

139



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

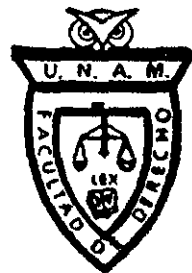
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"ESTUDIO JURIDICO DEL ROBO DE FAMELICO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALEJANDRO CASTILLO FLORES

ASESOR DE TESIS: DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GOMEZ

295899



CIUDAD UNIVERSITARIA, D.F.

2001.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



LIBERTAD NACIONAL
AVANZAMA DE
MEXICO

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 CASTILLO FLORES ALEJANDRO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. CARLOS J.M. DAZA GOMEZ, la tesis profesional intitulada "ESTUDIO JURIDICO DEL ROBO DE FAMELICO", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. CARLOS J.M. DAZA GOMEZ, 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 "ESTUDIO JURIDICO DEL ROBO A FAMELICO" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno CASTILLO FLORES ALEJANDRO.

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., 9 de julio de 2001

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**A MI SOBRINA
GABRIELA ANDREA CASTILLO VAZQUEZ.**

Para que sigas luchando con persistencia y honestidad en el camino del saber para que en el futuro seas una brillante profesionista.

**A MIS ABUELOS.
CRECENCIO FLORES MORALES Y NICOLASA ACOSTA HERNANDEZ.**

Este trabajo esta dedicado a su memoria, ya que fueron para mí ejemplo de perseverancia y fe, de abnegación y cariño. Siempre estarán en mi corazón.

A KARINA

Por su confianza, cariño y comprensión.

A MIS AMIGOS.

Con gratitud y respeto extiendo mi agradecimiento a todos aquellos que de alguna forma u otra me brindaron su apoyo y amistad en la culminación de mis estudios.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Por haberme dado la oportunidad de formar parte de su comunidad y la formación como profesionista.

**Al Licenciado
AREND A. OLVERA ESCOBEDO.**

Con gratitud y respeto extiendo mi agradecimiento por confiar en mí y haberme dado la oportunidad de poder desarrollarme profesionalmente. Gracias.

**AL Licenciado
MANUEL GOMEZPERALTA DAMIRON**

Con admiración y respeto, por el aliento constante que me brindo y por su valiosa amistad, un agradecimiento por siempre.

A MIS PROFESORES.

Noble tarea de titanes que con su inmensa paciencia conducen la nave del saber, agradecimiento, respeto y admiración merecen por su gran labor.

**A MI ASESOR.
DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GOMEZ.**

Tengo la satisfacción de que me haya dirigido la tesis de la Licenciatura en Derecho; agradezco infinitamente su paciencia maestro, admiro y acepto sus sabios consejos.

SINODOS.

A los honorables miembros que conforman el jurado en mi Examen Profesional, a quienes de antemano les doy las gracias por las atenciones prestadas a fin de llegar a la culminación de mi carrera profesional y por el valioso tiempo prestado a mí.

Y a todas aquellas honorables personas que han formado o forman parte de mi vida. Gracias.

*“Toda ciudad, por pequeña que sea, esta dividida
por los menos en dos ciudades enemigas:
la de los pobres y la de los ricos”.*

Platón.

*“Sigue siendo espantoso que un grupo de
hombres este rodeado de superfluidades
mientras que a la multitud famélica
le falta lo necesario”.*

Rousseau.

INDICE GENERAL

Pág.

Introducción.....	1
-------------------	---

CAPITULO PRIMERO

HISTORIA DEL ROBO DE FAMELICO EN MEXICO

1.1. Preshispanico.....	3
1.1.1. Aztecas.....	4
1.1.2. Mayas.....	7
1.2. Virreynal.....	9
1.3. Independiente.....	14
1.4. Codificación Penal.....	17
1.4.1. Código Penal de 1835.....	17
1.4.2. Código Penal de 1871.....	18
1.4.3. Código Penal de 1929.....	22
1.4.4. Código Penal de 1931.....	27
1.4.5. Reformas.....	29
1.5. Epoca Contemporánea.....	30

CAPITULO SEGUNDO
MARCO CONCEPTUAL

2.1. Concepto de Delito.....	33
2.1.1. Escuela Clásica.....	33
2.1.2. Escuela Positiva.....	36
2.1.3. Estudio Jurídico Sustancial.....	40
2.1.4. Derecho Positivo Mexicano.....	48
2.2. Concepto de Pobreza.....	57
2.3. Concepto de Indigencia.....	59
2.4. Concepto de Miseria.....	59
2.5. Concepto de Pauperismo.....	60
2.6. Concepto de Robo.....	63
2.6.1 Diferencia entre Hurto y Robo.....	64
2.7. Concepto de Robo de Familiar.....	65

CAPITULO TERCERO
GENESIS DE ROBO DE FAMELICO

3.1. Teorías de los Teólogos, Prácticos y Filósofos.....	69
3.2. Doctrinas Modernas que Fundamentan el Robo de Famélico.....	73
3.3. Naturaleza del Robo de Famélico.....	76
3.3.1. Fuerza Física Exterior Irresistible.....	76
3.3.2. Causa de Justificación.....	78
3.3.2.1. Estado de Necesidad.....	78
3.3.2.1.1. Concepto.....	79
3.3.2.1.2. Evolución Legislativa del Estado de Necesidad....	83
3.3.2.1.2.1. Código Penal de 1871.....	83
3.3.2.1.2.2. Código Penal de 1929.....	85
3.3.2.1.2.3. Código Penal de 1931.....	86
3.3.2.1.3. Elementos.....	89
3.3.2.1.4. Casos Regulados en el Código Penal.....	94
3.3.3. Causa de Inimputabilidad.....	96
3.3.4. Excusa Absolutoria.....	97

CAPITULO CUARTO
ESTUDIO DOGMATICO

4.1. Clasificación del Delito.....	103
4.2. Concepto Genérico de Robo.....	106
4.3. Elementos Constitutivos del Delito de Robo.....	106
4.3.1. Acción de Apoderamiento.....	106
4.3.2. Cosa.....	108
4.3.3. Mueble.....	110
4.3.4. Ajena.....	111
4.3.5. Sin Derecho y sin Consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la ley.....	112
4.4. Conducta y Ausencia de Conducta.....	113
4.4.1. Conducta.....	113
4.4.2. Ausencia de Conducta.....	116
4.5. Tipicidad y Atipicidad.....	117
4.5.1. Tipicidad.....	117
4.5.1.1. Acción de Apoderamiento.....	120
4.5.1.2. Por una sola vez.....	121
4.5.1.3. Objetos indispensables para satisfacer necesidades personales o familiares del momento.....	123
4.5.1.4. Sin emplear engaños ni medios violentos.....	126
4.5.2. Atipicidad.....	127
4.6. Antijuricidad y Causas de Justificación.....	127
4.6.1. Antijuricidad.....	127
4.6.2. Causas de Justificación.....	132

