



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO.

"ANALISIS JURIDICO DEL ROBO DE FAMELICO"

289691

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LUIS ANGEL RAMIREZ RUBIO

ASESOR DE TESIS: LIC. I. GRISELDA AMUCHATEGUI REQUENA



CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

2000



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.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

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

El alumno RAMIREZ RUBIO LUIS ANGEL, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. IRMA GRISELDA AMUCHATEGUI REQUENA, la tesis profesional intitulada "ANALISIS JURIDICO DEL ROBO DE FAMELICO", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

La profesora, LIC. IRMA GRISELDA AMUCHATEGUI REQUENA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ANALISIS JURIDICO DEL ROBO DE FAMELICO" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno RAMIREZ RUBIO LUIS ANGEL.

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

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

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 31 de enero de 2001

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

A mis padres:

**Luis Ramírez Míreles y
Hermelinda Rubio Pichardo
por su apoyo, sacrificio y esfuerzo.**

**A Gloria Flores García,
por su confianza, apoyo
y comprensión.**

**A Yatzaret Cheng Flores,
por su cariño y paciencia.**

INDICE

CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTORICOS

1. INDIA.....	1
2. CHINA.....	1
3. JUDEA.....	2
4. ROMA.....	2
5. DERECHO GERMÁNICO.....	3
6. DERECHO CANÓNICO.....	4
7. DERECHO MEDIEVAL.....	6
A) La Carolina.....	6
B) Alemania.....	6
C) Portugal.....	7
8. DERECHO ESPAÑOL.....	7
9. FRANCIA.....	8
10. ARGENTINA.....	10
11. MÉXICO.....	11
A) ÉPOCA PRECORTESIANA.....	11
a) Aztecas.....	11
b) Mayas.....	11
B) ÉPOCA COLONIAL.....	11
C) ÉPOCA INDEPENDIENTE.....	12
a) Código de 1835.....	12
b) Código de 1871.....	13
c) Código de 1929.....	14

d) Código de 1931.....	15
e) Código de 1999.....	16

CAPÍTULO II
EL ROBO Y EL ROBO DE FAMÉLICO

1. DEFINICIÓN DE ROBO.....	20
Famélico.....	20
Indigente.....	20
Necesario.....	21
2. ELEMENTOS DEL TIPO GENÉRICO.....	21
A) Conducta.....	21
B) Objeto.....	21
a) Material.....	21
b) Jurídico.....	24
C) Elementos típicos normativos.....	25
a) Sin Derecho.....	25
b) Sin Consentimiento.....	25
3. DIFERENCIA ENTRE ROBO Y HURTO.....	26
4. CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE ROBO.....	28
5. NATURALEZA JURÍDICA DEL ROBO DE FAMÉLICO.....	31
A) Como una excusa absolutoria.....	32
B) Como causa de inimputabilidad.....	33
C) Como fuerza física exterior irresistible.....	34
D) Como causa de justificación.....	34
6. ELEMENTOS DEL ROBO DE FAMÉLICO.....	36
A) Apoderamiento.....	36

B) Por una sola vez.....	39
C) Objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.....	42
D) Sin emplear engaños ni medios violentos.....	44
7. ROBO DE FAMÉLICO EN OTRAS LEGISLACIONES.....	45
A) EXTRANJERAS.....	45
a) Cuba.....	45
b) Colombia.....	46
B) NACIONALES.....	46
a) Baja California Sur.....	47
b) Chiapas.....	47
c) Hidalgo.....	47
d) Jalisco.....	47
e) Estado de México.....	48
f) Yucatán.....	48
g) Puebla.....	48
h) Aguascalientes.....	48

CAPÍTULO III

ELEMENTOS DEL DELITO Y ASPECTOS NEGATIVOS

1.-CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA	49
A) CONDUCTA.....	49
a) Sujeto activo.....	49
b) Sujeto pasivo.....	51
B) AUSENCIA DE CONDUCTA.....	52
2.-TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	53
A) TIPICIDAD.....	53
a) Elementos objetivos.....	54
b) Elementos normativos.....	54

c) Teorías sobre el apoderamiento.....	55
B) ATIPICIDAD.....	56
3.- ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	60
A) ANTIJURIDICIDAD.....	60
a)antijuridicidad objetiva y subjetiva.	63
b)antijuridicidad formal y material.	65
B) LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN ..	66
a) Consentimiento del interesado.....	70
b) Legítima defensa	71
c) Estado de necesidad	71
d) Ejercicio de un derecho	71
e) Cumplimiento de un deber.....	71
Naturaleza jurídica de las justificantes.	71
4.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.....	74
A) IMPUTABILIDAD	74
B) INIMPUTABILIDAD.....	75
a) Trastorno mental	75
b) Desarrollo intelectual retardado.....	75
c) Minoría de edad.	75
5.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.....	77
A) CULPABILIDAD.....	77
a) Dolo.....	77
b) Culpa.....	78
B) CAUSAS DE INCULPABILIDAD	79
a)Error esencial de hecho invencible	79
b) Eximentes putativas	79
c)No exigibilidad de otra conducta	79
d)Caso fortuito	79

6.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS	83
A) PUNIBILIDAD.....	83
B)EXCUSAS ABSOLUTORIAS	86
Artículo 151.....	87
Artículo 247 fracción IV.....	87
Artículo 280 fracción II.....	87
Artículo 334	87
Artículo 375	88
Artículo 400.....	88
Artículo 379.....	89
7.- CONDICIONES OBJETIVAS Y AUSENCIA DE ÉSTAS.....	89
A) CONDICIONES OBJETIVAS.....	89
Artículo 375.	90
Artículo 399 bis	90
B) AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS.....	91

CAPÍTULO IV EL ESTADO DE NECESIDAD

1.- RESEÑA HISTORICA.....	92
BABILONIA	92
INDIA.....	92
JUDEA.....	92
GRECIA.....	93
ROMA.....	93
DERECHO CANÓNICO.....	94
ESPAÑA.....	94
2.- NATURALEZA JURÍDICA.....	95
A) TEORÍAS EXTRAJURÍDICAS.....	96

B) TEORÍAS SUBJETIVAS.....	97
C) TEORÍAS OBJETIVAS.....	98
3.- MODALIDADES DEL ESTADO DE NECESIDAD.....	100
A) CONFLICTO ENTRE DERECHOS.....	100
a) De igual valor.....	100
b) De desigual valor.....	100
B) CONFLICTO ENTRE DEBERES.....	101
C) CONFLICTO ENTRE DEBER Y DERECHO O VICEVERSA.....	102
4.- FUNDAMENTO LEGAL DEL ESTADO DE NECESIDAD.....	102
A) CODIGO DE 1871.....	102
B) CODIGO DE 1929.....	103
C) CODIGO DE 1931.....	103
D) PROYECTOS QUE CONTEMPLARON AL ESTADO DE NECESIDAD.....	106
3.- ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.....	107
A) SUJETOS	107
a) Sujeto activo.....	108
b) Sujeto pasivo.....	108
B) SE OBRE.....	108
C) POR NECESIDAD.....	109
D) DE SALVAGUARDAR UN BIEN JURÍDICO.....	109
E) PROPIO O AJENO.....	110
F) DE UN PELIGRO.....	111
G) REAL, ACTUAL O INMINENTE.....	112
H) NO OCASIONADO DOLOSAMENTE POR EL AGENTE.....	112
I) LESIONANDO OTRO BIEN.....	114
J) DE MENOR O IGUAL VALOR QUE EL SALVAGUARDADO.....	114
K) SIEMPRE QUE EL PELIGRO NO SEA EVITABLE POR OTROS MEDIOS...116	
L) QUE EL AGENTE NO TUVIERA EL DEBER JURÍDICO DE AFRONTARLO.116	
6.- DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	117
7.- EXTENSIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD.....	118

8.-EXCESO DEL ESTADO DE NECESIDAD.....	119
9.-CASOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL.....	120
A) ARTICULO 379.....	120
B) ARTICULO 334 FRACCIÓN II.....	121
CONCLUSIONES.....	123
BIBILOGRAFÍA.....	126
JURISPRUDENCIA.....	131

INTRODUCCIÓN

Hace mucho tiempo atrás, cuando el hombre se vio rodeado de personas y tuvo la necesidad de delimitar su territorio y su propiedad, a partir de ese momento, ideó cómo proteger sus bienes de los demás, de cómo salvaguardarlos para que se le respetaran y tener seguridad, por lo que creó al derecho para que hubiera una convivencia armónica; el que incumplía estas disposiciones era rechazado socialmente y merecía un castigo ejemplar y severo. Así nacen los delitos, de entre los más frecuentes y más penados estaba el de robo que a través de la historia sigue siendo de los más cometidos, pero ¿Qué es lo que lleva al sujeto a delinquir a sabiendas de que va a ser castigado?.

Este es un problema que en nuestro país ocupa una gran parte de todos los delitos que se realizan a diario; yo creo que por las crisis tan fuertes y tan seguidas que se han presentado a lo largo de las últimas décadas y principalmente por la pobreza extrema que obliga a la gente a robar para poder satisfacer sus necesidades más elementales y poder sobrevivir.

Es por eso que considero que hizo muy bien el legislador en tomar en cuenta esa figura que desde la antigüedad se conocía como estado de necesidad y que comprende al robo de famélico o de indigente y que actualmente contempla nuestro Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 15 fracción V y no en el artículo 379, el cual contiene unas condiciones absurdas y hacen casi imposible que se reúnan los elementos del tipo y que aunque se llegaran a reunir, sólo ampararían a la persona que lo comete una sola vez, lo cual se me hace injusto ya que no solo una vez se puede tener necesidad.

Por lo antes expuesto trataré de poner mi mayor esfuerzo para tratar de profundizar lo más posible en el tema y así proponer la derogación del referido artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal, ya que considero que éste ya se encuentra contemplado en el artículo 15 fracción V del Código Penal del Distrito

Federal en lo relativo a las causas de exclusión del delito, siendo estos artículos incompatibles entre sí, ya que en lugar de ayudar a una persona que se encuentre en el supuesto, la perjudica dado que se aplicaría el artículo especial sobre el general, de acuerdo con el principio de especialidad.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Desde los tiempos más primitivos y en las legislaciones más antiguas, se previó como atenuante al hambre y la condición de miseria; así lo plasman casi todos los códigos antiguos, creando algún delito en contra de la propiedad sumamente leve, refiriéndose a los alimentos consumidos en el mismo lugar y momento de la sustracción. Así, los delitos que se cometían a causa del hambre recibían trato benigno al no ser castigados o se castigaban con una pena menor, tal es el caso del robo de famélico o hurto famélico. A continuación señalaremos los antecedentes surgidos de esta figura y que se conocen en la actualidad.

1. INDIA. Uno de los antecedentes más remotos se encuentra aquí en las llamadas Leyes de Manú, la cual contiene variados actos delictivos que se dejaban impunes cuando se cometían en estado de necesidad "así se justificaba el hurto o robo de famélico, Ley XI, 16; Ley X, 108."¹

Sólo por mencionar otros casos que si bien no son robos no se castigaban como lo era "la muerte de un semejante para nutrirse con el cadáver, cometida por el impulso de hambre, (Ley X, 105); la aceptación de presentes(que es delito para un Brahmán) en caso de estar hambriento (Ley X, 104); y el hecho de comer alimentos prohibidos, por quien tiene peligro de perder su vida (Ley V, 27)."²

2. CHINA. Ta-Tsing-Leu-Lee, Sección CXIX, "No se castigaba al que cogía o comía sin permiso, los frutos ajenos, de los campos o huertos, ya que solo quedaba sujeto al resarcimiento del daño, según la Ley relativa a los perjuicios pecuniarios."³

¹ Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Editorial Losada S.A. Argentina, 1983, p.299.

² Loc.cit.

³ Manzini, citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p.462.

3. JUDEA. Es dudoso si fue o no reconocido este delito, se menciona que "las Leyes de Moisés autorizaban para tomar racimos de las viñas, espigas de las mieses, y ramas de los olivos, en campos ajenos (capítulo XXIII, 24,25, y capítulo XXIV, 19,21, del Deuteronomio) y que ordenaban al propietario dejar para el pobre y el extranjero los restos de la siega y la vendimia (capítulo XIX, 9-10 y capítulo XXIII, 22)"⁴.

Cuya costumbre era religiosamente observada por los hebreos, con lo cual debieron ser raros los casos del robo de famélico y expresamente no lo mencionan.

Por otro lado "lo que sí se encuentra en la Biblia es que en caso de hambre se pueden violar ciertas prescripciones de orden ritual, tal es el caso del Libro de Samuel en el cual David ya consagrado por Samuel, pero sin que fuera todavía Rey, puesto que Saúl vivía aún, estaba en lucha con éste, huyendo llegó a Nob, donde se encontraba el sacerdote Ahimelech. Como David tenía hambre y nada poseía para comer pidió a Ahimelech que le diera algo para él y sus soldados, pero el sacerdote nada tenía tampoco, salvo los panes sagrados de la proscripción. Sin dudar un momento y preocupándose sólo de si los criados se habían guardado mayormente de mujeres, Ahimelech se los dio violando las leyes que ordenaban que sólo los sacerdotes podían comerlos."⁵

Este relato encierra un precepto lógico, y es que la vida de un hombre hambriento debe preferirse a la rigurosa observancia de los preceptos rituales o religiosos.

4. ROMA. En el Derecho Romano, contempla una gran variedad de casos de estado de necesidad, los cuales son altamente interesantes como son los contenidos en la "*Ley Aquilina*, la *Ley Rohdia de jactu* y la *Incendio, Ruina, Naufragio rate expugnata*."⁶

⁴ Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p.462.

⁵ Loc.cit.

⁶ V. Briscillo, citado por Reyes Echandia, Alfonso. *Antijuridicidad*, Editorial Temis S.A. Colombia 1998, p.p 63.

Las situaciones previstas en estas leyes son, (en el orden anteriormente expuesto): la primera, no debe exigirse responsabilidad al capitán que hiciera cortar las cuerdas del ancla de otro buque, cuando la suya se hubiere enredado en ellas; la segunda, no debe exigirse responsabilidad al que demoliese la casa del vecino, en caso de incendio, para salvar la propia, y la tercera; no se le exigirá responsabilidad a los que en caso de peligro del navio arrojasen al mar las mercancías, siempre que el daño se distribuyese entre todos.

De lo anterior se desprende que el individuo no cometía delito si sacrificaba un derecho ajeno para salvar el propio; sin embargo, se exigía que el derecho salvado debía tener la misma importancia y valor que el otro en estado de peligro. Con esto se nota que tenían muy claro el concepto de estado de necesidad, aunque no hay ningún caso en que se mencione expresamente al robo de famélico.

Con toda claridad la legislación Romana establecía en que casos se podía invocar el derecho al estado de necesidad y en cuales no, entre los que estaban excluidas las personas que por la índole de sus obligaciones, no eran eximidas de responsabilidad; como ejemplo estaban las personas que tenían la obligación o el deber especial de afrontar el peligro como "soldados y esclavos, estos últimos aún estando heridos no podían abandonar a sus amos, si estos se encontraban en peligro. Igual suerte tenían los mensajeros quienes no podían revelar sus secretos ni siquiera para sustraerse de la muerte".⁷

A Roma se le debe el principio *necessitas non habet legem* "la necesidad no conoce ley", que sería invocado posteriormente por otros derechos.

5. DERECHO GERMÁNICO. El derecho germánico justificaba este delito por dos principios: uno, que la necesidad no tiene ley, es decir, que las leyes dejan de obligar en caso de acontecimientos extraños y dos, el sentimiento de solidaridad que se hallaba vivamente entre el pueblo germano.

⁷ Modestino, citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p.302.

Se tenían como personas dignas de especial favor a los viajeros, mujeres embarazadas y a los pobres.

Numerosos casos contemplan las leyes para instituir privilegios a favor del "viajero extranjero o nacional el cual podía apacentar su caballo fatigado en el vecino prado o cortar, para el algún forraje pero se exige como precaución para que no se abuse de esta facultad, que mantenga un pie inmóvil al borde del camino mientras corta el trigo o la yerba con ayuda de su espada debiendo arrojar lo que sobre de donde lo tomo pues llevárselo sería un robo, puede con mayor motivo atentar contra la propiedad ajena tratándose de su propia vida; así también pueden coger lo necesario para alimentarse, como pesca y frutos del bosque con los que puede llenar su guante o su sombrero, limitándose a veces la cantidad que ha de tomarse, tres manzanas tres racimos de uvas, etc."⁸.

La mujer embarazada gozaba del privilegio de apoderarse, para satisfacer sus deseos, de frutas, legumbres, pescado etc. y no se castigaba tomando en cuenta, no la irresistibilidad del deseo, sino del mal que resultaría de no satisfacerle.

Los privilegios que se otorgaban a los pobres eran los mismos que los que se le otorgaban a los viajeros sólo que " según la ley de los Lombardos a ellos no se les limitaba la tolerancia e incluso el robo cometido secretamente por un hombre pobre que no encontraba trabajo y recaía sobre alimentos, y que tenían por objeto calmar su hambre o la de los suyos, no se castigaba pero para que no se hiciera habitual se castigaba el tercer robo".⁹

6. DERECHO CANÓNICO. Dentro de este derecho alcanza una importancia enorme y se trata tan ampliamente que no sólo se contempla el robo de alimentos sino el de vestido, por quien no tiene con qué cubrirse.

⁸ Wilda Strafrecht, citada por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p.303.

⁹ Loc.cit.

"El texto jurídico eclesiástico más antiguo sobre el tema se recoge en las Decretales de Gregorio IV: Si alguno por hambre extrema o desnudo hubiere hurtado alimentos, vestido o ganado, haga penitencia durante tres semanas: si lo devolviera no lo obliga el ayuno."¹⁰

Los teólogos son unánimes al decir que el que roba en extrema necesidad no peca.

Santo Tomás de Aquino y San Alfonso de Ligorio son los que más hablan al respecto fijando diversas condiciones por parte de la iglesia para que este robo quedara impune como son:

- a) "Que se encuentre el sujeto en necesidad extrema
- b) Que el robo sea el único modo posible de aplacarla, teniendo que acudir a la mendicidad primero
- c) Que solo se apodera de lo que necesita, si va más allá de ello pecaría
- d) Que el trance que se remedia no haya venido por culpa del que roba
- e) Que la persona que se pretende robar no este también en estado de necesidad
- f) Que antes de robar se le solicite al propietario le ceda voluntariamente la cosa y
- g) Que el necesitado restituya".¹¹

Santo Tomás de Aquino dice "Respondo que el derecho humano no puede derogar el natural o divino. Según el orden natural instituido por la divina providencia, las cosas inferiores están ordenadas para que con ellas se atienda a la necesidad de los hombres. Por lo tanto, la división y apropiación que proceden del derecho humano, no impide el que deba atender con esas mismas a la necesidad del hombre."¹²

¹⁰ Cárdenas, Raúl F. *Derecho Penal Mexicano del Robo*, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1982, p. 244.

¹¹ Santo Tomás de Aquino, citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p.p. 463-464.

¹² Santo Tomás de Aquino., citado por Cárdenas, Raúl F. Ob.cit, p. 244.

Y agrega que será impune si es abierta o secretamente y también si se trata de un robo o de un hurto, por ultimo dice que podría ejecutarse por el hambriento o un tercero, pero el tercero debería ser pobre también, ya que si no lo era, antes de acudir al apoderamiento debería dar lo suyo.

7. DERECHO MEDIEVAL. Durante esta época y un poco después, se ocuparon muchos tratadistas de analizar este delito, ya que era muy frecuente a causa de las hambres que asolaban a los pueblos de dicha época. La edad media abarcó del año 476 a 1453 d. de J.C.

A) LA CAROLINA. En 1532, Carlos V recoge en un claro precepto legislativo las teorías medievales tanto de teólogos, como de criminalistas italianos y lo plasma en los artículos 166 y 175 de su obra suprema *La Constitutio Criminalis Carolina*.

"Artículo 166. Robo en caso de hambre verdadera, si el robo de alimentos ha sido cometido en caso de hambre verdadera de su autor, su mujer o su hijo y si el robo fuese considerable o manifiesto los jueces deliberarán de nuevo como se ha dicho." Dicho precepto admite la impunidad en caso de que el robo no sea considerable.

"Artículo 175. En los robos de cosas sagradas y en los cometidos en lugares santos la necesidad del hambre será tomada en consideración... como se ha prescrito a propósito de los robos profanos."

B) ALEMANIA. En el derecho Alemán de la Edad Media y en concreto en la Costumbre General de Prusia de 1115, se ordenaba en caso de que alguien se apoderara ilegítimamente de alguna cosa para salvarse el mismo y salvar a otras personas de un peligro actual que amenazase el cuerpo o la vida, ese hecho se comunicara a un tribunal superior para que acordase una medida de gracia.

C) PORTUGAL. En Portugal se encuentra un precepto de este delito y así lo declaraba una " Ley de Alfonso III, de 1251, que autorizaba al caminante, cuando fuese impelido por la necesidad y no tuviera otro medio de aplacarla, para apoderarse incluso con violencia de lo que fuese indispensable para mantener su vida."¹³

8. DERECHO ESPAÑOL. En el derecho español, específicamente en el Código Penal de 1922, se halla un artículo que si bien no eximía de responsabilidad al autor de este delito, si tenía un efecto atenuante muy grande.

Artículo 755 dice " Será excepción bastante para que se disminuya de una tercera parte a la mitad de la pena respectiva al delito cometido por primera vez, si la necesidad justificada por el reo de alimentarse o vestirse, de alimentar o vestir a su familia en circunstancias calamitosas, en que por medio de un trabajo honesto no hubiese podido adquirir lo necesario".¹⁴

Otro caso muy interesante ocurrió en Madrid cuando la pena de muerte contra el ladrón regía en el año de 1827 cuando un caso llevado por Don Salustiano Olózaga en el cual " un pobre albañil que vivía en la miseria había recogido a otro igual de pobre que él y lo tenía a su lado, ya que este no tenía familia, ni este tampoco y así trataba de llenar el vacío de la familia, pero se encontraba ya hacía tiempo sin trabajo y sin recursos para proporcionar su sustento y el del infeliz que le daba compañía, sin la caridad de una tendera vecina que le socorría con pan duro que le sobraba el albañil y su acompañante hubieran muerto de hambre. Un día habiendo sido llamado a poner unos ladrillos en un sótano cayó en la tentación de robar... robó dos libras de tocino para dar alguna sustancia a la sopa que hacían con el pan que les daba el buen corazón de la tendera. Denunciado el robo e iniciadas las averiguaciones prendieron a un criado de la casa y al interrogarlo por ser el único que tenía acceso al sótano y preguntándole si recordaba a alguna otra persona que tuvo acceso a aquel lugar, recordó que un albañil puso los ladrillos en el sótano, fueron a prenderle,

¹³ Mota Filho, Candido. citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p. 465.

¹⁴ Idem

y encontraron a la vista las dos libras de tocino sin más falta que las de algunas onzas, que habían empleado en los días anteriores; y a la primera pregunta sobre la procedencia del tocino declaró la manera ilícita con la que le había adquirido.

El fiscal pedía la vida del hombre hambriento en pago de las dos libras de tocino, pero don Salustiano O. tomó el caso con mucho entusiasmo y después de plantearlo de diferentes puntos de vista dijo al tribunal que iba a probar que el dictamen del fiscal era injusto.

No obstante que el presidente del tribunal no compartía su postura, pero Olózaga trataría de convencer a los magistrados y los convenció diciendo que habían sido las circunstancias las que llevaron a cometer el delito y el Tribunal deliberó largo rato; y el pobre albañil en inminente peligro de ser ahorcado debió la vida a su defensor ya que en lugar de la pena capital que lo amenazaba se le impusieron cuatro años de presidio".¹⁵

9. FRANCIA. Es conveniente mencionar un caso especial y fuera de los antecedentes reales antes mencionados del delito en estudio, fue en una novela con la que se dio a conocer masivamente y que conmovió a la sociedad del siglo XIX el autor de este éxito literario llamado "*Los Miserables*". Fue Víctor Hugo, quien en 1862 a través del personaje de Jean Valjean, un honrado obrero de Faverolles que mantenía a la viuda de su hermano y a sus seis sobrinos. Un día el trabajo le faltaba y con éste, el pan, para su familia. Jean Valjean lleno de piedad y ciego por la desesperación de ver a los pobres huérfanos muriendo de hambre, decide un anochecer de invierno, romper el escaparate de una panadería, apoderándose de un panecillo. La justicia le detiene y es condenado por robo, con la agravante de fractura, a cinco años de trabajos forzados, pero los repetidos intentos de evasión que hace en la cárcel van aumentando su pena, y el suplicio se prolonga durante diecinueve años.

¹⁵ Fernández de los Ríos, Angel. citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p.467.

No obstante, de cómo se había interpretado el Código Penal de esa época, la novela había atraído la atención de los juristas sobre este delito cometido en franco estado de necesidad, el cual ya se conocía y se había quedado olvidado en los libros y en los Tribunales, los cuales no aplicaban esta causa de justificación.

Pero Francia aportaría otro caso real y más reciente, muy importante en el año de 1898 para ser exactos el cuatro de Marzo, el Tribunal de Chateau Thierry dicta una sentencia, en el *affaire* de Luisa Ménard el cual causa polémica entre los juristas más importantes de esta época y le dio fama al juez que la dicto, el juez Magnaud que desde entonces se le acompaña con el calificativo de " el Buen Juez".

" Luisa Ménard acusada de robo, reconoce que cogió el pan de la tienda del panadero y arrepentida por dejarse llevar, cometiendo el delito y manifestando que tiene a su cargo un hijo de dos años para el que nadie le presta auxilio y que desde hace ya algún tiempo se encuentra sin trabajo, a pesar de sus gestiones para procurárselo; que pasa por laboriosa y buena madre considerada por el pueblo como tal, que al realizar el hecho no contaba con el pan de dos kilos y las dos onzas de carne que le entregaba cada semana el establecimiento de beneficencia de Charly para ella, su madre y su hijo.

