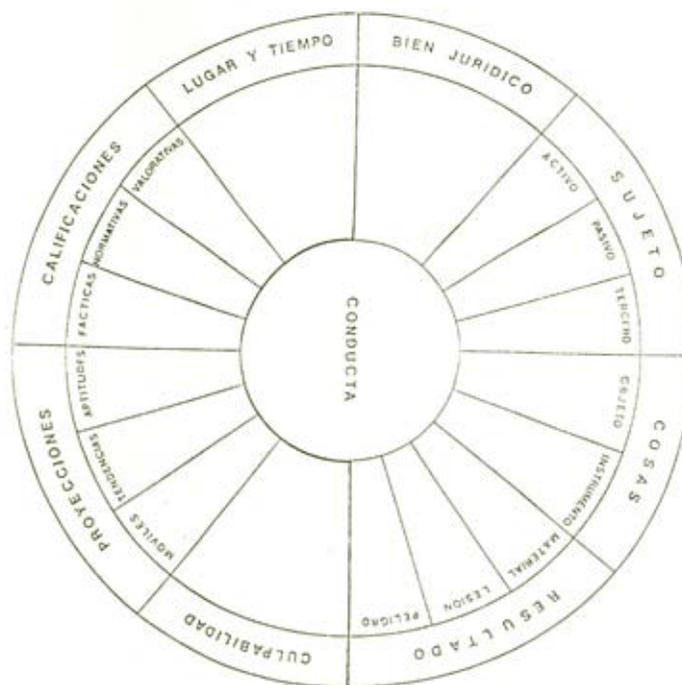
<sup>47</sup> Islas Magallanes citada por Rafael Márquez Piñero, ob., cit., pp., 197, 198.

- Tercero. Es parte integrante de la norma jurídico penal (general. abstracta y permanente. según se ha dicho)
- Cuarto. Garantizador, tiene una específica función de garantía de uno o más bienes jurídicos.
- Quinto. Contiene los elementos necesarios y suficientes para asegurar la tutela de dichos bienes.
- Sexto. Delimitador, en tanto en cuanto geometriza, delinea y establece el contorno preciso de la materia de la prohibición.
- Séptimo. Establece la imposibilidad de la existencia de delito sin tipo.
- Octavo. Se refiere a uno, y sólo uno, de los eventos antisociales, no describe más que alguno de dichos eventos.

Por otro lado José Ortega al referirse a la estructura del tipo penal lo divide en de *estructura universal* y *estructura mínima* formulando la siguiente formula: "...El tipo penal se construye en torno a un bien jurídico que se trata de defender y una conducta que lo lesiona. Todos los demás elementos y requisitos tienen que estar distribuidos y ordenados formando una estructura capaz de concretar, limitar y valorar tales conductas y la lesión producida. Del acierto o desacierto con que el legislador utilice estos medios, dependerá su mayor o menor eficacia y justicia. Es claro que cuanto más breve y simple sea un tipo más fácil y correcta puede ser su aplicación.

a) *Estructura universal*

El siguiente gráfico representa un esquema de *estructura universal*, de naturaleza abstracta y capaz de asumir todos los y tipos penales.

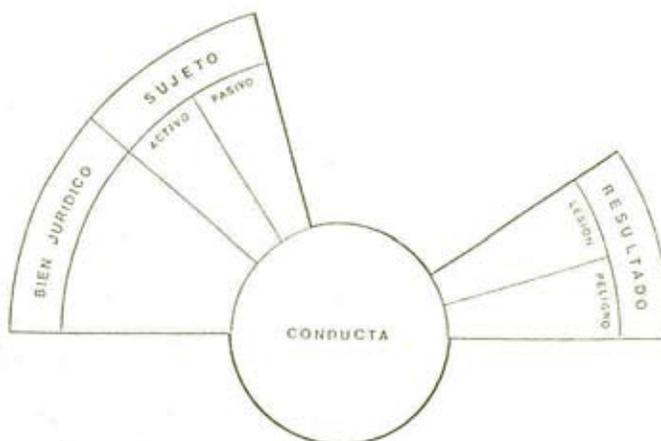


Derivada de ésta, la estructura de cada delito contiene unos elementos y requisitos *esenciales*, sin cuyo concurso el tipo penal no tiene posibilidad de aplicación. Junto a ellos, incluye algunas veces otros elementos o requisitos *accidentales* que complementan o modifican el tipo, pero que puede ser aplicado sin ellos. Generalmente cumplen una función de circunstancia.

#### b) Estructura mínima

Hay unos elementos que son esenciales para todo delito. Forman la *estructura mínima*, constituida por los sujetos activo y pasivo, la conducta, el bien jurídico y el resultado de lesión o peligro. Sin ellos no es posible construir un tipo penal.

Pero no siempre tienen que ser citados de forma expresa. Es suficiente con que sea posible deducirlos del texto legal...”



48

De esta forma debemos entender por tipo penal a la descripción que hace el legislador de las conductas humanas que considera más intolerables de conformidad con el principio de intervención mínima, esto sin perjuicio de las distintas acepciones de penalistas como Jiménez Huerta<sup>49</sup> que lo define como cosa figurada, y no debemos confundir el tipo penal con el elemento positivo del delito, la tipicidad ya que este es parte del tipo penal, es decir, se necesita de otros elementos para su concreción como son la antijuridicidad y culpabilidad, la tipicidad radica en la cualidad que se atribuyen a una conducta cuando se incluye en la descripción de la norma penal.

### CLASIFICACION DEL TIPO PENAL.

Existen tipos penales básicos o fundamentales, especiales y complementados, los tipos básicos son aquellos que de forma general constituyen por si solos la

<sup>48</sup> Ortego Costales, José, TEORIA DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL, Edit. Kadmos, Salamanca, España, 1988, pp., 95-97.

<sup>49</sup> Jiménez Huerta, citado por Raúl Villanueva Plasencia, ob., cit., p., 95; refiere que el vocablo *tipo* proviene del latín *tipus*, en su acepción trascendental para el derecho penal significa símbolo o representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia..

esencia de otros tipos legales. Como lo explica Jiménez Huerta que dice al respecto: "...el tipo básico es aquel en que cualquier lesión del bien jurídico basta por si sola para integrar el delito. Los tipos básicos constituyen la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código..."<sup>50</sup>

Como en el delito de robo del nuevo artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal, es un tipo básico y este robo con relación a la fracción IV de artículo 223 del mismo ordenamiento penal es un tipo complementado cualificado.

Los tipos especiales, son tipos autónomos que por su naturaleza adquieren preferencia respecto a otros tipos en su aplicación, por surgir de forma dominante en lugar de una norma general existente, así al respecto Avila Negron dice: "...se forman con los elementos del tipo básico, a los cuales se agregan nuevas características, del tal manera que el nuevo tipo así surgido, comprensivo del anterior con el cual se integra, adquiere vida propia e independiente sin subordinación al tipo básico.." <sup>51</sup>.

Los tipos complementados se perfeccionan de un tipo básico además de otros elementos necesarios para su concreción, de forma que se forma un tipo penal autónomo al tipo básico, de la siguiente forma lo explica Avila Negron diciendo: "...son tipos complementados los que, integrándose mediante el tipo básico, al cual se conviene a sumar nuevos elementos, quedan subordinados a este, careciendo por ello de vida independiente, funcionando siempre relacionados al tipo fundamental del cual se forman. Tanto los especiales como los complementados pueden ser a) cualificados o agravados, y b) privilegiados o atenuados, atendiéndose a su penalidad con relación al tipo básico..."<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Jiménez Hueta, Mariano, citado por Santiago Avila Negron, ob., cit., p., 380.

<sup>51</sup> Ob., cit., pp., 380 y 381.

<sup>52</sup> Ibidem., p., 381.

## 2. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL EN GENERAL.

El tipo penal como ya se estudio en el derecho penal mexicano en su mayoría se le considera como sinónimo de delito como lo menciona Pavón Vasconcelos: "...el tipo en sentido amplio se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos. En sentido limitado al derecho, el tipo ha sido considerado el conjunto de características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito..."<sup>53</sup>

En este orden de ideas para interpretar al delito, es decir, el tipo penal existen dos teorías dominantes las cuales han estado en debate y se han aplicado dentro de nuestro sistema penal, la Teoría del Cuerpo del Delito formada por los alemanes Franz Von Liszt, Ernest Von Beiling y Binding, la cual estudia una acción de causa-efecto, es decir, le interesa la acciones humanas voluntarias pero sin interesarle el fin de estas como define la acción causal Von Liszt explica: "...es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no que no impide un cambio en el mundo exterior; los cambios del mundo exterior los puede producir la voluntad únicamente por medio del movimiento corporal, de suerte que el movimiento corporal es la causa y el resultado es el efecto..."<sup>54</sup>, por lo tanto esta teoría solamente interesa los elementos objetivos del delito<sup>55</sup>, en contradicción esta la Teoría Finalista dirigida por el alemán Hanz Welzel la cual le exige la integración de los elementos del tipo penal<sup>56</sup> la cual valora la finalidad de la acción del sujeto activo del delito, como lo define el jurista español Muñoz Conde al hacer una diferenciación de las teorías del delito dentro del elemento de la conducta, al dar una idea de la opinión de los autores que defienden la teoría finalista; expresando de forma significativa lo siguiente: "...La teoría final de la acción surgió para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana desde principios de siglo... Para esta teoría la acción es también conducta humana voluntaria; pero, a diferencia de la teoría final, la teoría causal prescinde del contenido de la voluntad, es decir, del fin. Según esta teoría lo importante para establecer el concepto de acción es que el sujeto haya actuado voluntariamente. Lo que este sujeto haya querido (es decir, el contenido de su voluntad) es, sin embargo, irrelevante y solo interesa al marco de la culpabilidad. La teoría causal reduce, pues el concepto de acción a un proceso causal prescindiendo, por completo de la vertiente de la finalidad. Con ello desconoce la realidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales (pues en este caso no

---

<sup>53</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, citado por Raúl Villanueva Plasencia, ob. cit., p., 95.

<sup>54</sup> Von Liszt, Franz, citado por Santiago Avila Negrón, ob., cit., pp. 55, 56.

<sup>55</sup> Los elementos objetivos son susceptibles de ser conocidos por los sentidos, dentro de los cuales están la acción causal (manifestación de la voluntad), nexos causal, resultado, objeto material, lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado.

<sup>56</sup> La teoría finalista contempla los elementos del tipo penal en tres grupos, que deben ser satisfechos para la existencia del delito, los cuales se dividen en elementos objetivos o descriptivos (al igual que los casualistas son los susceptibles de ser conocidos por los sentidos), elementos subjetivos (que se encuentra en el psique del sujeto activo del delito- forma de participación, dolo o culpa-) y los elementos normativos o valorativos (que son susceptibles de ser valorados jurídicamente o culturalmente)

se podría diferenciar de los simples fenómenos de la naturaleza), sino procesos causales dirigidos a un fin. Es, pues, lógico que ese fin sea también tenido en cuenta ya en el momento de establecer el concepto de acción.”<sup>57</sup>.

Al respecto Plasencia Villanueva analizando el origen de los elementos del tipo penal dice: “...Al efectuar un análisis de los elementos del tipo penal resulta conveniente precisar en la postura teórica en la cual nos encontramos pues las variantes son muy claras en cada una de ellas, así, por ejemplo: la idea de tipo penal a variado de sobremanera desde el descubrimiento realizado por Beiling, cuando lo analizaba desde el punto de vista evidentemente descriptivo, y por ende sus elementos tenían tal característica. Posteriormente apareció la propuesta de Fisher sobre los elementos subjetivos del tipo penal (1911), los elementos normativos con Mayer en (1915), con lo que el tipo logro contener elementos descriptivos, objetivos, subjetivos y normativos, siendo tal la consideración de la doctrina al respecto...”<sup>58</sup>

En nuestro sistema penal todavía desde antes de 1999, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo segundo del numeral 16 con relación al párrafo inicial del artículo 19 exigía la acreditación de los elementos del tipo penal para que el órgano jurisdiccional pudiera librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión , de la siguiente forma: “...Artículo 16. ...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado...”

Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de este...”<sup>59</sup>

Esto evidenciaba la preferencia de la teoría Finalista, también el anterior artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal enlistaba los componentes necesarios para al acreditación de los elementos del tipo penal a la letra decía: “...Artículo 122.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

---

<sup>57</sup> Muñoz Conde, Francisco, TEORÍA GENERAL DEL DELITO, Madrid, Edit., Tirant lo blanch, España. 1989, p., 13

<sup>58</sup> Ob., cit., p., 101.

<sup>59</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, AGENDA PENAL 99, Editorial I.S.E.F, México, pp. 4-6.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades de sujeto activo y el pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá, constatar si no existe acreditada a favor de aquel alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable responsabilidad.”<sup>60</sup>

En mi criterio fue un error por parte del legislador modificar los términos constitucionales de la teoría finalista a la teoría del cuerpo del delito, en las reformas antes referidas, ya que teniendo un avance importante al referirnos con los elementos del tipo penal a la Teoría Finalista, desde antes del mes de noviembre del 1999. Así mismo existen argumentos prácticos que van en favor de la teoría finalista en el ámbito de la sociedad jurídico-penal; por ejemplo, el de que la mayoría de las consignaciones recaía en libertad por el Órgano Jurisdiccional que conocía del asunto ya que no estaban bien integrados los elementos del tipo penal, por el Ministerio Público, que argumentaba que el Juez no decretaba auto de formal prisión sobre casi ninguna consignación y la mayoría de las veces dejaba libres a los delincuentes.

Talvez la falta de capacidad, el ambiente de corrupción o el exceso de trabajo eran factores que influían en el actuar del Ministerio Público y el Juzgador dentro de aquella época.

Actualmente los artículos 16 segundo párrafo y 19 párrafo inicial de nuestra Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos prevén la frase *cuerpo de delito*, en vez de los elementos del tipo penal, a lo cual dicen: “...Artículo 16. ...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado... Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado...”<sup>61</sup>, ahora el actual artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal a la letra dice: “...El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acrediten el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito.

---

<sup>60</sup> Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, AGENDA PENAL 99, Edit., I.S.E.F., México 1999, p., 19.

<sup>61</sup> Ob., cit., pp., 7-9.

Al respecto el Juez Doctor Ávila Negron refiere: "...al abandonar la necesaria justificación de los elementos constitutivos del tipo penal y rescatar el cuerpo del delito, por considerar que la legislación secundaria y la jurisprudencia, establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que dificultaron la aplicación practica de las normas que regulan la orden de aprehensión o el auto de formal prisión, se quiso suprimir la necesaria comprobación de los elementos subjetivos y normativos del tipo penal, por lo que se planteo la necesidad de rescatar e incorporar al régimen constitucional, el concepto añejo del cuerpo del delito al que la Suprema Corte de justicia de la Nación se había referido como "el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley".<sup>62</sup>

De la misma forma el párrafo tercero del artículo 122 del referido Código de Procedimientos Penales expresa "...En los casos que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito..."<sup>63</sup>, a fin de cuentas esta reforma no fue muy acorde con la esencia de las ideas de los fundadores de las teorías Causalista y Finalista ya que en realidad se hace un mezcolanza de estas, en los artículos 16, 19 Constitucionales y el 122 del Código adjetivo penal, surgiendo un nuevo criterio del cuerpo del delito en el Sistema Penal mexicano, por lo que en este orden de ideas debemos estudiar por separado los conceptos de elementos objetivos, elementos subjetivos y elementos normativos, para su mejor comprensión.

---

<sup>62</sup> Ob cit., pp., 446 y 447.

<sup>63</sup> Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, AGENDA PENAL DEL D.F., Edit., I.S.E.F., México, 2003, p., 22.

## 2.1 ELEMENTOS OBJETIVOS.

### 2.1.1 CONCEPTO.

Como ya sabemos estos elementos se perciben por medio de los sentidos y de forma errónea también se le denomina descriptivos, a diferencia de los objetivos estos últimos son los que describe el legislador dentro de la redacción del tipo penal incluyendo en ellos elementos objetivos, subjetivos y normativos los cuales estudiaremos por separado mas adelante, regresando al tema el Doctor Avila Negrón explica que: "...los elementos objetivos de la conducta contenidos en el tipo penal, se refiere a la descripción de la conducta antijurídica, creada por el legislador. El elemento objetivo se refiere a la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerida en el tipo penal, es decir la manifestación de la voluntad que produce un cambio en el mundo externo o material.

Los tipos penales describen por lo general estados de procesos de naturaleza externa susceptibles como dice Mezger, de "ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por lo sentidos, "objetivos", fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva y apreciables por el juez mediante la simple actividad del conocimiento..."<sup>64</sup>

Juan del Rosal expresa que el aspecto objetivo del tipo penal, traducido en sus elementos nos recuerda –y de hecho coincide claramente—con lo que añejamente se entendía como cuerpo del delito, este se definía a partir de los elementos materiales del delito, como la objetividad jurídica que esta formada por un objeto irreal, de indiscutible repercusión sistematizada y interpretativa: el objeto del ataque es el trozo del mundo físico; pertenece al mundo de la realidad y no es otra cosa sino el objeto sobre el que se dirige la acción. El sujeto en el homicidio o la cosa mueble en el robo, constituyen los llamados bienes jurídicos protegidos en el tipo penal. En tanto que al vida y la propiedad son las entelequias u objetividades jurídicas integradas del llamado bien jurídico. Al primero se refiere el precepto; en tanto al segundo deberá obtenerse de la interpretación de los tipos. Y, a veces, es de difícil captación, a pesar de la inserción del tipo en determinado titulo del código..."<sup>65</sup>

Así es estos elementos objetivos que son los únicos que le interesaba a la original teoría Causalista del delito, los cuales en la actualidad han ido evolucionado hasta la concepción actual que las leyes penales mexicanas han dado ha estos, mezclándolos con los intereses de la Teoría Finalista, de forma que se integraban por los siguientes:

1. **Una Conducta.** Una acción, omisión o comisión por omisión o omisión impropia voluntaria.
2. **Un Resultado.** Un resultado material, jurídico o de atribuidad.
3. **Un Nexo causal.** Relación existente entre la conducta y el resultado producido.

---

<sup>64</sup> Ob., cit., pp., 299 y 300.

<sup>65</sup> Juan del Rosal, citado por Raúl Plasencia Villanueva, ob cit., p., 106.

4. **Un Objeto Material.** El objeto sobre el que recae la conducta del delito.
5. **Un Sujeto Activo.** El sujeto que realizo la conducta del delito.
6. **Un Sujeto Pasivo.** El sujeto sobre el que recae la conducta del delito.
7. **Una Lesión o Puesta en Peligro del Objeto Jurídico o Bien Jurídicamente Tutelado.** El objeto jurídico que protege la norma penal ya sea en una conducta en grado consumada o en grado de tentativa.
8. **Condiciones de tiempo, modo, lugar y ocasión.** Si el tipo penal exige una condición de este tipo para su realización.
9. **Medios Comisivos.** Si el tipo penal exige algún medio idóneo necesario para su realización.

Así de esta forma la Suprema Corte de Justicia de la Nación al definir el concepto de Cuerpo del Delito, dice: "...Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley Penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente..."<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véase: Tesis de Jurisprudencia No.86, Apéndice 1917-1965, Segunda Parte, Pág. 186. " Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 58 Segunda Parte. Tesis: Página: 27. Tesis Aislada.

## 2.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS.

### 2.1.1 CONCEPTO.

Los elementos subjetivos del tipo penal son aquellos elementos que no pueden ser perceptibles por los sentidos, es decir son intangibles, se encuentra en el psique (mente) del sujeto activo del delito, por ejemplo el dolo, la culpa, la forma de participación, entre otros.

El profesor Jiménez de Azua al referirse a los elementos subjetivos manifiesta: "...en infinidad de ocasiones el tipo presenta un mera descripción objetiva complementada por aspectos de índole subjetivo, referidos a ciertos estados anímicos del autor en orden al injusto, son elementos subjetivos completamente referidos al dolo los expresados con palabras "maliciosamente, voluntariamente, intención de matar, intención de causar aborto"..."<sup>67</sup>

Para Plasencia Villanueva<sup>68</sup> los elementos subjetivos son especiales cualidades internas, intelectuales o intangibles que exige el tipo penal al sujeto activo, en algunos casos de necesaria presencia como es el caso de voluntabilidad y la imputabilidad, y en otros con un carácter variable siendo tal el caso de dolo y culpa, y el *animus* en el sujeto activo.

En el mismo sentido expresa Ávila Negron: "...los elementos subjetivos del tipo penal se refieren a la intención, el ánimo que tuvo el sujeto activo en la comisión de un ilícito penal, es decir, atienden a circunstancias que ocurren en el mundo interno, en el estado psicológico del autor. Los elementos del tipo penal surgen de la naturaleza misma del hombre ya que este es un ser esencialmente pensante, que ante la ejecución de la mayoría de sus actos, siempre va a participar su psique, elemento subjetivo del tipo penal..."<sup>69</sup>

Así mismo debemos decir que los elementos subjetivos descriptivos previstos por el legislador en cada tipo penal, los encontraremos con las palabras *a sabiendas, intencionalmente, maliciosamente, voluntariamente, ánimo*, entre otras.

---

<sup>67</sup> Jiménez de Azua, Luis, citado por Raúl Plasencia Villanueva, ob., cit., p., 105.

<sup>68</sup> Ibidem, p., 106.

<sup>69</sup> Ob., cit., pp. 308 y 309.

## 2.3. ELEMENTOS NORMATIVOS.

### 2.3.1. CONCEPTO.

Los Elementos Normativos, son aquellos que son susceptibles de ser valorados jurídicamente o culturalmente, es decir, que por su contenido existe una definición establecida ya sea en una norma jurídica o en un diccionario, que da la directriz a seguir para su interpretación; verbigracia el elemento normativo de valoración jurídica de *tenencia*, descrito en el tipo complementado de robo por tenencia precaria, la define el artículo 790, 791 y 793 sucesivamente.

Para Rodríguez Devesa los elementos normativos son: "...aquellos que requieren una valoración del intérprete o del juez que va a aplicar la ley. Esta valoración puede proceder de diversas esferas y tener por base tanto a lo radicado en el mundo físico como perteneciente al mundo psíquico... Ejemplo: "cosas muebles ajenas", en donde la ajenidad se ha de establecer teniendo en cuenta las normas del derecho civil..."<sup>70</sup>

Por otro lado nos dice Juan del Rosal que: "Elementos Normativos o necesidad de complementación.- son todos aquellos en los cuales el Tribunal de Justicia no se satisface con una simple constatación de la descripción efectuada en la ley, sino que se ve obligado a realizar otra para concretar más de cerca la situación del hecho. Aquí cabe distinguir elementos puramente cognoscitivos, en los que los tribunales valoran de acuerdo con datos empíricos, y elementos del tipo valorativos o necesitados de valoración, en que el tribunal adopta una actitud valorativa emocional..."<sup>71</sup>

Por otro lado Santiago Avila los clasifica de la siguiente forma: "...Esta valoración, se encuentra inmersa en los llamados elementos normativos, puede adoptar un naturaleza diversa:

- a) *Como elemento de juicio cognoscitivo.* Ellos suponen una valoración de la concreta y específica situación del hecho, realizada de conformidad con los datos y reglas suministrados por la experiencia, no se trata del punto de vista personal del juzgador, sino que tiene matices objetivos en función de la colectividad.
- b) *Como elemento de valoración jurídica.* Opera en virtud de criterios contenidos en otras normas jurídicas, como por ejemplo el concepto de "cosa ajena mueble", que proviene del artículo 367 de Código Penal.
- c) *Como elemento de valoración cultural.* Estos requieren una actividad valorada conforme a criterios ético-sociales, se trata de normas y concepciones vigentes en el acervo cultural-normativo de la comunidad, y

---

<sup>70</sup> Rodríguez Devesa, José María, citado por Raúl Plasencia Villanueva, ob., cit., pp., 103 y 104.

<sup>71</sup> Juan del Rosal, citado por Raúl Plasencia Villanueva, ibidem, p., 104.

no pertenece propiamente a la esfera de lo jurídico, como era el caso de la castidad y honestidad que prevenía el artículo 262 del Código Penal, antes de la reforma sufrida por ese precepto...”<sup>72</sup>

En resumen podemos decir que los elementos normativos son elementos que por su naturaleza resaltan entre los demás elementos descriptivos del tipo penal y se caracterizan por el predominio de una valoración que no resulta factible de percibir por medio de los sentidos, si no que se necesita del contenido de otras fuentes para precisar con perfección su contenido para aplicarlo a la concreción del tipo penal.

---

<sup>72</sup> Ob. cit., pp. 366 y 367.

### **3. LOS TIPOS COMPLEMENTADOS DE ROBO DEL ARTICULO 223 DEL NUEVO ORDENAMIENTO SUSTANTIVO PENAL.**

Actualmente el artículo 223 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con la reforma del 15 de Mayo del 2003 y las últimas reformas de Enero del año 2004, prevé 10 fracciones de la cuales están derogadas dos (Las fracciones II y X) y han prevalecido ocho fracciones las cuales en su conjunto prevén 54 tipos complementados cualificados del injusto penal, que se encuentran relacionados cada uno de ellos con el tipo básico de robo previsto en el numeral 220 del Código Penal para el Distrito Federal, estas calificativas están consideradas como agravantes dentro del artículo 246 del Código Penal para el Distrito Federal, por lo que en ese orden de ideas los llamaremos tipos complementados agravados, los cuales dividiremos en hipótesis por cada fracción para su mayor entendimiento:

#### FRACCION I (ART. 223).

1. Tipo de robo complementado agravado en un lugar cerrado;

#### FRACCION II (ART. 223) DEROGADA.

#### FRACCION III (ART. 223).

2. Tipo de robo complementado agravado aprovechando alguna relación de trabajo;
3. Tipo de robo complementado agravado aprovechando una relación de servicio;
4. Tipo de robo complementado agravado aprovechando una relación de hospitalidad;

#### FRACCION IV (ART. 223).

5. Tipo de robo complementado agravado por quien haya recibido la cosa en tenencia precaria;

#### FRACCION V (ART. 223)

6. Tipo de robo complementado agravado respecto de equipo destinados al aprovechamiento agrícola.
7. Tipo de robo complementado agravado respecto de equipo destinados al aprovechamiento forestal;
8. Tipo de robo complementado agravado respecto de equipo destinados al aprovechamiento pecuario.
9. Tipo de robo complementado agravado respecto de instrumentos destinados al aprovechamiento agrícola.
10. Tipo de robo complementado agravado respecto de instrumentos destinados al aprovechamiento forestal;

11. Tipo de robo complementado agravado respecto de instrumentos destinados al aprovechamiento pecuario
12. Tipo de robo complementado agravado respecto de semillas destinados al aprovechamiento agrícola.
13. Tipo de robo complementado agravado respecto de semillas destinados al aprovechamiento forestal;
14. Tipo de robo complementado agravado respecto de semillas destinados al aprovechamiento pecuario
15. Tipo de robo complementado agravado respecto de cualquiera otros artículos destinados al aprovechamiento agrícola.
16. Tipo de robo complementado agravado respecto de cualquiera otros artículos destinados al aprovechamiento forestal;
17. Tipo de robo complementado agravado respecto de cualquiera otros artículos destinados al aprovechamiento pecuario
18. Tipo de robo complementado agravado respecto de productos agrícola.
19. Tipo de robo complementado agravado respecto de productos forestal;
20. Tipo de robo complementado agravado respecto de productos pecuario;

#### FRACCION VI (ART. 223).

21. Tipo de robo complementado agravado sobre equipaje de viajero en cualquier lugar durante el transcurso del viaje.
22. Tipo de robo complementado agravado sobre equipaje de viajero en terminales de transporte;
23. Tipo de robo complementado agravado sobre valores de viajero en cualquier lugar durante el transcurso del viaje.
24. Tipo de robo complementado agravado sobre valores de viajero en terminales de transporte;

#### FRACCION VII (ART. 223).

25. Tipo de robo complementado agravado por dueños de empresas en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los huéspedes.
26. Tipo de robo complementado agravado por dueños de empresas en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los clientes.
27. Tipo de robo complementado agravado por dueños de empresas en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los usuarios.
28. Tipo de robo complementado agravado por dependientes de empresas en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los huéspedes.
29. Tipo de robo complementado agravado por dependientes de empresas en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los clientes.

30. Tipo de robo complementado agravado por dependientes de empresas en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los usuarios.
31. Tipo de robo complementado agravado por encargados de empresas en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los huéspedes.
32. Tipo de robo complementado agravado por encargados de empresas en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los clientes.
33. Tipo de robo complementado agravado por encargados de empresas en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los usuarios.
34. Tipo de robo complementado agravado por empleados de empresas en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los huéspedes.
35. Tipo de robo complementado agravado por empleados de empresas en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los clientes.
36. Tipo de robo complementado agravado por empleados de empresas en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los usuarios.
37. Tipo de robo complementado agravado por dueños de establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los huéspedes.
38. Tipo de robo complementado agravado por dueños de establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los clientes.
39. Tipo de robo complementado agravado por dueños de establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los usuarios.
40. Tipo de robo complementado agravado por dependientes de establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los huéspedes.
41. Tipo de robo complementado agravado por dependientes de establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los clientes.
42. Tipo de robo complementado agravado por dependientes de establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los usuarios.
43. Tipo de robo complementado agravado por encargados de establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los huéspedes.
44. Tipo de robo complementado agravado por encargados de establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los clientes.