4.7. Culpabilidad e Inculpabilidad.....	140
4.7.1. Culpabilidad.....	140
4.7.2. Inculpabilidad.....	146
4.8. Punibilidad y Excusas Absolutorias.....	148
4.8.1. Punibilidad.....	148
4.8.2. Excusas Absolutorias.....	149
4.9. Derecho Comparado Nacional.....	154
Conclusiones.....	157
Bibliografía.....	161

I N T R O D U C C I O N

En México, son diversas las causas que motivan a las personas a delinquir, según se aprecia en las estadísticas, estudios de analistas y doctrinarios del derecho, así como de los propios criminólogos. Los principales factores que pueden llevar al individuo a la comisión de delitos llamados patrimoniales, que afecta la economía de las personas ofendidas, que en su mayoría es el producto de esfuerzos y sacrificios de muchos años. La mayoría de los sujetos activos, son llevados por codicia, ese deseo insano de poseer lo ajeno o de obtener fácilmente ciertos satisfactores, sin haberse esforzado en el trabajo.

No se puede evitar que conforme avanza la explosión demográfica, la sociedad entera va sufriendo problemas de toda índole, citando por ejemplo; las grandes devastaciones ecológicas, contaminaciones y residuos industriales productos del mismo desarrollo y que como consecuencia va en contra de la naturaleza, así tenemos campos desérticos, lagunas, ríos contaminados y mortandad de especies acuáticas, que en otro tiempo fueron fuentes de trabajo de miles de familias. A lo anterior, debe agregarse; las pocas oportunidades de trabajo, el salario reducido, la escasez de vivienda, deficiente educación, que redundan en nutrición y pobreza, sumiendo a nuestro país en un subdesarrollo, aunque demagógicamente se exprese que estamos en vía de desarrollo.

Esto, de ninguna manera trata de justificar a las personas que excusándose en su desempleo se dediquen a delinquir, pero si aumenta el número de personas que ante la desesperación del hambre y la enfermedad se ven en la necesidad de apoderarse en forma ilícita de lo que necesitan para satisfacer esas necesidades que en el momento lo apremian.

Por eso, es loable que los Legisladores incluyan en el Código Penal para el Distrito Federal dentro del Capítulo de exclusión del delito, el estado de necesidad en el artículo 15; 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, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

En la presente investigación, se ha realizado un Estudio Jurídico del Robo de Famélico, para tal efecto, se dividirá en Cuatro Capítulos, el Primero de ellos comprende la Historia del Robo de Famélico en México; En el Segundo Capítulo el Marco Conceptual; El Tercer Capítulo Génesis del Robo de Famélico; y finalmente en el Cuarto Capítulo Estudio Dogmático. Después de lo anterior llegaremos a la conclusión de que efectivamente, en el Robo de Famélico se opera en forma indubitable el Estado de Necesidad como Causa de Justificación de acuerdo a la preponderancia de intereses de los bienes jurídicos tutelados y por tanto, siguiendo la doctrina dominante, se propone la derogación del artículo 379 del Código Penal por ser un caso especial de Estado de Necesidad, el cual ya se encuentra previsto de manera genérica en la fracción V del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal vigente.

CAPITULO PRIMERO

HISTORIA DEL ROBO DE FAMELICO EN MEXICO

La Historia particular de la Ciudad de México permaneció encubierta por los grandes acontecimientos de la historia del país. Sin embargo, a lo largo de los siglos su historia ha formado parte de la historia de México, pero tiene su voz característica, su dinámica interna y su propia vida. Para algunos autores, la historia carece de importancia, porque se constriñe al simple relato de los hechos pretéritos, sin mayor significado. No compartimos ese criterio por ser sumamente restringido, consideramos que la perspectiva histórica permite mayor amplitud de horizontes y no únicamente para llenarse de información; si se saben aprovechar las experiencias surgidas con antelación, en ese sentido, la historia se toma dinámica convirtiéndose en una ciencia eminentemente activa y utilitarista. Por ello, el primer capítulo de esta investigación se dedica a tan importante materia, por lo que el aspecto Histórico en México se divide en tres épocas; Preshispanico, Virreinal e Independiente, a continuación se analizara cada una de ellas.

1.1 Preshispanico

A pesar de la escasa información podemos señalar, de los pueblos prehispánicos, que debido a su severidad y rigidez en materia penal, mantenían una apacible y ordenada vida social. El derecho represivo de esta época se caracterizaba por ser drástico; de ahí que la mayoría de los actos delictuosos se castigaban con pena de muerte (mediante lapidación, descapitación y descuartizamiento), el destierro, la cárcel, los azotes y las mutilaciones. Prosiguiendo, insistimos en lo exiguo de la información, estudiaremos dos de los más importantes pueblos prehispánicos: el Azteca y el Maya.

1.1.1. Aztecas

La Ciudad de México en la que hoy habitamos tuvo su origen en un islote, casi un pantano, rodeado de cañaverales en medio del Lago de Texcoco. La tribu mexicana que ahí se asentó puso término a su peregrinación al encontrar la señal que sus Dioses les habían prometido para establecer su ciudad “un águila devorando una serpiente”, con ello fue fundada México-Tenochtitlán en 1325. El lugar reunía dos condiciones favorables: permitía la defensa por estar rodeado de agua y además abastecía de alimentos a sus moradores.