Considerando que en el momento en que ella arrebató el pan de la panadería, no tenía dinero y que los comestibles antes mencionados, ya tenían 36 horas de haberse consumido en su totalidad y que en ese lapso ni ella ni su madre habían comido nada; dejando para el niño unas pocas gotas de leche que habían en la casa y así fue llevada a robar el pan.

El Juez considerando lo anterior dijo que el hambre es susceptible de privar a todo ser humano, de una parte de su libre albedrío, y de aminorar en él, en gran medida, la noción del bien y del mal, en consecuencia y basándose en el artículo 64 del Código Penal la declara absuelta y libre de costas. El fiscal apela la decisión ante la

Court d'Amiens y el 22 de abril de 1898 ese tribunal confirma la sentencia aunque por diversos motivos".¹⁶

10. ARGENTINA. Quizá el caso más reciente sobre actos cometidos por famélicos, muy dramáticos momentos enfrentaron los sobrevivientes de un accidente aéreo que se suscitó en la Cordillera de los Andes que separa a Argentina de Chile y es que un avión Uruguayo se accidentó ahí, los hechos pasaron así:

"El 12 de Octubre de 1972 partió de Montevideo un avión militar con cinco tripulantes y cuarenta pasajeros (eran los miembros del equipo de rugby del club *Old Christian* de esa ciudad y algunos de sus familiares); se dirigían a Santiago de Chile para una confrontación deportiva, pero condiciones atmosféricas adversas determinaron que la nave aterrizara en la ciudad argentina de Mendoza. Autorizada la continuación del viaje y cuando sobrevolaban la Cordillera de los Andes en vuelo instrumental por espesa neblina, el aparato chocó contra un picacho y se estrelló. Hubo muertos, heridos e ilesos; a los dos días del accidente un alud de nieve sepultó a siete sobrevivientes; varios heridos perecieron sucesivamente, hasta que solo quedaron dieciséis personas. Eliminada toda posibilidad de ayuda exterior por que las operaciones de rescate fueron suspendidas y agotadas las escasas provisiones que pudieron reunir y con sumieron con gran meticulosidad, decidieron que la única manera de no morir de inanición era la de comer carne humana; fue así como cortaron trozos de diferentes partes del cuerpo de los cadáveres de sus compañeros --bien conservados entre la nieve-- los dieron en pequeñas porciones que calentaron al sol sobre latas de aluminio y se mantuvieron con ellos hasta la fecha del rescate, setenta días después.

La opinión pública del mundo se entero, comprendió y justificó la conducta de estos jóvenes. El obispo auxiliar de Montevideo, al absolverlos dijo: *No se puede condenar a un ser desesperado que hace lo único que se puede para salvarse. La luz inconfundible del cristianismo nos permite llegar con certeza a esta conclusión. Al*

¹⁶ Hery Leyret, citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p. 468.

comer a quien falleció para sobrevivir se lo está incorporando a su materia y es posible realmente, pues, compararlo con un injerto; así como se injerta un ojo, el corazón de un muerto, así en cierto modo, sobrevive su carne en quien por extrema necesidad la asimila."¹⁷

11. MÉXICO. En nuestro país se divide la historia en tres grandes épocas; a continuación se analizará cada uno de ellas.

A) ÉPOCA PRECORTESIANA. Poco se conoce sobre el derecho penal anterior a la llegada de los conquistadores y aunque las leyes que los pueblos indígenas tenían, no influyeron en la legislación posterior, se conoce que era un derecho muy rígido y protegía esencialmente a la religión y a la tribu, en la cual cada miembro debería contribuir a la conservación de la sociedad.

a) AZTECAS. Sólo se conoce un antecedente, "en el llamado código penal de Nezahualcoyotl, para Texcoco, aparecía la eximente en caso de robar espigas de maíz por hambre"¹⁸

b) MAYAS. Al igual que en otros señoríos de la época se caracterizaba por su severidad en particular, al robo se le castigaba con la esclavitud, solo había una agravante si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro desde la barba hasta la frente, sobre el hurto de famélico no se conoce ningún precepto o caso al respecto.

B) ÉPOCA COLONIAL. Con la conquista desaparecieron las legislaciones penales de los pueblos indígenas, pero el emperador Carlos V menciona en la recopilación de las indias que sólo se deben respetar y conservar las leyes, de los aborígenes en cuanto no se opongan a la fe o a la moral, por esto la legislación que se aplicó durante este periodo fue casi netamente Europea.

¹⁷ Reyes Echandía, Alfonso. *Antijuridicidad*. Editorial Temis S.A. Colombia 1998. P.75.

¹⁸ Jiménez de Asúa, Luis. *Ob.cit.* p. 461.

Preponderantemente rigieron durante este periodo las leyes de Castilla conocidas como Leyes de Toro y la Recopilación de las leyes de las Indias, en la cual se encuentra un precepto interesante, en la ley 49 de la Recopilación de las leyes de las Indias se establecía "la pena de muerte en la orca para los que hurtaban cierta cantidad de mazorcas o arrancaban algunos maizales excepto si era la de la primera ringlera que estaba junto al camino porque de esta tenían los caminantes licencia para tomar algunas mazorcas para su camino".¹⁹

C) ÉPOCA INDEPENDIENTE. Con el fin de la conquista y ganada su independencia el Estado Mexicano, nació en el fragor de la batalla y la guerra y lógicamente se esforzó por crear una legislación primero constitucional y después local, de esta época se desprenden varios Códigos Penales con distintos enfoques sobre el delito en cuestión. A continuación se mencionarán cuáles fueron los más importantes.

a) CÓDIGO DE 1835. Fue el primer Código Penal que se promulgó en México y fue en el Estado de Veracruz donde iba a regir, en el cual "ya se contempla al robo de famélico como una clara excusa absolutoria por referirse a la exención de la pena, y al establecer que el objeto del robo a de ser lo indispensable para ocurrir la necesidad del día".²⁰

Así el precepto no sólo trato al robo de famélico sino que fue más allá pues no solo se trataba de alimentos.

Dicho artículo dice así: artículo 714 "se exime de la pena al reo de hurto, siempre que probase haber concurrido copulativamente las siguientes circunstancias:

- 1) Haberse hallado en la absoluta carencia de lo estrictamente necesario para vivir él y su familia en el día en el que se verifique el robo

¹⁹ Fray Andrés de Alcobiz, citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p.465.

²⁰ Porte Petit Candaudap, Celestino. *Robo Simple*, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1993. p.94.

- 2) Haber agotado todos los medios de adquirir honestamente conque cubrir su necesidad
- 3) Haber limitado el robo a sólo lo indispensable para ocurrir a la necesidad del día
- 4) No haber inferido lesión alguna a la persona robada y
- 5) Ser hombre de buena vida y reputación."

Con relación al artículo es conveniente hacer una observación ya que este empieza diciendo que es hurto y después habla de robo, como más adelante se explicará no es lo mismo robo que hurto.

b) CÓDIGO DE 1871. "Este código penal tomó como modelo al código penal Español de 1870, y aunque tiene una excelente redacción y los tipos delictivos llevan en si una irreprochable justicia, tiene un posible defecto, que es muy extenso 1151 artículos y uno transitorio."²¹

También en éste, el robo se encontraba en el Título primero del Libro tercero denominado "Delitos en contra de la propiedad"; se le denominó así por la terminología empleada en los códigos latinos entonces vigentes aunque posteriormente los nuevos códigos le han dado distintas denominaciones para agrupar al delito de robo.

Por lo que respecta al robo de famélico, no se hizo mención, aún, cuando se reguló el estado de necesidad de una forma somera y poco amplia; así, en la fracción II de su artículo 31, refiriéndose a las circunstancias que eximen de la responsabilidad penal, hace únicamente referencia al daño en cosa ajena causado para evitar un daño grave y actual.

Pero sí acogió un precepto de singular sentido humano, y en su "artículo 43, con relación a las circunstancias atenuantes dispone que si en la comisión de un delito

²¹ Márquez Piñero, Rafael. *Derecho Penal*, Editorial, Trillas, México 1996, p.62.

concurriera una circunstancia que iguale o exceda en importancia los de tercera o cuarta clase, o dos o más semejantes a las de primera y segunda, el Tribunal que conozca del asunto y pronuncie sentencia irrevocable, informara al gobierno, a fin de que se conmute o reduzca la pena, si lo creyere justo."²²

En este precepto cabría lo relacionado al robo de famélico.

El código en mención se promulgó con el carácter de provisional, pero estuvo vigente al igual que su homónimo español hasta 1929.

c) **CÓDIGO DE 1929.** Lo elabora una Comisión nombrada en 1925, consiguiendo dar fin a su tarea en 1929, José Almaraz y Luis Chico Goerne terminaron el proyecto que el entonces Presidente Portes Gil promulgó el 30 de septiembre de 1929, entrando en vigor el 15 de diciembre del mismo año.

Tal ordenamiento constaba de 1233 artículos de los cuales cinco eran transitorios. Recibió muchas críticas y en opinión de los mexicanos José Angel Ceniceros y Luis Garrido era un código deficiente e incluso le llamaron "obra de gabinete", argumentaron que adolecía de graves omisiones, de contradicciones evidentes, de errores doctrinales en resumen de difícil aplicabilidad en la vida real.

Con relación al robo de famélico se expresó como un claro caso de estado de necesidad plasmado en el artículo 45, fracción séptima, refiriéndose a las circunstancias que excluyen de la responsabilidad penal decía: "la indigencia no imputable, al que sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere una sola vez del alimento estrictamente necesario para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento."²³

²² Cárdenas, Raúl F. Ob.cit, p. 247.

²³ Loc.cit.

En este precepto se especifica que el robo tenía que ser de alimentos exclusivamente, siendo un robo de famélico en estricto sentido ya que el que lo realizaba era un hambriento.

Con relación a esta fracción, nos dice José Almaraz " que comprende el llamado hurto de famélico, que es el ejecutado a impulsos del hambre y que en el código que se reforma para nada lo considera, pero la Comisión Revisora si cree de su deber subsanar esta omisión finalizando con estos argumentos - el instinto de vivir, el de la propia conservación es inherente a todo ser vivo y se manifiesta por el apetito voraz, por una fuerza que es poderoso estímulo que puede conducir al arrebató, a la obcecación, o a hechos pasionales semejantes, sobre todo en delitos contra la propiedad y en cuantía demostrativa de que solo se quiere satisfacer aquella necesidad fisiológica y esto es lo que claramente expresa la excluyente del proyecto"²⁴

d) CÓDIGO DE 1931. Surge como la inmediata solución al fracaso del código de 1929, asignando el Presidente Potes Gil, una comisión revisora del texto comentado, la cual preside el licenciado Alfonso Teja Zabre, el cual, al concluir su trabajo en dicha comisión, da al presidente Pascual Ortiz Rubio sus resultados y el trece de Agosto de 1931 se promulga el nuevo código penal que regiría hasta 1999.

Este ordenamiento consta de 403 artículos de los cuales tres son transitorios, tiene una correcta redacción sencilla y adecuada, sin apearse a ninguna escuela en particular.

El nuevo código ubica al robo de famélico, en un artículo en particular fuera del estado de necesidad que se mencionaba en el código de 1929 y en su artículo 379 dice así: "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento."

²⁴ Almaraz, José, citado por Porte Petit. Ob.cit p.100.

Como se puede apreciar, aquí ya no se habla de alimentos solamente como en el código anterior y es que va más allá al hablar de objetos, extendiendo el alcance del robo, a otras cosas como podrían ser medicamentos, ropa, calzado, etc. y es que la doctrina menciona al robo de famélico, robo de indigente y robo necesario como si fueran sinónimos, y no lo son ya que tienen diferencias en el objeto y en el sujeto. A continuación se verá cuáles son éstas.

El robo de famélico se refiere única y exclusivamente a los alimentos, con los cuales el que roba aplaca su hambre, comete el delito una persona hambrienta sea indigente o no.

El robo de indigente abarca los alimentos pero entran, además, ropa para cubrirse del frío, o calzado para proteger sus pies de las condiciones climáticas y en sí lo que necesite una persona indigente o que esté en la miseria, comete el delito un indigente o la persona que esté en la mendicidad.

El robo necesario abarca todo lo anterior por ser muchísimo más amplio; aquí entran todos los bienes muebles que en determinado caso necesite el que roba, ya que lo hace por estado de necesidad y las necesidades son varias; aquí cabrían medicamentos, comida ropa etc. se puede cometer por los dos agentes anteriores o por una persona sin estos calificativos, ya que simplemente se necesita estar en estado de necesidad.

Los códigos de 1871, 1929 y éste de 1931 presentan al robo en sus dos modalidades; según las circunstancias de su realización, será robo ordinario si se realiza sin violencia física o moral, y robo con violencia si se realiza por medio de la fuerza física o se utilizan intimidaciones morales.

e) **CÓDIGO DE 1999.** Es importante precisar que el contenido del Derecho Penal Mexicano se encuentra comprendido de acuerdo con la Constitución de 1917 vigente en éste momento y señalando que "el país se constituye como una

federación (artículo 40), siendo cada Estado libre y Soberano en su régimen interior (artículo 124), salvo en las materias expresamente convenidas como de jurisdicción federal (artículo 73) y siendo así que la materia penal no forma parte de ellas, se origina que la legislación penal sustantiva y ejecutiva corresponda a la jurisdicción de los Estados."²⁵

Esto significa que en el país existen 32 códigos penales y un igual número de leyes penales procesales y de ejecución de sanciones, una para cada Estado de la República.

Pero el Código Penal del Distrito Federal, antes de 1999, tenía dos funciones una era de jurisdicción local en delitos del fuero común y es de jurisdicción federal en los delitos del fuero federal, aunque en materia procesal y ejecutiva existían códigos diferentes.

Todo esto cambió sustancialmente con los acontecimientos políticos suscitados en 1997, en que un partido de oposición ganó la jefatura de gobierno del Distrito Federal y con ello un gran número de diputados ocupa las curules de la Asamblea Legislativa de Distrito Federal, vinieron una serie de reformas a las leyes locales que ya existían y abrogando otras, para que fueran nuevamente creadas otras, más acordes con la realidad que está viviendo el país; con esto son aproximadamente 200 leyes las que se modificaron o cambiaron.

No obstante lo anterior, en la exposición de motivos del nuevo Código Penal los Asambleístas exponen "la urgencia de que se legisle en materia Penal no es del Gobierno del Distrito Federal o del Partido de la Revolución Democrática (PRD), sino de la sociedad. Existe un urgente reclamo social para abatir la inseguridad pública, y para perseguir y castigar con eficiencia a los delincuentes".²⁶

²⁵ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, edición ciento veintiuna, Editorial Porrúa, México 1999.

²⁶ *Código Penal del Distrito Federal*, Exposición de motivos, Editorial SISTA, México 2000. p. 4

El 18 de Mayo de 1999 el legislador Federal cambio la denominación de Código Penal del Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, cambio quedando el código Penal Federal, así mismo la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el 17 de Septiembre de 1999 cambió el nombre de Código Penal del Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal por el nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

La competencia legislativa de la Asamblea se la da el artículo 122, apartado C, Base primera, fracción V, inciso h), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la cual se señala que puede legislar en materia Penal. No obstante en virtud del artículo décimo primero transitorio del Decreto del 22 de Agosto de 1996 dicha facultad entró en vigor en 1999.

Este nuevo Código Penal para el Distrito Federal ha sido ya criticado a pesar de tener muy poco tiempo de estar vigente y es en relación de que no sigue una corriente garantista, es decir no protege los derechos individuales del acusado, si no que sigue una corriente de Derecho Penal amplio, en donde el Estado tiene extensas facultades para investigar y aplicar grandes sanciones, dejando a un lado las garantías de quien está siendo juzgado, no obstante todo esto, sigue casi igual que el anterior de 1931 pero con algunas figuras nuevas y desapareciendo otras. Por ejemplo, se creó el delito de pornografía infantil, (artículo 201 bis), el de discriminación (artículo 281 bis) ya que por razón de la edad, raza, sexo, idioma, religión, etc. se atacan conductas como la incitación al odio racial o por motivo de orientación sexual, también se creó el delito de operaciones con recursos ilícitos o lavado de dinero (artículo 400 bis), entre muchos otros.

Pero el robo de famélico del artículo 379 sigue idéntico "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".

No cambió en nada, motivo por el cual sugiero la derogación de dicho artículo, ya que este robo queda dentro de la amplísima causa de justificación que es el estado de necesidad.

“No debemos reprocharle a la ciencia si, mientras tuvo que considerar los problemas jurídicos bajo el influjo de leyes feroces, fue en busca de sutilezas en beneficio de la humanidad”

Francesco Carrara

CAPÍTULO II

EL ROBO Y EL ROBO DE FAMÉLICO

1. DEFINICIÓN DE ROBO

- A) Etimológica: "La voz robar viene del bajo latín *raubare*, *robare*, tomado del alto-alemán *roupon*, *roubon*, que es pillar, saquear, arrebatar; de ahí el verbal *rauba*, *roba*, del bajo latín equivalente al clásico *spolium*, presa, botín, despojo."²⁷
- B) Gramaticalmente: "Quitar o tomar para sí con violencia o fuerza lo ajeno."²⁸
- C) Jurídicamente: "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 (artículo 367)".²⁹

FAMÉLICO

- A) Etimológicamente: "Del Latín *Famelicus*,
- B) Gramaticalmente: Adjetivo hambriento"³⁰

INDIGENTE

- A) Etimológicamente: "Del Latín *indigens-entis*
- B) Gramaticalmente: Adjetivo falto de medios para pasar la vida"³¹

²⁷ Goldstein, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal*. Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina 1962. p.417

²⁸ *Diccionario de la Real Academia Española*, vigesimaoctava edición, Editorial Espasa-Calpe, Tomo I, Madrid 1993.

²⁹ *Código Penal para el Distrito Federal*, n.e, Editorial SISTA, México 2000, p.118.

³⁰ *Diccionario de la Real Academia Española*.op.cit

³¹ *Ibidem*.

NECESARIO

A) Etimológicamente: "Del Latín *necessarius*.

B) Gramaticalmente: Que precisa, forza o inevitablemente ha de ser o suceder."³²

2. ELEMENTOS DEL TIPO GENÉRICO

A) Conducta

Consiste en el apoderamiento que ha de realizar el sujeto activo, es el núcleo del tipo del delito de robo, ya que de este depende que se integren los demás elementos típicos para la perfección del robo.

La ley penal marca para efectos de sanción artículo 369 "se dará por consumado, el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando la abandonen o lo desapoderen de ella."³³

B) Objeto

a) Material

Es sobre lo que recae el robo, es decir, la cosa mueble ajena; aquí cabe hacer una distinción, si se habla de cosa se puede haber varias significaciones según se trate del punto de vista como veremos a continuación.

Filosófico: Cosa es todo aquello que tiene entidad, que puede ser concebida por la mente, existe aun cuando sea en forma abstracta.

Físico: cosa es todo aquello que tiene una naturaleza corpórea, que puede ser aprehendida por los sentidos.

³² Loc.cit.

³³ *Código Penal para el Distrito Federal.....*p.118

Económico: todo lo que delimitable exteriormente, puede quedar sometido al señorío del hombre por ser susceptible de satisfacer sus necesidades.

Gramaticalmente: se dice que son muebles móviles las cosas que tienen aptitud de ser transportadas de un lugar a otro, sin que se altere su substancia, es decir, no tienen fijeza ya que se pueden mover por sí mismas (animales) o por la aplicación una fuerza extraña.

Cuando la ley habla de cosas emplea su significado no sólo material sino jurídico, de ahí la equivalencia entre cosa y bien como se denomina en la mayoría de los textos legales. El artículo 747 del Código Civil, establece que "Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio." El artículo 748 "Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley." Y en el artículo 749 especifica que "Están fuera del comercio por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas por un individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular."³⁴

De acuerdo con el Código Civil para el distrito federal son bienes muebles los que tienen esa naturaleza física ya sea por que se puedan trasladar por si mismos o por una fuerza exterior, pero la ley marca que deberán ser muebles, aunque no lo parezcan ciertos bienes y otros que aunque su naturaleza sea mueble se considerarán inmuebles, por ejemplo artículo 753 "Son bienes muebles por determinación de la ley, obligaciones y los derechos o acciones, que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción persona", y también al revés, cosas muebles como lo menciona el artículo 750 fracción IV "Son bienes inmuebles las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de forma permanente al fundo."³⁵

³⁴ *Código Civil para el Distrito Federal*, Editorial SISTA, México 2000. p.80

³⁵ *Ibidem*.

Y así se pueden nombrar varias cosas que la ley le cambia su naturaleza intrínseca.

Por lo que respecta a la ajeneidad, es indispensable para probar que la cosa es ajena, ya que esto constituye en esencia jurídica un ataque dañoso a los derechos patrimoniales de cualquier persona. Se tiene que satisfacer por que es un elemento típico de naturaleza normativa que se adentra en lo que sería el derecho positivo, el cual deslinda lo que es nuestro de lo nos es ajeno.

"Salvo excepciones ningún delito patrimonial puede ser ejecutado por el propietario o por quien tiene derecho a disponer de la cosa, o dicho en otros términos, la palabra ajena, significa que la cosa robada, usurpada, dañada, etc., debe pertenecer a persona diversa del autor de la acción criminosa"³⁶.

No se puede robar uno mismo lógicamente pero, con relación a lo que se dice del artículo 368 fracción I en la cual se "sanciona el apoderamiento o destrucción dolosa de una cosa propia mueble, si esta se halla por cualquier título legítimo en poder otra persona y no media consentimiento."³⁷

Ese título puede ser un depósito o una prenda. En este caso estamos en presencia de una conducta equiparada al robo.

"Por cosa ajena debe entenderse aquella que no pertenece al agente activo; concepto que debe aplicarse a todos los delitos patrimoniales definidos en nuestro Código Penal, por lo que, salvo los casos de excepción, el propietario no puede ser autor de un delito patrimonial"³⁸

Por último no se pueden robar objetos que estén abandonados o perdidos, ya que su dueño se ignora.

³⁶ Cárdenas F. Raúl, *Revista Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales*, año XLI, Nros 7-12, México D.F., Julio-Diciembre de 1975.p 223

³⁷ *Código Penal para el Distrito Federal*.....p.119.

³⁸ Cárdenas F. Raúl, *Revista Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales*, año XLI, Nros 7-12, México D.F., Julio-Diciembre de 1975.p 233.

a) Jurídico

Recae sobre lo que la ley protege, es decir, el objeto tutelado por la norma penal, que en este caso es el patrimonio de las personas y lo hace al tipificar y amenazar con la aplicación de una sanción, a quien viole los derechos patrimoniales de los integrantes de la comunidad, con las conductas descritas en la ley penal.

El patrimonio no es definido por el derecho penal por lo que es necesario tratar de fijar su concepto, así vemos que en la doctrina del derecho privado o civil se define como el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, valorables económicamente, considerados como una universalidad de derecho, es decir, el patrimonio constituye una unidad abstracta, distinta de los bienes y obligaciones que lo integran. Ya que estos pueden cambiar, disminuir o desaparecer, pero no el patrimonio que permanece siempre el mismo durante toda la vida de la persona, es decir, es un atributo de la personalidad.

Por eso todo delito patrimonial entraña una lesión económica, un menoscabo en el patrimonio del sujeto pasivo.

Aunque el concepto civil le queda un poco corto al derecho penal ya que no toma en cuenta lo que "no es estimable en dinero o porque su naturaleza no fuese posible fijar su valor" artículo 371 del Código Penal del Distrito Federal.

Acertadamente el maestro Jiménez Huerta subraya el diverso sentido y la mayor amplitud del término patrimonio en la disciplina punitiva, al expresar que "la tutela penal se proyecta rectilíneamente sobre cosas y derechos que forman el activo de la concepción civilista, alejándose por ello de la idea de patrimonio según el derecho privado, en tanto su mayor amplitud deriva del alcance de la tutela penal a cosas que carecen de valor económico."³⁹

³⁹ Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*, Tomo IV, México 1983, p.p100-101.

Considero que es apropiado que el Título vigesimosegundo se llame delito en contra de las personas en su patrimonio, ya que antes se les llamaban delitos en contra de la propiedad, y no es correcto ya que se protege en este delito a la posesión o inclusive la simple tendencia que tiene un individuo, aunque este no sea el propietario, pero lo que es indudable es que repercute en el patrimonio de una persona física o moral.

No se debe amparar solamente a la propiedad sino a la posesión o tenencia, ya que cuando se presente el robo, no solo el propietario puede traer la cosa sino un poseedor o tenedor y en caso de que se robe la cosa mueble, o en su caso puede afectar a derechos como los del usufructuario o poseedor.

C) ELEMENTOS TÍPICOS NORMATIVOS

A) Sin Derecho

B) Sin Consentimiento

Con relación a este primer elemento es innecesario ya que la legitimidad (Antijuridicidad) es elemento general de todos los delitos cualquiera que sea su especie y es tautológico ponerlo ya que si se actúa conforme a derecho, legítima o jurídicamente no hay delito. Existen conductas de apoderamiento "con derecho" pero sin consentimiento, que son lícitas como el caso del embargo.

El segundo elemento igual que el anterior no es necesario ponerlo ya que si el dueño de la cosa mueble presta su consentimiento para que otro se apodere de la cosa nos se puede hablar de robo, ya que el consentimiento implica por parte de quien lo otorga una facultad de disponer de su bien mueble como mejor le parezca, además, es redundante ya que actuar sin el consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley, es actuar antijurídicamente.

"Quien consiente que otro tome un objeto de su patrimonio, efectúa un acto jurídico que el derecho denomina donación; quien se apodera de un objeto sin el expresado consentimiento, realiza un hecho antijurídico que la ley penal cataloga como robo"⁴⁰

Por otro lado, si se llegara a dar el consentimiento ¿lo daría el propietario, el poseedor o quién es el facultado para otorgarlo? Al respecto, el maestro González de la Vega opina "cuando el apoderamiento se realiza con el consentimiento libre, tácito o expreso del propietario o legítimo poseedor, desaparecería la figura delictiva del robo por faltarle, el elemento normativo en cuestión"⁴¹

3. DIFERENCIA ENTRE ROBO Y HURTO

Tal diferencia la hace el derecho romano que aunque en un principio no lo hacía posteriormente si, y se le denominó al robo sin violencia hurto y al realizado con esta rapiña.