45. Tipo de robo complementado agravado por encargados de establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los usuarios.
46. Tipo de robo complementado agravado por empleados de establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los huéspedes.
47. Tipo de robo complementado agravado por empleados de establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los clientes.
48. Tipo de robo complementado agravado por empleados de establecimientos comerciales en los lugares en que prestan sus servicios al público, sobre los bienes de los usuarios.

FRACCION VIII (ART. 223).

49. Tipo de robo complementado agravado respecto de documentos que se conserven en oficinas publicas, cuando la sustracción afecte al servicio público;
50. Tipo de robo complementado agravado respecto de documentos que se conserven en oficinas publicas, cuando la sustracción afecte a terceros;
51. Tipo de robo complementado agravado respecto de documentos que se conserven en oficinas publicas, cuando la sustracción afecte al servicio público cometido por un servidor publico que labore en la dependencia donde cometió el robo;
52. Tipo de robo complementado agravado respecto de documentos que se conserven en oficinas publicas, cuando la sustracción afecte a terceros, cometida por un servidor publico que labore en la dependencia donde cometió el robo;

FRACCION XI (ART. 223).

53. Tipo de robo complementado agravado en contra de persona con discapacidad;
54. Tipo de robo complementado agravado en contra de persona de mas de sesenta años;

FRACCION X (ART. 223) DEROGADA.

## **4. ELEMENTOS DEL TIPO DE ROBO SIMPLE SEGÚN EL ARTICULO 220 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Resulta necesaria la tarea de realizar un estudio de los elementos descriptivos del tipo básico de robo previsto en el numeral 220 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, dentro de los cuales se encuentran elementos objetivos, elementos subjetivos y elementos normativos a su vez, los cuales en el transcurso de este capítulo los iremos explicando, todo esto para tener una mayor claridad en el estudio de esta tesis, ya que el tipo penal de robo simple es el que complementa el tipo de robo por tenencia precaria que es el tema principal de nuestro estudio.

### **4.1. DESCRIPCION DELICTIVA DEL ROBO.**

El delito de robo está previsto en el primer párrafo del artículo 220 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal el cual a la letra dice: “...*Artículo 220.- Al que con animo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena...*”<sup>73</sup>

Todos los elementos que describe el legislador dentro de este tipo penal, se refieren a los llamados *elementos descriptivos* los cuales prevén a su vez elementos objetivos (objeto material del robo; la cosa mueble en que recae la acción), subjetivos (el animo de dominio) y normativos (consentimiento), por lo tanto debemos decir que el delito de robo tiene los elementos descriptivos que contemplan elementos objetivos, subjetivos y normativo los cuales estudiaremos en este capítulo.

---

<sup>73</sup> Código Penal para el Distrito Federal, AGENDA PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Edit., ISEF., México, 2004, p. 54.

## 4.2. ELEMENTO OBJETIVO.

Como hemos visto los elementos objetivos son los que son susceptibles de ser conocidos por medio de los sentidos, en el caso concreto los elementos del tipo básico o fundamental de robo se estructura de los siguientes elementos objetivos:

1. **La Conducta** de acción consistente en el apoderamiento de una cosa mueble, es decir, el momento en el que se aprehende una cosa mueble, de forma que se adquiere la posesión de una cosa.

La conducta está representada por la acción de apoderamiento, podemos definirlo como la aprehensión de la cosa, por medio de la aprehensión se entra en su posesión, o sea se "ejerce sobre ella un poder de hecho" (artículo 790 del Código Civil). Es obvio que cuando el agente activo se posesiona de la cosa material del apoderamiento; al mismo tiempo despoja o desapodera de ese bien mueble a la víctima, sacándola de la esfera de poder de esta última persona.

Al respecto Pavón Vasconcelos expresa que: "si como hemos reseñado, típica en el robo se expresa con el verbo {{apoderarse}}, que determina necesariamente un actuar voluntario, un movimiento corporal identificado con atraer la cosa al poder del agente, este delito es *de acción*, contrariamente a aquellos que se caracterizan por una inactividad u omisión...".<sup>74</sup>

2. **El Resultado.** *El robo es un delito de resultado material y no formal, ya que indudablemente existe un resultado material, una mutación en el mundo exterior de carácter económico al afectarse el patrimonio del pasivo que ha sido desapoderado de una cosa.*
3. **El Nexo Causal.** Es la relación existente entre la conducta y el resultado material, dándose desde el momento en que el sujeto activo exterioriza la conducta hasta que se apodera de la cosa mueble.
4. **El Objeto Material.** Es el objeto o cosa sobre el que recae la conducta del delito de robo, es decir cualquier objeto tangible (corporeidad), que es susceptible de apropiación con valor económico.
5. **El Sujeto Activo.** También llamado victimario, es la persona que realiza la conducta prohibida del tipo de robo, pudiendo ser cualquier persona, ya que este tipo penal no exige una calidad específica para el activo del delito.
6. **El Sujeto Pasivo.** También llamado víctima (sujeto pasivo directo) u ofendido (sujeto pasivo indirecto), es la persona sobre la que recae la

---

<sup>74</sup> Pavón Vasconcelos, citado por Celestino Porte Petit Candaudap, ob., cit., p., 19.

conducta del sujeto activo del tipo de robo, pudiendo ser cualquier persona, ya que de igual forma que el anterior elemento en este tipo penal no exige una calidad específica para la víctima de delito.

7. **El Objeto Jurídico o Bien Jurídicamente Tutelado.** El objeto jurídico en el caso del delito de robo simple es el patrimonio de las personas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en tesis jurisprudencial que: "...la creación de la figura castigada como delito de robo es considerada como tutelada del patrimonio..."<sup>75</sup>.

8. **Condiciones de tiempo, modo, lugar y ocasión.** El tipo penal de robo simple no exige alguna condición de tiempo, modo, lugar y ocasión para su configuración.
9. **Medios Comisivos.** El tipo penal de robo simple no exige algún medio idóneo necesario para su configuración.

---

<sup>75</sup> Boletín de Información Judicial, año de 1962, p., 368.

### 4.3. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

El elemento subjetivo descriptivo en el tipo básico o fundamental de robo previsto en el numeral 220 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es el *ánimo de dominio*, este elemento se considera como tal ya que es intangible y su existencia radica en la intención manifiesta en la psique del sujeto activo.

1. El **ánimo de dominio** o también conocido como animo de apropiación es necesario para la existencia de este tipo del injusto penal y consiste en que el sujeto activo del delito (el ladrón), debe de apoderarse de la cosa con el fin de conducirse como propietario de la misma, es de decir como si fuese el dueño de esa cosa material, ya que en caso contrario no se actualizaría el tipo de robo simple.

#### 4.4. ELEMENTO NORMATIVO.

Los elementos normativos descriptivos en el tipo de robo simple previsto en el artículo 220 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, encontramos elementos normativos de valoración jurídica que son los que se encuentran previstos en una ley y elementos normativos de valoración cultural, son los siguientes:

##### DE VALORACION JURIDICA.

1. **Apoderar.**- Este elemento normativo de valoración jurídica que se refiere al apoderamiento consiste en obtener la posesión de una cosa mueble, es decir, es la aprehensión de una cosa mueble para entrar en su posesión, el numeral 790 del Código Civil para el Distrito Federal define la posesión de la siguiente forma: "...Artículo 790.- Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él..."<sup>76</sup>

Apoderar, según el *Diccionario de la Real Academia Española*<sup>77</sup>, es el verbo reflexivo que significa "hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder".

Raúl Cárdenas al referirse al apoderamiento dice que: "...el interés jurídicamente protegido por el robo, es la posesión y no la propiedad, por lo que apoderarse significa "poner la cosa bajo nuestro poder", hacerla entrar dentro de nuestra esfera de actividad. Según expresión de Binding, el que se apodera de la cosa quiere llegar a ser de hecho lo que el propietario es de derecho, y esto es lisa y llanamente posesión..., la posesión sea legítima, ilegítima, viciada, clandestina, precaria, o en nombre de otro; lo que interesa proteger al Derecho Penal, es la posesión de manera directa e indirectamente a la propiedad...."<sup>78</sup>

Carranca y Rivas al respecto explica que: "...El apoderamiento es la aprehensión de la cosa, por la que se entra en su posesión o sea que se "ejerce sobre ella un poder de hecho", como lo expresa el artículo 790 del C.C. La aprehensión puede efectuarse por cualquier procedimiento: personal e inmediato (aprehensión manual), mediato (por la aprehensión manual exigida a un tercero, que la verifica materialmente); por medio de cosas inanimadas (p.e. la cañería por medio de la cual se extrae el pulque coleccionado en el tinacal) o de la fuerza bruta (animales amaestrados para transportar la cosa del lugar en que está, a la mano del agente), o por medio de especificación o mezcla..."<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Edit., SISTA, México, 2002, p., 84.

<sup>77</sup> Reynosa Davila, Roberto, ob. cit., p.17.

<sup>78</sup> Ibidem. p., 17.

<sup>79</sup> José Irureta Goyena, citado por Raúl Carranca y Trujillo, Raúl Carranca y Rivas, CODIGO PENAL ANOTADO, Editorial Porrúa, México, 1977, p., 839.

Para González de la Vega apoderamiento es: "... apoderarse de la cosa significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal..."<sup>80</sup>

Para Pavón Vasconcelos<sup>81</sup> el 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.

Resulta importante en este punto hacer un paréntesis para entrar de manera muy tasada al tema la consumación del robo en su apoderamiento ya que existen varias teorías que lo explican, ya que este tema consideramos mas adecuado para hecerlo al respecto Guissepe Maggiore expresa: "...en la doctrina elaborada desde los Prácticos de los siglos XVI Y XVII hasta nosotros, se han delineado varios criterios para establecer en qué consiste el apoderamiento y, por lo tanto, el momento consumativo del robo. Cada una de esas teorías corresponde, en resumen, a cada uno de los momentos en que puede descomponerse el *iter* del robo, en que primero se tocan las cosas que van a robarse, después se sacan de su sitio, luego pasan a poder del ladrón, y por último se ponen en seguro.

Reynosa Davila<sup>82</sup> señala a las distintas teorías la cuales son las siguientes:

a) *Teoría del contacto o de la contrectación*. La primera teoría dice que el robo se consume con el simple tocamiento de la cosa mueble ajena, para apoderarse de ella. La *aprehensio reí* o de la *contrectatio* (tocar la cosa con la mano).

b) *Teoría de la amotio o de la remoción*. Considera consumado el robo cuando la cosa ha sido trasladada o movida de lugar, cuando la cosa ajena ha sido desplazada del sitio en que se hallaba y no ya por el acto de ponerse la mano sobre ella, pues sólo cuando acaece aquel desplazamiento surge la violación de la posesión ajena.

e) *Teoría de la ablatio*. Esta teoría, para algunos, viene a completar la teoría de la *amotio*, estima insuficiente la simple remoción de la cosa, por quedar impreciso el sitio al que se desplaza y exige 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, de manera que tenga lugar la desposesión.

d) *Teoría de la illazione o de la destinación*. Que tiene su apoyo en la benignidad de los antiguos Prácticos de los siglos XVI Y XVII, frente a la atrocidad de las antiguas penas Contra el hurto. Considera integrado el delito, cuando la cosa ha sido transportada por el ladrón al lugar seguro donde se propuso (*illatio*), antes del robo, ocultada.

---

<sup>80</sup> Francisco González de la Vega, citado por Celestino Porte Petit Candaudap, ob., cit., p., 11.

<sup>81</sup> Francisco Pavón Vasconcelos citado por Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 11.

<sup>82</sup> Reynosa Davila, Roberto, ob. cit., pp., 17-23.

Alarga el momento consumativo a aquel en el cual el agente ha logrado trasladar la cosa al lugar al cual la destinaba (*eo loco quo destinaverat*) para aprovechada o utilizada de cualquier modo.

e) *La teoría de la locupletatio*. Considera que el hurto se ha consumado recién cuando el sujeto activo ha logrado el provecho de la sustracción se proponía obtener. El núcleo del tipo del delito de robo lo constituye la acción de apoderamiento y esta noción, afirma Carlos Creus, no coincide exactamente con ninguna de las teorías que históricamente han seleccionado distintos momentos como determinantes de la consumación de este delito.

En el caso que nos ocupa en el Derecho Penal Mexicano en el caso del Distrito Federal se aplica el criterio que marca el Código Penal del Distrito Federal en su artículo 226 que a la letra dice: "...Artículo 226. Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el inculpado tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella..."

Mariano Jiménez Huerta<sup>83</sup> señala al respecto que el apoderamiento de la cosa mueble presupone conceptualmente desapoderar de ella a quien la tiene en su poder, comprende toda posesión, todo poder de hecho que el sujeto pasivo tenga sobre cualquier cosa mueble en forma permanente o interrumpida, como los muebles y ropas que tenemos en nuestro domicilio, aunque temporalmente estemos ausentes por algún viaje al extranjero; como el propietario de un campo agrícola que deja en la sementera, durante la noche, la maquinaria y demás implementos agrícolas; como el turista que deja en la orilla sus vestidos mientras nada en el mar; como el viajero respecto de su equipaje que deja en el vagón mientras almuerza en el coche-restaurante, etcétera.

Sostiene Francesco Carrara<sup>84</sup> al respecto que la idea de apoderamiento significa tener sobre la cosa un poder real, por lo que en el momento que esa situación ha sido lograda por el autor, con el correlativo desapoderamiento, el hecho queda consumado, sin que se justifique dar significado prevalente al fin último que el autor se propuso al hurtar la cosa, como podría ser venderla, regalarla o quedarse con ella.

Luis Jiménez de Asúa dice que: "El término apoderarse que es el verbo con que el núcleo del tipo se formula, requiere que el sujeto activo pueda disponer de la cosa aunque sólo sea una fracción de segundo, puesto que de no ser así el objeto robado o hurtado no está en su poder."<sup>85</sup>

2. **Sin consentimiento**.- Este es un elemento normativo de valoración jurídica, ya que su definición se encuentra establecida en una ley, este elemento refiere que el apoderamiento del sujeto activo del robo simple

---

<sup>83</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>84</sup> Idem, P. 23.

<sup>85</sup> Idem, p.23.

respecto de la cosa mueble debe ser realizado sin consentimiento, es decir sin autorización de quien pueda disponer legalmente de la cosa (propietario), el Código de Civil para el Distrito Federal lo establece en el numeral 1803 que a la letra dice: "...Artículo 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente..."<sup>86</sup>.

Así es el consentimiento se puede manifestar de dos formas, la expresa y la tacita pero estas sin existir dolo, mala fe, error, violencia o alguno de los que estipula el mismo ordenamiento civil como vicios en el consentimiento, en los términos de los siguientes artículos: "...Artículo 1812.- El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

Artículo 1813.- El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa...

Artículo 1815.- Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

Artículo 1816.- El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico...

Artículo 1818.- Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato.

Artículo 1819.- Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado..."<sup>87</sup>

De existir algún vicio en el consentimiento, este no surtirá ningún efecto.

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal en la norma permisiva excluyente de delito de la fracción III del artículo 29 prevé el consentimiento del titular como causa de licitud, que a la letra dice: "... Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando: ...III.- (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un bien jurídico disponible;

---

<sup>86</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Edit., SISTA, México, 2002, pp., 146 y 147.

<sup>87</sup> Idem., p., 147.

- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento...<sup>88</sup>

- 3. **Bien mueble.**- Elemento de valoración jurídica el cual se encuentra previsto por el Código Civil para el Distrito Federal en el Capítulo Segundo del Título Segundo del Libro Segundo, si estos se clasifican en dos tipos de bienes muebles, por su naturaleza y por disposición de la ley; los que pueden ser fungibles o no fungibles en los términos de los siguientes numerales del ordenamiento sustantivo señalado que a la letra dicen: "...Artículo 752.- Los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley.

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

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

Artículo 755.- Por igual razón se reputan muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aun cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles.

Artículo 756.- Las embarcaciones de todo género son bienes muebles.

Artículo 757.- Los materiales procedentes de la demolición de un edificio, y los que se hubieren acopiado para repararlo o para construir uno nuevo, serán muebles mientras no se hayan empleado en la fabricación.

Artículo 758.- Los derechos de autor se consideran bienes muebles.

Artículo 759.- En general, son bienes muebles, todos los demás no considerados por la ley como inmuebles....

Artículo 763.- Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

Los no fungibles son los que no pueden ser substituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad...<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Código Penal para el Distrito Federal, AGENDA PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Edit., ISEF, México, 2004, p., 6.

<sup>89</sup> Ob. cit., p. 82.

El tipo del injusto de robo únicamente se puede concretar sobre bienes muebles, por lo que es para su existencia es necesario este elemento normativo de valoración jurídica.

## DE VALORACION CULTURAL.

1.- **Cosa.**- Elemento de valoración cultural puesto que ninguna ley define este concepto, en cambio el Diccionario de la Real Academia Española lo define de la siguiente forma: "...**cosa**. (Del lat. *causa*).

f. Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta.

|| 2. Objeto inanimado, por oposición a ser viviente.

|| 3. **nada**. U. c. neg. *No valer cosa*.

|| 4. Asunto, tema o negocio.

|| 5. *Der.* En contraposición a persona o sujeto, objeto de las relaciones jurídicas. En el régimen de esclavitud el esclavo era una **cosa**.

|| 6. *Der.* Objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales...."<sup>90</sup>

Para Carranca y Trujillo el elemento normativo cosa del tipo básico de robo, lo definió: "...Por una cosa se entiende "un objeto corporal susceptible de tener un valor, el cual no debe ser necesariamente económico, pudiendo ser documental o meramente moral o afectivo, por ejemplo, la carta que tiene un valor estimativo y sentimental como autógrafo o que puede probar un hecho ante los tribunales. Las cosa pueden ser sólidas, líquidas o gaseosas. Sobre el fluido eléctrico entendido como cosa susceptible de apropiación..."<sup>91</sup>

2- **Ajena.**- Es elemento de valoración cultural del tipo básico de robo en virtud que ninguna ley establece su definición, por otro lado si se precisa su concepto en otros documentos, así el Diccionario de la Real Academia Española lo define de la siguiente forma: "...**ajeno, na**. (Del lat. *aliēnus*, de *alius*, otro).

adj. Perteneciente a otra persona.

|| 2. De otra clase o condición.

|| 3. Distante, lejano, libre de algo. *Ajeno de cuidados*.

|| 4. Impropio, extraño, no correspondiente. *Ajeno a su voluntad*.

|| 5. Que no tiene conocimiento de algo, o no está prevenido de lo que ha de suceder..."<sup>92</sup>

Para Carranca y Trujillo la ajenidad como elemento del tipo básico de robo consiste en que: "...Es ajena la cosa que no pertenece al agente y si pertenece a

---

<sup>90</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta 2003, c 1993-2002 Microsoft Corporation, Reservados todos los derechos.

<sup>91</sup> Raúl Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas. CODIGO PENAL ANOTADO. Editorial Porrúa. México 1977. p. 840.

<sup>92</sup> Ob., cit.,

alguien: aspectos negativos y positivos del concepto de ajenidad de la cosa. Al derecho penal le interesa el aspecto positivo: el robo es la lesión al patrimonio de otro. Por ello no comete el delito quien se apodera de *res nullius* (p.e., el cazador de animales selváticos o bravíos, o sea sin dueño) o de *res derelictae*, de bienes mostrencos o sea abandonados y sin dueño, según el artículo 774 C.C. (p.e., una hoja de puerta procedente de derribo de un edificio y abandonada en un solar convertido en basurero público...)”<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> Ob. cit., p., 840.

### **CAPITULO III.**

#### **ESTUDIO DOGAMATICO DEL DELITO DE ROBO.**

#### **1.- REGULACION DEL ROBO EN EL NUEVO CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

El tipo básico de robo en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal se encuentra regulado el Libro Segundo Parte Especial, Título Décimo Quinto Capítulo primero, específicamente en los artículos 220 (tipo básico de robo), en relación con los artículos 223 (agravantes del tipo básico de robo), 224 (agravantes del tipo básico de robo), 225 (calificativas del tipo básico de robo), y 226 (hipótesis de consumación del tipo del injusto de robo).

#### **2.- CLASIFICACION DEL DELITO.**

El delito de robo se puede clasificar de acuerdo al momento de su consumación; de acuerdo con el artículo 17 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en:

*1.- Instantáneo:* cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal; verbigracia, cuando el activo desapodera en un solo acto arrebatándole su bolsa al transeúnte que va caminado hacia su casa.

*2.- Continuado:* cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo legal; por ejemplo; (el llamado robo hormiga) el empujado del supermercado que diariamente se lleva una de las botellas de vino hasta dejar la caja que las contiene completamente vacía.

En orden de la conducta por el número de actos se clasifica en:

*1.- Unisubsistente:* Cuando un individuo se apodera de un cosa, realiza un acto y este constituye la propia acción, estaremos en presencia del delito unisubsistente.

*2.- Plurisubsistente:* Cuando el activo del delito, se apodera en un momento de varias cosas, realiza varios actos y todos estos forman una acción, constituyendo cada uno de ellos un segmento de esta acción; estamos en presencia del delito plurisubsistente.

Por su forma de persecución.

*1.- De oficio:* Se persigue por la autoridad sin ningún requisito sine qua non, e incluso en contra de la voluntad del agraviado; por ejemplo; el sujeto que amenaza

de dispararle con un arma de fuego a una mujer que va caminando hacia su casa, si no le entrega sus pertenencias.

2.- *De querrela*: Se persigue por la autoridad a petición de parte ofendida, en el caso del delito de robo en el Distrito Federal este requisito de procedibilidad existe en los siguientes casos; cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado y cuando el monto del robo no exceda de cincuenta veces el salario mínimo o no sea posible determinar su valor.

Así mismo López Betancourt al realizar una clasificación del tipo básico de robo realiza el siguiente estudio: "...CLASIFICACIÓN DEL DELITO; A) *En función de su gravedad*, Estimamos que el robo es un delito, que viola el pacto social hecho por los hombres para vivir en sociedad, dañando el bien jurídico protegido, -el patrimonio- y, además, será perseguido por el representante social: Ministerio Público y juzgado por el poder judicial, quien impondrá en su caso la sanción que mencionan las leyes penales; B) *Según la conducta del agente*; De acción.- El robo se realiza a través de movimientos corporales y materiales, es decir, el ladrón ocupa conductas positivas para la perpetración del hecho delictivo. Verbigracia, cuando un sujeto asalta un banco, tiene necesariamente que entrar, amagar a los cajeros y clientela, y sacar el dinero; C) *Por el resultado*; Es un delito material, porque para que se configure se requiere de un cambio en el mundo exterior; D) *Por el daño*; Es un delito de lesión, porque está causando una disminución en el bien jurídico tutelado, el patrimonio de las personas; E) *Por su duración*; 1. Instantáneo.- El delito de robo es instantáneo cuando el hecho delictivo se consuma en el mismo acto de su realización. Para el caso concreto, será instantáneo en los Artículos 367; 368 fracción 1 y 11; 368 bis; 368 ter; 372; 377 fracciones 1, 11, III, IV Y V; 379; 380; 381 en todas sus fracciones; y, 381 bis. 2. Continuado.- El agente mediante diversas conductas efectúa el robo de algún bien, es decir, con distintos actos se produce un sólo resultado; por ejemplo, cuando un sujeto tiene la intención de robar todo un expediente de un juzgado, pero no lo hace en un sólo acto, primero roba 20 hojas, después veinte más y por último las restantes. Será continuado en el Artículo 381 fracciones 11, IV, V, VI, X, XI, XII, XIII. 3. Permanente.- De esta manera se ejecuta el robo prolongándose en el tiempo. Por ejemplo, el Artículo 368, fracción 11, indica el robo de energía eléctrica o cualquier otro fluido; F) *Por el elemento interno*; Doloso.- Cuando el agente tiene toda la intención de robar algún bien y lo realiza deseando apropiarse de éste; G) *Por su estructura*; Simple.- Porque sólo causa una lesión jurídica; H) *Por el número de actos*; Unisubsistente.- Ya que en ninguno de los tipos penales referentes al robo se establece o exige la comisión mediante dos o más actos, es decir, es suficiente un solo hecho para la configuración del delito; I) *Por el número de sujetos*; Unisubjetivo.- En todos los tipos establecidos para el robo, se colman con la participación de un solo sujeto, es decir, no exige ninguna disposición la participación de dos o más personas; J) *Por su forma de persecución*; 1. De oficio.- porque se persigue aún en contra de la voluntad del agraviado; la autoridad tiene la obligación de castigar a los responsables del delito de robo sin que medie

petición del ofendido. 2. De querrela.- Se perseguirá por petición de la parte ofendida cuando sea cometido el robo por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado o parientes por afinidad hasta el segundo grado; también para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos mencionados con antelación. La conducta descrita en el artículo 380 se perseguirá por querrela de la parte ofendida; *K) En función de su materia Federal y local;* 1. Federal.- Porque lo encontramos en un ordenamiento federal: El Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, 2. Común.- Será cuando el robo sea cometido dentro de la jurisdicción local, sometiéndose al ordenamiento penal de este mismo tipo. Cabe señalar que en este ámbito el ilícito a estudio tiene mayor presencia; *L) Clasificación legal;* Título Vigésimo segundo "Delitos en Contra de las personas en su patrimonio"...."<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> Ob., cit., pp., 260-263

### 3.- CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

El primer elemento de la Teoría del delito, antes de entrar al estudio de este elemento es importante explicar que es lo que estudia la Teoría del Delito, la cual se encarga de estudiar todas las características comunes que un hecho considerado como delito debe tener, en el caso concreto del delito de robo simple evidentemente tiene una conducta de acción, en el Código Penal para el Distrito Federal todos los delitos tiene previstos una conducta, ya sea de acción u omisión y dentro de esta última una comisión por omisión, por eso este elemento es parte del estudio de la Teoría General del Delito.

Podemos decir que el elemento *conducta*, es toda manifestación de la voluntad que se exterioriza en una consecuencia al mundo exterior ya sea en una *acción* (por medio de un movimiento corporal), o en una *Omisión* (en un no hacer que se tenía obligado, y dentro de esta última; una comisión por omisión o omisión impropia (en un resultado atribuible al activo por reunir los requisitos que marca la ley, derivado de un no hacer de una acción), todos estas de interés para el Derecho Penal.

Según el jurista Muñoz Conde la conducta que es: "...La conducta humana es el punto de partida de toda reacción jurídico-penal se manifiesta en el mundo exterior tanto en actos positivos (acciones) como en omisiones, Ambas formas de comportamiento relevantes para el derecho penal..."<sup>95</sup>

Plasencia Villanueva al respecto opina que: "...En el campo del derecho penal existen múltiples teorías respecto de los actos humanos penalmente relevantes, algunos de estos son encontrados entre sí, muestra de ello es la problemática relativa a la definición del termino adecuado para designar el comportamiento desplegado por una persona que puede tener consecuencias jurídicas penales; muchos autores usan los términos conducta y acción indistintamente, mientras otros los llaman conducta, comportamiento humano, o bien acción en un amplio sentido..."<sup>96</sup>

Avila Negrón al definir la conducta de acuerdo con la teoría Finalista de acción dice: "...La actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole, y dirigir su actividad según a al obtención de esos objetivos..."<sup>97</sup>

Clasificación del elemento conducta según la teoría general del delito:

1. La Acción: *Es todo comportamiento humano voluntario prescindido de un fin*

---

<sup>95</sup> Ob., cit., p., 10.

<sup>96</sup> Ob., cit., p., 46

<sup>97</sup> Ob., cit., p., 168

*que busca el ser humano, causando un resultado que interesa al Derecho Penal.*

Muñoz Conde al realizar un estudio comparativo entre la problemática existente entre la acción causal y la acción final y conforme a la teoría final de la acción formulada por Hans Welzel dice acertadamente que: “...La acción en sentido estricto; Acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana, solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica sin embargo una finalidad de ahí que la acción humana regida siempre por la voluntad sea siempre una acción final....Acción causal. (Von Lizst, Mezge) La teoría final de la acción surgió para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana desde principios de siglo... Para esta teoría la acción es también conducta humana voluntaria; pero, a diferencia de la teoría final, la teoría causal prescinde del contenido de la voluntad, es decir, del fin. Según esta teoría lo importante para establecer el concepto de acción es que el sujeto haya actuado voluntariamente. Lo que este sujeto haya querido (es decir, el contenido de su voluntad) es, sin embargo, irrelevante y solo interesa al marco de la culpabilidad. La teoría causal reduce, pues el concepto de acción a un proceso causal prescindiendo, por completo de la vertiente de la finalidad. Con ello desconoce la realidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales (pues en este caso no se podría diferenciar de los simples fenómenos de la naturaleza), sino procesos causales dirigidos a un fin. Es, pues, lógico que ese fin sea también tenido en cuenta ya en el momento de establecer el concepto de acción....”<sup>98</sup>

Beiling define a este elemento como: “...todo comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción, (producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervasion muscular, voluntariedad, fase interna, subjetiva de la acción) consistente en un hacer (acción positiva), esto es un movimiento corporal...”<sup>99</sup>

2.- La Omisión.- Es un no hacer, es decir, la omisión no es un simple no hacer nada, sino no hacer una acción que el sujeto esta en situación de poder hacer máxime que por sus características o atributos esta obligado a hacerla ya que de haberla realizado no se hubiese producido la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado por el Derecho Penal.