A la llegada de los Españoles, este pueblo se erigía como el más poderoso y el territorio dominado por él era muy extenso; “comprendía los estados ahora conocidos como: Veracruz, Oaxaca, Guerrero, Puebla, Tlaxcala, Hidalgo, México y el Distrito Federal. Gozaban de un régimen de gobierno sustentado en la participación ciudadana y su organización no fue, como desacertadamente se ha dicho, la de un imperio, sino más bien se constituyó en una confederación de tribus dirigida por un jefe militar y por un jefe político, esto debido al concepto filosófico dual con que los aztecas concebían todos los actos de su vida. Su forma de gobierno se dividía en tres áreas o poderes: ejecutivo, judicial y religioso. El Poder Judicial. Se confería a los jueces a quienes se les investía con la personalidad de funcionarios públicos. Como características principales se distinguían por una parte, la independencia que en el ejercicio de sus funciones, guardaban frente al Poder Ejecutivo; por la otra, que, la impartición de justicia era en forma gratuita”.¹

1 - LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Historia del Derecho Penal, quinta ed., Ed. Porrúa, México 1997, p.22

Los aztecas fraccionaron la ciudad de Tenochtitlan en calpullis o barrios y con ellos se constituyó la unidad étnica y jurídica más trascendental de dicho pueblo. En cada barrio o calpulli “existía un tribunal o casa de justicia, donde se dirimían los problemas legales; para juzgar a una persona se seguían determinadas reglas”.²

En materia penal, los aztecas se esforzaron por dividir a los delitos tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado, esto es, consideraron como núcleo en la agrupación de los delitos aquello que resaltara alguna característica similar o semejante; por ejemplo, dentro de los delitos contra la vida y la integridad corporal se comprendían las lesiones y el homicidio; en lo relativo al patrimonio incluían el robo, el fraude y el daño en propiedad ajena. Aplicaban como penas principales el destierro, los azotes y la pena de muerte. La cárcel era poco común. Generalmente servía por breves períodos, se asemejaba a jaulas de madera, donde se exhibían a los delincuentes provisionalmente mientras se decretaba la sanción a que se habían hecho merecedores. “La pena de muerte se imponía a diversidad de delitos, entre ellos al traidor a la patria, al homicida, al violador, al ladrón que actuaba con violencia y a los funcionarios inmorales”.³

El Sistema Penal poseía una estricta severidad moral, una concesión dura de la vida y una gran cohesión política, así para el delito de robo se tenían las siguientes penas;

2.- Véase LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Historia del Derecho Penal, p.23.

3.- Idem.

El robo se castigaba con la esclavitud hasta que se hiciera la restitución de lo robado o con la multa del doble de la cantidad robada (una parte para la víctima y otro para el tesorero del clan), “el robo en camino real se castigaba con la pena de muerte, lo mismo que las raterías en el mercado (muerte por lapidación que era instantánea); el robo de maíz al ser esta su actividad principal se castigaba con pena de muerte o esclavitud, el hurto de oro, plata o jade, con la pena de muerte”.⁴

Por su parte Orozco y Berra Manuel, manifiesta que en las leyes que tenían los indios de la Nueva España, existía una excusa absolutoria del Robo de Famélico; “Ahorcaban a los que hurtaban cantidad de mazorcas de maíz o arrancaban algunos maizales, excepto si no era de la primera ringlera que estaba junto al camino, porque desta tenían los caminantes licencia de tomar algunas mazorcas para su camino”.⁵

El Jurista López Betancourt Eduardo, dice que: “lo más importante era la restitución al ofendido y en cuanto al hurto de cierto número de mazorcas de maíz de alguna sementera o arrancadura de cierto número de plantas útiles, la pena correspondía a la pérdida de la libertad a favor del dueño de la sementera, (una excluyente por estado de necesidad: robar de la sementera o de los árboles frutales que hay sobre el camino, cuando baste para remediar la necesidad presente)”.⁶

Siendo este el único momento en el que se hace alusión al estado de necesidad, pero sin que esto implique que hubiera alguna regulación clara y específica en cuanto al robo por necesidad, sino siendo, como ya se mencionó, una simple alusión a la situación específica.

4.- VAILLANT, C. George, *La civilización Azteca*, versión española de Samuel Vascoceles, Cap. VI, segunda ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1955, p.105.

5.- OROZCO Y BERRA Manuel, *Historia Antigua y de la Conquista de Mexico*, Ed. Porrúa, México 1978, p.226.

6 - LOPEZ BETANCOURT Eduardo, *Delitos en Particular I*, quinta ed., Ed. Porrúa, México 1998, p. 253.

Se desprende que en el antiguo México, el sistema penal poseía una estricta severidad moral, una concesión dura de la vida y una gran cohesión política. Parte de su organización se debía a sus normas que tenían para regir la conducta de sus miembros, imponiendo diversas penas a quienes incurrieran en una conducta que atentara en contra de sus principios. La restitución al ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales, en contraste con nuestro sistema de castigo, el destierro o la muerte era la suerte que esperaba el malhechor que ponía en peligro a la comunidad. Aunque se empleaban jaulas y cercados para confinar a los prisioneros antes de juzgarlos o sacrificarlos, no se recurría al encarcelamiento como medio para hacer cumplir el castigo de un crimen. Y era detestable el delito de robo ya que se imponía pena de muerte aplicada de distinta forma y la esclavitud o multa si se trataba de robo de cosas menores.

1.1.2. Mayas

Su cultura floreció fundamentalmente en la península de Yucatán, aunque en realidad se extendieron por el, Estado de Chiapas y en buena parte de la América Central. Al igual que los aztecas, se organizaron en una confederación llamado Nuevo Imperio Maya, formada por las tribus asentadas en Uxmal, Chichén Itzá y Mayapán. El pueblo maya era eminentemente religioso, profesaba la misma tesis dual de los aztecas, contaba con dos gobernantes, uno de carácter político (Canek) y el otro en el orden religioso (Kinkanek). Estos personajes, si bien gozaban de facultades omnímodas para las decisiones trascendentes, debían consultar previamente a un consejo, el cual se conformaba con los principales de cada tribu o grupo étnico. "Otra característica importante de este pueblo, la constituye el acentuado colectivismo, y aún es cierto que subsiste la propiedad privada, resulta

inegable también su inclinación por el trabajo en grupo en bien de la comunidad".⁷

El derecho penal maya tendía, precisamente, a proteger el orden social imperante; la función represora la mantenía el Estado; se castigaba basándose en el resultado y no en la intención; los jueces poseían el atributo de funcionarios públicos, quienes actuaban con un amplio arbitrio. Los delitos más graves fueron el homicidio, el adulterio, el robo, el incendio, la traición a la patria, la injuria y la difamación. "Entre las sanciones se cuentan la muerte una especie de esclavitud, la infamación y la indemnización. La cárcel la utilizaba sólo por los delitos in fraganti, con un carácter temporal hasta en tanto imponían la sanción que correspondía; en algunos delitos como el robo, operaba una especie de excusa absolutoria; cuando se cometía por primera vez, se le perdonaba; pero al reincidente se le imponía la sanción de marcarle la cara".⁸

El mundo maya muestra menos energía en cuanto al tratamiento de los delincuentes. El Robo de cosa que no puede ser devuelta se sancionaba con la esclavitud. El hurto a manos de un plebeyo (aunque sea pequeño hurto), se le imponía la pena de pago de la cosa robada o esclavitud. En algunas ocasiones muerte. "El hurto a manos de señores o gente principal (aunque sea pequeño el hurto), la sanción era que el agente del delito, era labrado en el rostro desde la barba hasta la frente, por los dos lados".⁹

7.- Véase LOPEZ BETANCUORT, Eduardo, Historia del Derecho Penal, pp. 24 y s.s.