En la "*Lex Cornelia Sicariús*", se impusieron penas muy duras contra el robo con violencia, castigándolo con la pena capital, por medio de la orca o de las bestias.

Justiniano considera al hurto como la sustracción fraudulenta y sin violencia y mando castigarlo con penas diferentes a la mutilación o la muerte.

" El Derecho Germánico concibió también el hurto como sustracción de cosas muebles ajenas, y distinguió contra el hurto clandestino o en sentido propio (Diebstahl) y hurto violento o robo (Raub, Robbaria). La pena era casi siempre pecuniaria, graduable según el valor de lo robado y cuando ocurrían agravantes

⁴⁰ Jiménez Huerta, Mariano. Ob.cit, p 57.

⁴¹ González de la Vega Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, vigesimosexta edición, Editorial Porrúa, México 1998, p.180.

minuciosamente previstas, podía imponerse la pena capital, que se aplicaba al reincidente reiterado, o de modo preciso al que recaía en el tercer hurto".⁴²

La legislación Española en sus códigos de 1870 y el de 1928 mencionaban al robo y hurto de la siguiente, manera de acuerdo al procedimiento empleado para el apoderamiento de las cosas.

Robo. "Son reos de delito de robo los que con los que con animo de lucrarse se apoderan de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas."(Artículo 493 Código Penal Español.)

Hurto. "Son reos de hurto los que con animo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño." (Párrafo primero del Artículo 505 del Código Penal Español).

Esta distinción española proviene de las Partidas en las que el robo consistía en el apoderamiento por la fuerza y el hurto en la sustracción astuta. "*Furto es lo que toman a escuso, robo lo que toman paladinamente por la fuerza.* (L. 2, tit. 13, P. 7)."⁴³

En nuestro sistema penal la diferencia consiste en la nomenclatura, ya que en los códigos de 1871,1829,1931 y el vigente de 1999 el robo presenta dos modalidades según las circunstancias de su realización.

Robo Ordinario: se realiza sin violencia física o moral.

Robo con violencia: el que se realiza apoderándose por la fuerza física o intimidaciones morales.

⁴² Maggiore Giuseppe, *Derecho Penal*, Vol. V, tercera edición, Editorial Temis, Colombia 1989, p.9

⁴³ Goldstein, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina 1962 p.418.

Es así como la "comisión redactora del código de 1871, queriendo acomodarse al lenguaje común, en el cual no se conoce la distinción legal entre robo y hurto, la desecho, admitiéndose en la redacción de la ley únicamente la denominación de robo".⁴⁴ El código vigente conserva el mismo sistema.

Artículo 367 robo simple y artículo 372,373, robo con violencia.

En nuestro sistema penal sólo se habla del robo simple y la violencia es considerada como una circunstancia agravante, no como otro delito independiente o fuera de él: pienso que por eso no se hace la diferencia entre robo y hurto ya que sería considerar dos delitos distintos, siendo uno independiente del otro.

4. CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE ROBO

De acuerdo con su conducta:

Es un delito de acción, ya que no es posible pensar que el apoderamiento se lleva a cabo por omisión, y es que el apoderamiento lleva implícitamente la remoción forzosa de los músculos es decir el movimiento corporal.

Algunos autores consideran que el delito de robo puede realizarse a través de la omisión, considerando que puede presentarse la retención de la cosa, pero como veremos más adelante tal concepción no es correcta.

Aun cuando se puedan realizar actos u omisiones, como son que no se le avise a la persona que tiro su monedero y dejar que se aleja para después tomarlo libremente, al tomarlo y hacerlo entrar en su poder realiza una acción y como consecuencia ya no se da la omisión.

⁴⁴ Exposición de motivos al Código Penal de 1871, citado por González de la Vega Francisco, Ob.cit. p.168

Por su duración puede ser:

Instantáneo. El delito se consuma en el momento en que se realizaron todos sus elementos, en el mismo instante de agotarse la conducta se produce el delito. Es el más común, por ejemplo robo a transeúnte.

Continuado. Se da con varias conductas y un solo sentido, por ejemplo cuando se roba de una licorería botellas para una fiesta.

Permanente. Realiza la conducta y esta se prolonga en el tiempo a voluntad del activo, por ejemplo robo de fluidos o energía eléctrica.

Por el número de actos:

Unisubsistente. Requiere para su integración de un solo acto, ya que para la aprehensión de la cosa mueble ajena es una acción que por su esencia no permite el fraccionamiento en varios actos, sino que por sí sola expresa el plano subjetivo de la voluntad criminal.

Por el número de sujetos:

Monosubjetivo. Para su integración se requiere de un solo sujeto activo, aunque admite la posibilidad de varios autores o partícipes que concurren en su comisión.

Por el resultado:

Material. Ya que se requiere de un cambio en el mundo exterior al reunirse propósito y movilidad.

Por el daño:

Lesión o daño. Es un delito de lesión porque está causando una disminución en el bien jurídico tutelado, el patrimonio de las personas.

Por la intencionalidad:

Doloso. No admite la culpa el robo, es necesariamente doloso, ya que el agente tiene la intención de robar algún bien mueble ajeno y lo realiza deseando apoderarse de éste.

Por su estructura:

Simple. Ya que sólo causa una lesión jurídica.

Por su forma de persecución:

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.

De querrela. Se persigue a petición de parte ofendida, cuando sea cometido el robo por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta segundo grado, concubina o concubinario adoptante u adoptado y 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.

Por la materia:

Federal. El robo en materia federal está contenido en el código penal federal. Ahí se marca cuál será el ámbito de su competencia ya sea por los objetos o por los sujetos.

Local o común. El robo se comete dentro del ámbito de competencia de un Estado y se somete al código penal de dicho Estado o entidad federativa.

Clasificación legal:

Atiende al bien jurídicamente tutelado y se encuentra en el título vigesimosegundo del código penal para el distrito federal denominado "delitos en contra de la persona en su patrimonio"

Por su composición:

Normal. El delito de robo es normal porque esta conformado por elementos objetivos.

Anormal. Será anormal cuando además de contener elementos objetivos, también se forma por elementos subjetivos o normativos.

Por su ordenación metodológica:

Fundamental. Porque es un tipo con plena independencia formado con una conducta ilícita y con un bien jurídicamente tutelado. Sirve de base para otros tipos.

Por su autonomía o dependencia:

Autónomo. Tiene existencia por si solo no necesita la realización de algún otro delito.

Por su formulación:

Amplio. " Contiene una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución Artículo 367,368,368 bis, 368 ter, 380 y 381 fracciones I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII Y XIV."⁴⁵

Casuístico. Son los artículos 368,372,377,379,381 fracciones VIII y XV y 381 bis⁴⁶

5. NATURALEZA JURÍDICA DEL ROBO DE FAMÉLICO

Al hablar del robo de famélico en particular es necesario dejar bien claro qué es el hambre y cómo lo define el filósofo Lewes " El hambre es un instinto benéfico a la par que terrible. De ella viene el verdadero impulso de la vida y el mayor impulso al trabajo es ella, merced a sus imperiosas exigencias, quien impulsa al hombre a una notable actividad. De cualquier parte que se quiera mirar esta es la potencia que mueve el organismo humano....llega a ser una llama que devora cuanto hay más

⁴⁵ López Betancour, Eduardo. *Delitos en Particular I*, quinta edición, Editorial Porrúa, México 1998, p.267.

⁴⁶ *Ibidem*.

noble en el hombre....vaga lejos por las sendas desiertas y oscuras, susurrando desesperados pensamientos al oído del hambriento, con el hambre desaparece todo sentido de humanidad para dejar que predominen tan solo los instintos feroces del bruto, que llevan al hombre a comerse a su semejante e incluso a la mujer a alimentarse de sus propios hijos. El hambre reviste pues un doble aspecto junto al cuadro de la energía que ella inspira debemos poner el de las atrocidades que impulsa a cometer" ⁴⁷

El célebre Juez Magnaud con relación al robo de famélico, y en específico a la causa que lo produce dijo: "*... el hambre es susceptible de privar a todo ser humano, de una parte de su libre albedrío, y de aminorar en él, en gran medida, la noción del bien y del mal; que un acto ordinariamente represible, pierde mucho de su carácter fraudulento, cuando el que lo comete obra impulsado por la imperiosa necesidad, sin el cual la naturaleza rehusa poner en movimiento nuestra constitución física.*" ⁴⁸

Entendido esto, entremos de lleno a precisar la naturaleza jurídica de dicho delito.

Fue muy discutida por los tratadistas y es que no se ponían de acuerdo en cuál era la esencia de este delito, por lo que se fijaron diferentes puntos de vista, a continuación señalaremos los más importantes:

A) Como una Excusa Absolutoria:

Desde este punto de vista se inclina el Dr. Carrancá y Trujillo al exponer que a su juicio lo que contiene el artículo 379 del Código Penal "es una excusa de impunidad, fundada en a utilidad social que se revela en presencia de un estado de necesidad específico, y de aquí vemos, que el artículo 379 del Código Penal una real excusa absoluta, de circulo por tanto mas restringida que el amplísimo de los estados de

⁴⁷ Lewes, citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p.448-449

⁴⁸ Puyo Jaramillo, Gil Miller. *Diccionario Juridico Penal*, Editorial Librería del Profesionista, Colombia 1983. p. 201

necesarios previstos en el artículo 15 fracción IV del Código Penal del Distrito Federal."⁴⁹

"Su naturaleza de esta excusa resulta de ser la primera vez que se perpetua el robo, de no emplearse en la ejecución el engaño ni la violencia, de ser objeto del delito aquellos satisfactores que son estrictamente indispensables frente a las necesidades propias o familiares cuyo imperio momentáneo representa el peligro de perecer de hambre, frío, enfermedad, etc. Desde el punto de vista de "utilitatis causa", todas estas circunstancias fundan ampliamente la impunidad del primer robo, tanto mas por que el indigente no acredita ninguna peligrosidad."⁵⁰

Por otro lado, pero con relación a este artículo 379, el mismo autor considera que es incorrecta, pedestre e infortunada la redacción de que sea "sólo por una vez" el robo, ya que el segundo no se encuadraría al tipo penal de dicho artículo.

B) Como causa de Inimputabilidad.

Criterio que sustenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer que "Para que exista la causa de inimputabilidad de estado de necesidad, se requiere no solo que el robo se cometa sin engaños y sin violencia, sino que se ejecute una sola vez y que el apoderamiento sea de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento, lo cual no ocurre si el propio inculpado reconoce que no cometió un solo apoderamiento del dinero del ofendido, sino que lo hizo en repetidas ocasiones, hasta que fue descubierto".⁵¹

⁴⁹ Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, *Código Penal Anotado*, decimosexta edición, Editorial Porrúa, México 1996, p.920.

⁵⁰ Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, vigésima edición, Editorial Porrúa, México 1998, p. 58

⁵¹ *Semanario Judicial de la Federación*, T.C., p. 1221, citado por Porte Petit Candaudap, Celestino.

Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, decimoctava edición, Editorial Porrúa, México 1999,p.450.

C) Como fuerza física exterior irresistible

Criterio que también a establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación al determinar que " la fracción primera del artículo 11 del Código Penal aplicable, se contrae a aquellos casos en que el autor de una infracción, obra al impulso de una fuerza física exterior irresistible y la simple lectura de dicho dispositivo legal pone de manifiesto que no comprende todos los casos de necesidad o apuro económico. Esa condición sin constituir en el terreno doctrinario una excluyente de responsabilidad propiamente dicha, puede volver irreprimiblemente el robo, siempre que se acrediten los extremos previstos por el artículo 341 de ordenamiento represivo en consulta, al establecer que no se castigara a quien sin emplear engaño ni medios violentos se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento".⁵²

D) Como causa de justificación

Jiménez de Asúa estima que "no debe buscarse fundamento típico al robo de famélico que se haya objetivamente en la teoría del conflicto de bienes, según a cual debe preferirse el sacrificio de la propiedad que es el bien menor, en aras de la vida del hambriento que importa un valor más grande, siendo por tanto una causa de justificación"⁵³

La sustracción cometida para aplacar el hambre o cubrir la desnudes, forma una, entre las varias especies del estado de necesidad, incluida en su categoría más pura, es decir los casos de conflicto de bienes de desigual valor.

⁵² Semanario Judicial de la Federación, T.CVII, p.p. 1178/1179, citado por Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob.cit.p.486.

⁵³ Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. , p.486.

"El robo de indigente o robo de famélico, constituye una causa de justificación, que anula la antijuridicidad del hecho, por mas que el legislador haya querido establecerlo como excusa absolutoria"⁵⁴

"No vale la pena enclavar en el articulado de ninguna ley positiva preceptos propios de un caso de eximente que puede y, sin duda debe tener y tiene cabida clara e innegable en una formula general, la cual es la del estado de necesidad con fuerza justificante"⁵⁵.

Considerando los anteriores puntos de vista, entendemos que no puede ser una excusa absolutoria, ya que eso llevaría a aceptar que esa conducta es antijurídica y no lo es, es una causa de licitud y al existir un elemento anterior negativo del delito, es decir, si vamos en orden lógico se da la conducta, típica, antijurídica y culpable, si hubo conducta típica pero no antijurídica, es decir, esta conducta esta justificada, por consiguiente es lícita.

No es una causa de inimputabilidad ya que esta es el aspecto negativo de la imputabilidad (capacidad de querer y entender) es decir la capacidad de culpabilidad. Y en este delito de robo famélico no falta a capacidad, ya que el problema es un conflicto de bienes de desigual valor, dándole prioridad al más valioso constituyéndose así el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Tampoco puede ser una fuerza física exterior irresistible, ya que no tiene nada que ver la colisión de dos bienes de desigual valor, con la fuerza física irresistible o Vis absoluta, que es la falta de voluntad, constituyendo una ausencia de conducta y este no es el caso.

⁵⁴ González de la Vega, René. *Comentarios al Código Penal*, segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, p 531.

⁵⁵ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*.T. XIV, Hijo-Impe, *Hurto Famélico*, edición Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina OMEBA, Argentina 1980. p.719

Por lo antes expuesto, considero que la naturaleza jurídica del robo de famélico es una causa de justificación, basada en el estado de necesidad perfecto, ya que como antes se menciona existe el choque de dos bienes, según la cual se debe elegir un de ellos y se elige el de menor valor para sacrificarlo en favor de que prevalezca el de mayor valor, al caso concreto es preferible sacrificar la propiedad a perder la vida.

6. ELEMENTOS DEL ROBO DE FAMÉLICO

Conducta típica

A) Apoderamiento

Sobre que debe entenderse por apoderamiento hay diversas opiniones a continuación mencionaremos algunas de ellas.

Apoderar "hacerse dueño de una cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder."⁵⁶

González de la Vega Francisco considera que "apoderarse de la cosa, significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal."⁵⁷

Por su parte Pavón Vasconcelos Francisco opina que "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 integradoras de un hecho de naturaleza causal, en el que la actividad humana sea condición."⁵⁸

Raúl F. Cárdenas "el robo, en orden a la conducta, es un delito de acción; no es posible pensar que el apoderamiento se lleve a cabo por omisión; puede que el

⁵⁶ *Diccionario de la Real Academia Española*, vigesimaoctava edición, Editorial Espasa-Calpe, Tomo I, Madrid 1993.

⁵⁷ González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, vigesimosexta edición, Editorial Porrúa, México 1998. p. 169.

⁵⁸ Pavón Vasconcelos Francisco, *Comentarios de Derecho Penal (Parte Especial)*, cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1995.p. 26.

agente realice un acto omisivo, pero el apoderamiento implica forzosamente remoción; es decir movimiento corporal, distensión muscular, sobre todo el propósito de ejercer un poder de hecho sobre la cosa."⁵⁹

La Suprema Corte de Justicia la Nación considera que en el delito de robo " dos son los elementos integradores del apoderamiento: el material o externo, que consiste en la aprehensión de la cosa, y el moral o interno, consistente en el propósito del activo."⁶⁰

La mayoría de los autores considera que en el robo el ladrón va a la cosa y no como en el abuso de confianza en el que la cosa se le entrega, pero no hay que olvidar que puede ser que la cosa ya este en poder del sujeto activo, tal es el caso de la posesión precaria o también conocida como detentación subordinada, en el cual la cosa ya esta en manos del sujeto activo, esta detentación no es en virtud de un titulo juridico, como podría ser el deposito o la detentación derivada, en estos casos si se transmitió la posesión para que el sujeto realizara ciertos actos con el bien transmitido y si este lo dispone para sí o para otros seria abuso de confianza.

Como ejemplos en que se encuentra la cosa a titulo precario tenemos los instrumentos de trabajo de los artesanos, los cuales están en el taller para que los usen o los instrumentos con los que trabaja el domestico o la servidumbre, los cuales están a su disposición para que los utilicen, y sin embargo si los aprehenden y se los llevan, es considerado como robo por la propia ley, así el artículo 381 del código penal del distrito federal enumera varias fracciones en las cuales en la mayoría el sujeto activo tiene la cosa en su poder solo que en estos casos la detentación es subordinada.

Cabe señalar que en estos casos las cosas no salen de la esfera de poder su dueño.

⁵⁹ Cárdenas F. Raúl, citado por Porte Petit Candaudap Celestino, *Robo Simple*, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1993. p.20.

⁶⁰ Semanario Judicial de la Federación, cita de Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob.cit, p.12

Por lo anterior nos parece correcta la definición de apoderar que da el diccionario jurídico mexicano, " es la extracción o remoción de la cosa de la esfera de poder, vigilancia o custodia en que se hallaba, para transferirla a la del autor del delito."⁶¹

Sobre el llamado robo por retención considero que si bien el autor ya tiene en su poder la cosa, puede ser por cualquier título, y decide no devolverla y quedarse con ella, al no permitir que su legítimo propietario la tome y se la lleve, esta realizando una acción consistente en no soltar la cosa (movimiento corporal) que sabe no es de su propiedad.

Es más, al tener la cosa en su poder y pensar no la voy a regresar, me la voy a quedar, no ha ejecutado ningún movimiento corporal simplemente lo piensa, nadie puede ser culpado por sus ideas, ya que no ha exteriorizado nada solo en su mente lo piensa, pero una cosa muy distinta es que al momento en que el dueño le pide la cosa ya no lo quiera devolver, ahí si realiza una conducta de apropiación y la refleja en el exterior mediante una conducta de acción y no de omisión.

Como en el tipo genérico tiene que existir la conducta, para que se encuadre al tipo penal descrito en el artículo 379 y esta únicamente referida a los objetos estrictamente indispensables, no señala que deban ser alimentos sólo dice objetos, más adelante veremos que debe entenderse por tal.

Con respecto a este artículo opina el maestro González de la Vega "La justificación no ampara aquellos casos en que se finge necesidad para justificar vagancia o malvivencia habituales"⁶²

⁶¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, P-Z decimotercera edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1999.p. 2863.

⁶² González de la Vega, Francisco. *Código Penal Comentado*, decimotercera edición, Editorial Porrúa, México 1993, p 477.

B) Por una sola vez

El doctor Carrancá y Trujillo "estima que desaparecida la circunstancia de ser - la primera vez- que se cometa el robo por medios pacíficos y para los fines que el artículo 379 enumera, o cuando se emplee engaño o violencia, o cuando el robo sea sobre objetos no estrictamente necesarios para satisfacer necesidades perentorias, y si tratarse sólo sobre objetos necesarios y no exista otro medio practicable y menos perjudicial para salvarse o salvar a tercero del peligro real, grave e inminente en que se este, entonces la excusa absolutoria desaparece con su restricto ámbito legal, para ser posible la aplicación de la fracción V del artículo 15 del Código Penal.⁶³

González de la Vega sostiene "que afortunadamente no obstante la literalidad del precepto en cuestión que parece dar una contestación negativa a la justificación de la reincidencia del indigente, la solución puede encontrarse en la redacción de la fracción V del artículo 15 de código Penal dentro de cuyos amplísimos términos caben todos los casos de necesidad".⁶⁴

Estos dos autores al considerar aplicable la fracción V del artículo 15, no obstante la existencia de artículo 379, no consideran las reglas del concurso aparente de leyes pues como se establecerá más adelante en este caso triunfa el principio de especialidad y por tanto no es aplicable la mencionada fracción V del artículo 15 de código Penal.

Abriremos un paréntesis para explicar en que consiste el concurso de normas.

El concurso aparente de normas aparece cuando se presenta una misma situación de hecho con dos o más disposiciones legales vigentes en el mismo tiempo y lugar y

⁶³ Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, décima edición, Editorial Porrúa, México 1974, p. 356-357.

⁶⁴ González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, vigesimosexta edición, Editorial Porrúa, México 1998, p.217.

que pretenden regir simultáneamente, y debido a la relación que existe entre ellas, la aplicabilidad de una hace imposible que se aplique la otra.

"En este concurso aparente de normas hay una sola lesión jurídica y en apariencia varias normas describen la conducta que la produjo, pero tales normas son entre sí incompatibles y se explica por que no hay varias lesiones sino una sola."⁶⁵

El problema lo resuelve el artículo 6 del código penal del distrito federal en el segundo párrafo al decir que "cuando en una misma materia aparezca regulado por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general."⁶⁶

La especialidad se da cuando el tipo específico (artículo 379) de una figura se encuentra contenido íntegramente en el tipo genérico (fracción V del artículo 15), ambos artículos del código penal del distrito federal, más uno o varios elementos nuevos y distintos, que lo hacen más especial, restringiéndolo en mayor medida. Lo abarca en cuanto a la conducta descrita como se analizará a continuación:

Artículo 379 "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento."

Artículo 15 El delito se excluye cuando:

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

⁶⁵González Quintana, José. *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1998, p.453.

⁶⁶ Código Penal para el Distrito Federal... p.1

Sólo se añaden estos requisitos al estado de necesidad

- ☺ Que el peligro no sea evitable por otros medios
- ☺ Que el agente no tuviera el deber jurídico de afrontar el peligro
- ☺ Que el peligro no fuese ocasionado dolosamente por el agente

En cuanto al artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal, se añaden estos elementos:

- ☺ Que el apoderamiento sea sin engaño
- ☺ Ni medios violentos
- ☺ Por una sola vez

Artículo 15 fracción V

Artículo 379

Opinión personal

El delito se excluye cuando	No se castigara al que	En ambos casos quedará impune la conducta
Se obre	Se apodere	Se realiza una acción
Necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio	Satisfacer necesidades personales	Salvar la vida de uno mismo
Bien ajeno	Familiares	Salvar la vida de un tercero
De un peligro real, actual o inminente	Necesidades del momento	Pelagra la vida propia o de un tercero en ese preciso momento
Lesión de un bien jurídico menor o igual al salvaguardado	Objetos estrictamente indispensables	Se lesiona el derecho de propiedad para salvar la vida

Aunque formalmente no son idénticos, en su aspecto de fondo (conducta) sí lo son, como se ha señalado en el cuadro anterior, asunto que consiste en dejar impune una conducta por considerar que se ha realizado conforme a derecho, y es que no es moral, ni jurídicamente reprochable el tratar de salvar la vida y en su intento sacrificar bienes muebles consumibles o comestibles ajenos.

Siguiendo con el tema Paulino Machorro Narvaez se pregunta "¿una sola vez? ¿En cuanto tiempo? ¿En un día, en un mes, etc.? Y contesta la necesidad es renaciente y la limitación muy difícil de establecer; el Código Penal de Estado Morelia en el artículo 374 mejora la solución, suprimiendo esa limitación de tiempo, por una sola vez, y exigiendo que el agente justifique que no le es imputable el estado de necesidad"⁶⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la "excluyente de responsabilidad consagrada en el artículo 379 del código Penal del Distrito Federal es inaplicable si el delincuente cometió diversos robos, pues la ley limita la excluyente de apoderamiento singular y no el plural, y por otra parte debe el reo probar plenamente el estado de necesidad que lo determino a cometer el delito"⁶⁸

C) Objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

Con relación a este requisito, José Almaraz considera que " el artículo 379 del Código Penal vigente desvirtúa por completo el concepto jurídico de robo de famélico, pues traspasa el límite aceptado y esencial de la alimentación pues al referirse a objetos, para satisfacer necesidades personales y familiares del momento crea una figura delictiva que deja impunes muchos verdaderos ilícitos y suministra argumentos de defensa a los criminales y comparándose este precepto con el del

⁶⁷ Machorro Narvaez, Paulino. citado por Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob.cit. p.453.