Para Muñoz Conde es: “...La Omisión es penalmente relevante, esta en el tipo del injusto del delito es la omisión de la acción esperada...”<sup>100</sup>

Plasencia Villanueva al respecto explica: “...El concepto de omisión surge con la teoría de los delitos de omisión creada por Armin Kaufmann, donde concibe a esta como tercera forma general de aparición del hecho punible junto al delito doloso e imprudente de comisión dotada de una estructura independiente de sus

---

<sup>98</sup> Ob., cit., p., 11, 13.

<sup>99</sup> Ernest Von Beiling, citado por Raúl Plasencia Villanueva, Ob., cit., p. 51.

<sup>100</sup> Ob., cit., p., 30.

elementos. El delito de omisión constituye dentro del finalismo una forma especial de hecho punible que no resulta abarcada por el concepto final de acción...”<sup>101</sup>

Avila Negrón opina al respecto que: “...En general siguiendo el pensamiento más avanzado del sistema Causalista, se puede afirmar que la omisión se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal esperado, que debía producir el cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa (en la acción la norma es prohibitiva)...”<sup>102</sup>

### 2.1. Clases de Omisión.

Muñoz Conde hace la siguiente clasificación de los delitos de omisión: “...a) *Delito de omisión pura o propia*: En los que se castiga la simple infracción de un deber de actuar, sin más. Equivalen a los delitos de simple actividad... b) *Delitos de omisión y resultado*: En los que la omisión se vincula a un determinado resultado, con el que se conecta normalmente.... c) *Delitos de comisión por omisión o impropios de omisión*, en los que al igual que los anteriores, esta se conecta con un determinado prohibido, pero en el tipo legal concreto, no se mencionan expresamente la forma de comisión omisiva, constituyendo, pues, un problema de interpretación, al dilucidar cuándo la forma omisiva puede ser equiparada a la activa, que si se menciona expresamente en la ley. Ejemplo: deja de morir de hambre a un niño recién nacido, no esta expresamente tipificado en ninguno de los distintos delitos contra la vida; sin embargo, todos admiten que dicha omisión debe ser equiparada a la acción de matar y conectada casualmente con el resultado de muerte. Aunque ello no pueda ser negado, la equiparación y la equivalencia de la omisión, no mencionada expresamente en el tipo legal, a la acción en sentido estricto descrita legalmente debe realizarse con sumo cuidado, sino se quiere lesionar el principio de legalidad y el principio de intervención mínima que impide equipar con la misma sanción, comportamientos cualitativamente diferentes...”<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Hans H. Jescheck, citado por Raúl Plasencia Villanueva, ob., cit., p., 58.

<sup>102</sup> Ob. cit., p. 60.

<sup>103</sup> Muñoz Conde, Francisco, Ob., cit, pp., 31, 32; *Estos delitos de comisión por omisión constituye una de las cuestiones más discutidas en la dogmática jurídico penal, por lo que debemos responder a la pregunta, ¿Cuál es le fundamento de equiparación y cual es el limite de este delito impropio de omisión.*

*La respuesta a esta interrogante requiere el examen de dos cuestiones que son:*

*1. La relación causal entre la omisión y el resultado producido:*

*El delito de comisión por omisión, es un delito de resultado material el cual debe ser imputado al sujeto de la omisión; aunque realmente no podemos hablar de “causalidad de omisión” ya que realmente se necesitaría una acción para obtener un resultado (fuerza desencadenante de la causalidad), que por definición falta en la omisión; por eso solo diremos que es una constatación de una causalidad hipotética (la posibilidad factica que tuvo el sujeto de evitar el resultado).*

*2. El deber de evitar el resultado:*

*No basta en el delito impropio de omisión, la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado, sino que para imputar el resultado al sujeto de la omisión, se necesita que este sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en virtud de su cargo o profesión. (de aquí el cargo de posición de garante).*

Silvio Raneri en relación a los delitos de comisión por omisión explica: "...La omisión impropia se presenta un tipo penal que prevé el deber jurídico de guardar un bien jurídico que se ve lesionado o puesto en peligro a causa de la imprudencia del sujeto activo, esto es, que "el sujeto viola un mandato de acción, junto con una prohibición por comisión, o sea, no hace lo que debe hacer, ocasionando con ello un resultado que no debe ser ocasionado..."<sup>104</sup>

*En el caso del delito de robo simple, en su conducta no acepta la omisión, ya la descripción delictiva de este injusto penal solo acepta una conducta de acción, traduciéndose en la manifestación de la voluntad que realiza el sujeto activo consistente en el conjunto de movimientos corporales externos que efectúa para apoderarse, es decir, obtener el poder de hecho de una cosa mueble que no le pertenece, sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo.*

## **AUSENCIA DE CONDUCTA.**

La Ausencia de conducta es el primer elemento negativo de la Teoría de los Elementos del Delito, la cual se basa precisamente en la falta de voluntad en la conducta humana, que es la que hace la acción sea penalmente irrelevante, y se da en los siguientes casos:

1. *Fuerza Irresistible: (Vis absoluta)* Es un acto de fuerza absoluta proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente, produciendo el resultado causándose con esto una causa de licitud.

2. *Movimientos Reflejos:* Son movimientos corporales que no contienen voluntad alguna del activo del delito por lo que no se le puede responsabilizar del resultado que generen, tales como convulsiones epilépticas o movimientos instintivos de defensa.

3. *Estados de inconciencia:* También falta la acción, tales como sueño, sonambulismo, hipnotismo. En estos casos tampoco el acto depende de voluntad, dentro de los estado de inconciencia encontramos los actos libres en su causa o

---

*Verbigracia, La madre del recién nacido tiene una especial obligación de alimentarlo para que no muera, Art. 123 del nuevo Ordenamiento Sustantivo Penal en el Distrito Federal dice: "... Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión...", este precepto penal es genérico y describe una conducta de acción, pero en el caso del delito de comisión por omisión, la madre viola esta norma prohibitiva por no cumplir la obligación natural (posición de garante) que tenía de alimentar al niño, lo que da como resultado la muerte (causalidad hipotética), por lo que la omisión del deber del garante se equipara a la acción, es decir, la comisión del ilícito se imputa a la madre por esa omisión obligada a evitar, por estas consideraciones se denominan delitos de comisión por omisión o impropio de omisión.*

*La razón de ello esta en que tanto un precepto legal, como el ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligros, imponen a determinadas personas la obligación de impedir el resultado lesivo del bien jurídicamente tutelado*

<sup>104</sup> Silvio Raneri citado por Raúl Plasencia, ob., cit., p., 63.

*actio libera in causa (A.L.I.C.)* en donde el sujeto se pone dolosamente en ese estado de inconciencia antes de realizar un ilícito penal, en este supuesto por disposición de la ley si es penalmente relevante.

Avila Negrón<sup>105</sup> al explicar que de acuerdo a la teoría planteada por diversos doctrinarios, de que a cada elemento positivo del delito se opone uno negativo, que impide su integración, corresponde señalar que al primer elemento del delito, es decir, a la acción se opone su ausencia. Los aspectos negativos del primer elemento del delito son principalmente: la fuerza física exterior irresistible; el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo. La fuerza física exterior irresistible se presenta cuando el sujeto realiza un movimiento corporal de carácter involuntario que produce un resultado típico, pero el cual no le puede ser atribuido, porque únicamente fue un instrumento involuntario de otro sujeto; o en otros casos por no tener dominio o voluntad de los movimientos corporales, como en el sueño, sonambulismo o hipnotismo.

*En el caso específico del injusto penal materia de estudio, son aplicables los siguientes casos de ausencia de conducta:*

*a) El Sueño y el Sonambulismo: Cuando el sujeto activo se encuentra en alguno de estos estados de inconciencia y en el desarrollo del mismo realiza un conjunto de movimientos corporales externos para apoderarse de una cosa mueble que no le pertenece y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, nos encontramos ante una ausencia de conducta debido a que el sujeto no tiene la voluntad de realizarlo.*

*b) El Hipnotismo: Cuando el sujeto activo se encuentra hipnotizado y bajo este estado realiza un conjunto de movimientos corporales externos para apoderarse de una cosa mueble que no le pertenece y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, nos encontramos ante una ausencia de conducta debido a que el sujeto no tiene la voluntad de realizarlo.*

*Estos hechos son irrelevantes para el derecho penal, ya que no constituyen delito.*

---

<sup>105</sup> Ob., cit., p., 62, 63.

#### 4.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

La TIPICIDAD en *latu sensu* es la adecuación integral de un hecho cometido a la representación que de ese hecho realiza la ley penal.

Esto no significa que el legislador tiene que describir con toda exactitud y hasta en los mas últimos detalles los comportamientos que estime necesarios para que puedan castigarse como delito, ya que de ser así resultaría que siempre dejaría un supuesto de hecho fuera de la descripción legal, de aquí que se busca una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan más características esenciales comunes, lo que llamamos TIPO PENAL, figura que hemos analizado dentro de esta tesis.

El penalista Celestino Porte Petit<sup>106</sup> dice que el papel asignado a la tipicidad en la teoría del delito abarca:

- a) La tipicidad es una característica esencial del delito.
- b) La tipicidad es un registro del hecho, según el derecho positivo.
- c) La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito.
- d) La tipicidad es una condición, pero no elemento del delito.

El juspenalista mexicano ha sintetizado las opiniones de Beling; Battaglini, Castellanos, Escobedo y él -personalmente- entiende que la tipicidad constituye una relación conceptual. En este sentido dice: la tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento objetivo, porque puede contener el tipo, además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto o ambos (salvo el caso que el tipo requiera solamente el elemento objetivo). Consecuentemente, la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo. Al respecto recordemos las hipótesis del homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena (elemento objetivo); estupro (elementos objetivo y normativo); atentado al pudor (elementos objetivo y subjetivo del injusto) y abuso de confianza y robo (elementos objetivo, normativo y subjetivo del injusto).

Para terminar, Porte Petit deja asentado que la importancia de la tipicidad radica en que se establece, en una forma clara y patente, que no hay delito sin tipicidad, encontrándonos -en este caso- frente a un aspecto negativo de una relación conceptual del delito: la ausencia de tipicidad o atipicidad.

Por su parte, Eugenio Zaffaroni expresa en relación a al elemento tipicidad: "...Si bien no se confunde al tipo con la tipicidad, suele darse a la expresión "tipicidad" un doble sentido, que lleva a la confusión de ambos conceptos. (Así, en un caso concreto. se suele hablar de la tipicidad de la conducta homicida de "A", queriéndose manifestar con ello: que la conducta de, "A" es típica de homicidio. Y b, la operación-función; que desempeña; el juzgador valiéndose del tipo por la que se establece que la conducta de "A" es típica de homicidio. De este modo, el tipo

---

<sup>106</sup> Celestino Porte Petit citado por Rafael Márquez Piñero, ob., cit., p., 164.

tiene por función la tipicidad para determinar la tipicidad, lo que resulta contradictorio. Entendemos que es necesario distinguir entre el juicio de tipicidad, que es la función por la que ésta se establece, y la tipicidad de una conducta, que es el resultado del juicio anterior y una característica de la conducta y del delito...”<sup>107</sup>

*Se ha mantenido la postura de que el elemento tipicidad tiene una función indiciaria del tipo: (ratio cognoscendi) la cual se ha traducido en un comportamiento que no implica la antijuridicidad del mismo, solo implica un indicio de que puede ser antijurídico.*

Max Ernesto Mayer<sup>108</sup> la considera como el primer presupuesto de la pena y estima la antijuridicidad como el segundo presupuesto de la misma. Propugna la separación -entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero reconoce a la tipicidad un papel indiciario respecto de la antijuridicidad, considerándola como -el fundamento de conocimiento de la antijuridicidad.

Señala Jiménez de Asúa<sup>109</sup> que la función indiciaria de la tipicidad se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, por ejemplo la inclusión -en el tipo del robo- de la cualidad de ajena de la cosa. La tipicidad es la *ratio cognoscendi* de lo antijurídico pero no puede identificarse con ella *ratio esendi*.

En relación al tema de estudio el juspenalista Pavón Vasconcelos al referirse a la tipicidad del tipo básico de robo del Código Penal de 1931 expresa que: “Si se aplica el concepto que sobre tipicidad ha elaborado la dogmática del delito, habrá tipicidad en el robo *cuando la conducta encuentra perfecto encuadramiento o adecuación al tipo descrito en el artículo Artículo 367 del Código Penal*. Ahora bien, dentro de este inciso debe expresarse que el tipo que venimos analizando no señala calidad alguna en orden a los sujetos tanto activo como pasivo del delito, por lo que puede afirmarse que el sujeto es en este tipo delictivo, *común o indiferente*. No puede, sobre este particular, afirmarse que el pasivo sea precisamente el dueño o poseedor de la cosa robada, pues tal carácter no constituye propiamente una calidad específica requerida en la norma, y aunque es cierto que en la mayoría de los casos quien sufre el desapoderamiento tiene esos atributos, los mismos se infieren de la relación jurídica existente entre el sujeto y el objeto de la protección penalística, mas no de la descripción legal referida al sujeto...”<sup>110</sup>

Pavón Vaconcelos trata de tipificar al tipo básico de robo dentro de la adecuación de todos los elementos descriptivos ya sean objetivos, subjetivos y normativos que hemos ido estudiando en esta tesis para el tipo básico de robo del artículo 220 del nuevo Ordenamiento Penal Sustantivo para el Distrito Federal.

---

<sup>107</sup> Eugenio Zaffaroni citado por Rafael Márquez Piñero, *ibidem.*, pp., 164, 165.

<sup>108</sup> Max Ernesto Meyer citado por Rafael Márquez Piñero. *Idem.*, p., 169.

<sup>109</sup> Jimenez de Asua citado por Rafael Márquez Piñero. *Ibidem.*, p., 169.

<sup>110</sup> *Ob.*, cit., pp., 31, 32.

*En el caso del delito de robo simple el elemento tipicidad es la adecuación integral de una conducta a la descripción delictiva que de esa conducta hace el artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal, de forma que se adecuen todos los elementos descriptivos del delito de robo.*

## **ATIPICIDAD.**

Es el segundo elemento negativo según la teoría de los Elementos del Delito, contrario a la tipicidad; es la no adecuación de un hecho cometido respecto la descripción que da la ley, por ende, debemos decir que a falta de cualquier elemento descriptivo (objetivo, subjetivo y normativo) que exija el tipo penal será atípico, de conformidad con el contenido del artículo 29 fracción II del nuevo Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice: "...Artículo 29 (Causas de Exclusión). El delito se excluye cuando:

Fracción II.- (Atipicidad).- Falte el alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate..."

## **AUSENCIA DE ALGUNOS DE LOS ELEMENTOS DESCRIPTIVOS DEL TIPO PENAL.**

Como lo hemos ido diciendo el elemento negativo de la tipicidad se da cuando falta algún elemento descriptivo del tipo penal.

Pavón Vasconcelos al respecto nos dice que: "...Aparentemente sólo puede presentarse atipicidad en el delito a estudio por ausencia del *objeto jurídico o material*, como sucedería en el apoderamiento de *cosa propia* o bien en el de *cosa abandonada*, pero la existencia de un elemento *normativo* (sin derecho) convierte el acto legítimo de apoderamiento, (*cumplimiento de un deber* o *ejercicio de un derecho*) en una *causa de atipicidad*.

El consentimiento *del interesado*, de ordinario *causa de justificación* cuyo fundamento se encuentra en la *ausencia de interés*, origina una *causa de atipicidad*, a virtud de la peculiar estructura típica del delito de robo. En efecto, la expresa exigencia de la ley, a la ausencia de consentimiento del titular, respecto al apoderamiento de la cosa, hace funcionar el asentimiento como *causa impeditiva de la tipicidad*. Dicho consentimiento puede adoptar cualquiera de estas formas: *expreso* o *tácito*. Es *expreso* cuando se exterioriza la voluntad del titular mediante cualquier acto eficaz para dejar constancia de él; es *tácito* cuando, la actitud activa o pasiva, adoptada por el propio titular, hace nacer, con todo fundamento, la creencia de la existencia del consentimiento...."<sup>111</sup>

Por otro lado Porte Petit al referirse a la Atipicidad del delito de robo en el tipo

---

<sup>111</sup> Ibidem. p. 43, 44.

básico de robo nos dice que: "...La atipicidad en el robo se dará, cuando no haya adecuación, conformidad a lo descrito por el artículo 367, del Código Penal, o estipulada en otra forma, cuando haya ausencia de cualquiera de sus elementos típicos: bien jurídico, objeto material, elemento normativo o el elemento subjetivo del injusto.

- a) CUANDO LA COSA ES PROPIA; de aquí que si la cosa es propia, *res nullius o abandonada*, indudablemente que no habrá adecuación o conformidad al tipo, por que la cosa no es ajena, es decir, falta el elemento normativo ajenidad, y por tanto no hay lesión al bien jurídico protegido.
- b) CUANDO NO EXISTE LA COSA; puede acontecer que el objeto típico material esta ausente, es decir, que no exista la cosa, originándose una *atipicidad*. Nadie puede cometer el apoderamiento de una cosa inexistente.
- c) CUANDO NO HAY ANIMO DE DOMINIO; hemos afirmado que el robo requiere como elemento subjetivo del injusto, el "animo de dominio", tal como lo ha determinado la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, lo cual quiere decir, que la falta de este elemento típico da lugar al aspecto negativo de la tipicidad, es decir que no puede existir una adecuación al tipo si aún existiendo la realización de apoderamiento de la cosa, no lo es, con el "animo de dominio".
- d) CUANDO HAY CONSENTIMIENTO; Otro de los elementos típicos del robo, es el *sin consentimiento*. De tal manera que la existencia del consentimiento produce una atipicidad, y no el aspecto negativo de la antijuridicidad como lo sostienen algunos estudiosos en la doctrina <sup>112</sup>

*En el caso del delito de robo materia del presente estudio, el elemento negativo de la tipicidad es la no adecuación integral de un hecho a la descripción delictiva que de ese hecho hace el artículo 220 párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal, una conducta es atípica en los siguientes casos:*

- a) Cuando es inexistente algún elemento objetivo del robo.*
- b) Cuando es inexistente algún elemento subjetivo del robo.*
- c) Cuando es inexistente algún elemento normativo del robo.*

## **ERROR DE TIPO**

Hasta la fecha existe el debate de que si el error de tipo es una causa de atipicidad o una causa de culpabilidad, sin entrar en controversia nos limitaremos a analizar este tema dentro del elemento atipicidad por afectarse por error invencible alguno de los elementos descriptivos del tipo penal, de conformidad con la teoría finalista de la acción.

---

<sup>112</sup> Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., p. 84, 85, 86.

Plasencia Villanueva<sup>113</sup> refiere al respecto que el error de tipo ahora se discute respecto de su carácter de causal de atipicidad en oposición a su carácter de oposición a causal de inculpabilidad, como se le conocía en la antigüedad, el cambio se presenta en atención a los postulados de la teoría final de la acción, específicamente el aspecto relativo a la ubicación del dolo, el cual se sitúa en la acción y a esta en el tipo, con lo que falta de este último produce como consecuencia la falta de la adecuación del tipo.

El error de tipo se divide en error de tipo invencible y error de tipo vencible, que tenga el sujeto activo respecto de los elementos descriptivos del tipo penal en el primero se excluye el dolo y la culpa, en el segundo se excluye únicamente el dolo, pero queda subsistente un tipo del injusto culposo; por ejemplo en el caso de un error de tipo invencible, el cazador que sigue a un vendado por el bosque y al ver que este animal se esconde detrás de un arbusto, el cazador le dispara y al llegar al lugar se percata que se encontraba un hombre en el lugar al cual mato, en este ejemplo el cazador se encuentra en error respecto de la relación de causalidad (nexo causal) ya que no quería ese resultado material.

Para nuestro estudio el error de tipo se encuentra previsto en el numeral 29 del Código Penal para el Distrito Federal el cual a la letra dice: "...Artículo 29 (Causas de Exclusión)...

Fracción VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o... Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código..."

El Español Muñoz Conde al explicar las clases de error de tipo dice que: "...El error puede caer sobre distintos elementos típicos. De acuerdo con ello se distingue entre:

I. Error sobre el objeto de la acción (*error in objeto vela in persona*). En principio, es irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción; lo mismo da que A se apodere del automóvil de B que creía propiedad de C o que mate a D en lugar de a I. En algunos casos la cualidad de la persona determina la comisión de un tipo distinto (mata a su padre por error, confundiendo con un extraño: realiza un parricidio en lugar de un homicidio). En teoría, cabe construir un delito doloso intentado (de homicidio) en concurso con un delito imprudente consumado (de parricidio), igual cuando los objetos son heterogéneos (dispara contra el perro y alcanza a su dueño).

---

<sup>113</sup> Plasencia Villanueva, Raúl, Ob., cit., p., 109. El debate radica en las distintas tesis de la teoría Finalista en controversia con el la teoría Causalista, para la primera su fundador Welzel encuentra al dolo y la culpa ubicado en la conducta y esta a su vez se encuentra en el primer elemento de la teoría del delito la tipicidad, para la segunda teoría el dolo y la culpa se encuentran ubicados en el elemento culpabilidad, de ahí de la diferenciación de la ubicación de la excluyente de delito el llamado *error de tipo*, si afecta al elemento tipicidad o favorece al elemento inculpabilidad.

2. Error sobre la relación de causalidad. En principio, las desviaciones inesenciales o que no afectan la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes (A dispara contra B con ánimo de matarle, hiriéndole levemente, B muere a los pocos días a causa de una infección de la herida).

Por el contrario, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor, todo lo más podrá imputarse el hecho como tentativa. (En el ejemplo anterior, B muere posteriormente a consecuencia del incendio del hospital).

3. Error en el golpe (*aberratio ictus*). Se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física. El autor por su mala puntería alcanza a B, cuando quería matar a C. En este caso habrá tentativa de homicidio doloso en concurso con un homicidio consumado por imprudencia.

4.- El mismo tratamiento teórico que la *aberratio ictus* merece el llamado *dolus generalis*. En este caso el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad se produce por un hecho posterior (el sujeto tras haber estrangulado a su víctima y en la creencia de que la ha matado, la tira por un precipicio, para ocultar su delito, siendo entonces, cuando la víctima que solo estaba desvanecida, muere realmente a consecuencia del golpe en la caída). En la práctica, parece más justo apreciar, sin embargo, un solo delito consumado doloso: el sujeto quería matar a la persona y lo ha conseguido.

5. El error sobre los elementos accidentales determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado...<sup>114</sup>

*En el caso del delito de robo no está excluido el caso del error de tipo, y se podría dar en el caso de (error in objeto veta persona), cuando el sujeto de apodera de un objeto que cree que es propiedad de A que le ha dado su consentimiento para usarlo pero dicho objeto resulta que es propiedad de B; en el caso concreto, resultaría lo mismo, y de todos modos se actualizaría un tipo pena.*

---

<sup>114</sup> Ob., cit., pp., 62, 63.

## 5.- ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

El elemento Antijuricidad es el segundo elemento del delito de acuerdo con la teoría del delito, que debemos analizar para concretar la existencia de un hecho delictivo, es decir si el hecho a estudio es considerado típico, ahora tendremos que saber si es antijurídico, esto es, algunos autores de forma simple explican que el elemento antijuricidad o antijuridicidad se refiere a que un hecho delictivo es un contrario a las normas de derecho, es injusto o ilícito penal, aunque gramaticalmente ese es el significado de la palabra antijurídico, pero no es lo mismo hablar de un injusto penal y de un hecho antijurídico, el primero es la especie y el segundo el genero por decirlo así, es decir, el estudio del elemento antijuricidad de la teoría del delito va mas allá que decir simplemente que es lo contrario a derecho, si no que es un concepto unitario de derecho que interesa a todo el ordenamiento jurídico y no únicamente a el Derecho Penal, y en materia penal se refiere a la realización antijurídica del tipo penal frente a un norma prohibitiva interesando a todo el Ordenamiento Jurídico Mexicano vigente, en nuestro caso.

Por lo que podemos decir que no únicamente existen injusto penales, sino administrativos, civiles, laborales, y cuantas ramas de derecho existan, dentro de un concepto unitario de antijuricidad.

El Doctor en Derecho Márquez Piñero dice al respecto: "...Sin duda, la problemática entorno a la antijuridicidad constituye uno de los tópicos mas delicados y complejos dentro del ámbito jurídico penal... la antijuridicidad es siempre la misma entre una conducta real y el ordenamiento jurídico.

De ahí, que por consiguiente, la antijuridicidad debe ser la misma en su totalidad en el ordenamiento jurídico, en tanto que existe un injusto específico, pero no una antijuridicidad específicamente jurídico-penal. El injusto es la misma forma antijurídica de la conducta. Conviene desde este punto de vista, expresar que el tipo (como figura conceptual) no es antijurídico, ya que únicamente su realización puede ser antijurídica. Así pues, *no hay tipos antijurídicos sino solamente realizaciones antijurídicas del tipo acción.*

En la línea de este razonamiento, no existe un antijuridicidad penal en contraposición a una antijuridicidad general. No hay algo antijurídico dentro en el derecho penal ni algo que no sea antijurídico fuera de el o viceversa. El derecho constituye una unidad cerrada, y el derecho y la antijuridicidad son los mismos en todos los diversos campos..."<sup>115</sup>

De forma contraria Plasencia Villanueva dice que: "...Al analizar el tema de la antijuridicidad emerge la problemática relativa a como distinguir los comportamientos jurídicos contrarios al dictado de las normas, lo cual nos obliga a meditar sobre la existencia de comportamientos antijurídicos en las diversas ramas de derecho, pues en ellas el legislador recoge normas que se integran al

---

<sup>115</sup> Márquez Piñero, Rafael., TEORIA DE LA ANTIJURIDICIDAD, Edit., UNAM., México, 2003, pp, 1, 2.

contenido de la ley, así como consecuencias jurídicas para los que violan el deber de obediencia o de sumisión emanado de las mismas.

Lo anterior provoca que constantemente se admita a lo antijurídico como lo contrario a derecho, sin embargo, es conveniente recordar que el ataque se dirige propiamente a nivel normativo, mas no a nivel ley o al derecho en su conjunto, lo cual nos arroja una respuesta vinculada con el papel de las normas y su diferencia con la ley, pues resulta inadmisibles pretender homologarlas y darle un tratamiento de sinónimos... En los términos anteriores podemos afirmar que lo antijurídico se entiende como “la realización del tipo penal objetivo con una carga valorativa...”<sup>116</sup>

El autor antes citado tiene razón en la cuestión de que resultaría existe una problemática al tratar de homologar las normas permisivas de una rama de derecho a otra, que prevé en su conjunto el Derecho Positivo; pero lo que si resulta inadmisibles es tratar de dividir el concepto unitario de antijuridicidad dentro de las diversas ramas de derecho, es decir tratar de manejar un antijuridicidad penal y por otro lado una antijuridicidad civil, debido a esa problemática; como lo hemos citado por el profesor Marque Piñero, con los injustos penales.

Por otro lado dice Vela Treviño al dar un concepto de antijuridicidad: “...Para nosotros, *la antijuridicidad es el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado.*”

Conforme a la anterior, los elementos constructivos de la antijuridicidad, conceptualmente entendida, son:

- a) Una conducta típica.
- b) Una norma jurídica, incluyendo en ella a la norma de cultura que le precede.
- c) Un juicio valorativo, objetivo; y,
- d) Un resultado declarativo de contradicción...”<sup>117</sup>

Por otro lado el profesor Muñoz Conde al hacer una clasificación de la antijuridicidad la divide en formal y material, la cual explica: “A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama *antijuridicidad formal*. La antijuridicidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de *antijuridicidad material* no son sino aspectos del mismo fenómeno. Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente. La esencia de la antijuridicidad es por consiguiente, la ofensa de un bien jurídico protegido por la norma que se infringe

---

<sup>116</sup> Ob., cit., pp., 131, 132.

<sup>117</sup> Vela Treviño, Sergio, ANTI JURIDICIDAD Y JUSTIFICACIÓN, Edit., Porrúa, México, 1976, p. 153.

con la realización de la acción. En la medida en que no se de esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuricidad, por mas que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción. La falsificación de la firma de un personaje famoso por puro pasatiempo o la confección de una letra de cambio con fines didácticos, etc. No constituye una acción antijurídica de falsedad documental, ya que no es el bien jurídico protegido en ese delito...”<sup>118</sup>

Pavón Vasconcelos<sup>119</sup> expresa refiriéndose a la antijuricidad en el robo, que integrado el primer elemento del delito (conducta) y precisada su adecuación a la descripción legal (tipicidad), se requiere además que el apoderamiento de la cosa sea antijurídico y tal acción lo será cuando la misma *no se encuentre justificada en la ley*, es decir, cuando no opere en la especie ninguna *causa de justificación*.

Porte Petit por otro lado refiriéndose el elemento antijuricidad en el tipo básico de robo del Código de 1931, de forma breve y clara dice que: “...El apoderamiento de la cosa debe ser ilegítimo, Una conducta es antijurídica cuando siendo típica no hay a favor del sujeto una causa de justificación. Por tanto en el robo habrá antijuricidad cuando habiendo adecuación a lo descrito por el artículo 367 del Código Penal, no exista una causa de licitud, es decir, una contranorma.