8.- Idem.

9 - CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Derecho Penitenciario, Ed. Porrúa, México 1974 ,p.42.

Por lo antes mencionado se desprende que la civilización maya presenta perfiles muy diferentes de los aztecas, este pueblo contaba con un sistema de leyes para la represión de los delitos en la que la pena era cruel y desigual, es seguro que en las clases teocráticas y militares aprovecharon la intimidación para consolidar su dominio. Como pueblo civilizado tenían un derecho que les permitía tener un orden, el cual se integraba de normas consuetudinarias con una sanción impuesta por la sociedad, lo que le da su carácter jurídico y normas promulgadas por sus gobernantes y por otra parte existían diferencias para la imposición de penas en el delito de robo, porque se tomaba en cuenta al sujeto que la cometía, sobre el hurto de famélico no se conoce ningún precepto o caso al respecto.

1.2. Virreynal.

El 13 de agosto de 1521, fecha de la caída de Tenochtitlan, la dominación Española, que duró 300 años, imprimió su huella indeleble en la Ciudad de México. "El antiguo territorio de los mexicas se tuvo que modificar para dar cabida a una sociedad mixta que supo combinar las dos culturas. Al llegar los españoles arrasaron las construcciones prehispánicas, y en los lugares más importantes edificaron sus casas de gobierno, iglesias y palacios, simbolizando así la imposición del nuevo orden político y religioso. La nueva traza fue reticular, tratando de separar los espacios: uno donde habitaban los españoles y otro reservado para los indígenas, el dominio español sobre las tierras conquistadas se vuelve absoluto y en ocasiones desalmado".¹⁰

10.- Secretaría de Educación Pública, La Ciudad de México, Antología Siglos XVI-XX, Comisión Nacional de los Libros de Texto Gratuitos, México 1995, pp.45 y s.s.

En los años posteriores a la conquista, la vida de la ciudad se centra en la adaptación al nuevo espacio, el establecimiento de las autoridades y la toma de conciencia de las condiciones del territorio recientemente conquistado. Creándose el Virreinato de la Nueva España, institución que formaba parte del estado monárquico español. En ese territorio se aplicaban tres tipos de leyes:

- I.- Las destinadas a todo el Territorio Español.
- II.- Las dirigidas solo a las colonias de ultramar.
- III.- Las exclusivas de la Nueva España

Entre las principales Leyes Españolas vigentes durante la colonia, se encuentran:

- a).- La Recopilación de Leyes de Indias de 1681. En esta legislación se incorpora la orden expedida por Carlos V, el 6 de agosto de 1555, mediante la cual las Leyes de los Indios que no pugnaran con las disposiciones Españolas mantenían su vigencia. Las Leyes de Indias fueron las fuentes más sobresalientes de la Legislación Colonial, con ellas se origina el Derecho Indiano.
- b).- Las Leyes de Castilla. Estas tuvieron vigencia con carácter supletorio.
- c).- El Fuero Real.
- d).- Las Partidas.
- e).- Las Ordenanzas Reales de Bilbao.

Junto con el virreinato, "máxima figura del gobierno de la Colonia, se dieron otras instituciones que coadyuvaron a los trabajos del gobierno. Al inicio de la época colonial, a mediados del siglo XVI, se concedía a ciertos

expedicionarios el título de adelantados, quienes gozaban de facultades absolutas so pretexto de que en nombre del rey repartían tierras y encomendaban indios. Los adelantados, también llamados encomenderos, desaparecieron para el Siglo XVII. Las audiencias eran cuerpos colegiados, integrados por personas llamadas oidores, designados por el rey. Tenían facultades judiciales y administrativas, fungían como tribunales de apelación y además eran órganos consultivos del virrey, en especial para revisar y aprobar las ordenanzas que se daban a las poblaciones. Durante el siglo XVIII se incrementan en la Nueva España diversos tribunales especializados como el Tribunal de la Acordada, encargado primordialmente de perseguir y castigar a los salteadores de caminos; el Real Tribunal de Minería que conocía de contiendas surgidas entre mineros; Así mismo, y con anterioridad a este, se creó la Casa de Contratación de Sevilla, cuya finalidad era la contratación del comercio de las colonias y, por último, el Consejo de Indias, el cuál ejercía funciones judiciales en los negocios de carácter civil o penal. Además de las instituciones reseñadas, se establecieron en la Nueva España diversos tribunales eclesiásticos, entre los cuales sobresalió el que se conoce con el nombre de la Inquisición, establecido por cédula real de Felipe II en 1570, esta institución se creó supuestamente para garantizar la supremacía de la fé católica; sin embargo, su método predilecto era el tormento para obtener así la confesión de herejes, lo que conducía a dictar generalmente sentencias de muerte. Debido a la gran extensión territorial de la Nueva España se constituye un organismo de igual envergadura a la anterior denominado de los corregimientos, cuya competencia se ejerció en lugares de cierta importancia sobre todo donde gobernaban unos funcionarios llamados corregidores, quienes también eran designados por el Virrey vigente y fungían como jueces del orden civil y penal de primera instancia. Algunos corregimientos fueron sustituidos por cuerpos colegiados conocidos con el nombre de intendencias".¹¹

11.- Véase LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, pp.27 y s.s.

La Colonia realmente representó el trasplante de las Instituciones Jurídicas Españolas a Territorio Americano. Por lo menos con carácter nominal, en los territorios colonizados por España se aplicaba la llamada Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias, terminada en 1680, aunque antes hubo numerosas muestras de legislación colonial y otros códigos y recopilaciones.