⁶⁸ Semanario Judicial de la Federación, LXXXI, p.p. 3504/3505, citado por Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob.cit. p. 453.

código de 1929 que introdujo como innovación al robo de famélico, se apreciara el cambio radical ya que la disposición de 1931 se refiere a objetos para satisfacer necesidades personales y familiares del momento y al borrar límites de indigencias no imputables una sola vez, sin emplear engaño ni violencia, alimentos estrictamente indispensables y hambre".⁶⁹

Y agrega que " como el artículo 379 se refiere a necesidades y a objetos en general no señala límite alguno y de este modo permite que yo tome un automóvil ajeno para trasladar a mi familia a otro lugar para satisfacer una necesidad de momento, o que tome un paraguas ajeno en tiempo de lluvias con fin parecido, y como las necesidades se sienten nadie podrá probar que el ladrón o ratero no sienta la necesidad de tomar violentamente un tranvía o un camión para ver a su madre enferma y robar una planilla o un pasaje de ferrocarril, y los toxicómanos, alcohólicos - que sienten desesperadamente la necesidad de intoxicarse- pueden robar una botella de coñac o lo que les falte, y esto no es un robo de famélico, pero si es autorizar a un necesitado - So pretexto de necesidad - haga de un ciudadano pacífico un verdadero necesitado al que no se le escucha en sus justas quejas, ¿ se calculan los desordenes, la anarquía y los atropellos que resultarían de aplicarse el precepto con alguna frecuencia?. Así no se lucha eficazmente contra el delito, sino que se le fomenta legalmente"⁷⁰

Por su parte, Jiménez Huerta respecto de la expresión necesidades personales o familiares, dice "... son aquellas que de no satisfacerse afectaría en la vida o a la salud de la persona que realiza el apoderamiento o a las de los familiares, como las que engendra el hambre, la sed, el frío, la miseria y la enfermedad."⁷¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en lo referente a la exigencia legal de que sean estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades y con relación al artículo 341 del Código Penal del Estado de Morelos " no espera la justificativa de

⁶⁹ Almaraz, José. *Algunos Errores y absurdos de la Legislación Penal de 1931*, México 1977, p.58-59.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano, parte especial*, tomo IV México 1973. P.100/101.

robo de indigente si no se demostró la estrecha necesidad que impelió al reo a cometer el robo".⁷²

" Si la cuantía de lo robado en atención a la condición del quejoso indudablemente era excesiva para satisfacer las necesidades de aquel, en el momento en que cometió el delito, la responsable procedió conforme a derecho al no tomar en cuenta la exculpante en cuestión".⁷³

" No puede configurarse la eximente de robo de indigente si dada la naturaleza de lo que fue objeto de robo, no parece que fuera estrictamente indispensable para satisfacer necesidades de momento, sus necesidades personales o familiares y si a mayor abundamiento confeso el agente ser poseedor de bienes idénticos al motivo de la ilicitud en que se coloco la cual descarta la necesidad que hace valer".⁷⁴

D) Sin emplear engaños ni medios violentos

Requisito necesario para que se tipifique el robo de famélico que entraña respecto del apoderamiento, una cuestión muy difícil de darse, motivo por el cuál muchos autores criticaron este requisito. Así Jiménez Huerta dice que " si la situación de necesidad individual o familiar es real y autentica, no hay por que exigir que el apoderamiento se realice sin emplear engaños o medios violentos pues la licitud de dicha conducta emerge de la cristalina fontana donde se gesta el Derecho, aun cuando el apoderamiento se hiciera por la fuerza o por engaño cuantas veces existiera una autentica necesidad que obligara a salvar un interés preponderante"⁷⁵

Estamos de acuerdo con esta observación ya que si el robo de famélico tiene su naturaleza jurídica en el estado de necesidad, en el cual hay una colisión de bienes,

⁷² Semanario Judicial de La Federación, T. CXI, p. 1157 citado por Porte Petit Candaudap, Celestino, Ob.cit p. 455.

⁷³ Loc.cit

⁷⁴ Ob.cit. p. 99.

⁷⁵ Jiménez Huerta, Mariano. Ob.cit, p.99.

uno la propiedad y otro la vida, al salvar el segundo no sería correcto que se sancionara el apoderamiento de los objetos estrictamente indispensables, para satisfacer necesidades personales o familiares del momento, sólo por que se empleen engaños o medios violentos para salvar la vida propia o de un tercero.

De hecho es practicamente imposible cometer un robo sin emplear engaño o violencia, pues si se obtiene el consentimiento del pasivo, deja de ser antijurídico el apoderamiento.

7. ROBO DE FAMÉLICO EN OTRAS LEGISLACIONES

A) EXTRANJERAS

Como ya se ha visto a través de la historia, varias legislaciones lo han contemplado, pero dentro del continente Americano solo tres legislaciones han hablado del robo o hurto de famélico y lo han tratado como causa de eximente de responsabilidad penal, tales paises son Cuba, Colombia y naturalmente México.

a) Cuba

"No obstante, que Cuba tiene en su artículo 36 Inciso D regulado el estado de necesidad, basta leer el inciso G del mismo artículo para convenserse de que el legislador, al proveer específicamente al caso de hurto por hambre, mas ha perjudicado que favorecido al famélico, puesto que le impone una serie de requisitos para eximirle, los cuales delimitan, en vez de ensanchar, el evidente estado de necesidad en que se encuentra el hambriento. Dice ese párrafo "esta exento de responsabilidad por causa de justificación" "el que impulsado por el hambre cometiere cualquier delito contra la propiedad siempre que concurran las siguientes circunstancias:

1.-Que el valor de lo sustraído no exceda de lo estrictamente necesario para la subsistencia inmediata del agente y de las personas que estén a su abrigo.

2.-Que no se produzcan daños innecesarios en la propiedad ni ataque, ni intimidación a las personas.

3.-Que los hechos realizados no revelen un estado de peligrosidad específica en el agente.

4.-Que el agente no sea vago ni habituado a la ingestión de bebidas alcohólicas, a la mendicidad o al uso de drogas o estupefacientes.

5.-Que el estado de necesidad extrema que ha provocado el delito no sea imputable al agente." ⁷⁶

b) Colombia

Su texto debió servir de base al de Cuba ya que había anteriores proyectos Colombianos. "Se diferencia del Cubano en cuanto a su sistemática el código Cubano enclava en la parte general, y el de Colombia lo incluye en la parte especial, entre las disposiciones comunes a los capítulos anteriores que tratan de los delitos contra la propiedad, en su artículo 430 preceptua,

"Queda eximido de responsabilidad el que ejecuta cualquier delito contra la propiedad, llevado por apremiante necesidad de proveer a su subsistencia o vestido, o las de su familia, cuando no hubiese tenido otro medio lícito de haber satisfacer esas necesidades siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia sobre las personas" ⁷⁷

D) NACIONALES

"Los códigos de Campeche, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Quintana Roo y Veracruz no contienen un artículo especial sobre el robo de famélico.

⁷⁶ Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit, p.476.

⁷⁷ *Ibidem.* p.477.

Los códigos de Baja California Norte (Art.329), Chihuahua (Art. 363), Nuevo León (Art.374), Oaxaca (Art.267), Querétaro (Art. 354), San Luis Potosí (Art. 192), Sinaloa (Art.357), Tamaulipas (Art. 413), Tabasco (Art. 361), y Zacatecas (Art.323) siguen la misma orientación que el código de 1931." ⁷⁸

El resto de los Estados siguen la misma línea que el código de 1931, sólo que le modifican o le agregan alguna otra circunstancia diferente a las comprendidas en el artículo 379 de código penal del Distrito Federal. Por ejemplo, las siguientes entidades federativas.

a) Baja California Sur (Art. 1739) "No se castigará al que sin emplear engaños ni medios violentos se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento, siempre y cuando no le sea imputable su estado de necesidad."

b) Chiapas (Art.319) "No se sancionará al que sin emplear engaños o medios violentos se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer de momento sus necesidades personales o familiares del momento, siempre que su valor no exceda de cinco días de salario mínimo."

c) Hidalgo (Art.329-I) "Que el infractor quedará exento de toda sanción cuando sin emplear medios violentos y sin que medie alguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 350, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus imperiosas necesidades personales o familiares del momento."

d) Jalisco (Art.339-I) "El responsable del robo quedará exonerado de toda sanción, cuando sin emplear engaños o medios violentos se apodere de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus imperiosas necesidades presentes o familiares del momento."

⁷⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob.cit. p.448.

e) Estado de México (Art.307) "No se impondrá pena al que sin emplear los medios violentos de violencia física o moral se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer de momento sus necesidades personales o familiares del momento."

f) Yucatán (Art. 353-I) "Cuando sin emplear engaños o medios violentos se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus imperiosas necesidades personales o familiares del momento."

g) Puebla (Art. 385-I) y **Nayarit** (Art. 343-I) "Cuando sin emplear engaños ni medios violentos, se apodere del alimento estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares de alimentación del momento."

h) Aguascalientes (Art. 385-I), **Morelia** (Art. 374) y **Sonora** (Art. 302) "No se sancionara al que se apodere, sin violencia de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento, siempre que justifique que no le es imputable su estado de necesidad."⁷⁹

⁷⁹ Loc.cit.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS ASPECTOS NEGATIVOS

1. CONDUCTA Y SU AUSENCIA

A) CONDUCTA

El delito es ante todo una conducta humana ya sea el hacer positivo, o acción o el negativo, omisión, si entendemos que la conducta " es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a algún propósito"⁸⁰

El sujeto de la conducta solo puede realizarlo e hombre, por ser el único ser capaz de voluntariedad. Mientras el hombre no exteriorice su voluntad de delinquir, no puede recibir una sanción.

Los sujetos que intervienen en este delito serían el sujeto activo quien realiza la conducta típica y el pasivo, quien resiente dicha conducta y se ve afectado en su patrimonio.

La conducta, no es sinónima de hechos, los hechos pueden ser humanos o de la naturaleza

a) Sujeto Activo

" Dado que nuestra ley penal no señala, detalladamente o exige calidades especiales en el activo quien puede serlo, estamos ante la presencia de que

⁸⁰ Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, trigésima novena edición, Editorial Porrúa, México 1999, p.149

cualquier persona física puede en un momento dado ser activo de robo⁸¹. Siendo imputable naturalmente.

No es posible que sean sujetos activos de este delito las personas morales ya que únicamente las personas físicas son susceptibles de responsabilidad penal por el hecho de que únicamente ellas tienen la capacidad de querer y entender.

Aunque algunos autores le atribuyen responsabilidad a las personas morales, por lo mencionado en el artículo 11 del código penal del distrito federal el cual sanciona a las personas morales suspendiéndoles o disolviéndoles como consecuencia de un delito.

Tal aseveración no es correcta ya que dicho artículo dice al principio claramente que la conducta la realiza un miembro o representante de la persona moral, es decir una persona física, sin esta no habría conducta y por lo tanto faltaría un elemento básico para la existencia del delito.

Conducta típica: Consiste en el verbo "apoderarse" de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

El solo apoderarse no basta, este "requiere que la acción de apoderamiento este informada o presidida por un especial elemento subjetivo, que es el ánimo de ejercer de hecho sobre la cosa todas las facultades que al propietario competen de derecho, esto es, por el ánimo de conducirse respecto de la cosa como si fuera propia."⁸²

⁸¹ Amuchategui Requena, Irma Griselda. *Derecho Penal*, Editorial Oxford University Press México 1999, p.401

⁸² Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, P-Z, decimotercera edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1999.

En este delito el sujeto activo tiene un calificativo el hambre (famélico), es decir la conducta se realiza por una razón y esta es la de satisfacer sus necesidades más elementales como es comer, cubrirse del frío etc.

b) Sujeto Pasivo

Con respecto a este opina el maestro Jiménez Huerta que se debe distinguir entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito.

"El primero es la persona a quien se le arrebató la cosa, él cual mantenía contacto físico con ella y menciona por ejemplo las del criado que la limpiaba; de las del dependiente de comercio que toma un objeto del establecimiento para ser exhibido al posible comprador; de las del maletero que transportaba el equipaje, etc. El segundo es quien tenía sobre ella un poder de disposición."⁸³

Esta dualidad de sujetos pasivos existe también aunque con fundamento diverso, cuando la cosa se encuentre delictivamente en manos del ladrón y, a este a su vez se la roba un tercero.

Al respecto el mencionado autor dice " El que roba al ladrón la cosa que éste anteriormente había robado, no es menos ladrón que él, y de ser penado independientemente de toda consideración relativa a la ilegitimidad del título a virtud del cual la cosa se hallaba en manos del primer ladrón pues para la integración del robo no se requiere el *status quo* en que se hallaba la cosa, fuere legítimo, sino que basta como dice Manzini que resulte ilegítimo el apoderamiento de la misma cosa por parte de quien lo realizó"⁸⁴

⁸³ Jiménez Huerta, Mariano. Citado por Reynoso Davila, Roberto. *Delitos Patrimoniales*, Editorial Porrúa, México 1999, p.28

⁸⁴ *Ibidem*.

Así se desprende que el "sujeto pasivo de la conducta es la persona que directamente resiente la conducta típica del delito de robo."⁸⁵

Y el sujeto pasivo del delito " es la persona que resiente la afectación patrimonial por el delito cometido sin que directamente haya padecido la conducta típica"⁸⁶

Cabe mencionar que el sujeto pasivo de la conducta solo serán personas físicas ya que estas son las que en determinado momento tienen materialmente en su poder las cosas muebles, no así el sujeto pasivo del delito en el cual pueden ser personas físicas como morales.

Con relación al robo de famélico el sujeto pasivo de la conducta o del delito tendrá que poseer o ser propietario respectivamente de los objetos estrictamente necesarios, de los cuales el sujeto activo (hambriento) se apodera de ellos para satisfacer sus necesidades.

B) Ausencia de Conducta

Sería difícil que se llegue a dar una causa de ausencia de conducta, ya que la conducta descrita en el artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal es clara y no debemos de olvidar que la conducta se realiza para satisfacer necesidades personales o familiares, es decir son intereses propios y que al realizar la conducta se beneficia el sujeto o sus familiares, por lo tanto la conducta es voluntaria no hay coacción, ni es forzado el sujeto por otra persona, sino que él conscientemente y a pesar de lo contrario a derecho que aparentemente es su conducta la realiza.

Si ocurriera que la conducta se realizó mediante hipnosis o el agente estaba sonámbulo, se presentaría una ausencia de conducta ya que aquí el agente está

⁸⁵ Amuchategui Requena, Irma Griselda. Ob.cit. p.403

⁸⁶ Loc.cit

inconsciente, lo que traería como consecuencia que no tendría voluntad y por lo tanto no habría conducta; aún así, su conducta no sería justificada por la fracción V del artículo 15 del código penal del distrito federal pero si por la fracción I del artículo 15 del citado ordenamiento

Fuerza física: Debe ser superior e irresistible y puede presentarse cuando el sujeto activo es físicamente obligado por otra persona a tomar o poseer una cosa mueble ajena, sin que pueda resistir dicha fuerza.

Hipnotismo: se presenta cuando a una persona la colocan en estado de letargo, logrando sobre ella un control de sus actos para apoderarse de alguna cosa ajena.

Sonambulismo: se da cuando el agente padece sonambulismo, es decir que el agente activo sufre de una alteración del sistema nervioso por el cual se realizan actos en estado de inconsciencia pudiéndose presentar el apoderamiento de cosas ajenas.

2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

A) TIPICIDAD

La tipicidad y el tipo, recordemos son diferentes, el tipo es una creación legislativa, es la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos legales y en caso del robo están comprendidos del artículo 367 al 381 bis, por su parte la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto, es decir se dan cuando coinciden todos los elementos positivos en el tipo penal con la conducta realizada.

El tipo es un antecedente necesario del delito y la tipicidad es un elemento constitutivo del delito, el tipo es abstracto y la tipicidad concreta.

En referencia al objeto material deberán ser solo los objetos estrictamente indispensables.

c) Teorías sobre el apoderamiento

Cabe mencionar que el tipo gira alrededor del verbo apoderarse, conducta que realiza el agente pero, ¿cuando se entiende consumado el delito? Al respecto se han elaborado cuatro principales teorías para determinar ese momento.

a) "Teoría de la *contrectatio* o del tocamiento.

Según esta teoría el robo se consuma apenas el ladrón toca la cosa ajena mueble, es decir cuando hay una aprehensión de ella".⁸⁷

Dicha teoría sí se justificó en el derecho Romano, por la inexistencia de la noción de la tentativa, en nuestros días resulta fuera de la realidad, ya que anticipa la consumación del acto que por si mismo y no perfecciona materialmente al delito, dicha teoría hoy solo tiene un valor histórico.

b) "Teoría de la *Amotio*

Esta teoría considera que la acción material del hurto consiste en la remoción del lugar donde se encuentra la cosa"⁸⁸

Esta teoría se basa en que no es suficiente que el sujeto activo lleve su mano sobre la cosa ajena sino que además la remueva de un lugar a otro, constituyéndose así el evento consumativo, así el hurto deja de ser un delito formal y se transforma en un delito material, violando el derecho de posesión o propiedad según sea el caso.

⁸⁷ Núñez, Ricardo C. citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. *Comentarios de Derecho Penal (Parte Especial)*, cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1995, p. 27-30

⁸⁸ *Ibidem*.

c) " Teoría de la *Ablatio*

Viene a complementar a la teoría de la *Amotio*, ya que esta era insuficiente por no determinar el lugar *ad quem* de la remoción".⁸⁹

Esta teoría considera dos momentos en la remoción de la cosa:

1. La aprehensión de ella y
2. Su traslado del lugar en que se hallaba a otro diverso (*terminus ad quem*).

Si se satisfacen estos requisitos se entiende por consumado el robo. Así vemos que lo que importa es que se remueva hacia un lugar fuera de la custodia de su poseedor o propietario y colocarla en la esfera de competencia y dominio del sujeto activo.

d) "Teoría de la *Illatio*

Considera esta teoría que el delito se consuma cuando la gente la ha trasladado a un lugar que ya previamente había designado, poniéndola en seguridad"⁹⁰

La teoría que se apega al Código Penal del Distrito Federal es la teoría de la *Ablatio* que el artículo 369 de dicho ordenamiento dice:

"Para la aplicación de sanción se dará por consumado el robo, desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada; aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella."

B) ATIPICIDAD

Al hablar de atipicidad debemos de tener cuidado de no confundir ésta con la ausencia de tipo, ya que la primera es el aspecto negativo del delito, es decir la

⁸⁹ Loc.cit.

⁹⁰ *Ibidem*.

ausencia de adecuación de la conducta al tipo penal descrito en la ley y la segunda es la inexistencia del tipo, la cual se presenta cuando existe una conducta socialmente delictuosa pero el legislador por alguna razón no la incluye en el Código Penal y por lo tanto no es delito, no por que no se amolde al tipo sino que no existe tipo.

El Código Penal del Distrito Federal en su artículo 15 fracción II señala que cuando "falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate"

No habrá delito, es decir se excluye por atipicidad.

Se pueden presentar las causas de atipicidad en el robo de famélico como podría ser la ausencia de cualquiera de sus elementos típicos, ya sea su objeto jurídico o el material, algún elemento normativo u objetivo.

Hay que recordar que este delito, consiste en robar alimentos, medicinas, agua, ropa, etc. lo que se busca a diferencia de otros delitos en los cuales el sujeto activo quiere no encuadrarse en el tipo, por que así le conviene, al no tener que responder por su conducta y ampararse en la atipicidad, en este caso es distinto ya que lo que busca el sujeto activo es adecuarse al tipo penal descrito en el 379 y así quedar sin delito y por consecuencia impune.

Ésta es una de las razones por las que pienso no debe incluirse en el Código Penal del Distrito Federal el artículo 379 ya que causa confusión y es innecesario tipificar cada una de las excluyentes del delito en particular, por ejemplo que en cada delito hubiera un artículo así:

"No se castigará al que prive de la vida a otro, si se demuestra que obró en defensa legítima",

"No se sancionará al que cause alguna lesión a tercero, si se demuestra que este actuó bajo coacción o fuerza exterior irresistible, la cual le impidió tener voluntad"

"No se impondrá pena alguna al que cause algún daño material a la propiedad si se demuestra que ocurrió por caso fortuito"

Y así podríamos poner como ejemplos a varios tipos penales con diversas causas que excluyen al delito, pero esa no es la idea del legislador por eso es que separa a los delitos de las causas que excluyen a este, siendo el artículo 379 un claro ejemplo de un estado de necesidad hace innecesario e inútil que todavía se conserve en nuestro código penal.

Será atípica la conducta:

➤ Cuando la cosa sea propia.

No se adecua al tipo porque la cosa no es ajena y a falta de esta ajenidad no hay lesión al bien jurídicamente protegido (el patrimonio)

Tampoco lo serán las cosas abandonadas ya que no se conoce al dueño, es decir no se sabe quien es. Ejemplo: Podría presentarse el caso en el que un hambriento roba un pan o panes a un empleado de una panadería cercana a su domicilio sin conocer que algún familiar suyo ya los había pagado y sólo se los iban a entregar.

➤ Cuando no exista la cosa.

Puede darse que el agente robe una cosa que cree que es tal, pero la verdad es que no existe y nadie puede cometer el apoderamiento de una cosa que no existe. Ejemplo: Un caso en el que el hambriento se encuentra con alguien que lleva una cosa llena de lo que él cree que son alimentos y la sustrae, al buscar en ella solo encuentra envoltorios, papeles, desperdicios, es decir basura, no había pues objetos indispensables para satisfacer sus necesidades (comida) y no habría robo.

➤ Cuando se otorga el consentimiento.

No olvidemos que el delito en estudio es derivado del artículo 367 del Código Penal del Distrito Federal, robo genérico y como tal opera aquí también que si se otorga el consentimiento no hay robo, ya que este consentimiento produce una atipicidad.

Sólo se exige que quien otorga el consentimiento esté facultado por la ley, es decir que se trate del poseedor originario o propietario y si el que otorga es el poseedor derivado sea con la autorización del primero (el originario) ya que este es el único que puede disponer del bien conforme a derecho.

Al dar su consentimiento el sujeto pasivo lo que hace es donar al activo sus bienes, es decir, los regala y esta conducta es conforme a derecho.

“Sería cínicamente ridículo que cuando permito que otro tome una cosa mía como regalo, se diga que hay hurto justificado por el consentimiento”.⁹¹

El consentimiento puede otorgarse antes del robo o en el momento del robo, pero no después de este, ya que el robo se persigue de oficio y no se dejaría de castigar una vez iniciado el proceso.

Aún el consentimiento puede ser desconocido por el sujeto activo como lo plantea Quintana A. Ripollés, cuando habla del “propietario caritativo que deja frutos o productos a la puesta de su casa para que los tomen los menesterosos, y que alguno de ellos no sabiendo semejante rasgo de caridad los toma creyendo hurtarlos”⁹²

⁹¹ Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p. 596.

⁹² Quintana A. Ripollés citado por Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob.cit. P. 93.

- Cuando se empleen engaños o medios violentos.

Ya que los requisitos del artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal son claros y si concurren estas circunstancias se estará ante otro delito como fraude o lesiones según se trate.

- Cuando varias veces se realice el apoderamiento.

El artículo en cuestión solo permite una sola vez las demás ya no serían acordes con dicho precepto.

- Si los objetos no son los estrictamente necesarios para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento.

En caso de que el apoderamiento sea para satisfacer necesidades de un tercero (que no fuese de la familia) estaríamos ante una ausencia de tipo ya que el artículo 379 del código penal del distrito federal, menciona necesidades personales o familiares.

- Si se apodera el agente de objetos estrictamente necesarios pero no son para consumirse en el momento, sino para después, al rato o quizá mañana.

3. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

A) LA ANTIJURIDICIDAD

En el siglo XIX este elemento no era considerado como tal, se consideraba como su esencia misma, para Carrara "un acto se convierte en delito solo cuando choca con la ley."⁹³

⁹³ Carrara, citado por Garrido Montt, Mario. *Noctones fundamentales de la teoría del delito*, reimpresión de la primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1992. p 104

"La antijuridicidad como elemento del delito es consecuencia del análisis sistemático de los penalistas alemanes; los positivistas italianos no dieron relieve a la antijuridicidad. Fue Beling quien en su ensayo *teoría del tipo* incorporó a la antijuridicidad como uno de sus elementos y por ello sostuvo que para que existiera delito la conducta debe ser adecuada a un delito-tipo, antijurídica y culpable."⁹⁴

Es el elemento más importante del delito, su íntima esencia, su naturaleza, es la oposición objetiva de la conducta contra las normas tuteladoras del orden jurídico, del estado de derecho.

"Es antijurídico lo que lesiona un bien jurídicamente tutelado y, al propio tiempo, ofende las aspiraciones valorativas de la comunidad estatal. Lesión y ofensa es pues, el binomio la esencia de lo antijurídico."⁹⁵

La lesión o daño de un bien jurídico concreto y determinado puede ser valorada de lícita, si relacionamos la conducta que lesiona dicho bien, con otros bienes de mayor alcance para la vida social, ya sea por su mayor jerarquía (vida frente a la propiedad) o por su trascendencia social (la vida de varios frente a la de uno solo)

Este elemento es el contenido y base de los tipos penales, en él descansa la conciencia humana y su vigencia va íntimamente ligada a la cultura que prevalezca en cada lugar y tiempo a través de la historia.

"No es imaginable un delito sin antijuridicidad, como no lo es un hombre sin aspecto humano"⁹⁶

⁹⁴ Garrido Montt, Mario. Ob.cit. p 104

⁹⁵ Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, Editorial Porrúa, quinta edición, México 1983. P.233

⁹⁶ Maggiore, Giuseppe, citado por Jiménez Huerta, Mariano. Ob.cit. P.208

La conducta penalmente típica es antinormativa, pero no es antijurídica aun, ya que puede estar amparada por una causa de justificación, la antijuridicidad es dada por el orden jurídico.

Podemos decir que la antijuridicidad es la contradicción entre la conducta del sujeto activo y el derecho u orden jurídico, se puede contradecir este orden no obedeciendo el mandato (hacer) o no haciendo lo que le es impuesto (omitir).

Los resultados o estados susceptibles de valoración jurídica, son solo aquellos que proceden de la conducta del hombre, es decir los que se pueden conectar a un comportamiento humano. Los fenómenos naturales como los temblores, rayos o inundaciones, si bien causan muchos daños no son susceptibles de dicha valoración jurídica

En un principio se dijo lo objetivo era apreciado en la antijuridicidad y lo subjetivo, es decir, los procesos internos del conocimiento y la voluntad integraban la culpabilidad. " Se sabe que esta estructura dual empezó su crisis cuando Max Ernest Mayer llamo la atención sobre los elementos subjetivos del tipo, circunstancias estas que hacian imposible determinar la tipicidad de la conducta si no se recurría a ciertos elementos de naturaleza subjetiva considerados por el legislador al describir la figura penal de manera que la materialidad de lo valorado en la antijuridicidad entro en duda."⁹⁷

No debe confundirse a la antijuridicidad con el injusto ya que como señala Jescheck " la antijuridicidad es la contradicción de la acción y una norma jurídica, en tanto el injusto es la propia acción valorada de antijurídicamente; en el injusto se encuentra el desvalor del resultado y el desvalor de la acción, por lo que no se constituye una simple relación entre la voluntad de la acción y el mandato de la

⁹⁷ Garrido Montt, Mario. Ob.cit. p 104

norma, sino que es el daño social sufrido como consecuencia por el sujeto pasivo, la comunidad y el derecho."⁹⁸

Es decir la antijuridicidad sería un juicio negativo de valor, el cual recae sobre una conducta humana, en tanto que el injusto es la conducta humana desvalorada. el genero es el injusto y la especie sería la antijuridicidad.