Una vez que de un hecho a satisfecho el primer elemento de la teoría del delito, la tipicidad, es decir, cuando esa conducta encuadra perfectamente con la descripción que hace la ley de ella, se debe realizar un juicio de desvalor de esa conducta a efecto de analizar si se encuentra justificada con alguna norma permisiva que tenga previsto el ordenamiento jurídico, es decir, calificar su licitud o ilicitud, en este juicio radica precisamente el elemento antijuricidad, como lo explica el profesor Servio Tulio nos dice: “...Decíamos atrás que la antijuricidad, como segundo elemento del delito que forma parte de su estructura normativa, consiste en la valoración que el juez hace de una conducta que sabe típica y con base en el ordenamiento positivo, en donde se concretan los valores e intereses que la sociedad necesita tutelar. La antijuricidad es un concepto valorativo, en el sentido de que el juez, mediante el análisis, descubre el carácter lesivo del acto. Se dice que la antijuricidad es la valoración que lleva a efecto el juez en cuanto a la lesividad del comportamiento, que es antagónico a los intereses tutelados en una norma penal. Es un juicio de desaprobación del acto, ya que el juez, en vista de las normas legales, lo encuentra reprobable por su carácter lesivo y por su contrariedad con un precepto penal. De este modo, la antijuricidad es un concepto objetivo, porque su esencia consiste en una relación de contrariedad entre la conducta del agente y el derecho con una norma que prohíbe u ordena, sin que cuente hasta este momento la culpabilidad, que es el tercer elemento del delito. En efecto, la antijuricidad se manifiesta en un juicio de desaprobación de la conducta típica realizada, que en principio es independiente del elemento subjetivo del delito. Esa relación en que se funda la antijuricidad, tiene como términos y extremos la conducta y la norma de derecho, pero entendidas no

---

<sup>118</sup> Ob., Cit., p., 84, 85.

<sup>119</sup> Ob. cit., p. 44.

subjetivamente, sino como algo que está en contraposición con el interés jurídicamente tutelado. La antijuridicidad constituye el juicio de desaprobación de un comportamiento...”<sup>120</sup>

*Para el caso del tipo penal de robo simple previsto en el numeral 220 del Código Penal para el Distrito Federal, una vez que se ha comprobado que la conducta del robo es típica, se debe entrar al estudio del elemento de la antijuridicidad, consistente en realizar un juicio de desvalor de la conducta típica de robo respecto de las hipótesis de las causas de justificación que prevén las normas permisivas del artículo 29 del mismo ordenamiento penal, es decir, esa conducta, típica de robo será antijurídica siempre y cuando no se encuentra amparada en alguna causa de justificación en seguida correspondiente al elemento negativo de la antijuridicidad de acuerdo a la teoría del delito.*

*Por lo que es tarea de esta tesis hacer un breve análisis de las Causas de Justificación o Casas de licitud, en el siguiente punto.*

---

<sup>120</sup> Ruiz Servio, Tulio, LA CONCEPCION DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL, Edit., Temis, Bogota, Colombia, 1983, p. 25.

## CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Las causas de justificación excluyen el elemento antijuridicidad del delito, es decir, la posibilidad de que pueda ser antijurídico un hecho típico, en virtud de una norma permisiva prevista en el ordenamiento jurídico que al valorarla impiden que se estructura el segundo elemento del delito la antijuridicidad, anulando al función indiciaria de antijuridicidad que tiene la tipicidad y dejando por consiguiente un hecho lícito, excluyendo por ende la culpabilidad y punibilidad.

Terán Lomas al dar un concepto de las causas de justificación dice que: "...Las causas de justificación excluyen la antijuridicidad del hecho. Es preciso aclarar que no suprimen una antijuridicidad existente, sino que cancelan *ab initio* el delito, impidiendo que el hecho sea antijurídico. No ocurre así con las causas de inimputabilidad e inculpabilidad, que no excluyen la antijuridicidad del hecho, sino la condición de autor imputable y culpable, y por consiguiente, punible. Al inimputable o inculpable, que actúa antijurídicamente, puede oponérsele una causa de justificación, por ejemplo, la legítima defensa. Las causas de justificación son transitivas; los actos justificados son lícitos -como los denomina el Código Penal Suizo-, y consiguientemente, quienes cooperan en un acto justificado, quedan cubiertos por su licitud. La inimputabilidad y la inculpabilidad son estrictamente personales e intransitivas, y excluyen la imputabilidad o la culpabilidad sólo respecto del agente que se halla personalmente cubierto por tales causales.

De lo expuesto se desprende una serie de consecuencias relevantes:

a) El acto justificado no irroga responsabilidad civil. Sólo en algún supuesto excepcional, como en la echazón, puede surgir un resarcimiento fundado exclusivamente en la equidad, en aplicación del principio del enriquecimiento sin causa.

b) No pueden existir legitimidades contrapuestas; no se puede ejercer la legítima defensa contra la acción justificada.

c) De acuerdo con la concepción objetiva de la antijuridicidad, la justificación debe compartir igual naturaleza que el carácter del delito que excluye. No se pueden aceptar fundamentaciones subjetivas, sea que concluyan en la falta de peligrosidad en virtud de los motivos justificantes, o que identifiquen todas las causales como excluyentes del ilícito penal. Tampoco son aceptables a mí entender las exigencias de un elemento subjetivo en las causas de justificación. Si el autor no conoce un elemento objetivo de justificación existente en realidad, o no tiene las tendencias subjetivas especiales correspondientes -hipótesis planteadas por Maurach o Welzel-, no cometerá en principio un hecho consumado antijurídico. Aunque el ánimo de defensa resultaría de la expresión *para* vinculada con "impedir o repeler la agresión" (art. 34, inc. 69), la repulsa de una agresión no dejará de ser

tal porque la defensa a la vez satisfaga un ánimo de venganza, o porque quien hubiere proyectado un homicidio, al llegar ante su víctima, deba actuar con presteza contra ella en defensa de la madre agredida. El error o ignorancia en la ejecución de un acto lícito no puede excluir su licitud. Subjetivizar la justificación implica confundirla con la inculpabilidad...”<sup>121</sup>

De forma congruente Muñoz Conde en su obra Teoría del Delito explica: “...El ordenamiento jurídico no solo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan realizar un hecho, en principio prohibido. En derecho penal la existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido, por cuanto el tipo constituye o describe la materia de prohibición, es decir, aquel o aquellos hechos que el legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos. Pero en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan. En estos casos, el indicio de antijuridicidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de un causa de justificación, es decir, por una causa de exclusión de la antijuridicidad que convierte el hecho típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico...”<sup>122</sup>

Por otro lado Mir Piug explica que las bases de las causas de justificación derivan dos tendencias. Por un lado esta la tradicional, según la cual la exclusión de la antijuridicidad no implica la desaparición de la tipicidad y, por ende, se habla de una “conducta típica justificada”. Por otro lado “la teoría de los elementos negativos del tipo”, la cual postula “que las causas de justificación eliminan la tipicidad”.<sup>123</sup>

En nuestro Código Penal para el Distrito Federal se encuentran previstas en el numeral 29 en sus fracciones III, IV, V, VI las normas permisivas que excluyen la antijuridicidad del delito que a la letra dice: “...Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:...

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

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

---

<sup>121</sup> Terán Lomas, Roberto A. M., DERECHO PENAL, Edit., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980, pp., 351-353.

<sup>122</sup> Ob., cit., p 18.

<sup>123</sup> Mir Piug, Santiago citado por Raúl Plasencia Villanueva. Ob. cit., p. 140.

IV. (*Legítima defensa*). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

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

V. (*Estado de necesidad*). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI. (*Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho*). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo;...”<sup>124</sup>

Estas causas de exclusión que analizaremos de forma breve en relación al delito de robo que es el tema de estudio de esta tesis.

Porte Petit al referirse a las Causas de Justificación específicamente en lo que hace al delito de robo dice: “...El aspecto negativo de la antijuridicidad, lo constituyen las causas de licitud o como otros lo denominan causas de justificación o contranormas.

Respecto a la procedencia de este aspecto negativo en el delito en estudio, contamos con el parecer de Núñez, en el sentido de que, "respecto del hurto; algunas, de ellas (se refiere a las causas de justificación) *resultan incompatibles con el dolo específico* del delito Y producen el efecto de eliminarlo, excluyendo así la figura del hurto en su aspecto subjetivo". Agrega que "ya hemos visto que quien se apodera de lo ajeno por su estado de necesidad puede incurrir en un hurto justificado o no puede incurrir en este delito. Otras causas de justificación, como *el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, autoridad o cargo y la obediencia debida de una orden legítima, suponen en el agente una finalidad muy distinta a la de desempeñar al dueño de la cosa* y a la de apoderarse de esta. No se puede decir en efecto, que actúan movidos por esos propósitos: ni el curador del insano que, cumpliendo su deber, le quita a este un instrumento peligroso; ni el padre que, en ejercicio de su derecho de patria potestad, le quita al hijo un libro

---

<sup>124</sup> Código Penal para el Distrito Federal. AGENDA PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edit. ISEF. México 2004. pp. 6-7.

peligroso para su salud moral; ni el director de escuela que, en ejercicio de su autoridad, hace lo mismo con, un alumno; ni el policía que, en ejercicio de su cargo o cumpliendo una orden legítima, despoja al detenido de las armas que porta o de los otros objetos que pueden servirle para atentar contra su vida. Ninguno de los nombrados se apodera furtivamente del objeto quitado; ellos cumplen un acto de otro carácter, que, aunque materialmente coincide con la figura del hurto, ideológicamente se diferencia de manera notable. En todos casos, lo que se legitima, no es un hurto, sino un acto de secuestro o de privación de la cosa, que no sería legítimo en otras circunstancias. Lo mismo suceder cuando el autor toma la cosa en virtud de saber que el dueño consiente, o en razón de creer que este consentimiento ha sido dado. El ánimo del agente no es el de desapoderar al dueño, sino el de proceder conforme a ese consentimiento real o presumido por él. Sin embargo, la justificación por el consentimiento del ofendido no requiere, como las otras causas antes enunciadas, que el autor obre conociéndolo, y por lo tanto, el consentimiento puede actuar sólo objetivamente, legitimando una acción verdaderamente furtiva por haber sido realizada con dolo de hurto...”<sup>125</sup>

1-.Consentimiento del Titular.- Esta causa de justificación, en relación al delito de robo, cumple con los requisitos de que prevé la fracción III del artículo 29 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, consistentes en que los bienes patrimoniales son considerados disponibles conforme a las normas civiles, así como el propietario puede otorgar su consentimiento de forma expresa o tacita para que otra persona disponga de ese bien, siempre que no exista algún vicio en el consentimiento de los señalados en el capítulo II de esta Tesis, pero antes de entrar al estudio de esta causa de justificación como excluyente del elemento antijuricidad se debe considerar, en lo que hace al robo el otorgar el consentimiento sobre el bien mueble, elimina la tipicidad del delito ya que es un elemento descriptivo normativo de esta y no excluye la antijuricidad, que no es relevante una vez que se sabe no existe la tipicidad en el delito, y en virtud que el tema materia de estudio son las causas de justificación, no resulta importante para este tema.

Al analizar este tema Vela Treviño nos expresa que: “...Es en estos tipos que tutelan los derechos del individuo, al patrimonio, donde más claramente se presenta la eficacia del consentimiento como legitimador de conductas típicas; siguiendo el principio fundamental de la disponibilidad de los bienes jurídicamente tutelados, encontramos que destacan como plenamente disponibles los relativos a la propiedad y al patrimonio, en general.

El régimen constitucional concerniente a la propiedad, reconoce y crea la propiedad privada (art. 27); se distingue meridianamente la existencia de este instituto que es antitético, en función de los intereses, de la propiedad que corresponde a la Nación; son dos campos, perfectamente distinguidos y distinguibles; la confirmación absoluta de ello resulta de la posibilidad que la Constitución confiere, Nación de imponer al derecho de propiedad privada las

---

<sup>125</sup> Ob., cit., pp., 91, 92.

modalidades que dicte el interés público. Acorde con el sistema establecido, se puede válidamente sostener que si por su propia naturaleza y por disposición de la ley, el patrimonio es un bien disponible, el consentimiento que se otorgue para la afectación al mismo, por medio de una conducta típica, revelará claramente la ausencia de interés por parte del titular del bien y, en consecuencia, la renuncia a la tutela normativa, en caso, la conducta típica no será antijurídica, sino conforme a Derecho.

Debe buscarse la eliminación de confusiones en este aspecto, volviendo al criterio que ya hemos expuesto en el sentido de que cuando la hipótesis del tipo requiere que se actúe sin el consentimiento del interesado, la inexistencia de delito por razón del consentimiento surgirá de la atipicidad, por no poderse adecuar la conducta al tipo; en cambio, si el consentimiento opera como renuncia a la tutela normativa, habrá inexistencia de delito por ser conforme a Derecho la conducta típica...

De lo anterior resulta que, contra lo que generalmente, se considera, el consentimiento carece de relevancia legitimadora de la conducta típica en los delitos contra el patrimonio que en seguida enumeramos:

Art. 367. *Robo*. La descripción típica requiere que el acto de apoderamiento de la cosa ajena mueble, se realice *sin derecho y sin el consentimiento*, de la persona que puede disponer de ella conforme a la ley. En estos casos, al actuar el sujeto activo con el consentimiento del interesado impediría la adecuación típica (Tipicidad) y por ello, habría atipicidad...<sup>126</sup>

## 2.- Legítima Defensa.

Al analizar esta causa de justificación el penalista español Muñoz Conde de forma acertada nos dice: "La naturaleza de la legítima defensa como causa de justificación parece fuera de duda, pero durante mucho tiempo estuvo confundida con las causas de inculpabilidad, planteándose como un problema de miedo o de perturbación del ánimo en el que se defiende, porque es objeto de un ataque. Pero en la medida en que la defensa sea respuesta proporcionada a una agresión injusta, no cabe duda de que, cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe auténtica causa de justificación que legitima el acto realizado.

### *Requisitos*

- 1) Agresión ilegítima. Este requisito es el presupuesto de la legítima defensa y lo que la diferencia de otras causas de justificación (por ejemplo del estado de necesidad), la agresión ilegítima debe ser dolosa....
- 2) Necesidad Racional del Medio empujado para impedir o repeler la agresión. Este requisito supone la concurrencia de dos extremos distintos, la necesidad de defensa, que solo se da cuando es contemporánea la agresión y que persiste mientras la agresión dura siempre que sea, además la única vía posible para repelerla o impedirla y la racionalidad del medio empujado que exige la proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida de los medios empujados para repeler al agresión. Es decir la entidad de la defensa,

---

<sup>126</sup> Ob. cit., pp., 229-231.

una vez que esta sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión, de lo contrario no habría justificación plena y, todo lo más, vendrá en consideración la eximente incompleta.

3) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende...<sup>127</sup>

En el caso del delito de robo Pavón Vasconcelos<sup>128</sup> explica que puede funcionar, la legítima defensa como causa de justificación. El apoderamiento del arma del agresor, sin derecho y sin su consentimiento, como medio necesario para nulificar el peligro de la agresión actual e injusta que amenaza daño a bienes jurídicos, se encuentra plenamente justificada.

Opinión de a la cual no estamos de acuerdo ya que en el ejemplo de apoderamiento del arma del agresor, faltaría acreditar *el ánimo de dominio*, del activo para adecuar el delito de robo que refiere el profesor Pavón Vasconcelos, y si el fin de este es precisamente apoderarse del arma para salvaguardar su integridad física, no exige un ánimo de dominio, ni de uso, por lo tanto al faltar este elemento subjetivo necesario para la existencia del delito de robo, ni siquiera sería un hecho típico, por lo que no sería necesario valorar si se actualiza el elemento antijurídico o si alguna causa de justificación avala este hecho.

El maestro Porte Petit explica al contrario que: "...Nosotros creemos, que el ejemplo señalado, no corresponde a una legítima defensa en el robo, porque el apoderamiento del arma, *no es con el ánimo de dominio*. El ánimo de la causa de justificación legítima defensa no se adecua al elemento subjetivo del injusto en el robo: uno es ánimo de defensa; el otro, es ánimo de dominio o de lucro. Así *Maggiore*, sostiene, que no comete hurto "el que le quita un revólver al enemigo que va a dispararle". Y *Quintano Ripollés* expone, que "en cuanto a las causas de justificación fuera de la ya aludida de estado de necesidad, son demasiado inverosímiles para que se insista sobre de ellas. Es el caso del que quita a otro la pistola o puñal con el que se pretende herirle, que con otras hipótesis de laboratorio no darían lugar siquiera a apelar a las eximentes de legítima defensa o estado de necesidad, por resultar *ab initio* atípicas, al faltar el elemento finalista del ánimo de lucro". Igualmente, *Cárdenas, Raúl*, "no piensa, que se pueda alegar la legítima defensa para justificar un robo, pues como afirma con toda razón *Sergio Vela*, la de la declaración de que la conducta típica es conforme a derecho, no puede tener fundamento en causas que son inaplicables al tipo" anotando el autor, que "quien desarma a quien le agrede, no comete robo, no porque actúe en legítima defensa sino porque, según vimos, no se apodera del arma"<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> Ob. cit., pp., 101-104.

<sup>128</sup> Ob. cit., p., 49.

<sup>129</sup> Ob. cit., p., 93, citando a Maggiore y Quintano Nápoles.

### 3.- Estado de Necesidad:

El estado de necesidad, al igual que la legítima defensa, se basa en el instinto de supervivencia, ya sea "para evitar un mal propio o ajeno", se "lesiona un bien jurídico de otra persona o se infringe un deber", es decir consiste en una situación de peligro que amenaza determinados bienes jurídicos a raíz de un peligro no causado por el agente y en atención de un comportamiento lesivo a bienes jurídicos pertenecientes a un tercero que pudo haber creado con esa situación de peligro.

El estado de necesidad ha sido reconocido desde hace siglos bajo la fórmula *necessitas legem non habet*, el clásico ejemplo del estado de necesidad que impulsa a una persona a lesionar el bien jurídico es el de los dos naufragos sostenidos a una tabla, la cual solo podrá sostener el paso de uno, por lo que se genera una lucha entre ambos privando de la vida uno a su compañero a fin de poder sobrevivir.<sup>130</sup>

Así la doctrina ha diferenciado al Estado de Necesidad en dos clases, el primero denominado como *estado de necesidad justificante*, es el caso que se lesiona un bien jurídico propio o ajeno de menor valor que el salvaguardado, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo, el cual es considerado que excluye el elemento antijuridicidad, y el segundo el *estado de necesidad disculpante* que con los mismos requisitos del anterior lesiona un bien jurídico propio o ajeno de igual valor, el cual es considerado en su mayoría como un causa de inculpabilidad ya que existe ausencia de antijuridicidad y que aplica el principio general de la no exigibilidad de otra conducta que excluye el elemento culpabilidad el cual es únicamente de carácter personal para el activo.

Así Jiménez de Azua dice: " también distingue el estado de necesidad justificante, por reconocerse la legitimidad extrínseca ausencia absoluta de antijuridicidad, del estado de causa de inculpabilidad, en virtud del principio exigibilidad de otra conducta, como ocurre en el caso de los bienes iguales, en el cual el acto se considera antijurídico, Del primer supuesto se siguen consecuencias trascendentales: 1) su carácter transitivo: "tanto eximirá a los autores como a los cómplices y encubridores"; 2) "no cabrá legítima defensa contra el necesitado puesto que no habrá en su hecho, ataque ilegítimo, puesto que obrara ejerciendo su derecho". Para Jiménez de Asúa, en el caso de conflicto de bienes desiguales, por tratarse de una causa de justificación no solo no cabe legítima defensa, sino tampoco cualquier otra reacción en términos de derecho. Cuando el estado de necesidad obra como causa de inculpabilidad, se originan diversas como enseña Jiménez de Azua: 1) "sólo eximirá al autor necesitado pero no a los que participen en el hecho", por ser una circunstancia puramente personal; 2) "podrá admitirse legítima necesitado, ya que no obrando en el ejercicio de un derecho, existirá agresión ilegítima en su conducta".<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Ob., cit., p., 147.

<sup>131</sup> Jiménez de Azua citado por Terán Lomas, Roberto A. M., ob., cit., p., 378.

De forma congruente el Código Penal Alemán refiere en su texto esta circunstancia como diferenciador de la figura del Estado de Necesidad que a la letra dice: "...§ 34. *Estado de necesidad justificante*. El que en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, no apartable de otra manera, comete un hecho para apartar el peligro de sí o de otro, no actúa antijurídicamente si en el balanceamiento de los intereses en conflicto, especialmente de los respectivos bienes jurídicos y de los grados de peligro amenazados, prevalecen especialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. No obstante, esto es válido sólo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para apartar el peligro; § 35. *Estado de necesidad exculpante*. 1) El que en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad, no apartable de otro modo, comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de él, de un pariente o de otra persona a él cercana, actúa sin culpabilidad. Esto no es válido en tanto que al autor, conforme a las circunstancias, pudiera exigírsele que soporte el peligro, especialmente si él mismo ha causado el peligro o si se encuentra en una relación jurídica especial. No obstante, la pena puede reducirse conforme al § 49, Párr. 19, cuando el autor no haya debido soportar el peligro en atención a una especial relación jurídica. 2) Admitiendo erróneamente el autor circunstancias que conforme al párrafo 19 hubiesen exculpado, sólo será penado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena disminuirá conforme al § 49, párrafo 1º..."<sup>132</sup>

Al referirnos al delito de robo, cabe mencionar el clásico ejemplo del estado de necesidad justificante del llamado robo famélico, robo de indigente o robo necesario, en donde de el activo se apodera únicamente de los objetos o recursos necesarios para su subsistencia física, lesionando con esto el patrimonio ajeno del propietario de dichos objetos, por el peligro real, actual e inminente de perder la vida o la de su familia, no ocasionado dolosamente, el cual se encontraba previsto de forma innecesaria en los Códigos Penales anteriores ya que la formula general del anterior artículo 15 tenía prevista esta hipótesis, actualmente el nuevo Código Penal para el Distrito Federal en el capítulo de robo ya no lo prevé, subsanando el error en que se encontraban los antiguos Códigos Penales.

El profesor Porte Petit al respecto opina que: "...En cuanto a la naturaleza del robo "necesario", podemos señalar estos puntos de vista: a) Que se trata de una causa de justificación. *Jiménez de Asúa* estima que no debe buscarse un fundamento típico al robo famélico que se halla objetivamente en la teoría del conflicto de bienes iguales, según la cual, debe preferirse el sacrificio de la propiedad, que es el bien inferior, en aras de la vida del hambriento, que importa un valor más grande, siendo por tanto una causa de justificación. Es evidente el robo "necesario" constituye una causa de licitud, a virtud de que estamos frente al principio del interés preponderante, ya que se encuentran en colisión dos bienes de desigual valor: por una parte, la vida o la salud personal y por otra, el patrimonio, debiéndose sacrificarse este último, por ser el de menos valor..."<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> Ibidem, p. 379; al referirse al Código Penal Alemán.

<sup>133</sup> Ob., cit., p., 102.

Así también Pavón Vasconcelos explica el robo necesario en relación al Código Penal de 1931 que:

“...De las causas de justificación señaladas en la doctrina, puede presentarse, en el delito de robo, el estado de necesidad. Esta causa encuentra reglamentación en el artículo 379 del Código, pero se limita la licitud del acto solo a un apoderamiento de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades del momento del autor o de su familia, siempre y cuando no se empleen medios engañosos y violentos. A esta hipótesis se les denomina doctrinalmente de diversas maneras. Robo de indigente, robo famélico o bien robo necesario. Su origen legislativo es antiquísimo y entre los pueblos más primitivos tal proceder encontró justificación, bien en el derecho o en la costumbre: las leyes de Manú justificaron el robo cometido a impulso de la necesidad imperiosa del hambre y, entre los aztecas, se legisló excepcionando de pena al caminante que para alimentarse tomaba las indispensables mazorcas de maíz siempre que lo hiciera de las primeras hileras del sembrado. Semejante criterio se consagró tanto en China como en el Derecho germánico.

La justificación del robo de indigente se encuentra en la esencia del estado de necesidad: en aquella *situación de peligro* que lleva al sujeto a sacrificar un bien jurídico ajeno para salvaguardar el propio de mayor entidad igualmente tutelado. Ante una situación en que colisionan el bien patrimonial y el de la vida, el derecho, que no es sino la expresión cultural en un momento determinado, excluye la antijuridicidad de la conducta, es decir, la declara lícita, conforme a la ley, desde su nacimiento mismo. En el robo de indigente efectivamente hay una lesión a los derechos reales de propiedad, posesión o uso, pero la conducta del agente es lícita por encontrarse justificada en la ley, siendo ésta la que da el carácter jurídico o antijurídico a un proceder humano...”<sup>134</sup>

Pavón Vasconcelos para el caso del robo famélico, explica que son necesarios los elementos que exigía el anterior artículo 379 del Código Penal federal de 1931, pero ahora con el nuevo Código Penal para el Distrito Federal se deben ajustar a las exigencias de este ordenamiento en la fracción VI del numeral 29 que a la letra dice: Artículo 29.- ...V. (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;...”<sup>135</sup>

#### 4.-Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

*El cumplimiento de un deber*, como causa de licitud excluyente de la antijuridicidad contenida en el numeral 29 en su fracción VI del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se refiere al deber o obligación prevista en una norma jurídica vigente que tiene una persona, verbigracia, en materia penal la detención de una persona por agentes de la policía judicial que dan cumplimiento a una orden de

---

<sup>134</sup> Ob., cit., pp., 44, 45.

<sup>135</sup> Ob., cit., p., 7.

aprehensión girada por un juez penal competente, sin cometer el delito de detención ilegal, es un hecho lícito por estar justificado; por lo que hace a *el ejercicio de un derecho*, prevista en el artículo 29 fracción VI del ordenamiento sustantivo citado se refiere al ejercicio regular del propio derecho, al cual se da carácter subjetivo y potestativo; por ejemplo, el derecho que tiene el inculpado a no declarar en el procedimiento penal, el cual no aplica para los testigos que en caso de no comparecer sin justificación alguna, son acreedores a una multa, uso de la fuerza pública o arresto.

En caso del exceso de las causas de justificación, es decir, la falta de racionalidad en los medios utilizados para cumplir o en su caso defender ese derecho, en estos supuestos el delito se castigara como culposo de conformidad con las reglas de los *numerus clausus* ( Arts. 83 en relación al 72 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal).

El exceso en el ejercicio de un deber en el mayor de los casos aplica en el uso de la violencia, debe ser racional y proporcional a la conducta ilícita que realiza la contraparte, a fin de sostener el orden público en este caso nos dice el penalista español Muñoz Conde que: "... Especialmente actual e interesante es el problema del empleo de la violencia por parte de la autoridad o de sus agentes que pueden provocar lesiones e, inclusive, la muerte del que la padece. La gravedad de este hecho ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a señalar unos límites, con la idea de evitar todo exceso o desviación del poder. Estos límites, son, en principio, la necesidad racional de la violencia y su adecuación proporcional al hecho. Respecto al primer requisito, agresión ilegítima, algún sector doctrinal y jurisprudencial entienden que no es necesario, porque hay algunas ocasiones en las que la autoridad puede hacer uso de la violencia sin que haya sido objeto de agresión directa; por ejemplo, para reducir a un peligroso delincuente que pretende huir. En, todo caso, más importante que este requisito es el de la necesidad racional de la violencia, ya que esta, en todo caso, tiene que ser necesaria para restablecer el orden jurídico perturbado, no estando justificada, por innecesaria, si, por ejemplo, es suficiente con cualquier otro tipo de medida no violenta. Finalmente, la violencia, además de necesaria, ha de ser proporcionada a la entidad del hecho que la motivó, evitando cualquier exceso, por más que aparentemente pueda estar autorizada por cualquier tipo de reglamentación administrativa.<sup>136</sup>

Para Vela Treviño el ejercicio de un derecho lo interpreta como una facultad o un poder para comportarse en cierta forma, en estricta realidad le está confiriendo un derecho. El derecho en consecuencia, no puede referirse sino a lo que corresponde al campo de lo jurídico, normativamente determinado. Para estudiar el ejercicio de un derecho como causa legitimadora, tenemos que partir del supuesto lógico de la existencia de una conducta típica, esto es, que para llegar al campo de la antijuridicidad, donde se realizara el juicio valorativo de la contradicción entre el hecho y la norma, o su conformidad con el Derecho, debemos tomar en cuenta previamente en consideración la plena integración de

---

<sup>136</sup> Ob., cit., p., 117

los elementos conducta y tipicidad que corresponde al concepto delito.... creemos que los derechos cuyo ejercicio puede significar inexistencia de delito por ausencia de antijuridicidad, pueden caer en tres grupos:

- 1) Derechos que se ejercen por la calidad de individuo;
- 2) Derechos que se ejercen por una calidad profesional determinada;
- 3) Derechos que se ejercen por razón de una función predeterminada.<sup>137</sup>

González de la Vega al referirse a un ejemplo de un ejercicio de un derecho dice: "en el apoderamiento de cosas ajenas sin consentimiento del perjudicado, pero con derecho, por ejemplo, en virtud de un secuestro legal."<sup>138</sup>

Jiménez Huerta al referirse a estas causas de licitud en relación al Código Penal de 1931, dice que: "no basta para integrar la conducta típica del delito de robo que el sujeto activo se apodere de cosa ajena mueble; necesario es, que este quebrantamiento de posesión se efectúe antijurídicamente, pues en el artículo 367 se condiciona la relevancia típica de la conducta que describe, a que el apoderamiento se efectúe «sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella (de la cosa) con arreglo a la ley»". Mas adelante agrega que "derivase como secuela lógica, que quien en ejercicio de un derecho apodera de una cosa mueble ajena, no perpetra un robo, aún cuando con su comportamiento quebrante la posesión que sobre la cosa, tuviere su titular", y que "en puridad, la expresión" «sin derecho» es innecesaria en la tipificación del delito de robo, pues la fracción V del artículo 15 del Código Penal establece, como circunstancia impositiva del nacimiento de la antijuridicidad proyectable a todos los delitos, «. . . obrar en ejercicio de un derecho consignado en la ley»".<sup>139</sup>

En el nuevo ordenamiento penal en su numeral 220 para el delito de robo, tiene como elemento descriptivo normativo "*sin derecho*", el cual como lo señala Porte Petit excluye la tipicidad y no suprime la antijuridicidad por un ejercicio de un derecho en los términos del artículo 29 del mismo ordenamiento.