España estableció para las Indias, un Derecho Penal propio, en el cuál, junto a las reglas aplicables a los peninsulares, se plasmaban principalmente preceptos concernientes a los aborígenes, con intención acusadamente tutelar. Empero, esta tendencia tutelar no cuajó aun en el Código Penal para los Indios, publicado en México, para el reforzamiento de la campaña evangelizadora; más bien, estaba incluido en un expediente, del que se sacó "el mandamiento relativo a los indios, datado en la Ciudad de México el 30 de Junio de 1546 y librado el nombre del Emperador Carlos I de España y V de Alemania, constituyendo una verdadera Ley Penal para Indígenas".¹²

El maestro Jiménez de Asúa señala que "no estamos en presencia de un Código Tutelar, pero el Código considera la condición de Indios, y las penas para los indígenas son muchas veces de menor severidad que las fijadas para los propios Españoles".¹³

De todos estos documentos, confirmando lo anteriormente expuesto, el más importante es el aspecto legislativo es la Recopilación de las Leyes de India, que comenzó el fiscal de México, Antonio Maldonado y que fue terminada por el Doctor Vasco de Puga, oidor de la Audiencia de México. Precisamente el libro VII, que contiene ocho títulos, se refiere a los delitos y las penas. Su elaboración comprende los años 1526-1563, 1571, 1596, 1628, 1680.

12.- Primitivo Código Penal referente a los Indios, Boletín del Archivo General de la Nación (México), T.XI, núm.2 (abril-mayo-junio de 1940), Revista Criminología, México enero de 1941, pp.300 y s.s.

13.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.I, tercera ed., Buenos Aires 1964. p.961.

Sin duda, "estas Leyes de los Reinos de las Indias de 1680, constituyen el principal cuerpo de Leyes de la Colonia, siendo completadas con los autos acordados hasta la época de Carlos III (en 1759), dictándose a partir de la fecha indicada las ordenanzas de intendentes (en 1782, 1786 y 1803) y las de Marinería".¹⁴

El delito de robo y asalto, merecía la muerte en la horca, hacer cuartos el cuerpo y poner éstos en las calzadas. Al robo sacrílego, llevado a efecto en la iglesia de Tlaxcala, en los vasos sagrados y el viril, además de comerse los ladrones las formas consagradas. La pena fueron azotes y herramiento, o sea, marcar con hierro encendido al culpable. Al delito de robo y complicidad en el robo (en el caso, el objeto del delito era una lámpara), se sancionaba con azotes y cortadura de las orejas debajo de la horca. "Para el delincuente que cometía conjuntamente los delitos de homicidio y robo, la pena consistía en garrote con previo traslado al sitio del suplicio, por las calles públicas. La ejecución de la pena duró de las once de la mañana a la una de la tarde. Exhibición de los cadáveres en el patíbulo hasta las cinco de la tarde. Posteriormente "separación" (cortadura) de las manos y fijación de las mismas en escarpas puestas en la puerta de la casa en que se cometió el homicidio".¹⁵

En cuanto a dichas Leyes de Indias, cabe elogiar su prudencia e incluso su sentido político social y criminal, pues en una de esas leyes, la de 1621, llegó a consignarse que la mejor actividad gubernamental consiste en prevenir el delito, en vez de castigarlo después de su comisión.

14- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general, décima segunda ed., Ed. Porrúa, México 1997, p.114.

15.- Véase CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Derecho Penitenciario, pp. 141 y s.s.

En este período rigieron las Leyes de Castilla o Leyes de Toro y la Recopilación de las Leyes de las Indias, en el cuál se puede apreciar en la Ley 49 de la Recopilación de las Leyes de las Indias que establecía sobre el Robo de Famélico al decir "La pena de muerte en la horca para los que hurtaban cierta cantidad de mazorcas o arrancaban algunos maizales excepto si era de la primera ringlera que estaba junto al camino porque de esta tenían los caminantes licencia para tomar algunas mazorcas para su camino".

1.3 Independiente

México logra su independencia política en 1821, después de una lucha desgastante, que duro 11 años, debido a ello el país se encontraba con grandes problemas, los que en su momento repercutieron y durante todo el siglo XIX se mantuvo en un constante polvorín.

Durante los primeros años de vida independiente, estuvo vigente el Derecho Español, es decir las mismas disposiciones de la Epoca Colonial. La principal preocupación se encaminó por la organización política del naciente Estado; de ahí la notable e intensiva actividad constitucional, pero realmente en materia penal, no hubo tiempo para legislar, manteniendo de esta manera las disposiciones coloniales. No obstante, como un caso excepcional, recién lograda la independencia se estableció la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano, por Agustín de Iturbide; en sucesión del 12 de enero de 1822 se designó una comisión para elaborar el Código Criminal de la incipiente nación. Las razones que se esgrimieron para la nominación de la comisión, fueron los abusos cada vez más frecuentes que en ámbito penal se presentaban, en las nuevas tierras independientes, así como los problemas de seguridad y la intensa comisión de delitos. Dicha comisión redactora estuvo integrada, entre otros, por Ignacio Espinoza, Antonio Gama, Andrés Quintana

Roo, y Carlos María de Bustamante. Gracias a la intervención y perseverancia de este último personaje, quién realmente lo elaboro y leyó en el seno del Congreso Constituyente Mexicano, organismo legislativo que sustituyó a la Junta Provisional, se logró el cometido. “ En efecto, los trabajos de esta comisión dieron como resultado el primer proyecto de Código Penal del México Independiente, por ello debe rectificarse la idea equivocada en el sentido de que el primer proyecto de Código Penal fue el del Estado de México de 1831”.¹⁶

Esta época se caracterizó por una gran estabilidad socio-política sobre todo en el primer medio siglo de la vida independiente, se estableció la igualdad formal de todos los individuos ante la ley, pero detrás de ella en el plano práctico subsistió largo tiempo la más brutal desigualdad real. Los saqueos y pillajes sobre las ciudades por bandas de ladrones fue un rasgo común, ya que se trataba de una época de inestabilidad social y con escasas garantías al lado de una gran criminalidad, desarrollaban la delincuencia ordinaria acrecentándose a consecuencia de las malas condiciones económicas en que se encontraba la mayoría de la población, por una parte encontramos a los vencidos en la guerra, y por otra, a la gran corriente migratoria hacia las ciudades, sobre todo a la capital, originándose así una división cada vez más marcada a ciertas capas sociales. “No obstante la necesidad de establecer un orden, el Estado impuso una reglamentación para muchas actividades, por ejemplo: portación de armas, ingestión de bebidas alcohólicas, vagancia, mendicidad, organización policial (con la creación de la policía de seguridad), procedimiento militar contra los salteadores de caminos, turnamiento diario de los jueces de la Ciudad de México, reglas para sustanciación de las causas y determinación de las competencias, ejecución de sentencias por el Ejecutivo, reglamentación carcelaria, facultad del indulto por el Poder Ejecutivo, etcétera”.¹⁷

16.- Véase LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Historia del Derecho Penal, pp.30 y s.s.