"La antijuridicidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto es una acción antijurídica determinada con validez exclusiva para el derecho penal."⁹⁹

La antijuridicidad tiene dos presupuestos uno la tipicidad, es decir que exista un tipo y la conducta se encuadre en él dando una presunción de antijuridicidad, y dos que el comportamiento desplegado por el sujeto lleve un desvalor de acción y de resultado.

Dentro de la antijuridicidad se dan dos puntos de vista sobre esta, una teoría objetiva y una teoría subjetiva.

a) ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA

Teoría objetiva. Dice " lo antijurídico es lo contrario a derecho, es la lesión opuesta en peligro de un bien jurídico: esta contradicción o desarmonía puede apreciarse con independencia de la actividad psicológica del sujeto, la acción es la que califica de antijurídica, no la acción culpable. Carece de sentido investigar la culpabilidad de un hecho lícito. Respecto a este ¿ qué le importa al derecho él animo de su autor?"¹⁰⁰

⁹⁸ Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del Delito*, Editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1998. p. 133.

⁹⁹ Muñoz Conde, Francisco. citado por Plascencia Villanueva, Raúl. Ob.cit p. 139

¹⁰⁰ *Tratado de Derecho Penal, Abeledo-Perrot*, citado por Reynoso Davila, Roberto. *Teoría del Delito*, Tercera edición, Editorial Themis, México 1997 p. 79.

Esta teoría se basa en que el juicio de valoración consistente en el reproche es sobre el hecho, la conducta sería un juicio de desaprobación sobre el autor.

Teoría subjetiva. Nos plantea que no puede haber antijuridicidad sin culpabilidad al respecto se dice que el que no conoce la obligación jurídica no puede realizar un acto antijurídico y que solo la conducta voluntaria y normal es la que debe tener significado para el derecho penal, es decir, " solo hay ilicitudes culpables, las normas jurídicas son imperativos destinados a los componentes del grupo social que imponen un deber, la obediencia o desobediencia de ese imperativo supone un acto anímico constituido por la conciencia de obrar contra el derecho. Sin esa participación subjetiva no puede hablarse de actos ilícitos, la desobediencia solo resulta de un acto realizado con dolo o culpa"¹⁰¹

Respecto a estas teorías, primero hay que decir que la antijuridicidad está formada por el vasto campo del derecho tanto civil, penal, laboral, constitucional, etc. , y es que como el derecho es un conjunto cerrado del cual no escapa nada, así la antijuridicidad es una y no varias como algunos autores consideran.

Por otro lado, en la actualidad en el derecho penal hay un consenso de que efectivamente existen elementos subjetivos tanto en el tipo como en las causas de justificación y de que no es posible determinar un juicio sobre la tipicidad, como tampoco ante la juridicidad, sino que se toma en cuenta además de los elementos objetivos, los subjetivos.

Deben analizarse los elementos subjetivos y objetivos de la antijuridicidad (desvalor de acción y de resultado) de forma conjunta y de ninguna manera de forma separada

¹⁰¹ Ibidem.p.81

b) ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

La Antijuridicidad dice Franz Von Litz tiene una estructura dualista y distingue entre antijuridicidad formal (que se da cuando una conducta infringe una norma penal) de la antijuridicidad material (cuando la conducta quebrante normas morales y causa daño social).

La formal es la acción que viola una norma estatal, un mandato o prohibición del ordenamiento jurídico.

La material es toda conducta socialmente perjudicial (antisocial o asocial).

"No existen en una misma infracción una antijuridicidad formal y una material. La licitud de siempre una unidad axiológica dentro de la que pueden, empero encontrarse esos dos aspectos" ¹⁰²

La antijuridicidad entraña un juicio de valor se valora a través de las normas jurídicas a los bienes y a su vez se desvaloran las conductas que los ofenden o contradicen.

El bien jurídico de más valor es la vida frente a este nada es más importante.

Dentro del delito de robo la antijuridicidad reside en dos elementos del tipo:

⇒ Sin derecho.- " Significa que el apoderamiento de la cosa mueble debe ocurrir sin que exista un legítimo derecho del activo, en ello radica la antijuridicidad " ¹⁰³

⇒ Sin consentimiento.- "La ausencia de consentimiento por parte de la persona que puede disponer de la cosa, también es un elemento normativo exigido por la

¹⁰² Franco Guzmán, Ricardo. Citado por de Reynoso Davila, Roberto. Ob.cit, p. 86

¹⁰³ Amuchategui Requena, Irma Griselda. Ob.cit. p.372.

ley penal. Es evidente que cuando se otorga el consentimiento el comportamiento no es antijurídico y por lo tanto no constituye robo”¹⁰⁴

Dichos elementos se aplican al apoderamiento descrito en el artículo 379 del Código Penal para el Distrito Federal.

B) LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Históricamente las causas de justificación comenzaron a regularse con relación a ciertos delitos en concreto, pero por razones obvias de técnica y economía legislativa los códigos actuales, suelen ocuparse de ellas, en su parte general, (en nuestro caso en el artículo 15 fracciones III,IV,V,VI) pues en principio se consideran aplicables a todos los delitos en general.

Las causas de justificación. “ Son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica”¹⁰⁵

Es decir el sujeto activo esta autorizado en determinadas condiciones y dentro de ciertos limites a realizar conductas que son normalmente típicas. Las causas de justificación permiten, en ciertos casos, la realización de lo que por regla general esta prohibido.

Toda causa de justificación presupone una norma jurídica que autoriza la conducta y desvirtúa al tipo. La norma jurídica que la autoriza excluye a la antijuridicidad de la acción, pero no elimina a la tipicidad, es decir la acción sigue siendo típica, pero resulta permitida o autorizada por el derecho.

Con tales condiciones la acción que realiza el sujeto activo a pesar de su apariencia, resulta ser conforme a derecho, es decir, a falta de antijuridicidad

¹⁰⁴ Ibidem, p. 373.

¹⁰⁵ Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit., p 183.

podemos decir que no hay delito y que en este caso (artículo 379) el hecho se justifica.

Las causas de justificación confieren al agente un verdadero derecho de obrar, de tal manera que el sujeto afectado por la acción realizada en virtud y dentro de los límites previstos por la norma que autoriza, no está autorizado a rechazar, es decir no se permite que reaccione en contra de dicha causa de justificación, por ejemplo una persona es atacada y está obra en legítima defensa, el agresor no puede a su vez decir que el también actuó en legítima defensa. Resumiendo no cabe legítima defensa contra legítima defensa.

"Las causas de justificación excluyen de la responsabilidad criminal, de la responsabilidad civil derivada del delito en tanto que el hecho es lícito, por que quien obra amparado por una causa de justificación, obra lícitamente y su acción es conforme a derecho."¹⁰⁶

Nuestro Código Penal en vigor, al tratar a las causas de exclusión del delito, lo hace en forma general y en su artículo 15 no divide a tales excluyentes en causas de justificación, causas de inculpabilidad y causas de imputabilidad.

Dentro de este artículo también se encuentra la ausencia de conducta y la atipicidad, respecto de la primera no precisa el código cuales son estas causas, en las que se deberá entender no existe conducta.

Las causas de justificación son llamadas indebidamente así, ya que si el hecho o la conducta típica no es antijurídica, es lícita, en opinión del maestro Jiménez Huerta al decir que "La conducta que no es antijurídica no necesita justificarse;

¹⁰⁶Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Estudios Penales, Homenaje al Profesor J. Antón Omeca, Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad*. Editorial Universidad de Salamanca, España 1982. P 522

quien no lesiona un interés jurídico al obrar conforme a derecho no efectúa una conducta antijurídica que deba ser legitimada.”¹⁰⁷

Y propone cambiar la denominación de causas de justificación por la de circunstancias impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad.

Se les ha denominado a las causas de justificación:

- ↳ Causas de licitud
- ↳ Conductas típicas conforme a derecho
- ↳ Circunstancias negativas de la antijuridicidad
- ↳ Circunstancias eliminatorias de la antijuridicidad
- ↳ Circunstancias impeditivas de la antijuridicidad
- ↳ Causas de exclusión del delito
- ↳ Causas excluyentes de incriminación.

De todas las anteriores comparto la opinión de la segunda en el orden que las presente, ya que considero que expresan mejor el significado de dicha conducta, la cual no tiene por que justificarse, si se obro jurídicamente.

¿Por qué conductas conforme a derecho y no causas de justificación? Como lo explica el maestro Vela Treviño, “si partimos de una prelación lógica - cuando se llega al momento de realizar el juicio relativo a la antijuridicidad es por que se han satisfecho los pasos previos que son imprescindibles, - debe acreditarse la existencia de una conducta, - enseguida su adecuación a un tipo legal, - la conducta que es típica tiene una presunción de ser antijurídica, pues afecta en forma ilegítima al bien jurídicamente protegido por el tipo penal, - y es el juez quien

¹⁰⁷ Jiménez Huerta, Mariano. citado por Vela Treviño Sergio. *Antijuridicidad y Justificación*, segunda edición, Editorial Trillas, México 1986, p. 159.

determinará en forma definitiva si la conducta típica invadió o no los límites de lo justo y de lo injusto precisados en el tipo."¹⁰⁸

Por estas razones estamos de acuerdo con el nombre de conductas típicas conforme a Derecho.

Por otro lado " No se debe confundir a las justificantes con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación dice Soler, son objetivas, referidas al hecho, e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, impersonal e intransitiva. Los efectos de las primeras – añade Nuñez-son *erga homes* respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del mismo"¹⁰⁹

Las causas de inculpabilidad se diferencian de las causas de imputabilidad en razón de que las primeras se refieren a la conducta realizada por el sujeto activo, el cual es completamente capaz y las segundas afectan precisamente a esa capacidad de obrar.

Con fines exclusivamente didácticos Jiménez de Asúa expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

Es importante precisar si se trata de una justificante o no, ya que tiene efectos importantes como:

✱ Por ser objetivas aprovechan a todos los copartícipes.

¹⁰⁸ Vela Treviño, Sergio. *Antijuridicidad y Justificación*, segunda edición, Editorial Trillas, México 1986, p. 159-160.

¹⁰⁹ Fernández Doblado, Luis. citado por Castellanos Tena, Fernando. *Ob.cit.* p.184.

✱ No acarrear ninguna consecuencia ni civil ni penal (ya que se obro conforme a derecho)

✱ En caso de actos justificados no es admisible una causa de justificación (ya que estas suponen un comportamiento antijurídico)

✱ Anula a la antijuridicidad y por consiguiente, la culpabilidad y la punibilidad también quedan excluidas

✱ Sólo se extienden hasta el límite de la protección del bien jurídico, por lo que los excesos en las causas de justificación se traducen en comportamientos antijurídicos y se castigan.

Las causas de justificación no es que vuelvan jurídico lo antijurídico, lo que hacen es reconocer que lo que inicialmente inicio como una conducta típica es desde su inicio jurídica o conforme a derecho, este reconocimiento lo hace el juez.

Para que la conducta sea considerada como antijurídica o justificada debe ser típica, ya que no puede ser declarada justificada una conducta que no es típica.

Las causas de justificación en nuestro código penal son las siguientes:

Consentimiento del interesado (fracción III artículo 15 del código penal)

Legítima defensa (fracción IV del artículo 15 del código penal)

Estado de necesidad (fracción V del artículo 15 del código penal)

Ejercicio de un derecho (fracción VI del artículo 15 del código penal) y,

Cumplimiento de un deber (fracción VI del artículo 15 del código penal)

a) consentimiento del interesado. " Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos: a) que el bien jurídico sea disponible; b) que el titular o quien este legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer legalmente del bien y c) que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien este legitimado para consentir, estos hubieran otorgado el consentimiento."

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

c) 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 agente, lesionando a otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de enfrentarlo."

d) Cumplimiento de un deber: "La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber, siempre que exista la necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber."

e) Ejercicio de un derecho: "la acción o la omisión se realicen en ejercicio de un derecho, siempre que exista la necesidad racional de la conducta empleada para ejercer el derecho y que este no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro."

Naturaleza jurídica de las justificantes

Mezger sostiene que las causas de exclusión de la antijuridicidad se pueden fundar en:

- Ausencia de interés, e
- Interés preponderante.

Respecto, del primero "Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no solo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado, del cual libremente puede hacer uso su titular; entonces si cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derecho y por ende resulta idóneo para excluir la antijuridicidad; lo mismo ocurre cuando el derecho reputa ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto pasivo. En estos casos al otorgarse el consentimiento esta ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger. Más debe tenerse presente que generalmente los tipos contienen referencias tales como " falta de consentimiento" (del titular), " contra la voluntad", "sin permiso" etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad. Solamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos, por darlos la ley por supuestos, será la ausencia de interés fundamento de causas de justificación) "¹¹⁰

Respecto del segundo, se da cuando existen dos intereses incompatibles en el derecho y ante la imposibilidad de que ambos subsistan se opta por salvar al de mayor valía y se autoriza sacrificar al otro de menor valía, como único medio para la conservación del preponderante.

¹¹⁰ Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit. p. 187.

Así se justifica la legítima defensa, el estado de necesidad (en caso del sacrificio de un bien menor), el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

Con relación al robo, se pueden presentar las siguientes causas de justificación:

Consentimiento del interesado, no creó que se presente este como justificante, ya que como acertadamente expresa el maestro Castellanos Tena, "el consentimiento del interesado opera como una causa de atipicidad unas veces y otras como causa de justificación. Si el tipo exige una conducta se realice sin la anuencia del sujeto pasivo, opera una atipicidad; solo cuando el tipo no alude en forma expresa a tal circunstancia, se integra la justificante."¹¹¹

Y en el caso del robo, el tipo exige que se realice sin el consentimiento del que puede disponer del bien conforme a derecho, con lo cual lo que operaría si se llegara a dar este consentimiento sería una atipicidad.

Legítima defensa. " En el robo puede funcionar la legítima defensa como causa de justificación, señalando en el caso del apoderamiento del arma del agresor, sin su derecho y sin su consentimiento, como medio para nulificar el peligro de la agresión actual e injusta, que amenaza daños a bienes jurídicos."¹¹²

En contra de esta concepción se encuentra la opinión de varios penalistas como Porte Petit quien considera que "no corresponde a una legítima defensa en el robo, por que 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 el ánimo de defensa; otro es el ánimo de dominio o de lucro."¹¹³

¹¹¹ Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit. p. 218.

¹¹² Pavón Vasconcelos, Francisco. citado por Porte Petit Candaudap, Celestino .Ob.cit, p 98.

¹¹³ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob.cit, p 98.

Igualmente se manifiesta Raúl F Cárdenas, "no pienso que se pueda alegar legítima defensa para justificar un robo, pues como afirma con toda razón Sergio Vela, la declaración de que la conducta típica es conforme a derecho, no puede tener fundamento en causas que no son aplicables al tipo, anotando 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."¹¹⁴

Con relación al estado de necesidad sí se puede presentar en el robo, pero al respecto, hablaremos ampliamente más adelante en el capítulo IV.

Con relación al ejercicio de un derecho González de la Vega presenta una hipótesis del ejercicio de un derecho en el robo, diciendo que "en el apoderamiento de cosas ajenas sin consentimiento del perjudicado, pero con derecho, por ejemplo en virtud de un secuestro legal."¹¹⁵

Los Tribunales con relación al ejercicio de un derecho han establecido: "El artículo 17 de la Constitución Política de la República, establece, que *ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho*, y sí por virtud de un adeudo el reo tenía alguna acción que deducir en contra del ofendido, debió haber acudido a los Tribunales en vez de haberse llevado la mercancía propiedad de dicho ofendido."¹¹⁶

4. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

A) IMPUTABILIDAD

Analizaremos este presupuesto del elemento culpabilidad, ya que por sí solo no es un elemento del delito.

¹¹⁴ Cárdenas, Raúl F. *Derecho Penal Mexicano del Robo*, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1982, p 243.

¹¹⁵ González de la Vega, Francisco. citado por Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob.cit. p 96.

¹¹⁶ Semanario Judicial de la Federación, XXX, p.80 sexta época, segunda parte, citado por Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob.cit. p 97.

“Es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal.”¹¹⁷

“Es pues el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.”¹¹⁸

La imputabilidad se requiere para que el que realiza el robo sea culpable.

B) INIMPUTABILIDAD

Seria el aspecto negativo de la imputabilidad y a continuación se señalaran las causas que la provocan:

- a) **Trastorno mental** (artículo 15 fracción VII)
- b) **Desarrollo intelectual retardado** (artículo 15 fracción VII)
- c) **Minoría de edad.**

“La ley mexicana adopta un sistema bio-psicologico-psiquiatrico, por cuanto atiende a ese triple orden de factores para estructurar las hipótesis legales de inimputabilidad, utilizando las formulas tanto biológica (minoría de edad), como psico-psiquiatricas (estados de inconsciencia y enfermedades mentales).”¹¹⁹

Trastorno mental: se basa en la perturbación o alteración de las facultades psíquicas.

Desarrollo intelectual retardado: “Es el proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer.”¹²⁰

¹¹⁷ Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit, p.257.

¹¹⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. decimosexta edición. Editorial Porrúa, México 1999, p.408

¹¹⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob.cit. p.408.

¹²⁰ Amuchategui Requena, Irma Griselda. Ob.cit. p.79.

Minoría de edad: Se considera que el menor de 18 años, es por decirlo, así una materia dúctil, susceptible de corrección, por tal motivo no se considera que comete delitos sino infracciones.

En cada entidad federativa se establece la edad para ser imputable. Hay Estados que la contemplan a partir de los dieciseis años.

Con relación al trastorno mental no se hace la distinción en la ley de un transitorio, de un permanente y esto es importante por que dependiendo el tipo de trastorno, se trata diferente, al transitorio como no hay delito se le pone el sujeto activo en libertad, pero el permanente se le coloca en manicomio o centro de rehabilitación por todo el tiempo que sea necesario para su curación.

El transitorio puede ser por la ingestión de sustancias tales como drogas alcohol etc.

El permanente puede deberse a una alteración patológica de la psique.

Una excepción a la inimputabilidad son las llamadas acciones libres en su causa, en las que el derecho no obstante que el sujeto se encuentra en un estado de inimputabilidad (no tiene capacidad de entender y querer) es responsable de su conducta debido a un acto precedente en el cual su voluntad era libre y consiente aún cuando en el momento del acto delictivo ya no lo sea.

El robo cometido por los menores es muy frecuente, es una infracción común, que al ser realizada por menores queda fuera del código penal del distrito federal.

Igual pasa con el trastorno mental o el desarrollo intelectual retardado, solo se le aplica la medida de seguridad respectiva a cada caso de acuerdo con el artículo 69 bis Código Penal del Distrito Federal, en el cual el juzgador según proceda impondrá hasta las dos terceras partes de la pena correspondiente, o la medida de

seguridad a que se refiere el artículo 67 código penal del distrito federal, o bien ambas si es necesario.

El robo realizado bajo un trastorno mental transitorio, no hace responsable al autor del robo, pero si al recobrar la conciencia no lo devuelve y se queda con el, cometerá el delito ya señalado.

5. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

A) CULPABILIDAD

Se necesita de este elemento para que exista el robo.

“La culpabilidad es el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”.¹²¹

La culpabilidad para el maestro Villalobos consiste en: “ El desprecio que se manifiesta por franca oposición en le dolo, o indirectamente por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación por el mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa”.¹²²

Como se expresa en la anterior definición la culpabilidad se divide en dos formas: el dolo y la culpa.

a) Dolo

“El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho”¹²³

¹²¹ Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit, p.234.

¹²² Villalobos, Ignacio. citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit, p.234.

¹²³ Amuchategui Requena, Irma Griselda. Ob.cit. p.83.

b) Culpa

“ La culpa en ella se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución debiendo ser previsible y evitable”¹²⁴

El artículo 8 del Código Penal del Distrito Federal define al dolo y a la culpa como a las únicas formas de realizar un delito.

Con las reformas de 1994 desapareció la preterintencionalidad, pero en algunos códigos paneles estatales aun se conserva esta figura

Con relación al robo, es un delito eminentemente doloso en virtud de que se requiere para la comisión de este, la intención del sujeto activo para su comisión.

“El robo contiene un dolo genérico consistente en querer apoderarse de la cosa y un dolo específico: con animo de dominio”¹²⁵

“ La ley no hace referencia al robo específico, el animo del agente.”¹²⁶

Es decir nuestro Código Penal no menciona este elemento consistente en el animo de lucro para que se integre el delito de robo.

Por tal razón al requerir el robo un dolo genérico y uno específico, no se puede dar la culpa.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación manifiesta en una ejecutoria que “ El robo nunca puede ser delito de culpa cuya característica esta constituida en

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Domenico Pisapia, Gian. citado por Porte Petit Candaudap, Celestino. *Robo Simple*, segunda edición. Editorial Porrúa, México 1989, p 115.

¹²⁶ Evelio Tabio, citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. *Comentarios de Derecho Penal (Parte Especial)*, cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1995.p 65.

cuanto al elemento subjetivo por la simple negligencia impericia o imprudencia, y decir que se cometió el robo por simple descuido o por accidente ocasionado por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, resulta una expresión sin sentido, por lo que para que pueda tenerse por consumado el delito de robo, es preciso que haya en el inculpado el animo de lucrar o de apoderarse de la cosa."¹²⁷

B) CAUSAS DE INCULPABILIDAD

"La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad " ¹²⁸

" El problema de la inculpabilidad, escribe Fernández Doblado, representa el examen ultimo del aspecto negativo del delito. Así, solamente puede obrar a favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad" ¹²⁹

Son causas de inculpabilidad:

- a) **Error esencial de hecho invencible** (artículo 15 fracción VIII)
- b) **Eximentes putativas** (artículo 15 fracción VIII inciso b)
- c) **No exigibilidad de otra conducta** (artículo 15 fracción IX)
- d) **Caso fortuito** (artículo 15 fracción X)

a) El error y la ignorancia son cuestiones psíquicas del sujeto activo, pero con diferencias sustanciales, en el error se presenta una idea falsa de la realidad y en la ignorancia no hay tal idea, ni cierta ni falsa, simplemente se desconoce el hecho.

¹²⁷ Semanario Judicial de la Federación XLIV p 178, quinta época, cita de Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob.cit, p 116

¹²⁸ Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit, p 257

¹²⁹ Fernández Doblado, Luis. citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit. p.258.

b) Las eximentes putativas “ se entienden como las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente al realizar un hecho típico que el derecho pena, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, permitida, lícita, sin serlo”¹³⁰

c) La no exigibilidad de otra conducta “ se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento”¹³¹

d) Caso fortuito. La ley lo contempla en su artículo 15 fracción X pero no lo define. Si lo entendemos con su antigua definición la cual decía “es circunstancia excluyente de responsabilidad..... “

“Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas”

“Al respecto el maestro Franco Guzmán al comentar la anterior fracción X del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, afirmaba acertadamente que en realidad no se trata de una causa de inculpabilidad; si el hecho realizado es lícito, no puede ser antijurídico, si no es antijurídico, no esta en condiciones de ser culpable”¹³²

En el robo pueden presentarse el error esencial e invencible, de un elemento típico, como puede ser la ajeneidad de la cosa o el consentimiento, ya que la cosa puede ser propia, abandonada o no tiene dueño, o bien el consentimiento del pasivo es otorgado y ya no se presenta este elemento.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que “ si el apoderamiento de una cosa ajena es inspirado por una equivocación fácilmente

¹³⁰ Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit. p.267.

¹³¹ Ibidem. p.270.

¹³² Franco Guzmán. Ricardo. Citado por Castellanos Tena, Fernand., Ob.cit. p.267.

explicable por la similitud con otra de igual característica y sin que el agente tuviera el propósito de causar daño patrimonial, y al percatarse de su error, lo comunico a la autoridad, demostrando con ello su falta de intencionalidad, resulta incluso que no puede tener existencia el delito de robo".¹³³

Las eximentes putativas se pueden presentar en el robo tales como "defensa putativa, estado de necesidad putativa, cumplimiento de un deber putativo y ejercicio de un derecho putativo, en los cuales el deficiente conocimiento del autor recae sobre la naturaleza antijurídica real del apoderamiento, estimado falsamente lícito por suponerse amparado en un inexistente causa de justificación".¹³⁴

Con respecto a la no exigibilidad de otra conducta encuentra fundamento en la teoría normativa de la culpabilidad, pues solo 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 ligan estrechos lazos de amistad o afecto, no sería culpable de robo porque su acción ha sido movida por una voluntad viciada o no libre que suprime uno de los elementos del dolo.

Un ejemplo sería el presentado por el maestro Raúl F. Cárdenas en el cuál se menciona que "un policía amagado por malhechores en un asalto bancario, no resiste la coacción a causa de inculpabilidad basada en la *Vis compulsiva* no lo excusa por cuanto a la obligación que tiene de proteger a la institución, cuya vigilancia se le ha confiado, pero bien sea fundados en el estado de necesidad o en la no exigibilidad de otra conducta, no se le puede considerar responsable de acarrear por ejemplo el botín alcanzado por los malhechores a los vehículos empleados para el asalto o de no tratar de impedir este, llegando hasta el sacrificio innecesario de su vida, en el supuesto que no pueda resistir por la

¹³³ *Semanario Judicial de la Federación*, CXXXII, p 17, quinta época, citado por Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob.cit. p 120.

¹³⁴ Rodríguez Davesa. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. *Comentarios de Derecho Penal (Parte Especial)*, cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1995.p.68

naturaleza del ataque, debe tenerse en cuanto cada caso concreto, pues las situaciones pueden variar desde la responsabilidad penal, administrativa o la ausencia de culpa"¹³⁵

El caso fortuito no se presenta en el robo.

El estado de necesidad presenta una dualidad: una como justificante y una como exculpante.