*Para el caso del tipo penal de robo simple previsto en el numeral 220 del Código Penal para el Distrito Federal, una vez que se ha comprobado que la conducta es típica y al entrar al estudio del elemento antijuridicidad, al contrario sensu se deben analizar cada una de las hipótesis de las causas de justificación previstas en el numeral del artículo 29 del mismo ordenamiento penal, es decir esa conducta, típica será antijurídica siempre y cuando no se encuentra amparada en las siguientes causas de licitud:*

---

<sup>137</sup> Ob., cit., pp., 280-283.

<sup>138</sup> González de la Vega citado por Celestino Porte Petit Candaudap. Ob., cit., p., 91.

<sup>139</sup> Jiménez Huerta citado por Celestino Porte Petit Candaudap, Ibidem., pp., 91, 92.

- a) *Artículo 29 fracciones III (consentimiento del titular del bien jurídico); dentro de esta hipótesis para el caso el delito de robo, es inoperante para el estudio de la antijuricidad, ya que dentro los elementos descriptivos de este tipo penal, se encuentra como elemento normativo el consentimiento, el cual debe analizarse al comprobar el elemento tipicidad.*
- b) *Artículo 29 fracción IV (legítima defensa); esta causa de justificación, excluyente de la antijuricidad, normalmente es aplicable para delitos contra la vida e integridad corporal, aunque puede ser aplicable para el delito de robo.*
- c) *Artículo 29 fracción V (estado de necesidad), para el delito en estudio normalmente esta causa de justificación se actualiza en el llamado robo de indigente, cuando el activo obra con la necesidad de salvaguardar su vida de un peligro real, actual e inminente como es la muerte por deshidratación, sin causarlo dolosamente y de esta forma se apodera de una manzana la cual le es ajena, sin consentimiento de su propietario y con ánimo de conducirse como si fuera propietario de esa cosa, para así alimentarse con esta.*
- d) *Artículo 29 fracción VI (cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho) todas estas del nuevo Código Penal del Distrito Federal, esta causa de justificación, excluyente de la antijuricidad se actualiza en el ejemplo del policía que, en ejercicio de su cargo o cumpliendo una orden legítima, se apodera de las armas que porta el detenido o de los otros objetos que pueden servirle para atentar contra su vida, sin cometer un robo, ya que actúa de forma lícita.*

*En conclusión general una vez que una conducta se ha considerado típica, esta debe ser valorada a fin de conocer si está amparado por una norma jurídica permisiva que se traduce en una causa de justificación o licitud, las cuales excluirán su antijuricidad, para así.*

## 6.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

La Imputabilidad es no es considerado elemento del delito, por el nuevo Código Penal para el Distrito Federal lo considera como presupuesto de la culpabilidad así como autores como Muñoz Conde, Servio Tulio entre otros, si no como se denomina “presupuesto de culpabilidad o capacidad de culpabilidad”, ya que si no existe esta no puede existir la culpabilidad, pero la imputabilidad la analizaremos por separado de la culpabilidad para mejores fines didácticos, y la denominaremos como el cuarto elemento de la Teoría de los elementos del Delito únicamente para una mayor comprensión; la imputabilidad en un concepto claro es la capacidad mínima psicológica que tiene el activo del delito para comprender el carácter ilícito de un hecho típico y antijurídico, es decir como muchos autores lo definen es al capacidad de conocer y querer realizar dicha conducta típica y antijurídica prohibida por la ley penal, integrándose de un elemento *cognoscitivo y otro volutivo*.

Servio Tulio al realizar un concepto de este elemento del delito dice: “...De manera que la imputabilidad penal es capacidad al delito y, en consecuencia, este no puede ser realizado sino por un sujeto que en el momento de ejecutarlo tenga la capacidad de comprender la ilicitud que su actuar origina de acuerdo con una norma penal y que tenga la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Por consiguiente, sus elementos serían:

1) *Intelectivo*, el cual consiste en esa capacidad de comprensión que es esa facultad del hombre maduro y sano de mente de representarse la conducta que va a realizar, el resultado que pretende obtener, esto es, de valorar de antemano su comportamiento y deducir de esa valoración si su ejecución constituye una violación, una desobediencia, vale decir, si es ilícito; y

2) *Volitivo*, el cual es esa capacidad del sujeto sano de mente y maduro de dirigir su actividad, de guiar su comportamiento, en uno u otro sentido, para alcanzar el resultado ilícito o abstenerse de alcanzado, según la determinación adoptada.

En este caso, capacidad de comprensión es capacidad de entender el valor y significado de los hechos que se van a realizar o cumplir, y capacidad de determinación es la facultad de actuar en uno u otro sentido, según el querer. Si es en sentido ilícito, podría conducir al delito; si es un hecho lícito, de ninguna manera sería un hecho típico penal. La imputabilidad, entonces, se centra en la existencia en el sujeto de ciertas condiciones (madurez psicológica y sanidad mental) para la valoración del hecho en relación con una norma penal y el ligamen de esta valoración con su autor, la cual le permite determinarse o dirigir su conducta en uno u otro sentido...”<sup>140</sup>

De la misma forma el penalista Muñoz Conde dice que: “...La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo de injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos.

---

<sup>140</sup> Ruiz, Servio Tulio. **LA CONCEPCION DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL**. Edit. Temis. Bogota. Colombia, 1983. pp. 8, 9.

Al conjunto de estas facultades mínimas, requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, mas modernamente, capacidad de culpabilidad quien carece de esta capacidad bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser hecho, responsable penalmente de sus actos, por mas que estos sean típicos y antijurídicos. El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquéllos hechos, antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, este pueda responder de ellos...”<sup>141</sup>

Por lo que para efectos del nuestra nueva ley penal para el distrito federal la imputabilidad esta prevista *al contrario sensu* en su numeral 29 fracción VII que a la letra dice: Artículo 29.-...

fracción VII (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación...”

Por lo que deberemos considerarla como la capacidad de comprender el carecer lícito y querer realizar el delito, así mismo el mismo numeral nos habla de las acciones libre en su causa que las considera excepción de inimputabilidad cuando el sujeto activo del delito se provoco dolosamente en ese estado de inimputabilidad para cometer el delito.

*Para el caso del tipo penal de robo simple previsto en el numeral 220 del Código Penal para el Distrito Federal, una vez que se ha comprobado que la conducta es típica y antijurídica se deben analizar si el sujeto activo del robo es imputable, es decir si tiene las capacidad mental de conocer que el delito de robo esta prohibido y tener la voluntad de querer realizarlo.*

---

<sup>141</sup> Muñoz Conde, Francisco. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Madrid, Edit. Tirant lo blanch. España. 1989. p. 139.

## INIMPUTABILIDAD.

Los inimputables por ende no son capaces para el derecho penal, es decir, no son penalmente relevantes para nuestro estudio las personas que no tienen la capacidad para comprender lo ilícito de una conducta contraria a las normas penales y por lo tanto si no la comprenden por lo tanto no pueden querer realizar ese hecho prohibido o evitarlo, pero esto no significa que si una persona inimputable realiza una conducta típica y antijurídica no van a ser tratados. El derecho penal contempla medidas de seguridad, que son aplicables a los inimputables los cuales no se les consideran responsables, pero si se consideran con un grado de peligrosidad, lo cuales se le abrirá un procedimiento especial.

Servio Tulio al referirse a la inimputabilidad explica que: "...No es capaz de derecho penal, es incapaz de cometer un delito y por tanto inimputable, quien no tiene capacidad de comprensión de la ilicitud o de determinación, por *inmadurez psicológica* o *trastorno mental*. De manera que estas son las dos causas de exclusión de la imputabilidad o capacidad penales que señala el estatuto penal.

La primera consiste en un desarrollo psíquico incompleto del agente, el cual puede tener como causa un incompleto desarrollo físico o una enfermedad física del agente, o un incompleto desarrollo social, que impiden comprender la ilicitud del comportamiento o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. En el primero se encontrarían los menores; en el segundo, los sordomudos, los idiotas, retrasados mentales, etc., y en los últimos los indígenas.

La segunda consiste en una alteración patológica de la psiquis del agente, desintegradora de los elementos de su personalidad, que produce la alteración de la armonía mental, la pérdida del control, la capacidad de atención, de representación, de inteligencia, de ideación y de raciocinio. Es, en definitiva, un estado profundo de perturbación de la psiquis del sujeto, que le impide dirigir conscientemente sus actos, determinarse conforme a su voluntad o comprender el contenido de su propio comportamiento...."<sup>142</sup>

Muñoz Conde<sup>143</sup> al explicar las causas que excluyen la capacidad de culpabilidad analiza únicamente la enajenación, el trastorno mental transitorio, minoría de edad y alteración en la percepción; para la minoría de edad como causa de inimputabilidad es por cuestión de seguridad jurídica, mas no por que los menores no tengan una capacidad de conocer y querer; el trastorno mental y la enajenación inciden de lleno en la capacidad de motivación y, con ello, se convierten en las causas de inimputabilidad por excelencia, las cuales equivalen a la perturbación plena de las facultades psíquicas y volutiva.

En resumen el elemento negativo de la Teoría de los Elementos Negativos del Delito, *inimputabilidad*, consiste en la inexistencia de una capacidad psicológica mínima de un individuo para comprender lo ilícito de un hecho típico y antijurídico,

---

<sup>142</sup> Ob., cit., pp., 9, 10.

<sup>143</sup> Ob. cit. pp., 2, 3 y 5.

y su falta de voluntad de realizarlo, por lo que no puede ser responsable penalmente de ese hecho, pero si dicho individuo se pone dolosamente en estado de inimputabilidad (*actio libera in causa*) para cometer un delito, si será responsable penalmente, ya que en el momento en que se puso en ese estado de inimputabilidad tenía esa capacidad de comprender un hecho delictivo y la voluntad para querer realizarlo.

*Para el caso del injusto penal de robo, el sujeto activo se considera inimputable en los siguientes casos:*

*a) Minoría de Edad: cuando el sujeto activo que comete el robo es menor de edad, es decir, menor de 18 años, es considerado inimputable por cuestión de seguridad jurídica.*

*b) Estado mental retrasado y Enajenación mental permanente: cuando el sujeto activo que comete el robo tiene un estado mental retrasado o se encuentra en un estado de enajenación mental, no tienen una capacidad de motivación, es decir, no tiene la capacidad psíquica para comprender lo ilícito del hecho y la voluntad para querer realizarlo a pesar de esa prohibición.*

*Estas hipótesis no son relevante para el derecho penal, y únicamente cuando el sujeto activo del robo con anterioridad a la ejecución de este se haya puesto intencionalmente en un estado de inconciencia para cometerlo se considerará penalmente responsable como si fuera un sujeto imputable, verbigracia, en el caso de un sujeto que se pone en estado de ebriedad al tomarse varias botellas de vino, para después ir a robar el dinero de un banco, nos encontramos ante una conducta típica, antijurídica e imputable al activo.*

## 7.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

Conforme a la Teoría del delito *la culpabilidad* es el tercer elemento para la existencia de un delito, el cual se debe analizar después de comprobar la tipicidad y antijuridicidad, consistente en un juicio de reproche dirigido al activo del delito respecto la realización de una conducta típica, antijurídica la cual puede ser dolosa o culposa, una vez que se ha comprobado que el sujeto es imputable y que no le fue exigible actuar de diferente modo, a como lo hizo.

Nuestro nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su numeral 5 mediante el cual se ordena la aplicación del principio de culpabilidad a la letra dice: "...Artículo 5 (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.

Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse...."<sup>144</sup>

Reyes Echandia en torno a al culpabilidad explica: "...Aunque el concepto de culpabilidad tal como hoy lo entendemos en sentido genera, es relativamente reciente, ya los romanos, por menos duda CICERON, se referían a el en términos no muy desacertados como se desprende de la siguiente definición: "*culpa enim est nomen generis, quod continent non modo quid quid negligenter peccatum est sed et dolose et malitiose...*".

Sin embargo lo usual era -por lo menos hasta comienzos del presente siglo y en algunos países latinoamericanos hasta hace pocos lustros- que se hablara simplemente de dolo y culpa como entidades mas o menos autónomas solo identificables, a la manera de aspectos o elementos subjetivos del delito pero sin vincular a una autoridad jurídica más amplia que las comprendiese...."<sup>145</sup>

Servio Tulio al dar un concepto del elemento culpabilidad expresa: "...¿que es la culpabilidad? Es un juicio de desvalor o censura, por haberse cometido el hecho típico y antijurídico, y se realiza judicialmente. El juicio evaluativo de reproche o censura -partiendo de las cualidades psicológicas que lo produjeron- se puede efectuar porque el reo voluntariamente ha realizado algo que no debía hacer, o ha

---

<sup>144</sup> Ob., cit., p., 2.

<sup>145</sup> Reyes Echandia, Alfonso, **CULPABILIDAD**, Edit., Temis, Bogota, Colombia, 1991, Tercera Edición, p., 17.

querido y ejecutado algo que estaba vedado en una norma penal. En otras palabras: la culpabilidad, como elemento del delito, es el juicio de reproche o de desaprobación que emite el juez con fundamento en el nexo de naturaleza psicológica entre el acto y el sujeto, porque este, al querer el acto y realizado, no obstante estar prohibido por la ley, ha demostrado una clara rebeldía y desobediencia hacia imperativos legales a los cuales debía observancia. Este juicio de reproche puede concretarse:

a) en una rebeldía *dolosa*, cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, o lo mismo cuando lo acepta, previéndolo a lo menos como posible;

b) en una rebeldía *culposa*, cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible, o cuando habiéndolo previsto confió imprudentemente; en poder evitarlo; y

c) en una rebeldía *preterintencional*, cuando el agente realiza una conducta cuyo resultado, siendo previsible, excede a la intención;

Naturalmente, para formular el juicio de reproche es indispensable que en el momento de la acción el sujeto tenga capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, y de –determinarse de acuerdo a esa comprensión, esto es debes ser imputable, debe tener capacidad penal...”

Actualmente únicamente se consideran como formas de culpabilidad el dolo y la culpa, ya que la preterintencionalidad ya no es considerada como forma de culpabilidad por el código penal para el Distrito Federal.

Para el español Muñoz Conde los elementos de la culpabilidad de conformidad a la teoría que defiende (la finalista) son lo siguientes: “...De aquí se deduce que la Culpabilidad, junto a ese fundamento material antes aludido de participación en los bienes jurídicos protegidos y motivación racional de los mandatos normativos, tiene unos elementos específicos, sin cuya presencia no podrá formularse el juicio de atribución inherente a la culpabilidad, Estos son:

a) la imputabilidad o capacidad de culpabilidad: Bajo este termino se incluyen supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.). Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad.

b) *El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido*. La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que este pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no se puede atribuírsele a titulo de culpabilidad.

c) *La exigibilidad de un comportamiento distinto*. Normalmente el derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. El derecho no puede, sin embargo, exigir comportamientos heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esta

exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es, en última instancia, un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, quien se debe comportar de un modo o de otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad, faltara ese elemento y con el la culpabilidad...”<sup>146</sup>

Reyes Echandia al referirse al sistema finalista citando a R. Maruch dice que: “...De acuerdo con la teoría finalista son elementos de la culpabilidad los siguientes: la imputabilidad, la posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado y la exigibilidad de una conducta conforme a la ley.

La imputabilidad entendida como capacidad de auto regularse conforme a derecho es parte especial del concepto de culpabilidad de acuerdo con la concepción finalista, de tal manera que la conducta realizada por un imputable no es culpable, aunque puede ser dolosa desde luego que este fenómeno pertenece a la acción.

El segundo elemento de la culpabilidad es la conciencia de la ilicitud del hecho en el sentido de que el agente debe tener la concreta posibilidad de comprender que actúa en forma antijurídica.

Reclaman además los finalistas que al sujeto le es exigible una conducta conforme a derecho; de tal manera que, *a contrario sensu*, actuando frente al caso concreto no le era exigible al autor comportarse diversamente, su conducta siendo ilícita e injustificada, no es susceptible de reproche y por ende no es culpable “ya que bajo el influjo del peligro o de la compulsión cualquier otro, en igualdad de condiciones probablemente habría actuado de la misma manera...”<sup>147</sup>

Sin embargo en para los causalistas elementos fundamentales en la culpabilidad, son el dolo y la culpa, al contrario, para los finalistas el dolo y la culpa forman parte de la tipicidad pues expresan que de otra forma no se podría vislumbrar desde el tipo penal si un delito que acepte al culpa o el dolo pero como bien resuelve Claus Roxin diciendo que resulta erróneo creer... que una circunstancia no puede tener ninguna significación para la culpabilidad, por que es ya relevante para el tipo. La famosa polémica sobre si el dolo “pertenece” al tipo o a la culpabilidad, es, por tanto, un problema aparente. El dolo es esencial para el tipo, porque sin el no puede precisar en la forma que exige el Estado de Derecho la descripción legal del delito; pero es igualmente relevante para la culpabilidad de la mas leve (la imprudencia) y por eso debe configurarse su contenido de acuerdo con los principios valorativos de estas categorías...”<sup>148</sup>

Así de conformidad con lo que expresa Roxin que es igualmente aplicable a la culpa por ser la otra forma de culpabilidad, no son elementos como algunos

---

<sup>146</sup> Ob., cit., p., 134.

<sup>147</sup> Ob., cit., p., 30.

<sup>148</sup> Roxin, Claus, CULPABILIDAD Y PREVENCION EN DERECHO PENAL, Traducción, intrducción Francisco Muñoz Conde, Edit., Reus, Madrid, España, 1981, p., 80-81.

autores los consideran, es menester hacer mención dentro de este estudio ya que además es dentro del derecho penal mexicano se tiene como parte de la culpabilidad, además de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad y la no exigibilidad de otra conducta como bien lo prevén los numerales 18 (Dolo y Culpa) Y 29 fracción IX (Inexigibilidad de otra conducta) como causa de exclusión de la culpabilidad, del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dicen: "... Artículo 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar....

*Artículo 29.-...*

Fracción IX.- (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho..."<sup>149</sup>

Por lo que independientemente de la problemática teoría que acarrearán las figuras de dolo y culpa, resulta importante estudiarlos de forma breve dentro de este punto antes de realizar una opinión en torno a este elemento.

## **DOLO.**

El dolo también denominado como la primer forma de culpabilidad, y de conformidad con el nuevo Código Penal para el Distrito Federal del 2002, es el que se da cuando el activo de delito *obra dolosamente conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización*, definición que comprende las clases de dolo directo o necesario y dolo eventual, el primero el sujeto activo del delito conociendo los elementos objetivos del delito, es decir los materiales quiere su realización, en el dolo eventual el sujeto que conociendo los elementos externos o materiales del delito y previendo como posible el resultado típico de este acepta su realización.

Roberto A. M. al explicar el dolo explica que: "...Las diferencias entre las distintas teorías referentes al dolo se reducen ante la complementación práctica existente

---

<sup>149</sup> Ob., cit., p., 7.

entre ellas. Las tres teorías -de la voluntad, de la representación y del asentimiento-, no resultan en verdad contradictorias y contribuyen todas a la formulación de una definición integral del dolo.

Como modelo de definición voluntarista puede recordarse la de Carrara: "la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley". La intención surge del concurso de la inteligencia y de la voluntad; es un esfuerzo de la voluntad hacia un cierto fin; y, en particular, un esfuerzo de la voluntad hacia el delito. La intención es *directa* cuando el efecto criminal se previó por el agente, y se *quiso*, calculándolo como consecuencia de los propios actos, los que se ejecutaron para producir, de un modo más o menos cierto, esas consecuencias; es *indirecta*, cuando el efecto era solamente una consecuencia posible de los propios actos, no prevista o *prevista sin quererla*. Aclara el Maestro: si el efecto "se previó, y a pesar de tal previsión se quisieron los medios, si bien no se *quería* precisamente el efecto, la intención indirecta se llama *positiva*, porque si bien la voluntad estaba en estado indiferente, la inteligencia estaba en estado *positivo*". Si el agente *previó* y *quiso* el fin, pero se sirvió de medios cuyo resultado era meramente posible, calculando lograr con ellos el efecto que realmente logró, la intención no es *indirecta*, sino verdaderamente *directa*. La intención directa y la indirecta positiva, en los límites adecuados, hacen surgir el dolo. Predomina la voluntad, pero debe señalarse que Carrara no olvidó el elemento intelectual...."<sup>150</sup>

Von Liszt<sup>151</sup> por otro lado define el dolo desde el ángulo de la teoría de la representación, como "el conocimiento, que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias de hecho que acompañan al hecho previsto por la ley.

Pertencen al concepto del dolo la representación del hecho y el conocimiento de su significación antisocial. El dolo puede definirse, en consecuencia, como la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de voluntad. El concepto del dolo comprende la representación del acto voluntario mismo, así como de las circunstancias en que fue ejecutado; la previsión del resultado; en los delitos de comisión, la representación de la causalidad del acto; en los de omisión, la representación del no impedimento del resultado. .

Integra el dolo la conciencia del autor de que su acto ataca, lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o de la colectividad. Es de destacar que tampoco está ausente de la teoría de la representación el elemento volitivo. Liszt, además de referirse a la manifestación de la voluntad, habla del acto voluntario, y la voluntad está presente en su concepto de dolo directo, que engloba el llamado necesario. El dolo eventual se tiene cuando se tiene el resultado como posible.

---

<sup>150</sup> Ob., cit., pp., 489, 490.

<sup>151</sup> Franz Von Liszt citado por Roberto A. M. Terán Lomas, *ibidem*, pp., 490- 491.

## CULPA.

La culpa o imprudencia también denominada por algunos autores como segunda forma de culpabilidad a la que nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal de en su dos formas de culpa con representación o conciente o culpa sin representación o inconciente, *se concreta cuando el activo del delito que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar*, el primero es cuando el activo del delito produce el resultado típico que previo confiando en que no se produciría violando el deber de cuidado que debía observar, verbigracia el conductor de un vehículo que conduce por una calle de un fraccionamiento a alta velocidad el cual sabe que en cualquier momento puede cruzarse en su camino algún niño que juega pero piensa que no va a cruzarse y al dar vuelta en una esquina proyecta a un niño con su auto causándole lesiones por atropellamiento, en el caso de la culpa inconciente el activo del tipo imprudente el activo del delito produce un resultado típico que no previo siendo previsible, violando con esto el deber de cuidado que debía observar; en el ejemplo anterior el conductor en ningún momento pensó en que algún niño estuviera jugando, causándole en el mismo sentido las lesiones al niño que se cruza en su camino, pero mas sin embargo se podía prever esa situación por el deber de cuidado y el hecho de que no lo haya previsto no lo exculpa de su responsabilidad.

Roberto A. M. al citando a Soler y a Nuñez referirse a la culpa explica que: "...El fundamento de la punición de los delitos culposos es la previsibilidad. Soler enseña que se trata de un criterio exterior, objetivo, que constituirá el motivo por el cual se imputa el hecho culposo. Núñez, al referirse a los criterios objetivos de previsibilidad fijados por la jurisprudencia, enseña que no pueden satisfacer "porque, por su generalidad, prescinden de la posibilidad de previsión particular del autor. A la mayor posibilidad particular de previsión corresponde una mayor posibilidad de culpa, y viceversa".<sup>152</sup>

Carrara<sup>153</sup> al referirse a la previsibilidad dice que marca el límite final entre la culpa y el caso, rechazando el criterio, emergente de la extensión de la tesis de la intención indirecta, del *versari in re ilícita*. Jamás el hallarse en cosa ilícita puede producir el efecto de hacer responsable, ni en razón de *dolo* ni en razón de *culpa*, de un evento que no sólo no fue *previsto*, sino que tampoco era previsible. Concluye que nunca puede admitirse la injusticia de imputar lo que no es previsible.

En la culpa puede existir voluntad de la acción, pero nunca voluntad del resultado. Esto constituye la diferencia específica con el dolo.

Jiménez de Asúa define: "...Culpa es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), por falta del deber de atención

---

<sup>152</sup> Ibidem, pp. 516

<sup>153</sup> Francesco Carrara citado por Roberto A. M. Terán, ibidem, p., 517.

y previsión, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá (o de la consecuencia del no hacer), sino cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor (o de sus omisiones) que se producen sin querer el resultado antijurídico (o lo injusto de la inacción) y sin ratificado..."<sup>154</sup>

*En el caso concreto del delito de robo una vez que nos encontramos ante la existencia de una conducta, típica de robo, antijurídica e imputable al activo, se debe valorar si el sujeto activo del robo es culpable, partiendo de este orden de ideas, de acuerdo a la doctrina se puede plantear dos hipótesis; la primera de acuerdo a la teoría finalista la cual integra la culpabilidad del activo del robo, con tres elementos; que el activo es imputable como ya se explico, que el activo del robo esta conciente que actúa en forma antijurídica y además el sujeto activo del robo le fue exigible el no haber realizado el apoderamiento de la cosa ajena robo, por no encontrarse en una situación imposible; para la teoría Causalista el sujeto activo del robo es culpable si reúne los siguiente requisitos: que el activo es imputable como se ha señalado, que el activo del robo esta conciente que actúa en forma antijurídica y además el activo del robo actuó dolosamente, es decir, que conociendo los elementos objetivos del robo quiere su realización, una vez acreditado estos de acuerdo a cada teoría nos encontraremos ante un sujeto culpable del delito de robo, para el delito de robo no cabe la culpa, por ser un delito exclusivamente doloso; en la practica penal para acreditar la culpabilidad de un sujeto activo de una conducta, típica de robo y antijurídica, rige la teoría Causalista, y se analiza por separado al elemento de no exigibilidad de otra conducta como otra causa de exclusión del delito,*

## **INCUPLABILIDAD.**

Elemento negativo de la culpabilidad el cual se llega a su concreción cuando un sujeto activo realiza una conducta típica, antijurídica que no reúne los requisitos que requiere la culpabilidad, como son ser imputable, tener conocimiento de la antijuridicidad del hecho realizado y que no le sea exigible otra conducta, resultando así la inculpabilidad.

Reyes Echandia nos dice que: "...Nos ocuparemos ahora de una faceta negativa que se conoce con los nombres de inculpabilidad o exculpación, denominaciones referidas al examen de todas aquellas situaciones predicables del comportamiento humano típico y antijurídico cuya característica esencial es la de que eliminen la culpabilidad y por esta vía impiden la estructuración del delito.

Suelen tener causales de inculpabilidad el caso fortuito, fuerza mayor, la coacción y el error o ignorancia; estas causales se diferencian claramente de las de justificación en que dejan intacta la antijuridicidad de la conducta para efectuar

---

<sup>154</sup> Jiménez de Asua citado por Roberto A. M. Terán idem, p., 517

mas bien su culpabilidad y son de naturaleza personal, subjetiva e intransitiva. Cuando surge una causal de justificación el delito desaparece en su objetividad, por consiguiente, ese no delito es predicable de todos los que de una u otra forma se conectaran a el en condición auxiliador o cómplices; las causales de inculpabilidad en cambio, siendo de índole personal e intransferible hacen desaparecer el delito solo respecta a la persona en quien concurren...”<sup>155</sup>

Por otro lado Porte Petit al referirse al delito de robo dice respeto a este elemento negativo del delito la inculpabilidad que. “...La inculpabilidad constituye al aspecto negativo de la culpabilidad. Esta abarca el error del tipo, el error de licitud o eximente putativa o error de permisión y la no exigibilidad de otra conducta. En el robo puede presentarse la inculpabilidad por error esencial e invencible, de un elemento típico. Así puede recaer el error sobre el elemento normativo ajenidad o sobre el consentimiento, es decir, puede creer que la cosa de que se apodera es propia, que no tiene dueño, que esta abandonada, o bien, que existe el consentimiento del pasivo...”<sup>156</sup>

Por otro lado Pavón Vasconcelos al referirse a la no exigibilidad de otra conducta en el delito de robo en el código penal de 1931 dice que: “...La operancia de la *no exigibilidad de otra conducta* encuentra fundamento en la teoría normativa de la culpabilidad, pues sólo a través de un juicio normativo puede decidirse si es o no reprochable al sujeto la conducta ejecutada. El que actúa por *vis moral*, es decir, bajo la amenaza de un mal inminente y grave en su persona, o de otra a quien le ligam estrechos lazos de amistad o de afecto, no será culpable de robo porque su acción ha sido movida por una voluntad viciada o no libre que suprima uno de los elementos del dolo. Dicha situación queda amparada, en el derecho positivo, dentro de la excluyente de *temor fundado* consignada en el artículo 15, fracción IV del Código Penal, mas es conveniente aclarar la posibilidad de que tal estado pueda originar tanto una causa de *inimputabilidad* como de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, según el temor (fundado e irresistible), derivado de la amenaza del mal inminente y grave, suprima o no en el sujeto su capacidad de entender y de querer la acción constitutiva del delito, que no es otra que el apoderamiento de la cosa ajena....”<sup>157</sup>

Actualmente esta eximente de culpabilidad se encuentra prevista en el numeral 29 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su fracción IX que a la letra dice: “...Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:...