17.- Véase CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl Derecho Penal Mexicano, p.120

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de Octubre de 1824 estableció como forma política de la Nación la de una República Representativa Popular Federal, determinándose las partes integrantes de la Federación denominados Estados o Territorios, sistema mantenido después por la Constitución de 1857. "En 1857 no había bases sobre las que construir el Derecho Penal Mexicano, hablando con propiedad, pues sólo a partir de esa fecha se atemperó la anarquía que caracterizaba al régimen represivo en cuanto a las disposiciones de fondo, ya que, como se ha visto la mayor parte de las disposiciones legales promulgadas hasta esa época se referían a los procedimientos y a la jurisdicción, para aligerar los trámites y activar la represión de la creciente criminalidad".¹⁸

Son los constituyentes de 1857, con los legisladores de 4 de diciembre de 1860 y de 14 de diciembre de 1864, quienes sientan las bases del Derecho Penal Mexicano al señalar la inaplazabilidad del trabajo codificador, calificado de arduo por el propio Presidente Gómez Farías. Durante el imperio de Maximiliano de Habsburgo, entro en vigor el Código Penal Francés, pero, designó una Comisión formada por Teodocio Lares, Urbano Fonseca y Juan B. Herrera para elaborar un proyecto propio que nunca lleo a tener vigencia debido a la caída del imperio.

18.- CENICEROS, José Angel, Travesía del Derecho Penal Contemporánea, La Reforma Penal en México, Biblioteca Criminología, 1943, pp.93 y s.s.

1.4 Codificación Penal.

1.4.1. Código Penal de 1835.

En el año de 1835, el Estado de Veracruz aprobó el primer Código Penal vigente, debido a los trabajos de una Comisión integrada por Bernardo Couto, Manuel Fernández Leal, José Julián Tornell y Antonio María Solorio. Sobre el particular nos dice el ilustre Porte Petit que: “esta compuesto de tres partes: la Parte Primera llamada de las penas y de los delitos en general; la Parte Segunda denominada de los delitos contra la sociedad y la Parte Tercera, se refiere a los delitos contra los particulares”.¹⁹

Como Veracruz ha sido un Estado de gran tradición jurídica, la legislatura estatal en 1848 comisiono a José Julián Tornel, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para formular un proyecto de Código Criminal Penal, que no fue aprobado pero dejó constancia de interés por mejorar la legislación penal. En 1869, el propio Estado de Veracruz aprobó un nuevo Código Penal, conocido con el nombre de “Código Corona”, por ser Fernando J. Corona su autor, la cuál independientemente de sus defectos técnicos, constituye una aportación muy importante en el Orden Jurídico Mexicano.

El antecedente más remoto del Robo de Famélico, lo encontramos en el artículo 714 Código Penal de 1835, para el Estado de Veracruz que dice: “Se exime de pena al reo de hurto, siempre que probare haber ocurrido copulativamente las circunstancias siguientes:

19.- PORTE PETIT GANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, décimo octava ed., Ed Porrúa, México 1999, p. 49

- 1.- Haberse hallado en absoluta carencia de lo estrictamente necesario para vivir él y su familia el día en que se verifique el robo.
- 2.- Haberse agotado todos los medios de adquirir honestamente con qué 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 ²⁰.

1.4.2. Código Penal de 1871.

En 1867, vencido el intento imperial de Maximiliano de Habsburgo, el Benemérito Benito Juárez entro a la Capital de la República. Con ello, puede afirmarse que comenzó el definitivo asiento de México en la comunidad Internacional de Naciones Independientes, y se inició la trabajosa, dignísima y triunfal construcción de la Patria Mexicana. Benito Juárez encomendó la Secretaría de Instrucción Pública al Lic. Antonio Martínez de Castro, quién reorganizó la Comisión Redactora de lo que ulteriormente sería el primer Código Penal Federal Mexicano.

20 - PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Robo Simple, segunda ed, Ed. Porrúa, México 1989, p 99.

Esta Comisión fungió desde el 6 de octubre de 1862, pero sus trabajos en los que habían conseguido la redacción del proyecto del libro 1, se vieron interrumpidos por la lucha contra la intentona imperial. Es así que el 28 de septiembre de 1868 ya normalizado el país, la Comisión quedó integrada definitivamente bajo la Presidencia del Lic. Martínez de Castro, actuando como Vocales los Licenciados José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano, y Manuel M. de Zamacona.

Aprovechando el trabajo del libro 1, ya señalado, los comisionados desarrollaron su labor durante dos años y medio y presentaron su proyecto a las cámaras, que lo aprobaron y promulgaron el 7 de diciembre de 1871 y entró en vigor el 1 de diciembre de 1872 en el Distrito Federal y en el Territorio de Baja California. El Código Penal de 1871 tomo como modelo próximo el Español de 1870, basado en sus precedentes de 1848 y 1850, contiene una excelente redacción y los tipos delictivos conllevan en ocasiones una irreprochable justeza, aún cuando el posible defecto que tiene es su excesiva extensión (1151 artículos y uno transitorio). En cuanto a la parte doctrinal, la propia Comisión señaló haber seguido las directrices de Ortolán para la parte general (libro I y II) y de Chauveau y Hélie para la parte especial (libro III). De acuerdo con Carrancá, "el mencionado Código corresponde plenamente a su época, clasicismo penal, con relevantes retoques de correccionalismo".²¹

Cabe señalar que el Código de 1871, como su homónimo Español de 1870, se promulgó con carácter de provisionalidad, pero estuvo vigente al igual que el Español de 1870 hasta 1929.