Como exculpante cuando la jerarquía de bienes son del mismo valor. "El juez esta obligado a ubicar el estado de necesidad en el campo que le corresponda en la teoría del delito y lo debe hacer atendiendo a la naturaleza del bien sacrificado en relación con el bien salvado, de esto surgirá la causa de justificación o de inculpabilidad según sea la realidad del caso de que se trate".¹³⁶

Con relación al bien sacrificado se presenta que para el sujeto activo lo propio es superior a lo ajeno, aún que para la ley no es suficiente este razonamiento para autorizar salvar lo propio y sacrificar lo ajeno, se autoriza sacrificar lo ajeno y salvar lo propio es porque es inhumano exigirle a alguien que actúe en contra de su propia e íntima naturaleza, es decir no se puede exigir un comportamiento excepcional, heroico, ya que la ley va dirigida a una sociedad integrada por seres humanos comunes, donde los héroes son la excepción y la regla general es el hombre común y corriente.

Considero que en el robo de famélico puede darse una causa de inculpabilidad, no por haber conflicto de bienes de desigual valor, sino porque no se justificaría una conducta que atenta contra la vida de otra persona, se roba para poder sobrevivir, chocan dos valores la propiedad y la vida en este caso no hay duda de que se

¹³⁵ Cárdenas. Raúl F. *Derecho Penal Mexicano del Robo*, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1982.p 273

¹³⁶ Vela Treviño, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*, decimotercera reimpresión, Editorial Trillas, México 1997.p 297.

trate de una causa de justificación pero qué pasa si al que roban también se encuentra en las mismas condiciones que el sujeto activo, como por ejemplo dos indigentes o hambrientos se encuentran en le mismo dilema de perder la vida, y uno de ellos es poseedor de un poco de comida, con ella podría sobrevivir un tiempo más que el otro hambriento y este a su vez se la roba y huye provocando con esto que el otro muera, considero que no sería una causa de justificación, sino una de inculpabilidad por la no exigencia de otra conducta al tener situaciones similares de indigencia el sujeto pasivo y el activo.

La jerarquía de los bienes en conflicto no sería propiedad (comida) contra vida (hambriento) sino vida contra vida, porque al saber que le quita su comida sabe que va a morir de hambre y aún así lo hace para salvar su ropa vida sacrificando con ello la del otro.

6. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

A) PUNIBILIDAD

Se analizará a la punibilidad no como elemento del delito sino como una consecuencia de éste.

" Es la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social"¹³⁷

La punibilidad no es un elemento del delito y compartimos el punto de vista de Raúl Carrancá y Trujillo, Ignacio Villalobos, Castellanos Tena y Porte Petit entre otros, de que no lo es por las siguientes consideraciones:

¹³⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, decimosexta edición, Editorial Porrúa, México 1999, p 487.

Raúl Carrancá y Trujillo: " Al hablar de las excusas absolutorias afirma que tales causa dejan de subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena, de esto se infiere que para él la punibilidad no es un elemento esencial del delito; si falta (las excusas absolutorias forman parte del factor negativo) el delito permanece inalterable."¹³⁸

Ignacio Villalobos: "La pena es la reacción de la sociedad o el medio de que esta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo... pero ni esto significa que la punibilidad sea parte del delito, como no es parte de una enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiarán los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible... Si a pesar de ser así, creyéramos en el empeño de incluir en la definición la punibilidad tendríamos para ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar esta característica, necesidad de consignar otras en idénticas condiciones y decir que el delito es un acto humano típicamente antijurídico, culpable, punible, reprochable, dañoso, temible, etc."¹³⁹

Porte Petit: " Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hechos típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad lo cual viene a confirmar que esta no es un elemento sino una consecuencia del delito"¹⁴⁰

Castellanos Tena: " La punibilidad, merecimiento de una pena, no adquiere el rango de elemento esencial del delito, porque la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento, es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo"¹⁴¹.

¹³⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl. citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit, p 276.

¹³⁹ Villalobos, Ignacio. citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit, p 276 y 277.

¹⁴⁰ Porte Petit Candaudap, Celestino. citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit, p 277 y 278

¹⁴¹ Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit, p 130 y 131

De los delitos patrimoniales es el más cometido, “ El fundamento del castigo de este delito (robo) procede de la naturaleza de la propiedad, la que necesita ser tan garantizada como la misma persona humana, de la que no es más que una extensión; esto debe ser así, no tan solo porque es justo, sino también sin esa garantía, desaparecería con el tiempo la propiedad misma, a la que solo da vida el interés individual, lo que produciría notable trastorno en la sociedad. Dada también la naturaleza de la propiedad, que es la que en definitiva proporciona el bienestar al hombre, no es de extrañar que haya quien careciendo de ella, quiera obtenerla a toda costa, y de aquí el número de delitos que continuamente se ve la Ley precisada a castigar y el cuidado con que la misma trata tan delicada materia.”¹⁴²

La punibilidad en el robo es un problema muy complicado y es que el polifacético delito de robo es variante en cuanto a los motivos que lo originan.

“El robo es una manifestación material de la circulación ilícita de la riqueza mobiliaria en perjuicio de la colectividad. Se observa su evidente naturaleza económica porque, a pesar de que su etiología es muy compleja, reconoce como causa muy constante y preferente la desproporción patrimonial entre un escaso número de privilegiados y la masa de miserables, obstinándose los primeros en no ser desalojados, en mantener un feudalismo económico, mientras sobre la vida de millones de seres pesan la ignorancia, la insuficiencia de los alimentos, las habitaciones malsanas, el salario exiguo frecuentemente defraudado y el alcoholismo, que producen como infortunadas consecuencias los fenómenos de la mendicidad, la vagancia y del crimen”¹⁴³.

Los móviles o motivos más frecuentes son muy diversos y van desde el deseo de satisfacer ocasionalmente sus necesidades más elementales (robo de famélico) hasta la exagerada codicia o avaricia (los llamados delitos de cuello blanco).

¹⁴² *Enciclopedia Universal Europea-Americana* citada por González Quintana, José. *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1998, p. 806.

¹⁴³ González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano, Los delitos*, vigesimosexta edición, Editorial Porrúa, México 1998, p. 182.

Cesare Beccaria opina " Quien procura enriquecerse de lo ajeno debiera ser empobrecido de lo propio. Pero como ordinariamente este delito proviene de la miseria y desesperación, cometido por aquella parte infeliz de hombres, a quien el derecho de propiedad (terrible y acaso no necesario) ha dejado solo la desnuda existencia... seria justa la esclavitud por cierto tiempo, que hace a la sociedad señora absoluta de la persona y trabajo del reo para resarcirla con la propia y perfecta dependencia del injusto despotismo usurpado contra el pacto social." ¹⁴⁴

De lo anterior se desprende que el considera que debe de privarse de la libertad al que roba y ponerlo a trabajar para que pague lo que robo, en caso de que no tenga bienes con qué pagar.

Se ha optado por un sistema minuciosamente objetivo y casuista en el cual la pena es más o menos en razón del monto de lo robado y se puede agravar por determinadas circunstancias calificativas en cuanto al modo, lugar de comisión o simplemente personales del autor.

En este sistema el juez tiene un amplio margen para establecer la pena de acuerdo con un mínimo y un máximo que le da la ley en el uso de su prudente arbitrio judicial.

B) EXCUSAS ABSOLUTORIAS

" Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictuoso de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena " ¹⁴⁵

¹⁴⁴Beccaria, Cesare. *De los delitos y las Penas*, Traducción de Juan Antonio de las Casas. Alianza Editorial, Madrid 1992, p. 64-65

¹⁴⁵ Castellanos Tena, Fernando. *Ob.cit*, p 278

Se dejan sin pena ciertos delitos porque el legislador por razones de justicia o equidad así lo prefiere llevando con esto una política criminal prudente y dejando impunes estas conductas.

El código penal del distrito federal contiene excusas absolutorias en los artículos 151, 247 fracción IV, 280 fracción II, 334, 375 y 400.

Artículo 151. Se excusa a ciertos familiares de un detenido, procesado o condenado, cuando favorezcan su evasión, excepto si proporcionan la fuga mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas.

Artículo 247 IV. Se refiere a la falsedad de declaración de un acusado, el cual esta amparado por una causa de no exigibilidad de otra conducta, ya que la constitución le otorga en el artículo 20 el derecho de expresar lo que considere conveniente para él.

Artículo 208 II. Se exime de pena a los familiares del homicida si ocultan, destruye o sin la debida licencia sepultan el cadáver del occiso.

Artículo 334. (Reformado el 24 de Agosto del 2000) No se aplicará sanción:

- I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación, o de una inseminación artificial no consentida;
- II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora;
- III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que pueden dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada.

IV. Que sea el resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

Se le informara a la mujer embarazada de una manera objetiva, veraz y eficiente sobre los riesgos y consecuencias para que tome la decisión de forma libre, responsable e informada

Artículo 400. No se aplicará la pena en los casos de las fracciones III (en lo referente en el ocultamiento del infractor) y IV (cuando se trate de: a) ascendientes descendientes consanguíneos o afines, b) cónyuge, concubina, concubinario o parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo grado y c) los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivado de motivos nobles.

Con relación a este artículo, se discute si la excusa solo beneficia a los parientes, familiares, a los demás no, es que el delito no se integra para unos y para otros si, no lo que pasa es que el delito esta formado por una serie de elementos entre los cuales no esta la punibilidad y al no ser parte del delito, es una consecuencia de este, si fuera lo contrario no seria lógico exigir responsabilidad a los extraños o terceros que participaron ya que no habría delito por falta de punibilidad.

Artículo 375 Se relaciona al robo y establece que cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario mínimo, sea restituida la cosa por el infractor espontáneamente y pague éste los daños y perjuicios causados, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de violencia.

Se basa esta excusa en que el agente se arrepiente y paga los daños y perjuicios causados, siendo su temibilidad o peligrosidad mínima.

En relación al robo de famélico, sólo Carrancá y Trujillo considera que el **artículo 379** del Código Penal del Distrito Federal es una excusa absolutoria y basa sus razonamientos de la siguiente manera.

"Es una excusa de impunidad, fundada en la utilidad social que se revela en presencia de un estado de necesidad específico, y de aquí vemos, que el artículo 379 del Código Penal una real excusa absolutoria, de círculo por tanto más restringida que el amplísimo de los estados de necesarios previstos en el artículo 15 fracción IV del Código Penal del Distrito Federal."¹⁴⁶

"Su naturaleza de esta excusa resulta de ser la primera vez que se perpetua el robo, de no emplearse en la ejecución el engaño ni la violencia, de ser objeto del delito aquellos satisfactores que son estrictamente indispensables frente a las necesidades propias o familiares cuyo imperio momentáneo representa el peligro de perecer de hambre, frío, enfermedad, etc. Desde el punto de vista de "utilitatis causa", todas estas circunstancias fundan ampliamente la impunidad del primer robo, tanto más por que el indigente no acredita ninguna peligrosidad."¹⁴⁷

7. CONDICIONES OBJETIVAS Y SU AUSENCIA

A) CONDICIONES OBJETIVAS

Tampoco son un elemento del delito pero se trataran para conocerlas, con independencia de la postura que se tenga sobre la concepción del delito.

"Son aquellas que exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación."¹⁴⁸

¹⁴⁶ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. *Código Penal Anotado*, decimosexta edición, Editorial Porrúa, México 1996, p.920,

¹⁴⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, vigésima edición, Editorial Porrúa, México 1998, p. 58.

¹⁴⁸ Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit, p 279

Si estas condiciones se presentan en la descripción legal, serán partes integrantes del tipo penal, si faltan son meros requisitos ocasionales.

Con relación al robo Raúl F Cárdenas expresa que “en estas circunstancias, el artículo 375, encaja en los conceptos elaborados por la doctrina y en el mismo encontramos condiciones objetivas que influyen concreta y exclusivamente sobre la penalidad. El delito existe, pero no se sanciona, si se cumplen las condiciones mencionadas en él.”¹⁴⁹

Artículo 375. “Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces de salario mínimo, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague este todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.”

Por otro lado, el penalista Pavón Vasconcelos, considera que en el **artículo 399 bis** se presentan estas condiciones objetivas expresando que “el robo cometido por los sujetos cuyas calidades se precisan en razón del parentesco que los liga con el paciente del delito, genera responsabilidad penal la subordinación de la perseguibilidad del hecho concreta su punición a la previa petición, en tal sentido, del agraviado, a través de la querrela respectiva. Con esta manipulación de voluntad es independiente de la tipicidad de la conducta, de su antijuridicidad y de la culpabilidad del autor, tiene carácter extrínseco con la relación a tales elementos del delito y en consecuencia constituye una verdadera condición objetiva de punibilidad.”¹⁵⁰

Estamos de acuerdo con lo antes expuesto por los autores en dichos comentarios con relación al robo y no así con lo que expone el maestro Carrancá y Trujillo con relación al artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal.

¹⁴⁹ Cárdenas, Raúl F., *Derecho Penal Mexicano del Robo*, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1982.p 276.

¹⁵⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Comentarios de Derecho Penal (Parte Especial)*, cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1995. p.83.

B) AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS

"Basta la existencia de un solo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia. Muy raros delitos tienen penalidad condicionada."¹⁵¹

¹⁵¹ Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit. p.278

***“No basta admitir que no debe castigarse al que roba por
necesidad absoluta de hambre; es más importante
establecer el principio por el cual
se justifica el hecho”***

Francesco Carrara

CAPÍTULO IV

EL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad es tan antiguo como el hombre mismo y es que el hombre es justamente su historia.

1. RESEÑA HISTÓRICA

Durante la historia se han presentado varios casos, y diversas legislaciones los han contemplado. A continuación mencionaremos solo algunos, pues ya la mayoría se mencionaron en el primer capítulo.

BABILONIA. El antecedente más remoto se encuentra en el código de Hammurabi (2500 años antes de Cristo), en su artículo 134 dice " si alguien es hecho prisionero y, no habiendo en su casa de que vivir, su mujer entra en casa ajena esta mujer es inocente" ¹⁵²

INDIA. Las leyes de Manú también mencionan al estado de necesidad en varios de sus pasajes. "La sustracción de lo que es indispensable para celebrar un sacrificio (ley XI, 21) " ¹⁵³

JUDEA. "Los tratados de los rabinos encierran numerosos casos de necesidad, altamente interesantes. El tratado Baba Metsia hablaba de dos viajeros sin víveres perdidos en el desierto, y de los cuales uno posee una botella de agua, que distribuida entre los dos no les salvaría, pero que para uno solo sería suficiente y le permitiría ser del desierto. ¿Cuál es el deber del propietario de la botella?. Los rabinos discuten, Ben Petora quiere *que los dos mueran*.

¹⁵² *Código de Hammurabi*, traducido y comentado por Reyes Echandía, Alfonso citada por el mismo en *Antijuricidad*, primera reimpression de la cuarta edición, Editorial Temis, Colombia 1998, p. 62.

¹⁵³ Jiménez de Asúa Luis, Ob.cit, p. 299-300.

R. Akiba declara, por el contrario, que *la conservación propia debe ser preferida a la de otro.*"¹⁵⁴

GRECIA. Ya Aristóteles decía que " la acción ejecutada en estado de necesidad es voluntaria pero forzosa."¹⁵⁵

Y señala en su libro *Metafísica* sobre la necesidad en el delito, "el delito consiste en la violación de la ley y en la voluntad de violarla; lo que se hace por coacción es involuntario. Yo no se si lo que se hace por temor de males mas grandes o por algún motivo honorable... es lo que hace el navegante que, golpeado por la tempestad, echa al agua la carga de su barco, ya que nadie conscientemente, con su gusto y sin motivo, perderá lo que posee. En cambio todo hombre sensato hace fácilmente el sacrificio para salvar su vida. Considerad si la acción puede ser inofensiva"¹⁵⁶

ROMA. A parte de los ya citados en el capitulo uno se encuentran el de " la mujer que hubiese cometido adulterio quedaba excusada cuando se encontraba entre enemigos, y la que por pudor no revelase al marido la afrenta sufrida"¹⁵⁷

De los mas conocidos está el ejemplo de la *Tabula Unius Capax* atribuido a Carneades en el cual un naufrago priva de la vida a otro naufrago al verse en la necesidad de decidir entre morir los dos o salvarse él, ya que el madero solo soporta el peso de uno.

Esta figura fue muy conocida en el derecho Romano, y se imponían diversas condiciones como las siguientes:

¹⁵⁴Stammler, citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit p.300

¹⁵⁵ Aristóteles. Citado por Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, segunda edición, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina 1990, p. 173-174.

¹⁵⁶Aristóteles, citado por Ferreira D., Francisco José. *Teoría General del Delito*, Editorial Temis Colombia 1998. P 289.

¹⁵⁷Modestino. citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit p 302.

1. Que la gente no tuviera otro fin que evitar el mal
2. Que no se trate de solo un temor y que el mal no se pudiera evitar de otro modo.
3. No amparaba el estado de necesidad al que lo hubiera provocado por sí mismo el mal.
4. Tampoco amparaba a los que tienen que afrontar el peligro por deber, como eran soldados, esclavos o mensajeros, aún a costa de sus propias vidas.

DERECHO CANÓNICO. Exigía que el estado de necesidad cumpliera con ciertas reglas:

1. Que la necesidad sea inevitable y presente
2. Que sea verdadera y no simulada
3. Que no se deba a la culpa de quien la sufre.

ESPAÑA. Las siete partidas ofrecen algunos ejemplos, así en " la ley tercera, título XV de la partida séptima excusa la conducta de quien causa un daño en los bienes de otro por defender los suyos; la ley doce del mismo título exonera de responsabilidad a quien derribe la casa intermedia entre la que se incendia y la de su propiedad, porque con tal acción no sólo se salva la casa en peligro de quemarse sino también de la villa; sin embargo la ley aclara que el riesgo de incendio ha de ser tan grave *que lo non puedan amatar a menos de destruir las cosas que son cerca della*"¹⁵⁸

En el Fuero Real se llega al extremo de convenir en que "los padres comiesen a sus hijos mejor que rendir por hambre la fortaleza (ley 8, tit. 27)"¹⁵⁹

" Segut el fuero real de España, seyendo el padre cercado en algund castillo que tuviesse de señor, si fuesse tan coyado de fambre que non oviesse al que comer,

¹⁵⁸Reyes Echandia, Alfonso. Ob.cit. p. 63-64

¹⁵⁹ Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. quinta edición, Editorial Porrúa, México 1990.p. 374

*puede comer al fijo sin mal estancia ante que diesse el castillo sin mandato de su señor (L. 8 , tit.27, p.4)*¹⁶⁰

2. ESTADO DE NECESIDAD (NATURALEZA JURIDICA)

Mucho se ha discutido sobre esta figura y muy variadas opiniones se han dado sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad. A continuación señalaremos algunas:

1. " Vuelta al estado de naturaleza) (Grocio, Le Sellyier)
2. Violencia moral (Tiraqueau, Mathaeus, Puffendorf, Rossin, Trebutien, Laborde, Garraud)
3. Teoría de acciones mixtas, semivoluntarias, semiforzadas (Aristóteles, Filanghieri)
4. Debilidad humana.
5. Instinto d conservación (Janka)
6. Inutilidad de la ley penal (Kant, Bentham, Feuerbach, Garcon)
7. Falta de temibilidad (Alimenea)
8. Teoría del simple delito civil (Halschhener)
9. Irrelevancia jurídica (Fichte)
10. La vida es un derecho absoluto, superior a todos los otros (Hegel)
11. Conflicto de derechos (Cremani, Stammler, Berner)

¹⁶⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Ob.cit. p. 571-572.

12. Conflicto de bienes (Moriaud)¹⁶¹

A continuación analizaremos algunas de estas teorías:

A) TEORÍAS EXTRAJURÍDICAS

Señalan que el estado de necesidad esta fuera del derecho penal, es decir su fundamento no esta en la ley sino fuera de ella.

Fichte considera que "hay estado de necesidad cuando dos seres libres caen por simple casualidad natural y no por ataque uno de ellos, en una tal posición que ninguno de los dos puede salvar su vida mas que sacrificando la de su compañero, sin cuya inmolación los dos perecerían; en consecuencia, inmolar a otro en defensa de la propia vida, no es conforme ni contrario a derecho, es algo que sale del mismo"¹⁶²

Puffendorf "encuentra el fundamento de esta justificante en el llamado derecho natural, estimando que la necesidad rebasa los limites del Derecho Positivo, creando un criterio extrajurídico al negar toda validez del ordenamiento positivo."¹⁶³

Maurach "explica el imperio de la necesidad, haciendo a un lado el derecho vigente, para aprehender la esencia en el hecho mismo, el hombre que lo genera en su interior. No es el derecho el que lo justifica sino su personalidad ajena al desorden productora de hechos socialmente valiosos. Quien defiende sus derechos, actúa socialmente correcto; no es un desvalor jurídico, por no ser un desvalor moral, ni social."¹⁶⁴

¹⁶¹ Serrmet, citado por Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Ob.cit. p. 571-572

¹⁶² Fichte. citado por Reyes Echandia, Alfonso. Ob.cit. p.65

¹⁶³ Puffendorf. Citado por Pavón Vascelos, Francisco. Ob.cit, p. 354

¹⁶⁴ Ferreira D. Francisco José. Ob.cit, p. 292

Kant "lo necesitado no se justifica por el derecho, sino por los valores morales, que en este caso superan el ordenamiento positivo."¹⁶⁵

"La pena impuesta contra el acto ejecutado por necesidad estará desprovisto de utilidad social, bien por que no logra el fin que se propone --intimidación, enmienda, prevención, defensa, etc.-- o bien por que estos objetivos se alcanzaron ya sin tener que recurrir a medios represivos. Una pena inútil es injustificable, por eso el delito necesario debe quedar impune"¹⁶⁶

Janka "la acción se convierte en lícita pues *ad impossibilia nulla obligatio* y la conservación de sí mismo, es la suprema ley de la naturaleza, que un sano sentimiento jurídico debe reconocer"¹⁶⁷

B) TEORÍAS SUBJETIVAS

Son varias y en general están de acuerdo en no sancionar al agente que obra en estado de necesidad en razón del carácter subjetivo predecible del mismo.

"Filangieri desarrolla la teoría de las acciones mixtas en función de la debilidad humana, pues si bien las leyes deben inspirar la perfección moral, no tienen derecho a exigirla."¹⁶⁸

Es decir no se le puede exigir a una persona común y corriente que reaccione como un héroe y sacrifique su vida en aras de salvar la de otra.

La violencia moral trata de fundamentar el estado de necesidad en la coacción que sobre la voluntad del agente produce la amenaza del mal actual o inminente.

¹⁶⁵ Loc.cit.

¹⁶⁶ Kant citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p. 333

¹⁶⁷ Janka. citado por Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Ob.cit. p.572

¹⁶⁸ Filangieri. Citado por Antón Oneca, José. *Derecho Penal*, segunda edición. Editorial Akal. España 1986, p. 295

Feuerbach "considera a la necesidad como el origen de una coacción de la naturaleza irresistible, impulsora del hombre para realizar el acto ofensivo al bien ajeno. Justificase el resultado a virtud de que el autor fue constreñido por la propia necesidad, constitutiva de una fuerza irresistible, de tal manera que al actuar no tuvo libertad de escoger libremente su proceder, facultando la libertad de elección."¹⁶⁹

Ausencia de temibilidad, posición de la escuela positiva "la razón de la no punibilidad de la conducta del que obra en estado de necesidad es para ella, fundamentalmente la ausencia de temibilidad que demuestra el sujeto en razón de la finalidad no antisocial que lo guía."¹⁷⁰

C) TEORÍAS OBJETIVAS

Colisión de derechos (unitaria). Hegel fundamenta la justificación condicionando la preponderancia del bien superior.

"Cuando el hombre ejecuta un derecho necesario no puede invocar la existencia de la violencia moral: la impunidad de ese acto debe aplicarse apreciando su naturaleza intrínseca, esto es, situándose en el punto de vista objetivo. El estado de necesidad es un conflicto de derechos, de donde nace un derecho. Él mas absoluto de todos es el derecho a la vida; por eso todo lo que ataque es una lesión infinita de la existencia y produce una pérdida de los derechos . No permitir a un individuo salvar su vida en peligro, seria negarle de golpe todos sus derechos."¹⁷¹

Conflicto de bienes (unitaria). Stammler "cuando dos bienes del mismo valor se hallan en un conflicto en que el orden social es impotente de resolver, es preciso decidir, según el resultado efectivo del combate, según la fuerza de la que han

¹⁶⁹ Feuerbach citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob.cit, p. 355

¹⁷⁰ Eugenio Florian citado por Reyes Echandia, Alfonso. Ob.cit, p. 67.

¹⁷¹ Kant citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit, p. 349

dado prueba los bienes, teóricamente iguales, cual es aquel cuya conservación tiene, en especie, mas valor para la sociedad y debe en consecuencia, ser aprobado por la ley. El vencido ha sucumbido con aprobación del derecho, porque se ha mostrado el mas débil y, por lo tanto el menos precioso para el derecho."¹⁷²

Teoría del estado de necesidad como causa de inculpabilidad. Esta teoria comienza con Reinhard Frank desde 1901 y se fundamenta principalmente en que "en el estado de necesidad lo que falta es la culpabilidad, no debe hallarse entre las circunstancias que eliminan lo antijurídico, por eso se le tiene oscilando entre las causas de impunidad, sin haber encontrado paz en la literatura jurídica."¹⁷³

Esta teoría se basa en que no puede tener doble naturaleza jurídica, por que ya sea que el bien sacrificado sea mayor o menor siempre será la conducta culpable.