IX. (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho....”<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> Reyes Echandia, Alfonso, CULPABILIDAD, Edit., Temis, Bogota, Colombia, 1991, Tercera Edición, pp., 181, 182.

<sup>156</sup> Ob. cit., p., 113.

<sup>157</sup> Ob., cit., pp., 54, 55.

<sup>158</sup> Ob., cit., p.,7.

*En el caso concreto del delito de robo una vez que se ha acreditado que la conducta es típica, antijurídica e imputable al activo, se da su inculpabilidad en los siguientes casos:*

*a) Error de Prohibición: cuando el sujeto activo del robo no está conciente que actúa en forma antijurídica por un error invencible, es decir, el sujeto activo no tiene conocimiento de que el delito de robo está prohibido por la ley penal; ejemplo un extranjero que acaba de llegar al país y en su país de origen no está prohibido el delito de robo, por lo que al llegar a este país se apodera de un bien mueble ajeno, no será culpable del robo.*

*b) Inexigibilidad de una conducta: cuando el sujeto activo del robo de acuerdo a las circunstancias que concurren le es exigible apoderarse de un bien mueble ajeno por encontrarse una situación imposible, no será culpable de robo.*

*En las hipótesis anteriores no se actualiza el delito de robo por no ser culpable el activo del mismo, aclarando que en la práctica penal en el distrito federal, la inimputabilidad del activo en el robo acarrea su inculpabilidad.*

Por otro lado consideramos que el delito de robo al estar frente a un error de tipo elimina en primer aspecto la tipicidad y no el elemento culpabilidad, y solo en el caso del error de prohibición por influir en el factor de conocimiento de la antijuridicidad, excluye al elemento culpabilidad, el cual debe ser analizado en este capítulo, de forma breve por no ser el tema principal de esta tesis.

## **ERROR DE PROHIBICION.**

El error de prohibición consiste en que el sujeto activo de un delito no tiene conocimiento de su antijuridicidad, debido a un error mediante el cual no previó si ese hecho era ilícito, por ejemplo el argentino que al viajar a México desconoce que el delito de incesto está prohibido, pero sin embargo en su país no lo está, y sin más lo realiza con su descendiente.

Muñoz Conde expresa que: "...Existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o a la existencia de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en su caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación).

En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su hacer; en el segundo, el autor sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite. En la

práctica es mucho más frecuente el segundo tipo de error que en el primero...

Un paso adelante importante supuso la teoría del dolo, según la cual este exigía, como forma de culpabilidad, tanto el conocimiento de los elementos del tipo, como el de la antijuridicidad. Para esta teoría, el tratamiento del error debería ser el mismo en todos los casos: excluir la culpabilidad si el error era vencible. Para la teoría del dolo, el error, tanto si era error de tipo como si era error de prohibición, recibía el mismo tratamiento.

La teoría final de la acción supuso una culminación de todo este proceso. Ciertamente partía de la relevancia del error tanto si se refería al tipo, como si se refería a la prohibición, pero al incluir el dolo, como “dolo natural”, en el tipo y el conocimiento de la antijuridicidad en la culpabilidad, atribuyo a ambas clases de error distintas trascendencia práctica y sistemática. El dolo, entendido como conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, no tiene, en efecto, nada que ver con la conciencia de antijuridicidad; se puede realizar dolosamente un tipo (matar a un hombre) y creer que se realiza amparado por una causa de justificación (matarlo en legítima defensa). El error de tipo invencible excluye el dolo y, si es vencible, fundamenta en su caso el castigo por imprudencia; el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad y si es vencible permite atenuarla (teoría de la culpabilidad), pero no afecta en nada el tipo del injusto....”<sup>159</sup>

Por otro lado Plasencia V. al tratar este tema comenta que: “...El causalismo clásico y finalismo ortodoxo otorgan al error de prohibición un tratamiento jurídico diverso, el primero lo considera una circunstancia que hace desaparecer al dolo en virtud del desconocimiento de parte del sujeto activo de la antijuridicidad, lo cual llega a confundirse con el error de tipo, por lo que si el error es invencible existe la impunidad, y si es vencible aparece la culpa.

El finalismo, por su parte reduce el dolo al conocer y querer los elementos del tipo penal, excluyendo el conocimiento de su significación antijurídica, entonces el error de prohibición no podría ya excluir al dolo. Lo cual se fundamenta en la teoría de la culpabilidad basada en el poder actuar de otro modo, luego entonces quien no tiene conocimiento de una prohibición no está obligado a actuar de manera distinta, por lo que el error invencible lo que elimina es la culpabilidad y el vencible da entrada a la culpa.

En conclusión, si para la culpabilidad es necesaria la posibilidad de conocer la prohibición del hecho, al estar en ausencia de dicha posibilidad, se excluye la culpabilidad y toda pena; por el contrario, en caso de que el error sea vencible, no se excluye la culpabilidad en virtud de que no desaparece la posibilidad de conocer la prohibición, pero sí se disminuye la reprochabilidad y por ende se atenúa la pena...”<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> Ob., cit., pp., 161, 612

<sup>160</sup> Ob., cit., p., 173.

*En el caso del delito de robo no se encuentra excluido el caso del error de prohibición, y se podría dar en el caso que el activo del delito no tenga conocimiento que su realización esta prohibida, pero por la naturaleza del tipo del injusto de robo el cual en todos los países se encuentra prohibido, esta hipótesis resulta absurda; lo único que se debe afirmar, es considerar al error de prohibición invencible como excluyente de la culpabilidad del sujeto activo del delito, y no como excluyente de la tipicidad.*

## 8.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

El elemento punibilidad actualmente en la practica penal no es considerado como elemento necesario para al existencia del delito y solo es una consecuencia del delito, es decir, una conducta típica, antijurídica y culpable a la cual se le impone una pena.

Al respecto Muñoz Conde explica: "...con la constatación de la tipicidad, de la antijuricidad y de la culpabilidad se puede decir que existe un delito completo en todos sus elementos. En algunos casos se exige, sin embargo, para poder castigar un hecho como delito, la presencia de algunos elementos adicionales que no son incluidos ni en la tipicidad, ni en la antijuricidad, ni en la culpabilidad, por que no responden a la función dogmática y político criminal que tienen asignadas estas categorías...

Si se busca un nombre para denominar esta categoría en la que pueden incluirse tales elementos, preferiría utilizar el más neutral de "penalidad", que otros llaman "punibilidad". La penalidad o punibilidad es, por lo tanto, una ultima categoría del delito que, a diferencia de la anteriores (tipicidad, antijuridicida, y culpabilidad) no siempre tiene que existir, pero el legislador por razones utilitarias (diversas en cada caso) puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena...."<sup>161</sup>

Pavón Vasconcelos al estudiar este tema en el delito de robo dice que: "...La punibilidad no es sino la amenaza de la pena que se asocia al mandato o precepto contenido en la norma penal. El Código mexicano, siguiendo la tendencia de innumerables códigos, establece como medida para fijar la pena en el robo, el valor de la cosa que constituye su objeto. Las razones que pretenden fundar tal criterio, estrictamente material, son variadas: se atiende a la naturaleza de la acción atentatoria del bien jurídico del patrimonio, para punir con más severidad el apoderamiento que lesiona o puede lesionar más gravemente; o bien se estima más peligrosa la personalidad de quien realiza la acción en objeto de mayor valor que aquel que se apodera de cosas de escaso valor de cambio..."<sup>162</sup>

Celestino Porte Petit<sup>163</sup> de forma contraria considera que la punibilidad se considera como elemento del delito, o bien como consecuencia del mismo. Lo importante es conocer cual ha sido el tratamiento que le ha dado las legislaciones a la punibilidad en el delito de robo. El sistema penal cuantitativo, que es el seguido por nuestro Código Penal, debe ser totalmente abandonado, por que en esta forma se esta atento al daño causado y no a la personalidad del delincuente.

---

<sup>161</sup> Ob., cit., pp., 171 y 172.

<sup>162</sup> Ob., cit., p., 55.

<sup>163</sup> Ob. cit., p., 121.

En el caso del nuevo ordenamiento penal para el Distrito Federal en el delito de robo simple tiene como consecuencia jurídica establecidos los márgenes de penalidad en función al valor de cambio en salarios mínimos del monto de lo robado al igual que se ha ido haciendo desde los códigos de 1871, 1929 y 1931 por lo que el nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su numeral 220 señala: "...

1.- fracción I: (derogado)

2.-fracción II: Prisión de seis meses a dos años y sesenta a ciento cincuenta días multa, cuando el valor de lo robado exceda de veinte pero no de trescientas veces el salario mínimo;

3.- fracción III: Prisión de dos a cuatro años y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa, cuando el valor de lo robado exceda de trescientas pero no de setecientas cincuenta veces el salario mínimo; y

4.- fracción IV: Prisión de cuatro a diez años y de cuatrocientos a seiscientos días multa, cuando el valor de lo robado exceda de setecientos cincuenta veces el salario mínimo.

Tomándose en cuenta para determinar la cuantía del robo, el valor de cambio que tenga la cosa en el momento del apoderamiento...".

Sin embargo en el caso del tipo complementado cualificado de robo por tenencia precaria esta regla se exceptúa, el órgano jurisdiccional en sentencia tomara en cuenta para al aplicación de la sanción los márgenes mínimos y máximos de la fracción correspondiente para el artículo 220 del nuevo código penal para el distrito federal, agregándole una mitad de la pena que resulte por la calificativa de la fracción IV del artículo 223 del mismo ordenamiento penal.

*En el caso en estudio para el delito de robo una vez que se ha acreditado que la conducta en estudio es típica de robo, antijurídica y que el activo del robo es culpable; somos de la opinión que existe el delito de robo por que se han comprobado todos sus elementos positivos, y como consecuencia de este delito esta su penalidad, consistente en la que el legislador previo dentro del nuevo ordenamiento penal para el Distrito Federal en sus cuatro fracciones del articulo 220 una sanción de pena de prisión y multa de acuerdo al caso concreto, así mismo esta sanción se incrementara con el pago del monto de la reparación del daño que ocasiono el sujeto activo del delito; aclarando que de este tipo básico cuando se complemente con alguna de las calificativas previstas en los numerales 223, 224 y 225 del mismo ordenamiento penal se incrementa sus márgenes de penalidad como en el caso del tipo complementado cualificado de robo por tenencia precaria.*

Por otro lado existen causas en que la penalidad se fundamenta mediante las llamadas condiciones objetivas de punibilidad y causas que se excluye por las llamadas causas de exclusión o excusas absolutorias, las cuales estudiaremos brevemente por separado dentro de este capitulo.

## EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Como ya señalamos, debemos partir de la idea que rige el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, consistente en que un delito existe cuando se encuentran acreditados los elementos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, es consecuencia del delito la sanción que para ese delito existente, la que estima el legislador mediante su aprobación en el Código Penal, en algunos casos el legislador considera que no debe pensarse algunos tipo penales o delitos por razones diversas como políticas, sociales, etcétera; es en este caso cuando nos encontramos ante un excusa absolutoria.

Muñoz Conde al respecto explica que: "...La penalidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. Se trata, normalmente, de causas vinculadas a la persona y que, por lo tanto, solo le afectan a él y no a los demás participantes del delito...."<sup>164</sup>

Porte Petit al referirse al delito de robo en el Código Penal de 1931 expresa: "... Con respecto a este problema se puede precisar, que hay tres corrientes:

- a) La que adopta al postura, de no sancionar el robo en relación a determinados pariente;
- b) Aquella que igualmente no sanciona el robo respecto a determinados parientes, pero en cuanto otros se requiere la querella, y
- c) La que exige en todo caso, la querella del pariente ofendido..."

Ahora la única hipótesis de excusa absolutoria para el delito de robo prevista en el numeral 248 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal es al siguiente que a la letra dice: "...No se impondrá sanción alguna por los delitos previsto en los artículos 220, 228, 229, 230, 232, 234, despojo a que se refiere el artículo 237, fracciones I y II, siempre y cuando no se cometa con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas y 239, cuando el agente sea primo-delincuente, si éste restituye el objeto del delito y satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia, por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión...."<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Ob., cit., p., 173.

<sup>165</sup> Ob., cit., p., 64.

*Para el caso de las excusas absolutorias en lo que hace al delito de robo, estas reafirman la opinión de que la penalidad es consecuencia del delito, de otra forma no sería posible esta figura, en el robo una vez que se ha acreditado que el hecho en estudio es típico de robo, antijurídico y que el activo del robo es culpable; existen hipótesis en donde ese delito por sus características políticas, sociales entre otras motivaciones que tuvo el legislador no pueden ser sancionados en el caso del nuevo código penal para el Distrito Federal cuando el activo de robo es responsable de un robo el cual no se cometió con violencia física o moral, el activo es primo-delincuente, restituye el objeto del delito y satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, se le excusara de la imposición de sanción alguna.*

## 9.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

Las condiciones objetivas de punibilidad son variantes autónomas e independientes del delito, que hacen que cambie la imposición de la pena, por ejemplo en el caso del delito de lesiones en riña, se condiciona la pena de las lesiones inferidas a una menor atenuándola de esta forma.

La ausencia de una condición objetiva de punibilidad deja íntegros los márgenes de punibilidad del tipo penal básico de que se trate.

El español Muñoz Conde explica en que: "...Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellas el dolo o la imprudencia del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él..."<sup>166</sup>

Pavón Vasconcelos al referirse al contenido del artículo 387 del código penal de 1931 dice que: "...La existencia en el Código, del artículo 378, que declara: "El robo cometido por un cónyuge contra otro, por un suegro contra su yerno o nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano, produce responsabilidad penal, pero no se podrá proceder contra los delincuentes sino a petición del agraviado", plantea la interrogante de apreciar la naturaleza jurídica de la manifestación exteriorizada de aquel..." que resulte agraviado con la conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

El análisis del precepto nos revela lo siguiente:

- a) Que existe un robo, por cuanto se dan los elementos específicos requeridos por el tipo;
- b) Que tal hecho produce responsabilidad penal para quien, lo comete, y
- c) Que no se puede proceder contra el culpable sino a petición del agraviado.

En síntesis el hecho genera responsabilidad penal, pero no por tal situación procede de inmediato el enjuiciamiento y posteriormente la aplicación de la pena, sino para ello requiere, fundamentalmente, una manifestación de voluntad, en tal sentido, por parte de quien sufre el daño patrimonial. Debe entenderse, naturalmente que el ejercicio del mismo de la acción penal queda supeditado a dicha manifestación de voluntad..."<sup>167</sup>

Así mismo el nuevo código penal para el Distrito Federal exige requisitos de procedibilidad en los supuestos de su numeral 246; pero estos al igual que los que prevía el artículo 378 del anterior código penal de 1931 a que refiere el profesor Pavón Vasconcelos son únicamente eso, requisitos de procedibilidad y no causas objetivas de punibilidad, es decir no afectan en nada los márgenes de penalidad, y en lo que hace al robo el nuevo código penal para el Distrito Federal no prevé alguna hipótesis de una condición objetiva de punibilidad.

---

<sup>166</sup> Ob. cit. p. 172.

<sup>167</sup> Ob. cit., pp. 63, 64.

## **CAPITULO IV. ANALISIS DEL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DE ROBO DE LA FRACCION IV DEL NUMERAL 223.**

### **1.- SIMILITUDES ENTRE LOS DELITOS DE ROBO Y EL ABUSO DE CONFIANZA.**

En la categoría de delitos patrimoniales se encuentran ubicados los delitos de robo y abuso de confianza, desde la época de los Romanos se conocía el concepto genérico del *furtum*, que se refería genéricamente a los delitos de robo, abuso de confianza y fraude. En México, hasta el Código Penal de 1871 es cuando aparece el delito de abuso de confianza, el cual se sancionaba como un tipo específico de robo sin violencia, como lo explica López Betancourt, que dice: "...Este ilícito constituía un tipo especial que se cometía solamente en los casos siguientes, en cualquier otro solo tenía circunstancia agravante: "El que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga de todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o papel moneda; de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquier otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, deposito, alquiler, comodato u otro de los que no transfiere el dominio, sufrirá la misma pena que atiendas la circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia".<sup>168</sup> Como podemos ver era equiparado y sancionado el abuso de confianza como un robo sin violencia.

Desde el Código Penal de 1921, hasta el nuevo Código Penal para el Distrito Federal vigente, tenían previstos un tipo básico de abuso de confianza separando del tipo básico de de robo, dentro de los cuales se aprecian similitudes hasta la fecha de estos tipos en particular; consistentes en sus características comunes entre otros, como la lesión al bien jurídicamente protegido que en los dos tipos es el patrimonial ocasionado al sujeto pasivo del delito, así de forma congruente Alberto Orellana explica: "...Tanto en el robo, el abuso de confianza y el fraude, el resultado se traduce en el beneficio que obtiene el sujeto activo y el consiguiente perjuicio económico que resiente el sujeto pasivo. Así pues, en orden a la conducta, estos delitos se cometen mediante acciones finalísticas, sea de apoderarse, de disponer o de engañar; y en orden al resultado los delitos mencionados son instantáneos, es decir, el delito se integra en el momento mismo en que el sujeto activo ejecuta la acción y obtiene la cosa o alcanza el lucro indebido y claro está concomitantemente el sujeto pasivo resiente el perjuicio económico..."<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> Ob., cit., p., 2805.

<sup>169</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto, ROBO, ABUSO DE CONFINANZA Y FRAUDE, Revista Lex, tercera época, año 1, numero 6, Diciembre suplemento, Torreón, Coahuila, México, 1995, pp., 15, 16.

Por otro lado, otros autores diferencian estos los delitos patrimoniales de robo y abuso de confianza, con el razonamiento de que en el robo el sujeto activo tiene que ir, buscar y apoderarse de la cosa mueble ajena y en cambio, en el delito de abuso de confianza al sujeto activo le llega la cosa mueble por medio de una tenencia y lo único que hace es apropiarse indebidamente de ella en su provecho o en el de un tercero, como lo expresa González de la Vega al establecer de forma errónea el criterio diferenciador entre estos delitos patrimoniales de la manera siguiente: "...En el robo, *el infractor va hacia la cosa que no tenía y la toma*"; el delito se consuma en el mismo instante del apoderamiento o toma posesión material. En el abuso, *la cosa va hacia el infractor* en virtud de la voluntaria entrega que de ella se le hace; hasta esos momentos no existe delito; este surge después de la toma del bien, cuando el agente posteriormente lo disipa o lo distrae"...<sup>170</sup>

De la misma forma explica el italiano Maggiore, al decir: "...el delito de apropiación se distingue del hurto, porque este presupone la posesión de las cosas en el sujeto pasivo, mientras aquel lo presupone en el agente; de modo que el hurto viola la propiedad a través de la posesión, en tanto que la apropiación viola la propiedad de manera directa y exclusiva."<sup>171</sup>

Dentro de la tesis que defiende González de la Vega no se abarca todos los supuestos que del tipo básico de robo surgen; ya que en el caso de la hipótesis de robo por tenencia precaria o detentación subordinada, la cual no es considerada posesión de acuerdo con el artículo 793 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice: "...Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de este en cumplimiento de la ordenes e instrucciones que de el ha recibido, no se el considerara poseedor..."<sup>172</sup>

En esta hipótesis la cosa va hacia el activo del delito de robo, en virtud de una relación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario, reteniéndola en provecho de él, en cumplimiento de sus órdenes e instrucciones, por ejemplo: En el caso del obrero de una fábrica que se le han entregado las herramientas necesarias para su trabajo, las que únicamente usa en su horario de labores dentro del establecimiento destinado para ello, las que están bajo la custodia directa o indirecta del propietario y las retiene en su provecho e instrucciones, si el obrero se apodera de las herramientas fuera de la esfera jurídica del propietario, se consuma el delito de robo por tenencia precaria y no el delito de abuso de confianza.

Así, de forma acertada explica el profesor Celestino Porte Petit, al estudiar el tipo básico de robo, pues dice: "De tal manera, que el concepto de robo abarca tres

---

<sup>170</sup> González de la Vega citado por Octavio Alberto Orellana Wiarco, *ibidem*, p., 17.

<sup>171</sup> Maggiore citado por Eduardo López Betancourt., *Ob.*, cit., p., 280.

<sup>172</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Edit., SISTA, México, 2002, p., 84.

hipótesis: a) Cuando el sujeto va hacia la cosa, apoderándose de la misma; b) Cuando teniendo sobre la misma una detentación subordinada y no una posesión derivada, se apropia de ella, y c) Cuando obtiene del sujeto pasivo la cosa, a base de la vis moral...”<sup>173</sup>

En relación a este tema el profesor Sales Gasque, al referirse al artículo 382 del Código Penal de 1931, nos explica: “...En las hipótesis de que el sujeto activo no esté vinculado con el propietario de la cosa por una relación de dependencia jurídica, que la obligue a la obediencia, no existirá la tenencia requerida por el artículo 382 del Código Penal, en los siguientes casos:

a) Cuando la cosa, no obstante que manejada por el agente, este sujeta a la vigilancia directa del propietario y por tanto su disponibilidad directa. Tales son los casos del viajante que sigue y vigila en persona al maletero a quien le ha confiado su valija; del joyero que vigila directamente al cliente que examina la joya; del personal de la biblioteca que custodia y vigila al lector. En tales casos, la detentación del agente es meramente material, manteniéndose la cosa en la esfera de custodia del propietario. El elemento fundamental que debe apreciarse es el de la vigilancia directa del dueño y el de la posibilidad inmediata de recuperación que éste tiene.

b) Cuando la cosa, no obstante que manejada por el detentado, se encuentra vigilada en forma indirecta y discontinua por el propietario. Vigilancia que se expresa a través de la presencia del propietario o de su representante en el lugar, casa, taller u oficina; presencia que el agente habrá de eludir para sacar los objetos. Tal caso puede darse cuando el huésped, a quien se le facilitan determinados objetos para su uso, los sustrae de la casa donde se le da hospedaje. Para poder hacer entrar dichos objetos a su esfera de poder, tuvo el agente que sustraerlos de la esfera de custodia del propietario, custodia que se expresaba a través de la presencia del propietario en el lugar. En las dos hipótesis anteriores, el agente no tiene un efectivo señorío de hecho, en cuanto la cosa, no obstante que detentada por el agente, se mantiene en la esfera de custodia del propietario.

c) Cuando la cosa ha sido entregada en una forma momentánea al detentador, de modo que se pueda comprobar inmediatamente la sustracción y sea posible disponer, también inmediatamente, de los medios idóneos para su recuperación. Se entiende que debe tratarse de una entrega que no deje la cosa a la vista del propietario, y por ende, dentro de su esfera de custodia. Tal es el caso del ciclista que entrega la bicicleta por pocos momentos a otro, por la necesidad de alejarse momentáneamente. Hemos señalado que en el ejemplo citado, la cosa se mantiene en la esfera de actividad del propietario; esfera de actividad que se expresa a través de las instrucciones terminantes del propietario.

Podemos afirmar, en general, que en todo caso en que el propietario u otro derechohabiente transfiere en forma momentánea la detentación material de la cosa, conservándola, no obstante, bajo su vigilancia, continua o discontinua, directa o indirecta; o bien, transfiera la detentación y custodia momentánea de la cosa, pero conservando el control sobre la misma en forma objetiva, no pierde el

---

<sup>173</sup> Ob., cit., p., 5.

señorío de hecho sobre la cosa. El detentador material, al no tener poder físico autónomo sobre la cosa, no tiene, en consecuencia, la posesión derivada de la misma, y por ende, su conducta de apropiación implicará una sustracción o separación de la esfera de dominio del propietario u otro derecho-habiente, lo que constituirá un robo y no una conducta típica de abuso de confianza....”<sup>174</sup>.

De tal forma debemos decir que las similitudes entre el robo y el abuso de confianza son las siguientes:

- 1) Ambos son delitos que de acuerdo a la *conducta del activo* son de acción, ya que se realizan a través de movimientos corporales y materiales.
- 2) Ambos son delitos que de acuerdo a *su resultado son* materiales, porque para que se configuren se requiere de un cambio en el mundo exterior.
- 3) Ambos son delitos que de acuerdo al daño, lesionan el bien jurídicamente protegido *del patrimonio del pasivo*, porque causan una disminución en el patrimonio de las personas.
- 4) Ambos son delitos que de acuerdo a su duración son Instantáneo.
- 5) Ambos son delitos que de acuerdo a su descripción típica son doloso, ya que no aceptan su forma de realización culposa.
- 6) En el caso del robo por tenencia precaria y abuso de confianza, en ambos delitos el objeto material le es entregado al sujeto activo para después disponer de el.

Las diferencias existentes entre estos delitos de robo y abuso de confianza son las siguientes:

- 1) En el robo no es necesaria que el activo tenga una posesión derivada de la cosa mueble para su consumación, en el abuso de confianza la posesión derivada es presupuesto de este delito.
- 2) En el caso del robo simple el activo va hacia el bien mueble para apoderarse de el, para el abuso de confianza el bien mueble le es entregado al sujeto pasivo por medio de una posesión derivada.

Una vez analizadas las similitudes y diferencias de los delitos de robo y abuso de confianza, debemos entrar al estudio de los elementos posesión o tenencia, detentación subordinada o tenencia precaria para comprender el tipo penal de robo por tenencia precaria, a los que nos referiremos en el siguiente punto.

---

<sup>174</sup> Sales Gasque, Renato, EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA, Edit., Tribunal Superior de Justicia del Estado de Campeche, México, pp., 66, 67.

## 2.- POSESION, TENENCIA Y TENENCIA PRECARIA EN LOS DELITOS PATRIMONIALES.

### POSESION O TENENCIA.

Desde la época de los romanos la posesión de una cosa material se consideró integrada por dos elementos denominados *corpus* y *animus*, el primero se refiere a la materialidad de la cosa y el segundo es un elemento subjetivo y alude al ánimo que tiene el individuo de tenerlo, es decir, para que a un sujeto se le considerara poseedor de un objeto debía tenerlo en su poder materialmente, pero además se exigía el ánimo de querer tenerlo, verbigracia, en el caso del preso que tiene el elemento *corpus* de las cadenas unidas a sus pies, pero no tiene el *animus* de tener esas cadenas, no es poseedor de ellas.

Topacio Ferretti explica como apreciaba a la posesión la cultura antigua más avanzada en materia de derecho, que la consideraba como: "...Posesión (*possessio* o *possidere*), en su sentido más genérico y comprensivo por tanto de las varias clases de posesión que distinguiremos en el ordenamiento jurídico romano, es el poder de hecho o retención táctica que se ejercita sobre una cosa corporal, con voluntad de tenerla para sí con exclusividad e independencia, esté o no tal poder de hecho fundado en un derecho.

La *possessio* está fundada en un derecho cuando la disponibilidad física de la cosa corporal está amparada en el dominio: normalmente el dueño es también poseedor, esto es, que su titularidad jurídica va -por regla general- unida al goce y disposición de la cosa. Pero puede suceder, excepcionalmente, que dicho goce y disposición no lo tenga. Será entonces un dueño no poseedor, por ejemplo si la cosa le ha sido quitada por un tercero. Dice Paulo, en *Digesto*, 43, 17, 1, 2: "...puede suceder que uno sea poseedor, y no sea dueño, y que otro sea ciertamente dueño, y no sea poseedor; y puede suceder que el mismo poseedor sea también dueño".<sup>175</sup>

Como podemos ver, desde la época de los romanos ya se tenía una idea acertada de lo que se considera actualmente la posesión en el Código Civil para el Distrito Federal como *poder de hecho*; por otro lado, Topacio Ferretti al referirse al origen de la posesión expresa: "...Históricamente, la *possessio* no nace en el derecho romano vinculada al *dominium*. El concepto de Paulo responde a una idea ya madurada en la era clásica tardía. El origen de la posesión se remonta a la protección otorgada por el pretor a los asentados en parcelas del suelo público (*ager publicus*), precisamente allí donde no había *dominium* para los particulares por ser dichas tierras de propiedad del estado romano. A los colonos asentados en dichas parcelas -en ausencia de medios procesales de carácter real (*actiones in rem*)- se les protegió en virtud de una orden prohibitiva de violencia, respecto del que estaba en posesión del suelo público, denominada *interdictum*, y este medio jurídico de protección "es, en efecto, el único que menciona la *possessio*; por su

---

<sup>175</sup> Topacio Ferretti, Aldo, DERECHO PATRIMONIAL ROMANO, Edit., UNAM, México, 1992, p., 73.

propio nombre" El encabezamiento de esta orden pretoriana, dirigida a los poseedores de las referidas tierras es el siguiente, según expresa Paulo en *Digesto*, 43, 17, 1, 1, en sus *Comentarios al edicto*: "Dice el Pretor: "Vedo (prohíbo) que se haga violencia para que no poseáis (las tierras, casas), como las poseéis': '*Uti... nec vi. . . possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto*!'" Este interdicto se denomina por ello *tluti possidetis*" y es retentivo de la posesión. Paulo explica ahí mismo precisamente: "Este interdicto es prohibitorio, para retener la posesión "' . . .*et est prohibitorium ael retinendam possessionem*")...".<sup>176</sup>

Desde la época de Paulo en la antigua Roma se consideraban tres tipos de posesión: la posesión pretoria, la posesión civil y la posesión natural; de estas, la posesión civil es la que encuentra elementos que se contemplan en nuestro Código Civil, por lo que es la única que nombraremos para efecto de nuestro estudio. Así define Topacio Ferreti que la posesión civil o *possessio civilis*, tenía los siguientes elementos: "...La posesión considerada como justa apariencia del dominio se funda en dos elementos: uno material (*corpus*) que consiste en la tenencia material, y otro intencional (*animus*) que consiste en la intención de ser dueño (denominado por los modernos *animus domini*). Tal *animus* no puede sino fundarse en un "*titulus*" (causa) considerado -por su propia naturaleza- idóneo para sentirse precisamente propietario de la cosa...."<sup>177</sup>

Actualmente en el Código Civil para el Distrito Federal, en los artículos 790 y 791, se establecen las hipótesis de la posesión y la posesión derivada los cuales a la letra dicen: "Artículo 790.- Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él. Artículo 791.- Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendador, acreedor pignoraticio, depositario y otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa, el que posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro una posesión derivada..."<sup>178</sup>

Los supuestos de posesión originaria o posesión derivada son las figuras que debemos tomar en cuenta para la hipótesis del delito de abuso de confianza previsto en el numeral 227, el cual se refiere al elemento tenencia que prevé como elemento normativo de valoración jurídica el delito de abuso de confianza, como lo refiere Sales Gasque al manifestar que: "...Todo acto jurídico o contrato, en virtud del cual se transmite la posesión derivada de una cosa mueble, tiene el carácter de título de la tenencia que constituye el presupuesto de la actividad dispositiva típica del delito de abuso de confianza. Sería salirnos de los límites de este estudio profundizar en la naturaleza de cada uno de estos actos jurídicos, en virtud de que sólo pretendemos dar un concepto claro y preciso del término tenencia utilizado por el Legislador de 1931, para englobar en su concepto a todos los actos

---

<sup>176</sup> Ibidem, pp., 73, 74.