21.- Véase CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general, p.114

La finalidad primordial del Código Penal fue la de considerar al delito como entidad propia y doctrinalmente acepto el dogma del libre albedrío, así como miro la pena con un doble objeto ejemplar y correctivo, inspirándose en la escuela clásica, tales consideraciones se pueden dilucidar perfectamente de la exposición de motivos del Código que se analiza que al respecto señala que: El plan de esta comisión se reduce a emplear en el castigo de los delitos, y como medios eficaces de impedir que se cometa otros, los dos resortes más poderosos del corazón humano, a saber, el temor y la esperanza, haciendo palpar a los reos que si tienen una conducta arreglada, solamente sufrirán la tercia parte de la pena que sufrirían en caso contrario, que se ahorrara no pocas privaciones y padecimientos, que de hombres despreciables y aborrecibles, se convertirán en miembros útiles de nuestra sociedad.

En este código todavía no se contempló al robo de famélico, pues es el principio de la regulación penal en nuestro país, por lo tanto únicamente se interesaron en dar los lineamientos para que se pudiera precisar cuándo se estaba configurando el delito de robo, y aunque sí se contemplaron varios tipos de robo, no se hizo con el robo de indigente o de famélico, y es por ello que:

El Licenciado Antonio Martínez de Castro, fue el Presidente de la Comisión encargada de formar el Código en cuestión y en su exposición de motivos señaló: "Que queriendo la Comisión acomodarse al lenguaje común, en el cual no se conoce la distinción legal entre hurto y robo, la desechó de su proyecto, admitiendo en él únicamente la primera de estas dos denominaciones, como se ha hecho en otros Códigos."

En este ordenamiento, el delito de robo lo encontramos en el Libro Tercero "De los Delitos en Particular" Título Primero "Delitos contra la Propiedad", capítulo 1 "Robo", capítulo II "Robo sin Violencia" y capítulo III "Robo sin Violencia a las Personas", del artículo 368 al 404.

Definiendo el delito de robo en su artículo 368 como: "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."

Haciendo una división del robo en tres capítulos, y respecto a la consumación del delito, lo señala en su artículo 370 de la siguiente forma:

"Para la imposición de la pena se da por consumado el robo, al momento en que el ladrón tiene en sus manos la cosa robada; aún cuando la desapoderen de ella antes de que la lleve a otra parte, o la abandone."

Uno de los aspectos más importantes que se regulaban en este código es que el robo cometido entre cónyuges o por ascendiente contra su descendiente, o de éste contra aquel, no era castigado, pero sí previamente a su realización, en el momento de ésta o posteriormente se efectuaba algún otro delito, éste sí se castigaba, regulándose en el artículo 373: "El robo cometido por un cónyuge contra el otro, si no están divorciados, por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquel, no produce responsabilidad criminal contra dichas personas.

Pero si precediere, acompañare o se siguiere robo algún otro hecho calificado de delito, se les impondrá la pena que por éste señale la ley."

Uno más de los puntos a que atendió el ordenamiento en comento era el que especificaba varios tipos de robo, imponiendo para cada uno de ellos una sanción específica como ejemplo podemos nombrar el robo de correspondencia conducido por cuenta de la Administración Pública, el cual era sancionado con dos años de prisión; por otro lado el robo de auto civiles o de algún documento de protocolo, oficina o archivo público, era penado con dos años de prisión, y si versaban sobre alguna causa penal, la pena era de cuatro años de privación de su libertad.

También fue considerado el robo con violencia, haciendo la distinción entre violencia física y moral en su artículo 398 y sancionándolo en su artículo 390 de este mismo ordenamiento, artículos que rezaban de la siguiente forma:

"Artículo 398.- La violencia a las personas se distingue en física y moral. Se entiende por violencia física en el robo, la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.

"Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla".

Artículo 399.- Para la imposición de la pena se tendrá el robo como hecho con violencia:

- I. Cuando ésta se haga a una persona distinta de la robada que se halle en compañía de ella:
- II. Cuando el ladrón la ejerciere después de consumado el robo, para proporcionarse la fuga o defender lo robado.

1.4.3. Código Penal de 1929.

Antes del estallido revolucionario, la pretensión más seria de reforma del Código fue la del proyecto de 11 de junio de 1912, "trabajo realizado por la comisión designada en 1903 por la Secretaría de Justicia, integrada por el Lic. Miguel S. Macedo, quien la presidía, y Victoriano Pimentel y Manuel Olivera Toro, quienes durante diez años trabajaron en el proyecto, celebrando numerosas sesiones y recabando la opinión del foro mexicano, mediante

encuestas entre funcionarios judiciales de la República".²²

Aunque la Reforma del Código de 1871 revelaba un muy aceptable y certero espíritu político criminal, pero la Revolución dio al traste con esos propósitos y requirió del Pueblo Mexicano su dedicación para asuntos más trascendentales en beneficio de la comunidad nacional. Consolidada la Revolución, los Gobiernos Revolucionarios emprendieron la obra de revisión de los viejos códigos. En Derecho Penal, la Comisión nombrada en 1925 consiguió 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 Código Penal el 15 de diciembre del propio año.

Dicho cuerpo de leyes constaba de 1233 artículos, de los cuales cinco tenían carácter transitorio. Era un Código de corte positivista, muy deficiente técnicamente, del cuál los mexicanos José Angel Ceniceros, y Luis Garrido manifestaron que "su entrada en vigor reveló hallarnos en presencia de una obra de gabinete, que adolecía de graves omisiones, contradicciones evidentes, errores doctrinales y , en resumen, de difícil aplicabilidad".²³

Como antecedente a este ordenamiento los positivistas en 1921 formularon un proyecto llamado "causa de justificación" lo mismo a la coacción y al error que a la legítima defensa o al estado de necesidad.

22.- Véase JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T. I. p.1243.

23.- CENICEROS, José Angel, y GARRIDO, Luis, La Ley Penal Mexicana, Ed. Botas, México 1934, p.17.

En respuesta se sostuvo que el concepto de justificación no se adapta al cumplimiento de un deber legal, o a la legítima defensa o al estado de necesidad, ya que estos motivos actúan subjetivamente y no objetivamente, concluyendo que todas las condiciones discutidas eliminan la delictuosidad del acto, lo que es una absoluta verdad.

Quedando con respecto al estado de necesidad sin saber cuál es la esencia o por qué elimina la delictuosidad.