"El acto de robar, matar, lesionar, etc., en caso de extrema necesidad es un acto ilícito, aunque pueda acordarse su inculpabilidad... No obstante, procede considerar que, si bien el autor del hecho ejecutado en caso de necesidad queda sustraído a toda responsabilidad penal, es factible en cambio, gravarlo con la responsabilidad civil indemnizatoria. Esta parece como justo, pues si el favorecido penalmente con el actuar necesario salvó su derecho, debe reparar económicamente a quien por ello resulto sacrificado en el suyo."¹⁷⁴

Otra razón para considerar que no es una causa de justificación se presenta por que "a diferencia de las justificantes, donde se elimina la antijuridicidad, aquí no se da el caso del *hecho previo*, que siempre se hace presente en las causas de justificación."¹⁷⁵

¹⁷² Stammer citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p. 349

¹⁷³ Reinhard Frank. Citado por Ferreira D. José. Ob.cit. p. 293

¹⁷⁴ Meza Morales, Fernando. *Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia*. Año LIX, Segunda Epoca Vol. LVI Numero 27, Colombia, Marzo de 1997, p. 118

¹⁷⁵ González Quintana, José Antonio. . *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1998, p.403

Teoría de la diferenciación o valuación de bienes (binaria)

Los juristas alemanes plantean la tesis más aceptada en la actualidad y la basan bajo el principio de la valuación de bienes jurídicos.

"Goldchmidt fue el primero en sacar la doctrina del estado de necesidad de la confusión verdaderamente lamentable en que se hallaba, y mediante una consideración diferenciada, presente ya en el siglo XIX en la obra de Berner, la abrió a una nueva comprensión. La teoría de la diferenciación, admitida hoy con base en la contraposición entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad justificante." ¹⁷⁶

Cuando los bienes en conflicto son de igual valor surge la causal de inculpabilidad, por la no exigibilidad de otra conducta y cuando son desiguales (el sacrificado es menor al salvado) se esta en presencia de una causa de justificación ya que se buscó el salvar el interés preponderante.

Tratándose de bienes iguales "la postura dominante representada por Ferrer Sama, Rodríguez Muñoz, Díaz Palos, Jiménez de Asúa, Sainz Cantero, Puig Peña, Cuello Calon, Del Rosal y Rodríguez Davesa entienden que en este caso la conducta es típica y antijurídica, pero no es culpable, siendo esta la posición jurisprudencial."¹⁷⁷

3.- MODALIDADES DEL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad puede presentar distintas modalidades según implique el choque o conflicto entre deber y derecho, derecho y derecho o deber y deber, a continuación señalaremos los casos:

¹⁷⁶ Hans Heinrich, Jeschek. *Tratado de Derecho Penal*, (traducido por el Dr. Manzanares Samaniego, José Luis, cuarta edición, Editorial COMARES, España 1993, p. 317

¹⁷⁷ Díaz Palos. Citado por Luzon Cuesta, José María. *Compendio de Derecho Penal*, décima edición, Editorial DYKINSON, España 1998, p. 119

A) CONFLICTO DE DERECHOS. Se presenta en dos formas:

a).- Derechos de igual valor y

b).- Derechos de desigual valor

Con relación a los primeros surge cuando se lesiona un bien jurídico para proteger a otro de la misma naturaleza. Por ejemplo, el derecho a la vida que todos tenemos, si se da muerte a otra persona, se lesiona un derecho de la misma intensidad.

Los segundos se presentan en caso de que se sacrifiquen bienes jurídicos ajenos (ya que si son propios no afectan a terceros) de menor valor para salvar uno propio de mayor jerarquía. Por ejemplo, el robo de alimentos (robo de famélico) si está en peligro la vida del agente; aquí chocan dos derechos, la propiedad y la vida sacrificando el primero para salvar al segundo, o cuando los bomberos destruyen parte de un edificio, para salvar a las personas atrapadas en un incendio.

B) CONFLICTO DE DEBERES. Aquí lo que se enfrentan son obligaciones no derechos exigibles jurídicamente a la misma persona, la cual tiene que decidir ante el dilema de no poder cumplir eficazmente dos simultáneas obligaciones; optando por atender la mas urgente o la de mayor importancia o trascendencia.

Por ejemplo, el médico que descuida a un paciente por atender a otro víctima de un grave accidente o enfermedad, o el del policía preventivo que deja ir al sujeto que atropello a una persona, por quedarse a proporcionarle los auxilios necesarios al mal herido transeúnte.

Este caso "se diferencia del estado de necesidad ordinario, en que aquí el autor tiene que infringir uno de los deberes en pugna, haga lo que haga."¹⁷⁸

¹⁷⁸Hans Heinrich, Jeschek. Ob.cit, p. 328

D) CONFLICTO ENTRE DEBER Y DERECHO O VICEVERSA

Se presenta cuando se tiene un derecho o un deber y este se ve en conflicto con su opuesto, no quedando otro remedio que elegir entre uno u otro.

Por ejemplo, el deber de un medico de prestar ayuda o auxilio a una persona herida que se encuentra en el camino, pero este va huyendo de un sujeto que pretende lesionarlo, choca el deber de prestar auxilio y el derecho de salvar su vida, o el caso de los sobrevivientes de los Andes que tuvieron que elegir entre el deber de respetar la integridad de los cuerpos de sus compañeros muertos y el derecho de conservar sus propias vidas, consumiendo esa carne para poder sobrevivir, lo mismo puede ocurrir al revés. En tales casos hay que tomar en cuenta que importancia tiene uno y otro.

4.-FUNDAMENTO LEGAL DEL ESTADO DE NECESIDAD

SINTESIS HISTÓRICA

A) Código de 1871.

En el código de 1871 "se regulaba en las fracciones X y XI de su artículo 34, separaba al temor, como caso de violencia moral y por lo tanto excluyente de culpabilidad, del estado de necesidad como causa de justificación de la conducta; limitaba a esta ultima a la posibilidad de causar daños en propiedad ajena, y por su puesto que no hubiera otro medio de impedir el mal, que es en lo que consiste la necesidad referida al hecho típico que se consuma, exigir que el daño causado fuera menor que el trataba de evitarse."¹⁷⁹

¹⁷⁹ Villalobos, Ignacio. Ob.cit p. 382

B) Código de 1929.

Menciona al estado de necesidad en su artículo 45 fracción VII, pero considerando a este estado como un robo de famélico diciendo:

"La indigencia no imputable al que sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez del alimento indispensable"

Creemos que no debe confundirse el legislador y tratar de constreñir el amplísimo estado de necesidad a solo el robo de famélico, cada cosa debe ir en su lugar, sino se caería en el absurdo de legislar casos específicos del genérico estado de necesidad (como actualmente se encuentran en los artículos 379 y 334 del código penal vigente y es que su impunidad de estos delitos ya esta plasmada en su artículo 15 fracción V), razón, por la cual este artículo no debe ir ni en la parte general ni en la especial ya que no abarca al estado de necesidad en toda su extensión.

Al hablar de un estado de necesidad solo de indigentes desvirtúa tan amplia figura, no es posible pensar que la razón de la impunidad en el estado de necesidad sea la indigencia.

C) CODIGO DE 1931.

Se regulaba en el artículo 15 fracción IV diciendo:

"La necesidad de salvaguardar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro; de un peligro real, actual e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial."

Podemos ver que no hace referencia a la provocación del estado de necesidad ni al deber de afrontar el peligro.

Hasta 1985 en el artículo 15 fracción IV se encontraban juntos el estado de necesidad justificante y el exculpante, solo que el exculpante era basado en el temor fundado o miedo grave.

"Así en la misma fracción IV del artículo 15, nuestro código contiene, otra causa de inexistencia del delito que actualmente se considera como eliminatoria de la culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta diferente. Se trata de lo que nuestra ley denomina temor fundado y que la doctrina reconoce con el nombre de *Vis Compulsiva*. Dice el artículo se excluye de responsabilidad a quien actúe bajo el temor fundado e irresistible de en mal inminente y grave en la persona del contraventor, y luego continúa la redacción ocupándose del estado de necesidad."¹⁸⁰

Como se encontraban juntas estas dos excluyentes del delito se propuso se separan y "en la iniciativa de ley del poder ejecutivo federal, de 24 de Septiembre de 1985, en la parte correspondiente a esta fracción IV, se establece. La presente iniciativa sugiere la separación entre la excluyente del estado de necesidad, por una parte, y los del miedo grave y el temor fundado, por la otra, que actualmente se recogen en un solo texto."¹⁸¹

Se cambió y se separaron estas dos hipótesis quedando el estado de necesidad justificante en la fracción IV y la exculpante en la fracción VI.

Como más adelante veremos, no tiene razón de ser esta unión, pues son cosas distintas una causa de justificación que una de inculpabilidad.

Posteriormente se reforma y quedan en dos fracciones distintas la IV y la VI quedando así:

¹⁸⁰ Vela Treviño, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*, decimotercera reimpresión, Editorial Trillas, México 1997.

¹⁸¹ Díaz de León, Marco Antonio. *Código Penal Federal con Comentarios*, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1997, p. 38

Artículo 15 son causas excluyentes de responsabilidad penal:

Fracción IV "Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente y que este no tuviera el deber jurídico de afrontarlo, siempre que no exista otro medio más practicable y menos perjudicial a su alcance."

Fracción VI "Obrar en virtud de miedo o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente."

Con las reformas de 1994 se plasmaron donde deberían de ir, el miedo grave como causa de imputabilidad, ya que el sujeto al presentarse éste queda momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión, fracción VII trastorno mental transitorio del actual código penal vigente. Y el temor fundado quedó dentro de la no exigibilidad de otra conducta en la fracción IX al no poderle exigir al agente obrar de forma diversa a la que actuó.

"Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro hacia afuera y el temor de afuera para adentro."¹⁸²

Posteriormente se hicieron reformas y hasta antes de 1994, decía el artículo 15 "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal..."

Fracción IV "Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, ni por grave imprudencia por el agente, y que este no tuviera el deber jurídico de

¹⁸² Vejar Vázquez, Octavio. citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob.cit, p. 230

afrontar, siempre que no exista otro medio más practicable y menos perjudicial a su alcance."

Por iniciativa del presidente Carlos Salinas de Gortari se envió al Congreso con el fin de apoyar y dar una mayor agilidad a la lucha contra la delincuencia, así como renovar institutos jurídicos ya sobrepasados y en el decreto del 10 de Enero de 1994 se reformó sustancialmente al derecho penal modificando los artículos 16, 19, 20, 119 y 107 fracción XVIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cambiando desde el título al artículo 15 quedando como sigue:

El delito se excluye...

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

Así "nuestro legislador en la reforma del 10 de enero del 1994, ha optado por la teoría de la diferenciación (cuyo primer patrocinador fue Goldschmit), con carta de identidad en la dicotomía o contraposición del estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante, cuya traducción practica se proyecta en el dilema de si el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta todos los aspectos relevantes, considera adecuada la acción realizada en estado de necesidad o bien si solamente la estima como disculpante"¹⁸³

D) PROYECTOS QUE CONTEMPLARON AL ESTADO DE NECESIDAD

El proyecto del código penal para el distrito federal de 1949 no distinguía entre bienes de igual o menor jerarquía. (Artículo 15 fracción V).

¹⁸³ Márquez Piñero, Rafael. *ARS JURIS. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, número 14, 1995, p. 149.

El de 1958 en su artículo 12 fracción II menciona que se considera estado de necesidad, el sacrificio de un bien menor así como de uno de igual valor, no hace distinción.

El proyecto del código penal tipo para república mexicana de 1963, en su artículo 23 fracción V hace la diferenciación de bienes entre menor e igual valor.

El proyecto del código penal del instituto nacional de ciencias penales (INACIPE) de 1979 lo menciona en su artículo 19 fracción IV

" No hay delito cuando se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real actual o inminente, que no se tuviere el deber jurídico de afrontarlo, no culposamente, lesionando otro bien jurídico de igual o menor valor"¹⁸⁴

El proyecto del código penal del distrito federal en materia del fuero común y para toda la república en materia del fuero federal de 1983 en su artículo 12 fracción IV, hace la distinción entre bienes de igual o menor valor.

5.- ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

Analizaremos cada elemento de este precepto, pero antes veremos que cualidades deben tener los sujetos.

"Como solo pueden justificarse los comportamientos que son hechos lesivos al bien jurídico de terceros, se requiere la presencia de alguien que se mueva por necesidad y de otro que soporte la injerencia o agresión del primero."¹⁸⁵

¹⁸⁴ Porte Petit Candaudap, Celestin. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, decimoctava edición, Editorial Porrúa, México 1999, p. 435

¹⁸⁵ Armaza Galdos, Julio E. *Anuario de Derecho Penal 93*, Editorial Asociación Peruana de Derecho Penal, Perú 1997, p.38

SUJETO ACTIVO

El que obra ante la amenaza de un peligro real, actual o inminente, salvando un bien propio o ajeno, sacrificando uno de menor o igual valor al salvado.

SUJETO PASIVO

Es la persona física o moral, que soporta los efectos de la acción típica realizada por el sujeto activo.

Una persona no puede ser sujeto activo y pasivo simultáneamente.

"Así como no existen delitos en contra de sí mismo porque no puede ser sujeto pasivo de ellos el propio sujeto activo, tampoco el necesitado que destruye lo que le pertenece realiza una acción justificante, pues su hecho no es típico."¹⁸⁶

A) SE OBRE

Es decir se actúe se realiza una acción y que esta tenga una relevancia jurídico penal.

"Sin embargo recordemos que un bien jurídico puede ser vulnerado por acciones o por omisiones, el verbo utilizado no comprendería estas últimas, a menos que, aferrados en justificar el término, afirmáramos que omitir es un *hacer nada* o un *hacer cualquier otra cosa diferente a la ordenada*."¹⁸⁷

Por ejemplo el encargado de cambiar las vías del tren para que este siga otra dirección, no lo hace por que se da cuenta que en las vías esta un camión atravesado que no puede salir de ahí y si cambia las vías es muy probable que el tren los arroye matando a muchos niños, así decide no hacer nada y deja que el

¹⁸⁶ Cousiño Mac Iver. Citado por Armaza Galdos, Julio E. Ob.cit. p.39

¹⁸⁷ Ramos Rivera, José Luis. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, Año XXIII, Número 69, Septiembre-Diciembre 1990 P. 947

tren se siga de frente y que también muy probablemente se descarrile tirando su carga de madera que traía.

Su deber era un hacer, cambiar las vías y no hizo nada, realizó una omisión y con ello salvaguardo las vidas de los niños y sacrifico al tren con su carga de madera.

B) POR NECESIDAD

Debe entenderse que obra por un impulso irresistible, que hace que las cosas se realicen de forma inevitable en cierto sentido. Lo que inevitablemente va a ser o a suceder.

El concepto de estado necesidad ha tenido varias acepciones así "Kant lo denominó derecho de necesidad; los franceses lo conocieron como delito necesitado; algunos italianos de principios del siglo XIX lo denominaron hecho necesitado; así como también hecho de necesidad; posteriormente se le llamo estado de peligro. En España se oyen nombres como tales como estado de urgencia, estado de asistencia o estado de indigencia. Designándolo como estado de necesidad lo incluyó Zanardelli en el código italiano de 1889."¹⁸⁸

C) DE SALVAGUARDAR UN BIEN JURÍDICO

Respecto a los bienes jurídicos que se deben salvaguardar, " todos los derechos son salvaguardables, como todos los derechos son defendibles en la legítima defensa: vida, integridad corporal, libertad, pudor, honor, propiedad etc."¹⁸⁹

Y es que el texto legal, cuando habla de salvar la persona o los bienes propios o ajenos, indudablemente no se coloca en los puntos de vista patrimoniales o del derecho civil, según los cuales solo podría entenderse por bienes aquello que

¹⁸⁸ Ferreira D. Francisco José, ob.citp. 289-290.

¹⁸⁹ Jiménez de Asúa Luis, *Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito*, sexta edición, Editorial Sudamérica, Argentina 1996, p. 310.

constituye la riqueza o lo que puede ser estimado en dinero; es un precepto penal y por lo tanto debe ser interpretado de acuerdo con los fines y preocupaciones del derecho penal, que se refieren a la tutela de los bienes jurídicos o de los intereses sociales en que se comprende toda la vida, la integridad, el honor, la libertad, el patrimonio, etc."¹⁹⁰

Solo se limita con relación a los bienes que el bien sacrificado sea menor o de igual valor.

"Es posible sacrificar un derecho cualitativamente inferior para salvar uno superior o al menos de igual valor, pero jamás uno superior para salvar otro inferior, esta es la conocida teoría de la discriminación."¹⁹¹

D) PROPIO O AJENO

Respecto de los bienes propios no hay mucho problema, es causar un daño menor o igual a un bien jurídico ajeno para salvaguardar uno propio de mayor valor o jerarquía.

Pero tratándose de terceros se dice que hay "razones de solidaridad humana que explican que ante la inminencia de peligro grave sobre un tercero, otra persona actúe para salvarlo aun en perjuicio de ajenos intereses; no es necesario que el tercero sea consiente del peligro que cierne sobre él, ni de que apruebe o impruebe la intención extraña en su favor; basta que el daño sea inminente y que así lo entienda quien decide actuar para contrarrestarlo."¹⁹²

Por lo antes expuesto y por que le interesa al derecho proteger intereses de mayor valor, no obstante que se sacrifiquen otros de menor valor y aun siendo de terceros.

¹⁹⁰ Villalobos, Ignacio. Ob.cit, p. 383.

¹⁹¹ Mezger. Citado por Ferreira D, José Francisco. Ob.cit, p. 297

¹⁹² Manzini Vincenzo. Citado por Reyes Echandia, Alfonso. Ob.cit, p. 78

E) DE UN PELIGRO

"El peligro a que hace referencia el estado de necesidad, puede proceder de un tercero, de la naturaleza o de los animales. La valoración de la situación del peligro tiene que ser valorada a través de un juicio *ex ante* y no *ex post facto*."¹⁹³

El peligro es un presupuesto del daño y como se dijo puede provenir de:

- a) Una persona que realiza actos voluntarios o involuntarios, por ejemplo, un granjero que al regar su parcela se descuida e inunda la de su vecino, o una involuntaria el que realiza una persona que le dan ataques epilépticos y causa un peligro.
- b) Por un hecho de la naturaleza, como pueden ser terremotos, inundaciones a causa de lluvias, incendio por caso fortuito, huracanes, etc.
- c) Por un animal o cosa, puede presentarse que sea atacado el sujeto por un animal salvaje o cualquier animal que pueda provocar un peligro, puede ser una vaca, perro, serpiente, alacrán, tarántula, pez globo, etc.

Peligro no es la efectiva lesión, sino el inicio de riesgo, es decir un evento considerable con posibilidad de daño, este desde que se presenta ya es inminente.

No hay peligro si el agente lo provoca con su comportamiento delictuoso, " no hay estado de necesidad si en el sentido jurídico penal puntualizado; ya que el sujeto estaría obligado a soportar las consecuencias de su actuar originario. (*Así el asesino que por escapar de la policía causa destrozos en la propiedad de*

¹⁹³ Malo Camacho, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1998. P.420

*terceros, nunca, por mas preocupante que sea su situación, podrá alegar que los daños los ejecuto en estado de necesidad.)*¹⁹⁴

F) REAL, ACTUAL O INMINENTE

Real quiere decir que no sea imaginario, fantasioso, o figurado ya que si es imaginario entonces estamos ante un caso de estado de necesidad putativa y encuadraría en otra causa de exclusión del delito pero no en la de justificación.

Actual "el mal o peligro ha de ser actual o inminente, pues si hay tiempo suficiente para evitarlo sin violencia, no podrá excusarse el acto necesario realizado"¹⁹⁵

Inminente quiere decir que "el peligro ocurra en el momento o en uno inmediatamente anterior a la destrucción del bien sacrificado."¹⁹⁶

Es decir lo que esta próximo ha suceder y convertirse en un daño.

Cabe distinguir que si el encuentro dañoso ya se produjo, para que opere la justificación, los efectos dañosos han de persistir en el momento en que se actúa, ya que no es posible justificar un acto si el peligro ya ha cesado o se consumó el daño.

F) NO OCASIONADO DOLOSAMENTE POR EL AGENTE

Este elemento condiciona a la justificante y obliga al sujeto a que solo lo protegerá si él no ha creado dicha situación de hecho con pleno conocimiento de su resultado, es decir, "en su virtud de aplicación de la eximente se excluirá cuando

¹⁹⁴ Armaza Galdos, Julio E. *Ob.cit*, p.40

¹⁹⁵ Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*, Tomo I, decimoctava edición, Editorial Bosch. Barcelona 1993, p.345

¹⁹⁶ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Curso de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México 1999, p. 267

el sujeto haya querido directamente provocar la situación de necesidad y cuando habiendo representado su provocabilidad, la haya aceptado."¹⁹⁷

En caso de que el peligro se genere por culpa, si opera la justificante (tratándose de el sacrificio de un menor para salvar un mayor)

La razón de esta condicionante (no dolosamente) es en virtud de que la conducta realizada va a sacrificar bienes ajenos o de un inocente y el derecho no puede reconocer esta acción, protegiendo al que dolosamente provocó esta situación de necesidad.

No hay que olvidar que la ley impone que tratándose de un estado de necesidad el daño sufrido debe soportarse y no procede defensa legítima.

"En cambio no se nos inhabilita el estado de necesidad si culposamente originamos la situación. El que un día roba un panecillo para no morir de hambre, no importa que, por haber dilapidado su fortuna, se coloque en la miseria culposamente."¹⁹⁸

En el mismo sentido Labatud Glenda opina "si el peligro deriva de la culpa del necesitado, la mayoría de los autores admiten la subsistencia de este instituto, supuesto importante tratándose del hurto necesario, ya que un individuo puede llegar a la extrema miseria por su propia culpa."¹⁹⁹

Sólo el maestro Villalobos opina que aun tratándose de conducta dolosa debe ser justificada y dice que "el único caso en que seguramente aun obrando en estado de necesidad, no se puede invocar la excluyente, es aquel, en que con intención

¹⁹⁷ Sainz Cantero, José A. *Lecciones de Derecho Penal*, quinta edición. Editorial Bosch. España 1999, p. 609

¹⁹⁸ Jiménez de Asúa, Luis. *Ob.cit.*, p. 310

¹⁹⁹ Labatud Glenda, Gustavo. *Derecho Penal I*, novena edición. Editorial Jurídica de Chile. Chile 1992, p. 104

dirigida a provocar tal estado y prepararse su impunidad, el contraventor haya originado el peligro contra el que actúa después."²⁰⁰

G) LESIONANDO OTRO BIEN

"La lesión que se ocasioné para alejar el peligro debe constituir la *ultima ratio*, es decir, recurso extremo de salvación; por lo mismo la fuga, de ser posible e idónea, ha de preferirse a la agresión."²⁰¹

Esto en razón de que se afectan bienes de terceros inocentes.

La lesión puede recaer en "en una cosa que en si misma es causa del peligro (en un animal furioso que nos acomete violentamente, en una barca empujada por la corriente y que esta a punto de causar daño, etc.) o en una cosa extraña al peligro, es decir neutral, (utilización de una barca ajena para salvar a una persona que se ahoga, apoderamiento de un extinguidor para sofocar el fuego en un edificio, tomar el caballo ajeno para ir en busca de un medico, robar alimentos para no morir de inanición)."²⁰²

H) DE MENOR O IGUAL VALOR QUE EL SALVAGUARDADO

Se presentan dos hipótesis:

- a) Que se sacrifique un bien jurídico inferior para salvaguardar otro de mayor jerarquía.
- b) Que se sacrifique un bien jurídico de idéntica jerarquía a la del bien salvaguardado.

²⁰⁰ Villalobos, Ignacio. Ob.cit, p. 388

²⁰¹ Giuseppe Bettiol citado por Reyes Echandia, Alfonso *Derecho Penal*, quinta reimpresión de la undécima edición, Editorial Temis. Colombia 1996. p.163

²⁰² Mezger citado por Cortes Ibarra, Miguel Angel. *Derecho Penal*, sexta edición, Editorial Cárdenas editor y distribuidor, México 1995, p. 233

La primera hipótesis que es la que nos debe ocupar principalmente, no hay mucho problema ya que la conducta desplegada es justificable como se ha venido exponiendo a lo largo de este trabajo.

Esta justificación se basa en la jerarquía de los bienes, no en la postura de lo que lo propio es superior a lo ajeno, ya que para que él que realiza la acción califique los bienes y actúa conforme a esta valuación, pero la conducta es analizada por el juez, y ya sea que la confirme o la desvirtúe y la coloque fuera de la excluyente de responsabilidad.

El problema empieza cuando los bienes son de igual valor ya que se considera que hay antijuridicidad y lo que no hay es culpa por la no exigibilidad de otra conducta.

Aquí la doctrina opina lo siguiente " la polémica se dibuja tratándose de terceros que actúan para salvar un bien frente a otro de igual jerarquía, ambos ajenos, pues si en este caso a los titulares de los bienes en conflicto les ampara una causa de inculpabilidad, se sostiene que ello no debe amparar también al tercero; salvo personas que caigan dentro de cierto círculo de parentesco, y mayor desacuerdo reina con relación a los bienes propios o ajenos, al honor, al pudor, a la libertad."²⁰³

Pero todavía peor cuando se sacrifican bienes de igual jerarquía pero salvar a un bien jurídico ajeno, ya sea la vida o la propiedad.

Siempre se ha considerado a la vida como el más valioso de los bienes jurídicos, pero tiene ciertos límites ya que no se podría justificar que a una persona se le extirpe un órgano cualquiera que este sea para salvarle la vida a otra persona. O el caso de que para una mujer resulte más valioso su honor que aun su propia vida.

²⁰³ Carrancá y Trujillo. Raúl y Carrancá y Rivas. Raúl. Ob.cit. p.575

I) SIEMPRE QUE EL PELIGRO NO SEA EVITABLE POR OTROS MEDIOS

"Habrá de considerarse la acción como inevitable, no solo cuando no exista en sentido absoluto otro medio para evitar el mal que se trata de impedir, sino también cuando existiendo algún procedimiento menos perjudicial, este no haya podido ser apreciado por el agente o al menos resulte explicable el que no lo haya previsto, dadas las condiciones en que se actuó."²⁰⁴

Es decir "la acción no es necesaria, si el peligro podía evitarse de otro modo."²⁰⁵

Si el que obra tiene la posibilidad de actuar de diversa forma para evitar el riesgo, y no lo hace, no es posible que le ampare esta justificación y es que no hay que olvidar que se causa daño a un inocente, cuando se obra en este estado, considerando que es preferible escoger la fuga si es posible.