<sup>177</sup> Ibidem, pp. 80.

<sup>178</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Edit., SISTA, México, 2002, p., 84.

jurídicos capaces de transmitir la posesión derivada de un bien, con la obligación de restituirlo o darle un uso determinado, esto es, toda causa jurídica de posesión derivada, en la que el propietario u otro derecho-habiente de la cosa se reserve el dominio de la misma, transmitiendo el señorío de hecho...”<sup>179</sup>

En la hipótesis de la posesión originaria es muy claro, en el entendido de que en el *poder de hecho* que ejerce sobre la cosa mueble, se encuentran los elementos *corpus y animus*, o como actualmente se ha denominado el *animus domini*. En cambio para la hipótesis de la posesión derivada que se otorga mediante actos jurídicos y contratos no transmisivos de la propiedad de cosas muebles, es la única constitutiva del presupuesto del delito de abuso de confianza, tiene su origen en las figuras que el código civil prevé para la trasmisión de esa clase de posesión, las cuales enunciaremos de forma breve, con la salvedad de que los contratos que estudiaremos únicamente los consideraremos en lo que se refiere a los bienes muebles, los cuales son materia de los tipos penales de robo por tenencia precaria o abuso de confianza.

**A).- CONTRATO DE COMODATO.-** El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible, a otra persona que contrae la obligación de restituirla individualmente en los términos del mismo (Artículo 2497 Código Civil para el Distrito Federal).

Sales Gasque<sup>180</sup> al citar a González de la Vega, que afirma que el comodato: "Dará lugar a la comisión de abuso de confianza cuando el usuario gratuito de la cosa disponga del bien, en las formas de apropiación que hemos venido explicando", de forma contraria este autor expresa que no puede afirmarse con González de la Vega, que todo comodatario al apropiarse del bien cuyo uso gratuito se le ha trasferido, en virtud del comodato, cometa el delito de abuso de confianza. Si la cosa ajena se mantiene -no obstante la tenencia del comodatario- bajo la custodia y vigilancia del propietario u otro derecho-habiente, el acto de apropiación del comodatario implicará la comisión del delito de robo y no de abuso de confianza, tal como lo hemos señalado en el capítulo precedente. Ejemplo típico de esta forma de comodato, es el uso de libros en una biblioteca bajo la vigilancia del personal. En tal caso, por permanecer la cosa dada en comodato dentro de la esfera de custodia del propietario o su representante, el lector comodatario no tendrá un verdadero poder de hecho sobre los libros, y en consecuencia, al apropiárselos se verá precisado a sustraerlos, a separarlos de la esfera de custodia o de vigilancia del personal de la biblioteca, constituyendo su acto de apropiación un robo y no un abuso de confianza.

**B).- CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.-** Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce

---

<sup>179</sup> Ob cit., p., 71

<sup>180</sup> ibidem., 75.

temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto. (Artículo 2398 Código Civil para el Distrito Federal).

Este contrato es *formal*, ya que debe realizarse por escrito cuando la cosa tiene un valor mayor a \$100.00 cien pesos, es *bilateral* porque produce obligaciones recíprocas entre los contratantes; es *oneroso* ya que tiene un gravamen y provecho; y temporal pues se debe establecer por un tiempo limitado. Se trasmite la posesión derivada de la cosa mueble materia del contrato de arrendamiento siempre y cuando no se encuentra bajo la custodia y vigilancia del propietario.

Como lo explica Sales Gasque, al expresar que: "...el arrendatario, por lo general, adquiere un verdadero señorío de hecho sobre la cosa, un poder de uso y goce. Constituye su detentación la posesión derivada que hemos considerado presupuesto de la actividad típica del delito de abuso de confianza. No se plantea duda alguna si el arrendatario detenta la cosa fuera de la esfera de custodia o de actividad del arrendador.

Surge la dificultad de discernir si la tenencia del arrendatario es constitutiva de posesión derivada, cuando las cosas arrendadas no han salido de la esfera de custodia o de vigilancia del arrendador; o bien, de la esfera de actividad de éste. En tales hipótesis, el arrendatario no es un verdadero poseedor derivado, solamente tiene la detentación material de la cosa. Si dispone de ella, apropiándose, cometerá el delito de robo y no el de abuso de confianza...."<sup>181</sup>

Ernesto J. Ure, señala que: "...En el caso de quien se apodera de las prendas que se alquilan en las casas de baños o piletas de natación públicas o privadas; o de las bolas de billar que han sido alquiladas para jugar dentro del negocio; el agente, comete el delito de hurto y no de apropiación indebida..."<sup>182</sup>

Para afirmar que el arrendatario tiene la posesión derivada de la cosa, no basta demostrar que la detenta en virtud de un contrato de arrendamiento. Es preciso demostrar que ejercita un poder de hecho sobre la cosa fuera de la esfera de custodia y de actividad del arrendador.

Por otro lado, el jurista Guissepe Maggiore<sup>183</sup> explica que: "...Tratándose de un departamento amueblado, todo lo que hay en él se entiende confiado al inquilino, quien puede hacer uso de ello sin apropiárselo bajo pena de sufrir los castigos de la apropiación indebida (como sería el caso del que sustrajera lámparas, libros, tapetes, etc.), pero si estos objetos no le han sido confiados o están sometidos a custodia especial (conminados en un local cerrado, en maletas, en baúles cerrados con llave) el inquilino que los sustrae responderá de hurto. En cambio, si en vez de un departamento amueblado se trata de una habitación amueblada o de un cuarto de hotel, vale la regla de que quien efectúa la sustracción es -culpable de hurto por no tener ninguna posesión o dominio - de hecho, acompañados de cualquier *aparentia juris*, sobre las cosas contenidas en esos lugares..."

---

<sup>181</sup> Ibidem, p., 78.

<sup>182</sup> J. Ure Ernesto citado por Renato Sales Gasque, Ibidem, p., 75

<sup>183</sup> Maggiore Guissepe citado por Renato Sales Gasque, Ibidem, p., 79

Por lo que es de afirmarse que el que recibe el inmueble en arrendamiento lo posee derivadamente con todo lo que está a su servicio y forma parte integrante de él. El arrendatario del inmueble comete el delito de abuso de confianza si dispone de los bienes muebles por naturaleza, incorporados al inmueble por afectación. Si el arrendatario del inmueble dispone de los animales que forman el pie de cría del predio rústico arrendado, de las herramientas o de los abonos necesarios para la función económica del fundo, cometerá el delito de abuso de confianza, porque posee derivadamente dichos bienes en virtud del arrendamiento del inmueble.

En los mismos términos, se puede afirmar que el arrendatario del inmueble que dispone de árboles destinados para el corte o de los frutos pendientes de las plantas comprendidas en el inmueble, cometerá el delito de abuso de confianza. Posee derivadamente los bienes por anticipación, en cuanto posee derivadamente el inmueble que los comprende.

**C).- CONTRATO DE DEPOSITO.-** El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante. (Artículo 2516 Código Civil para el Distrito Federal).

Así también, el artículo 2522 del Código Civil para el Distrito Federal prevé: "...El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba y a devolverla cuando el depositario (sic) se lo pida, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiere llegado...."

En el caso de los objetos en depósito que el depositario reciba en caja o sobre cerrado, estos deben ser devueltos en la misma forma que hayan sido entregados por el depositante y en caso que se disponga de los bienes muebles que contienen esté sobre o caja se configuraría el delito de robo, en virtud de que el hecho que estén dentro de una caja o sobre cerrados, constituye una vigilancia y custodia indirecta del propietario o depositante.

Sales Gasque al respecto expresa lo siguiente: "...Cabe preguntarse, si el depositario que descubre los objetos que se le han confiado y extrae uno o varios de los mismos, disponiendo de ellos, comete el delito de abuso de confianza; o bien, el delito de robo. A simple vista; parece que el disponer del contenido de un bulto, cuya custodia se ha confiado, tiene la misma relevancia jurídica que disponer del bulto en sin embargo, la Doctrina se ha pronunciado por el robo.

Así Manzini, considera que: "Dada la clausura del contenido con el propósito de una mayor custodia: es manifiesto que al depositario se le ha privado no sólo de toda potestad (no sólo de mero hecho) de disposición o de goce de la cosa asegurada, sino también de la detención material de la misma cosa, en cuanto ésta no puede ser libremente aprehendida por él, que no puede tampoco legítimamente ni intentar descubrirla. La máxima *in tato et pars continetur* es

exacta desde el punto de vista físico y material, y aún del jurídico cuando se trata de relaciones de cantidad o de una cosa compuesta de varias partes, pero no cuando se trata de cosas distintas y autónomas, como el continente y el contenido. La cosas contenidas en el cofre no son parte integrantes de éste".<sup>184</sup>

Es evidente que transfiere el poder de hecho sobre el bulto en sí, en cuanto lo entrega para su custodia con la obligación por parte del depositario de restituirlo a su solicitud, pero no transfiere el señorío de hecho sobre las cosas contenidas en el bulto; y no transfiere este señorío, toda vez que cierra o sella dicho bulto, manifestando con tal acto, su expresa voluntad de que se mantenga sin descubrir. Lógicamente, a través de su acto de clausura manifiesta -el depositante- la voluntad de conservar su control sobre el contenido del bulto.

Para que se transfiera el señorío sobre la cosa es preciso que el poseedor tenga un poder autónomo sobre ella, y la subsistencia de este poder excluye toda posibilidad de coexistencia de otro poder sobre la misma cosa por parte del propietario u otro derecho-habiente. Si el depositante ha cerrado o sellado el bulto, el depositario para poder disponer de los objetos en él contenidos necesitará abrirlo o romper sus sellos. Tal conducta implicará un acto de sustracción o de separación de la esfera de custodia del propietario, implicará un robo y no un abuso de confianza.

**D).- CONTRATO DE PRENDA.-** La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago (Artículo 2856 código penal para el Distrito Federal).

Desde dos diversos puntos se puede hacer el estudio de la prenda: como derecho real; o como contrato constitutivo de este derecho, pues como lo hemos señalado el Código Civil lo define indudablemente como un derecho real, pero para los efectos de este estudio nos interesa el contrato de prenda como traslativo de la posesión derivada.

Sales Gasque al referirse a una apropiación indebida explica: "...El artículo 2876 del Código Civil, en su fracción II señala: "El acreedor está obligado: ... A restituir la prenda luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y hecho los segundos". De lo que se desprende, que normalmente el acreedor prendario adquiere, en virtud del contrato, una facultad de guarda y custodia del bien prendado, en tanto no pueda exigir el crédito principal a su deudor. Adquiere el derecho de enajenación a través de las formas previstas en el Código Civil o en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, una vez vencida la obligación. En ningún momento adquiere el dominio del bien prendado, sólo tiene sobre el mismo, un poder de hecho autónomo que lo constituye en poseedor derivado. De modo tal, que si el acreedor o el tercero, que por pacto de las partes guarda la cosa, dispone de la misma en forma tal que su acto implique apropiación, cometerá el delito de

---

<sup>184</sup> Manzini citado por Renato Sales Gasque, Ibidem, p., 83.

abuso de confianza. El sujeto activo del delito es el acreedor o el tercero que recibe la prenda. Nunca el deudor. El acreedor no puede hacer uso del bien prendado sin expreso consentimiento del deudor; el artículo 2876 en su fracción I dispone, que deberá conservarla como si fuera propia...”<sup>185</sup>

En todos los contratos señalados y otros de naturaleza civil, mercantil y administrativa se trasfiere la posesión derivada, siempre y cuando el objeto mueble materia del contrato no se encuentre bajo la custodia y vigilancia directa del propietario y por ende, reúna la naturaleza jurídica de la posesión derivada, es decir, el poder de la cosa mueble como si fuera propietario se otorga a una persona con las limitaciones del contrato por medio del cual se hace dicho acto jurídico.

### **TENENCIA PRECARIA.**

En cuanto a la naturaleza jurídica de la figura de la tenencia precaria o detentación precaria, debe decirse que no es considerada posesión de acuerdo al supuesto del artículo 793 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice: “Artículo 793.- Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de este en cumplimiento de la ordenes e instrucciones que de el ha recibido, no se el considerara poseedor...”<sup>186</sup>

Para los efectos de este estudio debemos estudiar la figura de la tenencia precaria como presupuesto del tipo de injusto penal de robo cualificado.

Siempre que se demuestre que una persona tiene en su poder un bien mueble en virtud de una situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario y que la retiene en provecho de este y en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de el ha recibido, así como no exista contrato alguno mediante el cual se le haya transmitido al posesión derivada de la cosa mueble, si el dependiente dispone de la cosa se tipificara el tipo penal de robo por tenencia precaria.

Sales Gasque al referirse en a la detentación subordinada explica que: “...Si el propietario u otro derecho-habiente transfiere la detentación material de la cosa a su dependiente (doméstico, empleado, chofer, etc.), esto es, a su subordinado jurídico, sobre el cual tiene un poder de mando, pueden darse tres hipótesis:

a) La cosa le es entregada al dependiente en virtud de acto jurídico diverso a la relación de dependencia y con manejo autónomo sobre la misma. En esta hipótesis, el dependiente está vinculado jurídicamente con el dueño en razón del acto jurídico que determinó la entrega de la cosa; está obligado a la restitución o al

---

<sup>185</sup> Ibidem, p., 93.

<sup>186</sup> Ob., cit., p., 84.

uso determinado, y todo acto de apropiación, por él realizado, será constitutivo del delito de abuso de confianza en virtud de que, no obstante, que el dependiente posee derivadamente la cosa y no la detenta en forma subordinada.

b) La cosa le es entregada al dependiente en virtud de la relación de dependencia que lo vincula al propietario, pero en forma tal, que se le confía un manejo autónomo sobre las cosas, quedando el detentador solamente obligado a la restitución o al uso determinado.

En tales hipótesis, el propietario u otro derecho-habiente transfiere el señorío sobre la cosa a su dependiente, y por ende, le transfiere la posesión derivada de la cosa. Todo acto de apropiación por parte del dependiente, será constitutivo de abuso de confianza, en cuanto el dependiente es un poseedor derivado y no un detentador subordinado.

c) La cosa le es entregada en virtud de la relación de dependencia, para detentarla en provecho del dueño y cumpliendo sus órdenes e instrucciones. En tal hipótesis, el dependiente será un detentador subordinado y, en consecuencia, no poseerá la cosa. Todo acto de apropiación implicará un acto de sustracción de la cosa a la esfera de custodia o de actividad del propietario, será un acto constitutivo de robo y no de abuso de confianza.

En todo caso en que un dependiente se apropie de las cosas de su patrón, el problema práctico a resolver consistirá en determinar si su conducta es típica de robo, o bien, típica de abuso de confianza, problema que depende para su solución del análisis concreto de la situación. La solución dependerá de observar si el dependiente no tiene la posesión derivada de la cosa por reunir su detentación los elementos de la detentación subordinada. Estableciendo que tal detentación reúne los elementos de la detentación subordinada, se puede afirmar, sin lugar a dudas, que su conducta encuadra en el tipo de robo y no en el tipo de abuso de confianza....”<sup>187</sup>.

Por ejemplo, en el caso de la detentación subordinada, cuando la apropiación de un bien mueble cuyo manejo tiene el trabajador doméstico en la casa del patrón, y el camarero en el hotel o restaurante, se observa que tanto el primero como el camarero tienen la detentación subordinada y no la posesión derivada de las cosas que manejan. Tanto el doméstico como el camarero son dependientes del patrón estando vinculados a él por un deber de obediencia; tienen el manejo de las cosas en virtud de su contrato de trabajo y en ejecución del servicio para el cual fueron contratados; y por último, detentan las cosas en provecho del patrón y cumpliendo sus órdenes e instrucciones; cuya violación puede el patrón fácilmente constatar en cuanto tiene la vigilancia discontinua pero manifiesta a través de su presencia en el lugar donde se realiza el servicio por los detentadores. El doméstico y el camarero al apropiarse las cosas que detentan en forma subordinada, como servidores del dueño, y no como poseedores derivados, las sustraen de la esfera de custodia del propietario; su acto, en consecuencia, constituye la conducta prevista por el artículo 220 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal; y por constituirse igualmente la circunstancia de ser doméstico o dependiente, se integraría el delito cualificado por tenencia precaria, en términos

---

<sup>187</sup> Ibidem, pp., 67.

del numeral 220, en relación al 223 fracción IV.

El penalista Sales Gasque sigue diciendo al referirse al Código Penal de 1931, que: "...En el caso de los operarios de la fábrica que sacan del establecimiento objetos que se les han confiado para su trabajo eludiendo la vigilancia del patrón o de un representante de éste; o bien eludiendo determinadas revisiones u otras medidas de control a la salida del establecimiento en que prestan sus servicios, o a la salida de las secciones donde ejecutan su trabajo; nos percatamos claramente que no son poseedores derivados, sino detentadores subordinados y por ende, su conducta no será típica de abuso de confianza, sino de robo calificado, en términos de la fracción VI del artículo 381 del Código Penal.

Los operarios son dependientes del patrón en cuanto son sus trabajadores y a él están vinculados por un deber de obediencia; tienen las cosas en virtud de la relación de dependencia y cumplen con las órdenes e instrucciones del dueño, objetivizadas, a través de la vigilancia directa o indirecta que ejerce el patrón o su representante durante el servicio; o bien, a través de la custodia que se ejerce mediante las revisiones u otras medidas de control. Muy diversa sería la situación del operario si el patrón le hubiera entregado la cosa con la orden de venderla y entregarle el precio; o bien, se la hubiera facilitado para ejecutar un trabajo propio con la única obligación de restituirla. En tales hipótesis, el operario, aunque, dependiente, tendría un verdadero señorío sobre la cosa, en cuanto ejercería sobre ella una posesión derivada en virtud de que le fue entregada por un acto jurídico diverso al de su relación de dependencia. Faltaría, igualmente, el elemento de detentación subordinada si el patrón entrega a sus operarios los instrumentos de trabajo, facultándolos a un manejo autónomo sobre los mismos y con la única obligación de restituírselos al término de la relación contractual de trabajo, o bien, en un tiempo determinado. En tal hipótesis los operarios tienen la cosa en virtud de su relación de dependencia con el patrón: pero no están sujetos, al manejarla, al cumplimiento de órdenes e instrucciones determinadas, sino tienen el libre manejo o uso de ella... Así, el caso del doméstico que se apropia de las cosas contenidas en la casa' de la cual el patrón se ha alejado momentáneamente, dejándole la llave. En tal hipótesis, el dependiente tiene la cosa en virtud de la situación de dependencia y la retiene con sujeción a instrucciones del propietario, que se objetivizan a través de la recomendación de éste, en el sentido de que la cosa no sea cambiada de lugar. En todas estas hipótesis, de manejo de la cosa fuera de la custodia del patrón, el elemento esencial para determinar si existe la detentación subordinada, o bien, si el dependiente ejerce una verdadera posesión de la cosa, radica en precisar, como lo hiciera Petrocelli, que las instrucciones del dueño no se limiten a meras órdenes verbales, sino que se objetivicen en determinados medios, límites o condiciones impuestas por el propietario; condiciones, medios o límites que el agente no está facultado para modificar. La conducta del detentador al apropiarse de las cosas, implica -en tales hipótesis- la violación de las instrucciones objetivizadas del patrón y por ende, implica una sustracción o separación a la esfera de actividad patrimonial del patrón, constituye una conducta de apoderamiento y no la típica conducta de disposición del delito de abuso de confianza. Establecidas tales bases, podemos concluir que la tenencia a que se

refiere el artículo 382 del Código Penal, que define el delito de abuso de confianza, debe entenderse como la posesión derivada del Derecho Civil, y que se excluye, tal posesión derivada, cuando el agente tiene sobre la cosa una mera detentación material, o bien, una detentación subordinada...”<sup>188</sup>

En el caso de la detentación material, la cual puede ser constitutiva del tipo del injusto penal de robo cualificado por tenencia precaria, se da cuando la cosa mueble es entregada al detentador o sujeto activo del delito, pero el propietario de esa cosa mueble ejerce una custodia y vigilancia ya sea directa (por sí mismo) o indirecta (por interpósita persona), de forma que no existe en el detentador poder sobre la cosa mueble, por lo que no tiene la posesión derivada y sino únicamente una tenencia precaria, y cuando el detentador material se apropia de esa cosa mueble, se tipificará el delito de robo calificado por tenencia precaria que se refiere el numeral 220 en relación al 223 fracción IV del nuevo ordenamiento penal para el Distrito Federal.

Las hipótesis que se refieren a la detentación material constitutivas de tipo penal parte de la base de la hipótesis de detentación subordinada a que se refiere el numeral 731 del Código Civil para el Distrito Federal son las siguientes que explica Sales Gaste al referirse al anterior Código Penal de 1931, que son aplicables al nuevo ordenamiento penal, dice el autor: “En las hipótesis en que el sujeto activo no esté vinculado con el propietario de la cosa por una relación de dependencia jurídica, que lo obligue a la obediencia, no existirá la tenencia requerida por el artículo 382 del Código Penal, en los siguientes casos:

a) Cuando la cosa, no obstante que manejada por el agente, este sujeta a la vigilancia directa del propietario y por tanto, en su disponibilidad directa. Tales son los casos de viajante que sigue y vigila al maletero a quien le ha confiado su valija; del joyero que vigila directamente al cliente que examina la joya; del personal de la biblioteca que custodia y vigila al lector. En tales casos, la detentación del agente es meramente material, manteniéndose la cosa en la esfera de custodia del propietario. El elemento fundamental que debe apreciarse es el de la vigilancia directa del dueño y el de la posibilidad inmediata de recuperación que éste tiene.

b) Cuando la cosa, no obstante que manejada por el detentador, se encuentra vigilada en forma indirecta y discontinua por el propietario. Vigilancia que se expresa a través de la presencia del propietario o de su representante en el lugar, casa, taller u oficina; presencia que el agente habrá de eludir para sacar los objetos. Tal caso puede darse cuando el huésped, a quien se le facilitan determinados objetos para su uso, los sustrae de la cosa donde se le da hospedaje. Para poder hacer entrar dichos objetos a su esfera de poder, tuvo el agente que sustraerlos de la esfera de custodia del propietario, custodia que se expresaba a través de la presencia del propietario en el lugar.

En las dos hipótesis anteriores, el agente no tiene un efectivo señorío de hecho, en cuanto la cosa, no obstante que detentada por el agente, se mantiene en la esfera de custodia del propietario.

---

<sup>188</sup> Ibidem, pp., 69, 70.

c) Cuando la cosa ha sido entregada en una forma momentánea al detentador, de modo que se pueda comprobar inmediatamente la sustracción y sea posible disponer, también inmediatamente, de los medios idóneos para su recuperación. Se entiende que debe tratarse de una entrega que no deje la cosa a la vista del propietario, y por ende, dentro de su esfera de custodia. Tal es el caso del ciclista que entrega la bicicleta por pocos momentos a otro, por la necesidad de alejarse momentáneamente.

Hemos señalado que en el ejemplo citado, la cosa se mantiene en la esfera de actividad del propietario; esfera de actividad que se expresa a través de las instrucciones terminantes del propietario. Podemos afirmar, en general, que en todo caso en que el propietario u otro derechohabiente transfieren en forma momentánea la detentación material de la cosa conservándola, no obstante, bajo su vigilancia - continua o discontinua, directa ó indirecta; o bien, transfiera la detentación y custodia momentánea de la -cosa, pero conservando el control sobre la misma en *forma* objetiva, no pierde el señorío de hecho sobre la cosa. El detentador material, al no tener poder físico autónomo sobre la cosa, no tiene, en consecuencia, la posesión derivada de la misma, y por ende, su conducta de apropiación implicará una sustracción o separación de la esfera de dominio del propietario u otro derecho-habiente, lo que constituirá un robo y no una conducta típica de abuso de confianza...”<sup>189</sup>

Por lo que es de concluir que el tipo complementado cualificado de robo por tenencia precaria previsto en el numeral 220 primer párrafo, en relación con el 223 fracción IV del nuevo código penal para el Distrito Federal, solo aplica para los casos en que el activo del delito se apodere de un bien mueble del cual tenga una detentación subordinada en términos del numeral 731 del Código Civil para el Distrito Federal; en caso de que no exista la detentación material o subordinada y el activo este en poder de la cosa, se tipificará el tipo fundamental de robo genérico previsto en el numeral 220 primer párrafo.

---

<sup>189</sup> Sales Gasque, Ibidem. pp. 66, 67.

### **3.- CALIFICATIVA O ABUSO DE CONFIANZA.**

Partiendo del análisis de las figuras de la posesión derivada y la tenencia precaria o detentación subordinada, figuras de naturaleza civil que se encuentran relacionadas de forma muy estrecha en el estudio de los delitos de robo y abuso de confianza, debido a su amplitud generan un conjunto de confusiones, si no se encuentran entendidas claramente. Es necesario analizar diversos actos jurídicos y contratos de carácter civil, para tener una mayor precisión en la diferenciación de la posesión derivada y la tenencia precaria, como elementos del delito de robo o abuso de confianza, máxime que de acuerdo a las circunstancias de cada hecho se deben considerar distintos elementos para su tipificación.

Los integrantes de la Comisión de Procuración y Administración de Justicia de forma no muy acertada incluyeron la calificativa de tenencia precaria, para complementar el tipo básico de robo con el afán de erradicar el concepto erróneo que como González de la Vega, muchos servidores públicos de antaño en el área penal aplicaban como incluso todavía actualmente algunos lo hacen en casos concretos, cuestión que también influyó dentro de criterios de tesis aisladas en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde hasta antes de 1996 todavía no se hacía una diferencia clara de las figuras de tenencia y tenencia precaria, situación no justificable hoy en día, porque la ley es muy clara y basta en que estos servidores públicos, que son considerados peritos en la materia, apliquen de forma acertada las distintas hipótesis de robo y abuso de confianza. Incluso, no era necesario agregar una calificativa al nuevo ordenamiento penal, como es el caso que nos ocupa, para marcar el criterio acertado de que la tenencia precaria no es considerada posesión presupuesto del delito de abuso de confianza.

En la actualidad el delito de robo es de los sancionado con los más altos márgenes de punibilidad, pues tiene un alto índice delictivo en nuestra sociedad, razón por lo cual este tema debe ser dominado por que procuran y administran justicia, diferenciando de forma tajante las hipótesis de tenencia precaria de las hipótesis de posesión derivada, por lo que es de concluir que la calificativa prevista en el artículo 223 fracción IV del nuevo código penal para el Distrito Federal es un elemento eventual o accesorio y nunca configuraría un tipo del injusto de abuso de confianza o mejor denominado apropiación indebida. Si no existiera esta calificativa, seguiría rigiendo el delito de robo en un caso de apoderamiento por tenencia precaria, como desde su época lo explicaba el profesor Celestino Porte Petit, por lo que considero que la inclusión de esta calificativa en el nuevo código penal para el Distrito Federal no era indispensable, pues con anterioridad se diferenciaba acudiendo a la legislación civil entre detentación subordinada, material y posesión, como elemento de robo y abuso de confianza, respectivamente.

Si acaso puede plantearse un argumento a favor de que se haya agregado como calificativa de robo lo relativo a la tenencia precaria, sería en el sentido de reducir en la práctica la situación de confusión en que solían incurrir los operadores jurídicos del ámbito penal, sobre todo en la procuración de justicia.

# 1. COMENTARIOS A CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

**ABUSO DE CONFIANZA, NO SE CONFIGURA TRATANDOSE DE COBRADORES, YA QUE POR RAZON DEL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES SOLO TIENEN LA DETENTACION PRECARIA SOBRE LAS CANTIDADES COBRADAS A NOMBRE DE LA NEGOCIACION PARA LA CUAL PRESTAN SUS SERVICIOS.**

*Las personas que con motivo del desempeño de sus funciones laborales realizan cobros a los deudores de la negociación para la cual prestan sus servicios, son unos simples detentadores precarios de los valores recibidos, puesto que éstos no salen de la esfera jurídica del dueño, si se les ha impuesto la obligación de entregarlos en un tiempo determinado; por lo cual no puede considerarse que se les haya transmitido la posesión derivada de los valores, por no haberseles otorgado sobre los mismos un poder jurídico distinto del de la simple tenencia material o detentación. De tal manera que si el agente cobrador dispone del dinero que recibió en razón de la naturaleza de su empleo, del que sólo tenía encomendada la custodia y vigilancia y sobre el cual no tenía un poder jurídico diverso al de la simple detentación, por no habersele transmitido la posesión derivada ni conferido un poder de disposición para ejercerlo a su libre albedrío, ya que únicamente tenía una posesión precaria, el detrimento patrimonial que sufre la parte patronal, no actualiza el delito de abuso de confianza, sino en todo caso un diverso ilícito.*

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO TERCER CIRCUITO.

XXIII. J/4

*Amparo directo 422/95. José Antonio Alonso Acosta. 5 de julio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretario: Carlos Manuel Aponte Sosa.*

*Amparo directo 70/96. Armando Martínez Ruvalcaba. 7 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretaria: Edelmira Torres Armenta.*

*Amparo directo 116/96. José Ciro Malo Esparza. 28 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretario: Carlos Manuel Aponte Sosa.*

*Amparo directo 121/96. Julio César Ramírez Macías. 28 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretario: Juan Aguilar Rodríguez.*

*Amparo directo 270/96. Juana Martínez Hinojo. 17 de abril de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Arroyo Moreno. Secretario: J. Jesús Ortega de la Peña.*

*Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena Epoca. Tomo III, Mayo de 1996. Tesis: XXIII. J/4 Página: 453. Tesis de Jurisprudencia.*

Comentario: Los cobradores de dinero que normalmente tiene una relación de trabajo con la empresa que es propietaria de los dineros cobrados, están en una perfecta relación de dependencia con ella y tienen en su poder los dineros en provecho de esta y en cumplimiento de la órdenes e instrucciones que ha recibido de la empresa para su uso, sin tener en ningún momento la posesión derivada de ese dinero, conducta que se encuadra en el actual tipo penal complementado de robo por tenencia precaria previsto ahora en el artículo 220, en relación al 233 fracción III, del nuevo ordenamiento penal para el Distrito Federal.

**ABUSO DE CONFIANZA. NO SE INTEGRA EL DELITO DE. EN TRATÁNDOSE DE COBRADORES. PORQUE NO TIENEN LA POSESIÓN DERIVADA DE LA COSA, SINO SÓLO PRECARIA.**

*El presupuesto básico del delito abuso de confianza, consiste en la disposición que hace el sujeto activo para sí o para otro, de una cosa mueble ajena, misma de la que se le ha transmitido la tenencia y no el dominio en perjuicio del pasivo. Ahora bien, el alcance del vocablo transmisión, implica una transferencia de derechos, lo que quiere decir que la transmisión de la tenencia a que se refiere el ilícito de abuso de confianza como presupuesto lo es, que la cosa se traslade material y físicamente bajo cualquier título permitido por la ley, por virtud del cual quien la transmite se desliga jurídicamente de su posesión y del poder de hecho que tenía sobre la misma, para otorgársele al que la recibe, quien a consecuencia adquiere su tenencia autónoma e independientemente del transmisor (posesión derivada). Lo que quiere decir que no cualquier tipo de posesión da lugar al delito de abuso de confianza sino la derivada, esto es aquella en el que se transfiera la cosa misma. En el caso específico, los cobradores entendidos en nuestro medio como aquellas personas que tienen como función principal la de realizar los cobros a los deudores del establecimiento, negocio o empresa para el que prestan sus servicios, el dinero que ellos poseen, lo tienen a su alcance en virtud de su relación de trabajo, esto es, el numerario llega a su esfera material por la naturaleza de su empleo y aun cuando puedan tener acceso a la cosa con cierta autonomía de su dueño o de quien puede disponer de ella, ello es, sin haber sido transmitida la tenencia de la cosa, ni su custodia ya que únicamente tienen a su alcance el numerario por el vínculo laboral que tienen con el dueño de la empresa o negociación, de ahí que si disponen del mismo, se configura diverso delito mas no así el de abuso de confianza.*

*Contradicción de tesis 65/96. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito. 5 de agosto de 1998. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Urbano Martínez Hernández.*

*Tesis de jurisprudencia 48/98. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros presidente Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Juventino V. Castro y Castro.*

*Novena Epoca*

*Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.*

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

*Tomo: IV, Noviembre de 1996*

*Tesis: VI.2o.146 P*

*Página: 391*

Comentario: En este caso al igual que la tesis jurisprudencial anterior, para que se integre el delito de abuso de confianza es necesario el presupuesto consiste en la posesión derivada de la cosa mueble, la cual únicamente se trasmite por alguno de los contratos o actos jurídicos que establece el Código Civil aplicable con las formalidades previstas para cada uno de ellos, por lo que en el caso de los cobradores no tienen una posesión derivada del dinero que con motivo de la relación de dependencia existente respecto al patrón, bajo sus ordenes e instrucciones. Si el cobrador se apropiara de los dineros recibidos en el orden anteriormente señalado, es evidente que se tipificaría el delito de robo y no el de abuso de confianza como bien se encuentra señalado en la tesis de jurisprudencia de que se trata.

Debido a que antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal para el Distrito Federal no había contemplado un criterio rector sobre la tenencia precaria, antes de este ordenamiento no existió un criterio jurisprudencial sobre este tema, por lo que dentro de este punto nos limitaremos a comentar algunas tesis aisladas relacionadas con el tema.

#### **ROBO Y NO ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE.**

*En el caso de un velador que dispone de las cosas a su cuidado sin consentimiento de quien podía disponer de ellas conforme a la Ley, se tipifica el delito de robo en los términos del artículo 381 fracción IV del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, sin que pueda estimarse en forma alguna, que por la circunstancia de tener el velador a virtud de su cargo, la obligación de cuidar los objetos comprendidos dentro del área de la negociación, y esta misma en su integridad, se hubiera operado en su favor la "tenencia simple", en atención de que no existe transmisión de la posesión ni aún precaria en favor de un "velador" que únicamente tiene a su cuidado bienes, desempeñando esa actividad por la que percibe un salario, y, al ser esto así, es manifiesto que no se reúnen los elementos del delito de abuso de confianza.*

*Amparo directo 6040/67. Erasmo Perales Hernández. 29 de marzo de 1968. 5 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.*

*Amparo directo 3526/59. José Hernández Jiménez. 25 de octubre de 1965. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Abel Huitrón y A.*

*Volumen C, Segunda Parte, pág. 16. Amparo directo 1905/64. José López Pérez. 31 de enero de 1966. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Abel Huitrón y A.*

*Volumen CIII, Segunda Parte, pág. 39.*

*Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen CXXIX, Segunda Parte. Tesis: Página: 26. Tesis Aislada.*

Comentario: En el caso señalado del velador que se apoderara de cosas muebles a su cuidado se actualiza el delito de robo, pues normalmente tiene una detentación material de los objetos muebles, porque no tiene acceso a éstos, es decir, un poder de hecho para manejarlos como si fuese propietario, por lo que no se encuentra en ninguna hipótesis de presupuesto para el delito de abuso de confianza, ya que no se le ha transmitido al vigilante la posesión derivada de esos objetos.

#### **ROBO DE DEPENDIENTE Y ABUSO DE CONFIANZA.**

*Mientras el delito de robo es el apoderamiento de cosas ajenas, con todos los demás requisitos que por el momento no interesa mencionar, el abuso de confianza es la disposición indebida de bienes de los cuales se ha recibido la precaria tenencia. A menudo no es fácil distinguir a primera vista un hecho determinado para encuadrarlo en una de esas figuras. Hay más, aún aceptando que el reo haya faltado a la confianza que en él se depositó, ello no significa necesariamente la comisión del delito de ese nombre, es decir, abuso de confianza. Si el acusado tenía acceso a las mercancías, pero no en forma cualquiera, y el hecho esencial de su conducta punible fue el haber extraído esas mercancías para llevarlas a vender furtivamente con respecto a la negociación, debe*

*decirse que si él hubiese dispuesto de las mercancías que concretamente estuvieran destinadas a algún pedido o entrega con motivo de contratos celebrados con la empresa, se estaría en presencia de una disposición indebida de bienes cuya precaria tenencia se le habría otorgado. Pero surge el apoderamiento cuando, aprovechando bienes que estaban a su alcance por razón de su carácter de trabajador, los toma y los extrae para venderlos después en lo particular. Por ello precisamente se creó la figura delictiva, reconocida por la Ley y la doctrina, del llamado robo de dependiente.*

*Amparo directo 4075.59. Tomás Gutiérrez Torres. 28 de septiembre de 1959. 5 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen XXVII, Segunda Parte. Tesis: Página: 92. Tesis Aislada.*

Comentario: En este criterio aislado del año 1959 se evidencia el incorrecto manejo que se daba a la figura de la tenencia precaria, ya que se afirmaba en otras palabras a la tenencia precaria como presupuesto del delito de abuso de confianza, lo que resulta inexacto pues como lo hemos estudiado esta figura no es considerada como posesión; en el caso planteado en la tesis que se comenta si el activo del tipo penal tiene acceso a mercancías, sin tener una posesión derivada es evidente que al apoderarse de ellas comete el tipo penal de robo y no el del abuso de confianza, ya que el activo del delito únicamente tenía una detentación material o precaria, respecto a esas mercancías.

**ROBO Y NO ABUSO DE CONFIANZA. SI LA ENCARGADA DE UNA CAJA REGISTRADORA DE UNA NEGOCIACION TOMA EL DINERO DE LA MISMA PARA SU PROVECHO, SE INTEGRA EL TIPO PENAL DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS).**

*Si las funciones del activo se hacían consistir en el manejo de una caja de una determinada negociación, recibiendo diariamente las ventas de ese establecimiento, esta circunstancia no implica que se le hubiera transmitido la tenencia del numerario, supuesto que sólo realizaba funciones de recepción, ejerciendo una simple detentación del bien, con la obligación de darle el destino correcto al numerario, sin que éste saliera de la esfera de custodia y disponibilidad de quien con apego a la ley tiene derecho a disponer del mismo, por lo que la sustracción que del metálico haya hecho el activo a la caja registradora en la negociación en comento, es un acto de apoderamiento y no el de disposición que integra el delito de abuso de confianza, atento a que al no otorgársele la tenencia, no ejercía ningún acto de dominio sobre el dinero.*

**TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.**

*Amparo en revisión 544/95. María Elena García Ortega. 20 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Avendaño. Secretario: Manuel de Jesús Cruz Espinosa.*

Comentario: La cajera que recibe los pagos en dinero de la mercancía que los clientes compran, tiene sobre ese dinero únicamente una detentación material ya que en ningún momento celebró un acto jurídico que le otorgue la posesión derivada, máxime que se encuentra de forma indirecta con un encargado en la esfera de custodia y vigilancia de su propietario, por lo que la cajera tiene ese dinero debido a la relación de dependencia que tiene con el patrón y lo retiene en su provecho y bajo sus órdenes e instrucciones, en caso de que se apropie de él se integrarían todos los elementos del tipo complementado cualificado de robo por tenencia precaria, previsto en los numerales 220 primer párrafo, en relación con el 223 fracción IV, ambos del nuevo ordenamiento penal del Distrito Federal.

## **2. ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA LEGISLATIVA EN TORNO AL ROBO.**

Hoy en día en el Distrito Federal y en general dentro de la sociedad mexicana el delito de robo, resulta ser el que mas se comete; a su vez, es el mas combatido por las instituciones de procuración y administración de justicia.

Esto explica las frecuentes reformas legislativas a la ley penal en lo relativo al robo; así vemos que el nuevo código penal para el Distrito Federal, inicialmente preveía penas de multa para los robos simples según la fracción I del artículo 220, que recogía una idea de Derecho Penal mínimo a diferencia del código penal de 1931, como se desprende del proyecto de iniciativa de ley que se turno por el Partido de la Revolución Democrática en donde explica que: "...La atención central y definitoria del bien jurídico que se trata de proteger y la gravedad de su afectación, debe evitar tanto las penas que son ridículas como las penas sumamente elevadas. La iniciativa contempla como mínimo la pena de tres de meses de prisión y como máximo la de cincuenta, en la inteligencia de que penas menores o mayores traicionan el fin de prevención general al que esta llamada la punición..."<sup>190</sup> situación que no funciono ni siquiera seis meses pues con la reforma de 15 de mayo de 2003, se derogó la fracción señalada, argumentándose que ello obedecía a los altos índices de robo en la Ciudad de México y se debía de incrementa su pena.

No cabe duda de que la orientación original de dicho código era la de ser un ordenamiento moderno acorde con las exigencias sociales, pero a sido objeto de varias reformas hasta la fecha, poniendo en entre dicho su eficacia, dentro de este contexto nosotros consideramos válido el cuestionar la necesidad de la calificativa de tenencia precaria referida al robo, en lo que hace al tipo específico de robo por tenencia precaria al referirse a la fracción IV del artículo 223; pues al consultar el Proyecto de Decreto que contiene el Nuevo Código Penal en su exposición de motivos en su parte considerativa en lo que hace al Título décimo quinto de los Delitos contra el patrimonio, el legislador ni siquiera se refieren a esta figura de forma específica, es decir, no explica lo que quiso decir con esta figura, como a la letra se transcribe: "...Título décimo quinto, delitos contra el patrimonio, integrados por diez Capítulos, Robo las penas se establecen de conformidad con el monto del daño ocasionado, que ahora va hasta veinte veces el salario mínimo, para imponer la pena menor, se contemplan tres mecanismos para el agravamiento de la conducta, que incluye la modalidad de la comisión, un primer rango, que prevé el aumento de una mitad de la pena del básico, que se aplica por ejemplo cuando el hecho ocurre en un lugar cerrado, contra una persona mayor de sesenta años, entre otros, agravamiento con pena de tres meses a cuatro años adicionales al básico, cuando el acto tenga verificativo en lugar determinado que requiere mayor protección, por ejemplo en oficina bancaria, en transporte público o privado o el sujeto sea o haya sido integrante de alguna corporación de seguridad, entre otras

---

<sup>190</sup> Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Edit., SISTA, México, 2002, (exposición de motivos) p., III

y la tercera que contempla penas adicionales de dos a seis años si el robo se comete con violencia o por uno o más activos armados...”<sup>191</sup>

Se debe considerar que la hipótesis de la fracción IV del artículo 223 del nuevo código penal para el Distrito Federal, constituye una fórmula general que ya está comprendida implícitamente en supuestos específicos previstos en otras fracciones del mismo precepto sustantivo.

En seguida, debemos decir que finalmente a lo largo de la presente investigación hemos entendido que el tipo de robo complementado cualificado por tenencia precaria y el tipo básico de abuso de confianza, son delitos con hipótesis de diferente naturaleza, y por ninguna circunstancia se deben confundir ya que el elemento de la tenencia precaria es un elemento eventual del delito de robo y no corresponde al delito de abuso de confianza, ya que la tenencia precaria no acarrea una posesión derivada el cual es un presupuesto del delito de abuso de confianza, así debemos aclarar que el elemento tenencia precaria se define en dos hipótesis; cuando el activo tiene una detentación subordinada de una cosa mueble en los términos del artículo 793 del Código Civil para el Distrito Federal o existe por una detentación material de una cosa mueble bajo la custodia y cuidado directo o indirecto del poseedor, en los dos casos el sujeto activo no tiene un poder de hecho sobre el bien mueble, caracteriza *única* de los actos civiles que otorgan la posesión derivada, elemento del delito de abuso de confianza.

---

<sup>191</sup> idem. p., XXVI.

### **3. OPINIÓN EN TORNO A LA CALIFICATIVA PREVISTA EN LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 223 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL.**

El tipo penal de robo cualificado por tenencia precaria del nuevo código penal para el Distrito Federal, constituye un tema desgastado, pues las diversas interpretaciones que se han hecho sobre este particular, se han traducido en contradicciones hasta dentro de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Inicialmente pensamos que el mal manejo que se dio desde su origen a este tipo penal en comento, ocasiono, que el legislador haya incluido en el proyecto del nuevo ordenamiento penal para el Distrito Federal en su artículo 223 fracción IV el tipo penal de robo por tenencia precaria, obedeciendo a fijar un criterio estricto del concepto de tenencia precaria como elemento eventual del delito de robo; y así evitar que se den interpretaciones erróneas en un caso de robo por tenencia precaria, pero como lo hemos señalado el legislador no revela la esencia de esta figura, pues ni siquiera se refiere a este tipo complementado cualificado dentro de la exposición de motivos del proyecto de decreto, y solo se limita a señalar que: "...las penas se establecen de conformidad con el monto del daño ocasionado, que ahora va hasta veinte veces el salario mínimo, para imponer la pena menor, se contemplan tres mecanismos para el agravamiento de la conducta, que incluye la modalidad de la comisión, un primer rango, que prevé el aumento de una mitad de la pena del básico, que se aplica por ejemplo cuando el hecho ocurre en un lugar cerrado, contra una persona mayor de sesenta años, entre otros..."<sup>192</sup> sin siquiera aclarar que quiso decir el legislador con la inclusión de esta calificativa al artículo 223.

Por lo anterior de forma precipitada el legislador ocasionó que se estableciera una fórmula general sobre el particular, sin darse cuenta que ya estaba comprendida implícitamente en supuestos específicos previstos en otras fracciones del mismo precepto sustantivo.

A lo largo del presente estudio que hemos realizado, en mi opinión debo decir que no existe ninguna confusión entre el tipo complementado cualificado de robo por tenencia precaria y el tipo básico de abuso de confianza, los cuales al analizarlos en forma general en lo que hace a sus elementos descriptivos respectivos, los encontramos como tipos de diversa naturaleza, en forma congruente el legislador al referirse al abuso de confianza dentro de la misma exposición de motivos manifiesta que: "...El abuso de confianza, ... y penalización en términos generales similares al anterior en este nuevo ordenamiento, la diferencia sustancial aparece en las disposiciones comunes, que mas adelante se referirán..."<sup>193</sup>, es decir el legislador aclara que este tipo de abuso de confianza esta previsto de la misma forma que lo hacia el Código Penal de 1931, por lo anterior concluimos que:

---

<sup>192</sup> Ibidem, p. XXVI.

<sup>193</sup> idem. p., XXVI.

En primer plano debemos decir que a lo largo de la presente investigación hemos entendido que no existe conflicto alguno para diferenciar el tipo de robo complementado cualificado por tenencia precaria previsto en el artículo 220 en relación con la fracción IV del artículo 223 del tipo básico de abuso de confianza previsto en el numeral 227 ambos del nuevo código penal para el Distrito Federal, ya que al analizar los elementos descriptivos de cada uno de estos tipos del injusto, encontramos que su descripción delictiva es de diferente naturaleza y sus prohibiciones atienden a hipótesis distintas, sin que el argumento de que resulta confuso que la tenencia precaria es presupuesto del delito de abuso de confianza o del tipo básico de robo, ya que como lo hemos ido estudiando la tenencia precaria es un elemento eventual del robo, pues no se considera posesión derivada debido a su naturaleza civil, pues se define en dos hipótesis; cuando el activo tiene una detentación subordinada de una cosa mueble o existe por una detentación material de una cosa mueble bajo la custodia y cuidado directo o indirecto del poseedor, en los dos casos el sujeto activo no tiene un poder de hecho sobre el bien mueble, lo que caracteriza a la figura de la posesión derivada como presupuesto del delito de abuso de confianza.

En segundo lugar, hallando solo como pretexto de la inclusión de la fracción IV del artículo 223, dentro del nuevo ordenamiento penal en comento, el antecedente de esta premisa, que los mismos tipos penales a lo largo del tiempo han generado confusiones en sus diversas interpretaciones como lo hemos planteado con anterioridad, debido a la falta de profundidad en su estudio, dejándose llevar algunos interpretes por un aparente concurso sobre algún hecho calificado, pero esta circunstancia no disculpa al legislador de incluir para el tipo básico de robo dicha calificativa de tenencia precaria, máxime que las personas que aplican la ley son peritos en la materia.

En tercer lugar, no justificamos la inclusión de la fracción IV del artículo 223 para el robo, por que a pesar de que el legislador en su exposición de motivos no explica cual fue el espíritu de esta figura, el único razonamiento lógico que se me presenta para pensar en el ¿por qué? el legislador haya agregado esta calificativa para el robo fue con el fin para incrementar la penalidad de este delito por la circunstancia de la tenencia precaria, lo que no es necesario ya que en contra otro argumento de peso estriba en que la circunstancia de que el activo tenga el carácter de detentador precario cuando realiza el robo, en la practica de los tribunales siempre se significa como un dato que sirve para graduar en mayor medida la culpabilidad del sujeto. Es decir, no cuando tal característica esta presente supone un mayor grado de culpabilidad del sujeto activo, que se refleja en el quantum de la pena de prisión impuesta en la sentencia; por tanto, cabria preguntarnos hasta que punto es conveniente que si esa situación se contempla por el Juzgador al sancionar al sentenciado, el legislador la establezca en una formula sumamente vaga y general como calificativa en la ley penal, precisamente para que incremente la pena en casos concretos, sobre todo si partimos de la base de que el Juez al establecer un mayor grado de culpabilidad en su resolución, da lugar a que se aumente proporcionalmente la pena concreta al enjuiciado.

## **V. CONCLUSIONES.**

PRIMERA: El tipo penal de robo, es un delito de los más antiguos, presentado dentro de todo tipo de culturas, evaluado de diferentes formas, evolucionando conforme ha pasado el tiempo, caracterizado por una primordial importancia.

SEGUNDA: El termino tenencia, se refiere a dos supuestos; la posesión originaria, cuando el sujeto es tiene un poder de hecho de una cosa o concurre por la posesión derivada, cuando el sujeto tiene un bien mueble por un acto jurídico o contrato no transmisivos de la propiedad.

TERCERA: La hipótesis de tenencia precaria es un elemento eventual para el delito de robo ya que por su naturaleza jurídica, no es considerado como una formula de posesión derivada.

CUARTA: La tenencia precaria, se define en dos hipótesis; cuando el activo tiene una detentación subordinada de una cosa mueble o existe por una detentación material de una cosa mueble bajo la custodia y cuidado directo o indirecto del poseedor.

QUINTA: El término apropiado para referirse al concepto de tenencia precaria es detentación precaria.

SEXTA: El elemento de “poder de hecho”, es el que identificara si en un caso concreto, existe una detentación precaria o posesión derivada de una cosa mueble, para identificar un delito de robo o de abuso de confianza.

SEPTIMA: Cualquier duda sobre los supuestos detentación precaria y tenencia, para los delitos de robo y abuso de confianza, se resolverán de las siguientes formas:

- En caso que el activo tenga la tenencia (posesión derivada) de una cosa mueble y dispone de está, se tipifica el delito de abuso de confianza;
- En caso que el activo tenga una detentación subordinada de un bien mueble y dispone de esté, se actualiza el delito de robo por tenencia precaria;
- En caso que el activo tenga la detentación material de un mueble bajo el cuidado y custodia directa o indirecta del poseedor y dispone de este, se configurar el delito de robo por tenencia precaria, y;

- En caso que el activo no tenga la tenencia, ni la detentación precaria de un mueble, y con animo de domino, se apodera de éste, sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se configura el delito de robo simple.

OCTAVA: La inserción de la fracción IV del numeral 223 del nuevo código penal para el Distrito Federal, del delito de robo, es una formula sumamente vaga y general como calificativa en la ley penal, la cual evidencia la tarea del legislador, ya que viola garantías al existir las formulas específicas de las fracciones III y IV de dicho precepto legal.

## **VI. BIBLIOGRAFIA.**

1. AVILA NEGRON, Santiago.  
**CUERPO DEL DELITO Y LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.**  
Edit. Cardenas Editor Distribuidor. México, Distrito Federal. 2003.
2. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.  
CARRANCA Y RIVAS, Raúl.  
**CODIGO PENAL ANOTADO.**  
Edit. Porrúa. México, 1977.
3. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.  
**DERECHO PENAL MEXICANO.**  
Edit. Porrúa. México, 1988.
4. CARDENAS, Raúl F.  
**DERECHO PENAL MEXICANO DEL ROBO.**  
Editorial Porrúa, México, 1977.
5. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido.  
**DERECHO PENAL.**  
Edit. Colex. Madrid, España, 1990.
6. DONNA, Edgardo Alberto.  
**TEORIA DEL DELITO Y DE LA PENA.**  
Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1992. Tomo I.
7. FERREIRA D., Francisco José.  
**TEORIA GENERAL DEL DELITO.**  
Edit. Temis. Bogota, Colombia, 1988.
8. GARCIA RAMIREZ, Sergio.  
**LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.**  
Edit. UNAM. México, 1981.
9. JIMENEZ DE ASUA, Luis.  
**TRATADO DE DERECHO PENAL.**  
Edit. Losada. Tomo I. Buenos Aires, Argentina 1950.
10. LOPEZ BETANCOURT, Eduardo.  
**DELITOS EN PARTICULAR.**  
Edit. Porrúa. México, 1988.

11. MARQUEZ PIÑERO, Rafael.  
**EL TIPO PENAL; ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL MISMO.**  
Edit. UNAM. México 1992. Primera reimpresión, primera edición.
12. MARQUEZ PIÑERO, Rafael.  
**TEORIA DE LA ANTIJURICIDAD.**  
Edit. UNAM. México, 2003.
13. MUÑOZ CONDE, Francisco.  
**TEORIA GENERAL DEL DELITO.**  
Edit. Tirant lo blanch. España. 1989.
14. ORTEGO COSTALES, José.  
**TEORIA DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL.**  
Edit. Kadmos. Salamanca, España, 1988.
15. PAVON VASCONCELOS, Francisco.  
**COMENTARIOS DE DERECHO PENAL.**  
Edit. Jurídica Mexicana. México, 1964. Segunda Edición.
16. PAVON VASCONCELOS, Francisco.  
**MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL.**  
Prol. Mariano Jiménez Huerta 7ª Edición.  
México, Edit. Porrúa. México.
17. PLASENCIA VILLANUEVA, Raúl.  
**TEORIA DEL DELITO.**  
Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México 2000.
18. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.  
**ROBO SIMPLE, TIPO FUNDAMENTAL, SIMPLE O BASICO.**  
Edit. Porrúa. México 1986.
19. REYES ECHANDIA, Alfonso.  
**CULPABILIDAD.**  
Edit. Temis. Bogota, Colombia, 1991. Tercera edición.
20. REYNOSO DAVILA, Roberto.  
**DELITOS PATRIMONIALES.**  
Edit. Porrúa. México, 1999.
21. ROXIN, Claus.  
**CULPABILIDAD Y PREVENCION EN DERECHO PENAL.**  
Traducción, Introducción y notas de Francisco Muñoz Conde.  
Edit. Reus. Madrid, España, 1981.

22. RUIZ, Servio Tulio.  
**LA CONCEPCION DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL.**  
Edit. Temis. Bogota, Colombia, 1983.
23. SALES GASQUE, Renato.  
**EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.**  
Edit. Tribunal Superior de Justicia del Estado. Campeche, México, 1999.
24. TERAN LOMAS, Roberto A. M.  
**DERECHO PENAL.**  
Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1980.
25. TOPASIO FERRETTI, Aldo.  
**DERECHO ROMANO PATRIMONIAL.**  
Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1992.
26. VELA TREVINO, Sergio.  
**ANTI JURICIDAD Y JUSTIFICACION.**  
Edit. Porrúa. México, 1976.

#### HEMEROGRAFIA.

1. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto.  
**ROBO, ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE.**  
REVISTA LEX, Tercera Epoca, año I, número 6, Diciembre  
Suplemento, Torreón, Coahuila, México, 1995.
2. SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, José.  
**ROBO Y HURTO EN LA CIUDAD DE MEXICO A FINES DEL SIGLO XVIII.**  
REVISTA CUADERNOS DE HISTORIA DEL DERECHO, número 8,  
Madrid, España 2001.

#### DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

1. **DICCIONARIO JURIDICO 2000.**  
Información jurídica Profesional  
Edit. Desarrollo Jurídico. Software.
2. **ENCICLOPEDIA ENCARTA 2003.**  
Microsoft ® Encarta ® Biblioteca de Consulta 2003. © 1993-2002.  
Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

#### LEGISLACION.

1. **CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**  
Edit. Porrúa, México, 2001.
2. **CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Agenda Penal del Distrito Federal.  
Edit. Ediciones Fiscales ISEF, México, 2003.

- 3.- **NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**  
Edit., SISTA, México, 2002.
- 4.- **CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**  
Edit. SISTA, México. 2002.
- 5.- **CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES  
PARA EL DISTRITO FEDERAL**  
Edit. SISTA. México. 2002.