J) QUE EL AGENTE NO TUVIERA EL DEBER JURIDICO DE AFRONTARLO

Respecto a este elemento se entiende que el que acepta un cargo o ejerce una profesión acepta también los posibles riesgos derivados de su actividad.

El deber jurídico puede tener varias fuentes así puede ser impuesta por la ley, o por medio de un contrato, por ejemplo en la primera tendríamos a los bomberos, policías o militares, quienes son servidores públicos y la ley les impone este deber, por el otro lado los que contratan ya sea por su profesión u oficio como pueden ser los médicos, los salvavidas, el instructor de alpinismo, guardaespaldas o los policías privados.

²⁰⁴Ferrer Sama citado por Labatut Glana, Gustavo, Ob.cit p.105.

²⁰⁵Bacigalupo, Citado por Armaza Galdos, Julio. E. Ob.cit, p.41

Con relación a los impuestos por la ley, solo los obliga si están en funciones y es que "se les exige el dominio del instinto de conservación, incluso en el caso limite de peligro para su vida, porque la comunidad ha de confiar en las mismas precisamente bajo tales circunstancias, y se delinean con precisión los contornos de una calidad de garante, en relación a las víctimas, como una fuerte obligación para el agente de soportar el peligro."²⁰⁶

En el otro caso los del contrato solo obliga a lo acordado en el mismo y dentro de lo estipulado.

Ester precepto no debe entenderse como absoluto ya que "no hay exigibilidad de afrontar una muerte segura."²⁰⁷

Y es que si se acepta una muerte segura, las condecoraciones por el acto se otorgan por haber estado precisamente *más allá del deber*."²⁰⁸

6.- ESTADO DE NECESIDAD SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON LA LEGÍTIMA DEFENSA

A veces se puede llegar a confundir esta figura con la legitima defensa y es que son muy parecidas tratándose de bienes propios de igual valor, es decir para salvaguardar la vida propia sacrificando la vida de otra persona.

Y es que se había dicho que la legitima defensa no es mas que un estado de necesidad privilegiado, así "los antiguos tratadistas, como Berner, decían que existe un *derecho de necesidad*, de donde derivan, a su vez la legitima defensa y el estado de necesidad"²⁰⁹

²⁰⁶ Márquez Piñero, Rafael. Ob.cit. p.154

²⁰⁷ Zaffaroni. Citado por Ramos Rivera, José Luis. Ob.cit. p.950

²⁰⁸ Ramos Rivera, José Luis. Ob.cit. p.950

²⁰⁹ Jiménez de Asúa, Luis. Ob.cit. p.303

Son diferentes en esencia la legítima defensa y el estado de necesidad ya Carrara decía "la legítima defensa es una reacción y el estado de necesidad una simple acción."²¹⁰

Otra es que en la legítima defensa la agresión proviene de un injusto agresor y en concreto de una persona, mientras que en el estado de necesidad puede provenir de un hecho de la naturaleza, de un acto humano o de un animal o cosa, en el estado de necesidad se presenta una colisión de bienes legítimos, en la legítima defensa uno de ellos es jurídicamente reprochado, en el estado de necesidad se presenta un *ánimus conservationis* y en la legítima defensa un *ánimus defendi*, otra sería que la legítima defensa siempre es una causa de justificación, mientras que en el estado de necesidad se pueden presentar dos aspectos uno como causa de justificación y otro como causa de inculpabilidad, basada en la no exigibilidad de otra conducta.

Son semejantes en que ambas se basan en un interés preponderante, que ambos casos son causas de justificación (excepto tratándose de bienes iguales) y por lo tanto no procede la reparación el daño al ser lícita la conducta.

7.-) EXTENSIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD

Se faculta al agente a obrar en salvaguarda de sus bienes propios, pero también a los ajenos debe entenderse que igual pueden ser personas o bienes, aunque tratándose de bienes el problema no es tan difícil que tratándose de personas y es que cuando se sacrifica un bien menor para salvar un mayor, se entiende la conducta justificada. Como ya se habló en el numeral dedicado a los bienes de menor o igual valor tratándose de salvar la vida de un tercero, se sacrifica la vida de otro, y es que el problema, consiste en que las dos vidas valen lo mismo. Y es que si se limita el derecho de necesidad, solo hasta determinados sujetos, no

²¹⁰ Carrara. Citado por Cortes Ibarra, Miguel Angel. Ob.cit, p.229

hasta todos: los que estarían dispuestos a sacrificarse ellos mismos por la persona en cuyo favor inmolan a otro, los amigos íntimos, los ascendientes y descendientes, las personas unidas por lazos de reconocimiento."²¹¹

La doctrina se divide en dos posturas una dice que "cuando se trate de un estado de necesidad en que están en conflicto bienes de igual valor sacrificándose alguno de ellos, no cabe la existencia del estado de necesidad a favor de tercero, por tratarse de una causa de inculpabilidad, por la no exigibilidad de otra conducta; causa que es personal y que por lo tanto no beneficia a tercero."²¹²

Y la otra que considera que" con criterio realista y justo pudiera estimarse que solo el arbitrio judicial puede que terceros han estado capacitados para intervenir y aun si fuere procedente el perdón judicial."²¹³

Nos inclinamos mas al segundo, ya que puede ser que atendiendo a los hechos concretos pudiera resolver con mas justicia el juez.

8.- EXCESO DEL ESTADO DE NECESIDAD

"El exceso nace de la posibilidad de usar otro medio menos perjudicial."²¹⁴

De acuerdo con la definición del estado de necesidad en la ley pide que no sea el peligro evitable por otros medios y es que si el medio empleado supone un daño mucho mayor al indispensable, se presentaría un exceso, el cual puede originarse conociendo este exceso (dolo) o por simple imprudencia (culpa).

²¹¹ Janka y Moriaud citados por Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Ob.cit. p.575

²¹² Porte Petit Candaudap Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, decimoctava edición, Editorial Porrúa, México 1999, p.445

²¹³ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carranáa y Rivas, Raúl. Ob.cit. p.575

²¹⁴ Bramont Arias, citado por Armaza Galdos, Julio E. Ob.cit, p.40

Según el artículo 16 del código penal para el distrito federal si se incurre en exceso se castigará como delito culposo.

No hay que olvidar que se castiga por que se van a sacrificar bienes jurídicos de un tercero y la ley tiene la obligación de protegerlo a el también, permitiendo que se lesionen sus bienes jurídicos le estrictamente indispensable, castigando el exceso se obliga al agente a causar el menor daño.

9.- CASOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL

La ley señala casos específicos e innecesarios, tal es el caso de los artículos 379 y 334 del código penal del distrito federal, los cuales caben dentro del amplísimo estado de necesidad regulado en el artículo 15 fracción V.

EL ARTÍCULO 379 dice: "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento."

Respecto de este precepto, algunos autores consideran que este artículo se aplicaría al primer caso que se presentara reuniendo sus requisitos claro (por una sola vez, sin engaños, ni violencia) y si se volviera a dar se aplicaría ya ahora si la fracción V del artículo 15 es decir este artículo es desechable se utiliza una sola vez y después se olvida por que ya no se puede volver a aplicar a una misma persona en el supuesto caso que se vuelva a presentar la situación de estado de necesidad.

Este artículo estorba y en lugar de beneficiar al que actúa bajo esta circunstancia, lo perjudica por que primero no puede alegar el estado de necesidad amplio y general, sino que como existe este artículo en particular, que supuestamente lo protege o al menos yo creo que es lo que quiso plasmar el legislador, al darle trato especial y especificar que quedaría impune, parecería que mas bien lo hizo para

proteger la propiedad privada, imponiéndole tanto requisito absurdo y dejándola como intocable, al aplicarle el principio de especialidad se le debe aplicar el artículo 379 y no el 15 fracción V.

Es absurda la restricción que sea sin engaños, ya que en la actualidad la gente que vive el distrito federal, ante la inseguridad, aumenta sus precauciones y no deja nada a la mano, por el simple hecho de que todo se roban, de tal manera que si un famélico quiere robar algo para poder satisfacer sus necesidades mas elementales y seguir viviendo se vería en el caso casi seguro de morir, al no poder valerse de este medio ni del de la violencia, hoy en día casi todos sino es que todos los mercados o supermercados tienen vigilancia continua y seria casi imposible poder robar sin el empleo por lo menos de uno de estos medios de comisión.

Que pensaría el legislador que un necesitado, no actúa desesperadamente y que su reacción es casi siempre violenta pues esta en peligro su vida y o la de su familia.

Opina el Licenciado Gómez Pineda que "estos requisitos de violencia o engaño, convierten en inapelable este precepto, ya que sin temor a equivocarme dada la experiencia ministerial (10 años) y la jurisdiccional (6 años), que lleva el suscrito, nunca he conocido una conducta que encuadre en dicha hipótesis, precisamente por los conceptos ya citados."²¹⁵

EL ARTÍCULO 334. Contempla el llamado aborto terapéutico o en estado de necesidad en su fracción II.

No se aplicara sanción:

²¹⁵ Gómez Pineda, Rosendo, Revista Jurídica. Numero 002, Nueva Epoca Julio 1995, Villahermosa Tabasco, p.23

II.- Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora.

Dicha fracción consiste en la muerte del producto, para evitar la muerte de la madre, o la alteración de la salud de la mujer embarazada y es que se considera que la madre tiene un valor superior a la expectativa de vida del ser concebido es decir "triumfa la tesis de la vidas de que la vida madre tiene absoluta preferencia sobre del ser concebido, pues este no constituye mas que una esperanza de vida, mientras que ella es una realidad; si el concebido tiene derechos, éstos son inferiores a los que ya ha adquirido la madre."²¹⁶

²¹⁶ Cabanellas, Guillermo, citado por Vela Treviño, Sergio. *Antijuridicidad y Justificación*, séptima edición, Editorial Trillas, México 1996, p. 303.

CONCLUSIONES

1. Con relación al hurto famélico, poco se ha cambiado desde las épocas primitivas hasta nuestros días; podrán cambiar los fundamentos jurídicos que tratan de eximirlo de pena, lo que nunca cambia, es la sustancia que integra al núcleo del problema; esta permanece inalterable y es siempre la misma (la necesidad).
2. El hambre constituye sin duda alguna, un verdadero estado de necesidad producido por una causa de naturaleza fisiológica, estado en el cual el individuo afronta la grave disyuntiva que implica morir o el proporcionarse alimentos a cualquier precio y por cualquier medio posible, predominando sin duda, como predomina en todo ser humano, el ya conocido instinto de supervivencia o conservación. Por consiguiente esto coloca al famélico en un estado de necesidad justificante perfecto.
3. El fin de robar para alimentarse o salvarse debe anular el reproche del delito, ya que dicho apoderamiento no es con un ánimo de lucro (entendiendo por tal un provecho económico), sino con el ánimo de conservar la propia existencia (vida) o la integridad.
4. En medio de grandes masas de población, con pobreza extrema como es común en nuestro país, si bien es cierto que no todas las conductas se pueden ubicar en el estado de necesidad, si gran parte de ellas, debería ser una hipótesis prioritaria tratándose de estos delitos cometidos por desposeídos y que en estricto sentido constituye la más importante causa de exclusión del delito, "la justificación del acto"
5. No todo robo por hambre debe justificarse, sólo admite justificación aquél, que se realice impulsado por una necesidad extrema, que de no resolverse lleve al

- agente a perecer, a la muerte segura o a un grave daño para su integridad física (salud).
6. El robo de famélico es un caso de estado de necesidad que no necesita, ni precisa, ser especialmente colocado en un tipo penal; no se debe agregar un artículo en la parte especial del código penal, ya que éste tiene su lugar en la parte general del código..
 7. La ley penal no puede declarar criminal a un acto en el que el agente no tiene mas fin que el de conservar la vida o integridad.
 8. Para que tenga eficacia la causal, se requieren algunos elementos tales como, la motivación del hecho, la cantidad económica del patrimonio ofendido y la personalidad del autor.
 9. En el artículo 15 fracción V se consagra con ello una norma eminentemente humanitaria, cuya filosofía tiende a reconocer una prioridad de valores que sitúan a la vida humana por encima de los bienes materiales, dadas determinadas circunstancias que autorizan sacrificar un derecho a favor de otro de mayor entidad.
 10. Las leyes no sólo se integran por normas de carácter imperativo prohibitivo, sino también de otras de índole permisiva, las causas de justificación pertenecen a estas
 11. Se dice que la necesidad no conoce derecho, pero el derecho si conoce a la necesidad y la autoriza, si se cumplen ciertos requisitos.
 12. Todo robo de famélico es un robo en estado de necesidad, pero no todo en estado de necesidad es un robo de famélico.

13. Por todo lo antes expuesto se propone la derogación del artículo 379 del código penal del distrito federal, ya que el robo ahí mencionado se encuentra en los supuestos del artículo 15 fracción V del mismo ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

1. Almaraz, José. *Algunos Errores y absurdos de la Legislación Penal de 1931*, México 1977.
2. Amuchategui Requena, Irma Griselda. *Derecho Penal*, Editorial Oxford University Press, México 1999.
3. Antón Oneca, José. *Derecho Penal*, segunda edición, Editorial Akal, España 1986.
4. Beccaria, Cesare. *De los delitos y las Penas*, Traducción de Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid 1992.
5. Cárdenas, Raúl F. *Derecho Penal Mexicano del Robo*, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1982.
6. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. *Código Penal Anotado*, decimosexta edición, Editorial Porrúa, México 1996.
7. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, vigésima edición, Editorial Porrúa, México 1998.
8. Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, décima edición, Editorial Porrúa, México 1974.
9. Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, trigésima novena edición, Editorial Porrúa, México 1999.
10. Cortes Ibarra, Miguel Ángel. *Derecho Penal*, sexta edición, Cárdenas editor y distribuidor, México 1995.
11. Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*, Tomo I, decimaoctava edición, Editorial Bosch, Barcelona 1993.
12. Diaz de León, Marco Antonio. *Código Penal Federal con Comentarios*, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1997, p. 38
13. Ferreira D., Francisco José. *Teoría General del Delito*, Editorial Temis Colombia 1998.

14. Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, segunda edición, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina 1990.
15. Garrido Montt, Mario. *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, reimpresión de la primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1992.
16. González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, vigesimosexta edición, Editorial Porrúa, México 1998.
17. González de la Vega, Francisco. *Código Penal Comentado*, decimotercera edición, Editorial Porrúa, México 1993.
18. González de la Vega, René. *Comentarios al Código Penal*, segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991.
19. González Quintanilla, José Arturo. *Derecho Penal Mexicano*, quinta edición, Editorial Porrúa, México 1998.
20. Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, traducido por el Dr. Manzanares Samaniego, José Luis. cuarta edición, Editorial COMARES, España 1993.
21. Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito*, sexta edición, Editorial Sudamérica, Argentina 1996.
22. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Editorial Losada S.A. Argentina, 1983.
23. Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, quinta edición, Editorial Porrúa, México 1983.
24. Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*, Tomo IV, quinta edición, Editorial Porrúa, México 1983.
25. Labatud Glens, Gustavo. *Derecho Penal I*, novena edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1992.
26. López Betancour, Eduardo. *Delitos en Particular I*, quinta edición, Editorial Porrúa, México 1998.
27. Luzon Cuesta, José María. *Compendio de Derecho Penal*, décima edición, Editorial DYKINSON. España 1998.

28. Maggiore Giuseppe, *Derecho Penal*, Vol. V, tercera edición, Editorial Temis, Colombia 1989.
29. Malo Camacho, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1998.
30. Márquez Piñero, Rafael. *Derecho Penal*, cuarta edición, Editorial Trillas, México 1997.
31. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Curso de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México 1999.
32. Pavón Vasconcelos, Francisco. *Comentarios de Derecho Penal (Parte Especial)*, cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1995.
33. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, decimosexta edición, Editorial Porrúa, México 1999.
34. Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del Delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1999.
35. Porte Petit Candaudap, Celestino. *Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal*, decimoctava edición, Editorial Porrúa, México 1999.
36. Porte Petit Candaudap, Celestino. *Robo Simple*, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
37. Reyes Echandía, Alfonso. *Antijuridicidad*, primera reimpresión de la cuarta edición Editorial Temis S.A. Colombia 1998.
38. Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal*, quinta reimpresión de la undécima edición, Editorial Temis. Colombia 1996.
39. Reynoso Dávila, Roberto. *Delitos Patrimoniales*, Editorial Porrúa, México 1999.
40. Reynoso Dávila, Roberto. *Teoría del Delito*. tercera edición, Editorial Temis, México 1997.
41. Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Estudios Penales*, Homenaje al Profesor J. Antón Oneca, Editorial Universidad de Salamanca, España 1982.

42. Sainz Cantero, José A. *Lecciones de Derecho Penal*, quinta edición, Editorial Bosch, España 1999.
43. Vela Treviño, Sergio. *Antijuridicidad y Justificación*, segunda edición, Editorial Trillas, México 1986.
44. Vela Treviño, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*, decimotercera reimpresión, Editorial Trillas, México 1997.
45. Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*, quinta edición, Editorial Porrúa, México 1990.

LEYES

46. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, edición ciento veintiuna, Editorial Porrúa, México 1999.
47. Código Civil para el Distrito Federal, Editorial SISTA, México 2000.
48. Código Penal del Distrito Federal, Editorial SISTA, México 2000.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

49. Diccionario de la Real Academia Española, vigesimoctava edición, Editorial Espasa-Calpe, Tomo I, Madrid 1993.
50. Enciclopedia Jurídica OMEBA, T. XIV, Hijo-Impe, edición Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina OMEBA, Argentina 1980.
51. Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina 1962.
52. Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, P-Z decimotercera edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1999.
53. Puyo Jaramillo, Gil Miller. Diccionario Jurídico Penal, Editorial Librería del Profesionista, Colombia 1983.

REVISTAS Y PUBLICACIONES PERIODICAS

54. Armaza Galdos, Julio E. *Anuario de Derecho Penal* 93, Editorial Asociación Peruana de Derecho Penal, Perú 1997.
55. Cárdenas F. Raúl, *Revista Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales*, año XLI, Nros 7-12, México D.F, Julio-Diciembre de 1975.
56. Gómez Pineda, Rosendo, *Revista Jurídica*. Numero 002, Nueva Epoca Julio 1995, Villahermosa Tabasco.
57. Márquez Piñero, Rafael. *ARS IURIS*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Número 14, 1995.
58. Meza Morales, Fernando. *Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia*. Año LIX, Segunda Epoca Vol. LVI Número 27, Colombia, Marzo de 1997.
59. Ramos Rivera, José Luis. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, Año XXIII, Número 69, Septiembre-Diciembre 1990.

Tesis Seleccionada

Instancia: Primera Sala

Epoca: Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Volumen: LXXXVII
Tesis:
Página: 1582

ROBO POR NECESIDAD COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD.

El artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal, establece que no se castigará al que sin emplear engaño ni medios violentos se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento. Como se ve, la excluyente sólo tiene existencia legal, cuando comprueba fehacientemente que el que delinque se ve precisado, positivamente impelido por la necesidad biológica de alimentarse, a ejecutar el acto, apoderándose de objetos muebles como pan, etc., que directamente satisfacen sus necesidades o las de su familia; pero es de todo punto indispensable que el apoderamiento se realice por una sola vez, sin que se empleen medios violentos ni se ejecute el acto de manera furtiva empleando engaños u otros medios reprobables. Si consta de autos, que con anterioridad había el reo cometido un robo, esta circunstancia basta para que no tenga existencia la excluyente alegada.

MO LXXXVII, Pág. 1582.- Amparo Directo 5827/43, Sec. 1a.- García Velázquez Luis.- 21 de febrero de 1966.- Unanimidad de cuatro votos.

consulta

Tesis Seleccionada

Instancia: Primera Sala

Epoca: Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Volumen: LXXII, Segunda Parte
Tesis:
Página: 34

ROBO DE INDIGENTE (LEGISLACION DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI).

El artículo 401 del Código Penal del Estado de San Luis Potosí, que se refiere a lo que técnicamente se denomina robo de famélico o de indigente, de acuerdo con la doctrina jurídica penal, es una especie del genérico estado de necesidad, capaz de eliminar la antijuricidad de la conducta típica.

Precedente directo 7536/62. Jesús López Briseño y otro. 19 de junio de 1963. 5 votos. Ponente: Agustín Mercado Arcón.

Consulta

Tesis Seleccionada

Instancia: Primera Sala

Epoca: Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Volumen: LXX, Segunda Parte
Tema: Robo
Página: 23

ROBO. ESTADO DE NECESIDAD.

Para la operancia del robo por estado de necesidad, es insuficiente el sólo dicho del agente activo, toda vez que requiere demostrar una situación precaria por parte del que se apodera de lo ajeno, así como la urgencia de tal proceder, como medio para la satisfacción de necesidades, imperiosas, propias o de terceros.

Supremo directo 7366/62. Francisco Leos Flores. 4 de abril de 1963. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Alberto R. Luque.

Consulta

Tesis Seleccionada

Instancia: Primera Sala

Epoca: Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Volumen: CXIII, Segunda Parte
Materia:
Página: 33

AMparo DIRECTO DE INDIGENTE.

El amparo de indigente constituye un caso especial del genérico estado de necesidad, esto es, cuando el sujeto de derecho sufre por una sola vez, de objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades más elementales o sea, que el sujeto confronta una situación tal, que no le queda otro remedio que la violación de derechos ajenos, jurídicamente protegidos para salvar su existencia.

Amparo directo 3337/66. J. Juan López Martínez. 14 de noviembre de 1966. 5 votos. Ponente: Alberto González Blanco. Volumen IX, Segunda Parte, pág. 128. Amparo directo 272/58. Lázaro Martínez Martínez. 19 de marzo de 1958. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Volumen XXXIX, Segunda Parte, pág. 102. Amparo directo 5/60. Silverio Aguirre Arredondo. 23 de septiembre de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Herrera Silva. Volumen XLI, Segunda Parte, pág. 61. Amparo directo 5652/60. Eliseo Ramírez López. 10 de noviembre de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Angel González de la Vega. Volumen LXXVIII, Segunda Parte, pág. 20. Amparo directo 1648/63. Hipólito Infante Muñoz. 6 de diciembre de 1963. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Alberto González Blanco.

Consulta

Tesis Seleccionada

Instancia: Primera Sala

Epoca: Quinta Epoca

ancia: Primera Sala
nte: Semanario Judicial de la Federación
te : LXXXI
is:
ina: 3504

BO POR INDIGENTES.

excluyente consignada en el artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal que establece que no se
igará al que sin emplear engaños ni medios violentos, se apodere, una sola vez, de los objetos estrictamente
sponsables para satisfacer sus necesidades personales o del momento, es inaplicable si el delincuente cometió
ersos robos; pues la ley limita la excluyente al apoderamiento singular y no al plural, y por otra parte, el reo
e probar plenamente el estado de necesidad que lo determinó a cometer el delito.

MO LXXXI, Pág. 3504.- Amparo Directo 2228/44, Sec. 2a.- Gallegos Rico Florencio.- 16 de agosto de
4.- Unanimidad de 5 votos.

onsulta

Tesis Seleccionada

Instancia: Primera Sala

Epoca: Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XXXII, Segunda Parte
Página: 95

ROBO DE INDIGENTE Y ESTADO DE NECESIDAD.

Quedó comprobado en autos que los acusados se apoderaron de lo estrictamente indispensable para la satisfacción de sus necesidades personales o familiares del momento, porque hubiera sido bastante la apropiación de la becerrita que robaron para llenar esas finalidades; mas el hecho de llevarse además una vaca, revela, sin duda, un grado de inclinación hacia lo ajeno. La conducta de los inculpados no cabe, pues, en la hipótesis del delito que consagra el llamado robo de famélico o de indigente, ni tampoco encuadra en el artículo que establece, en forma genérica, la excluyente por estado de necesidad, cuya amplitud es obvia (ya que el delito positivo del robo de indigente estatuye una especie del genérico estado necesario). En el estado de necesidad, para salvar bienes mayores, como son indiscutiblemente la salud y la vida, es lícito sacrificar otros de menor importancia, también jurídicamente tutelados, como en el caso los semovientes; pero debe entenderse que los bienes afectados han de ser los racionalmente adecuados para que puedan salvarse los mas valiosos, extremo que no se surte en la especie, porque bastaba, según el más elemental sentido común, únicamente el sacrificio de la becerrita.

Supuesto directo 7984/59. Filemón Olguín Rivera y Coags. 26 de febrero de 1960. 5 votos. Ponente: Rodolfo Sánchez S.

Consulta

Tesis Seleccionada

Instancia: Primera Sala

Epoca: Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Volumen: CXI
Tesis:
Página: 1157

ROBO DE INDIGENTE.

Opera la justificativa de robo de indigente, si no se demostró la estrecha necesidad que impelió al reo a cometer el delito.

Supremo penal directo 7830/48. Díaz Mendoza Emilio. 15 de febrero de 1952. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Consulta

Tesis Seleccionada

Instancia: Primera Sala

Epoca: Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: IX, Segunda Parte
Tesis:
Página: 54

ESTADO DE NECESIDAD Y ROBO DE INDIGENTE.

El robo de una vaca no puede estimarse como estrictamente necesario para satisfacer necesidades personales o familiares del momento, por lo que no se está en el caso de aplicar el precepto relativo al llamado robo de indigente o de famélico, sino el correspondiente al genérico estado de necesidad, si el cuadro procesal revela la existencia de un conflicto entre dos intereses jurídicamente tutelados, a saber: la conservación de la vida o de la salud de los inculcados y el derecho de propiedad del dueño semoviente. Es indudable que la Ley autoriza el sacrificio del bien de menor rango, ante la necesidad de salvar el de mayor jerarquía que es, seguramente, el primero, es decir, la salud o la vida, desapareciendo, en esa forma, la antijuridicidad de la conducta, y como tal antijuridicidad constituye un elemento esencial, éste no puede existir sin aquélla.

Supuesto directo 4483/57. Isidoro Sinaloa Fierro. 19 de marzo de 1958. Mayoría de 3 votos. Ponente: Rodolfo Chávez S. Disidente: Genaro Ruiz de Chávez y Carlos Franco Sodi.

Consulta