En el Código Penal de 1929 se consideró al robo de famélico en la fracción VII del artículo 45, que dispone, que las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, es decir, de justificación legal, son: "la indigencia no imputable, al que sin emplear engaño ni medios violentos se apodera una sola vez, del alimento estrictamente necesario para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".²⁴

Con relación a esta fracción, nos dice José Almaraz, que: "comprende el llamado hurto famélico, que es el ejecutado a impulsos del hambre", y que "el Código que se reforma, para nada la considera, pero la Comisión Revisora sí 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 un apetito voraz, por una fuerza que es poderoso estímulo que puede conducir al arrebato, a la obcecación o a hechos pasionales semejantes, sobre todo en delitos contra la propiedad y en cuantía demostrativa de que solo quiere satisfacer aquella necesidad fisiológica", y "esto es lo que, claramente, expresa la excluyente VII del proyecto".²⁵

24.- CARDENAS, Raul F. Derecho Penal Mexicano del Robo, segunda ed., Ed. Porrúa, México 1982, p.247.

25.- Exposición de Motivos del Código Penal, México 1931, p.72.

Se puede apreciar que se repite la condición de que el hurto se cometa "por una sola vez" y se refiere solamente a la necesidad de alimentación, dejando fuera muchas otras que pudieran ser imperiosas también.

La excluyente en ese Código se hizo consistir en la "indigencia no imputable al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodera una sola vez del alimento indispensable".²⁶

Conviene en que la eliminación de la responsabilidad no puede venir de la indigencia sino del estado de necesidad, que no es lo mismo, y en que supuesta esa necesidad, es absurda la limitación de la excluyente a una sola vez. Por otra parte "si no se piensa en el estado de necesidad y se toma la limitación en un sentido literal, resulta consignado en ella más que una excluyente de responsabilidad o una excusa fundada, un menguado desahogo permitido a todo indigente a quien se autorizaría con perjuicio del orden y de la seguridad pública para tomar sus alimentos de los bienes ajenos por una sola vez".²⁷

También este ordenamiento consideró la regulación de varios tipos de robos que fueron distribuidos en el Libro Segundo, "De la Reparación del Daño", Título vigésimo "Delitos contra la Propiedad", Capítulo 1, "Del Robo en General", Capítulo II "Del Robo sin Violencia" y Capítulo III, "Del Robo con Violencia".

26.- VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Parte General, quinta ed., Ed. Porrúa, México 1990, p. 379.

27.- *Ibidem* p.381.

Este Código agrupó al delito de robo en el Libro Segundo, a diferencia del Código de 1871, que lo hizo en el Libro Tercero, "De los delitos en particular. Es singular esta división, ya que en el Código de 1929 únicamente contenía dos Libros, el primero, "Principios Generales, Reglas sobre Responsabilidades y Sanciones", y el Segundo, "De la Reparación del Daño". Sin embargo, el título que ampara al delito en estudio conservó el nombre exactamente igual al Código de 1871, y por último el Código de 1929, también conservó la división del Código de 1871 en robo en general, robo con violencia y robo sin violencia.

Este código contenía la definición de robo en el artículo 1112 de la siguiente forma: "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".

Podemos observar que la definición es fiel transcripción del Código de 1871, al igual que el momento en que se tiene por consumado el robo, que es cuando el "ladrón tiene en sus manos lo robado, aclarando en el Código de 1929 en su artículo 1114, el cual reza de la siguiente manera: "Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella."

Al indicar que el ladrón tiene en su poder, ya nos está hablando de un apoderamiento de la cosa, lo cual es uno de los elementos del delito de robo y a diferencia del código de 1871, este establece respecto al robo entre cónyuges, que no vivan bajo el régimen de comunidad de bienes; y en relación al robo de una ascendiente contra su descendiente o de éste contra aquel, se sancionará el robo únicamente a petición de parte ofendida y si a este delito acompaña, precede o sigue algún otro hecho que constituya un delito, se sancionará éste únicamente, estableciéndolo el código de 1929 en su artículo 1118 como:

El robo cometido por un cónyuge contra el otro, si no viven bajo el régimen de comunidad de bienes, por un ascendiente contra su descendiente suyo, o por éste contra aquel, no produce responsabilidad penal contra dichas personas, a no ser que lo pida el ofendido.

"Pero si procediere, acompañare o se siguiere al robo algún otro hecho que por sí sólo constituya un delito, se aplicará la sanción que por éste señale la ley." También este código distinguió entre la violencia física de la moral, exactamente que como se hiciere en el de 1871.

Cabe señalar que el mérito principal del Código de 1929 es el haber facilitado el advenimiento del Código de 1931 y con ello la derogación de los textos de Martínez del Castro y la apertura de las modernas corrientes del Derecho Penal en la República.

1.4.4 Código Penal de 1931.

El fracaso del ordenamiento penal de 1929 motivo la inmediata designación por el Presidente Emilio Portes Gil de una Comisión Revisora del texto comentado, la cuál estuvo presidida por el Licenciado Alfonso Teja Zabre. Terminados los trabajos de la Comisión, el Presidente en turno, Ingeniero Pascual Ortíz Rubio, promulgó el 13 de agosto de 1931, el nuevo Código Penal, actualmente en vigor.

Tal ordenamiento legal consta de 403 artículos, de los cuales tres son transitorios, además, tiene una correcta redacción en español y una estructura sencilla y adecuada, no se trata de un Código adscrito a una determinada escuela, respeta la tradición mexicana y su formalismo es análogo al de otros Códigos, siendo características peculiares las siguientes: extensión uniforme del arbitrio judicial, con reglas para el uso del mismo, señalamiento de

directrices antropológicas a la justicia penal, perfeccionamiento de la condena condicional, la tentativa, la participación, uniformidad de carácter de pena pública a la multa y reparación del daño, eximentes o excluyentes, etc. Ulteriormente ha habido varios Anteproyectos de Código Penal, como los de 1949, 1958 y 1963, pero sin cuajar aún en proyecto definitivo ninguno de ellos. Junto al Código de 1931 para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, coexisten los diversos Códigos de las Entidades Federativas ("libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior", según dispone el artículo 40 de la Constitución), los que, actualmente superadas las influencias de los textos de 1871 y 1929, están marcados por la preponderancia del influjo del repetido Código de 1931.

En este Código el delito de robo se encuentra en el Título Vigésimo segundo, "Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio", Capítulo I "Robo".

El delito de robo es tratado de una forma muy diferente a como se hicieron en los anteriores códigos, ubicándolo en un capítulo único, en el que se agrupó tanto el robo con violencia como el robo sin violencia, a diferencia de los anteriores en los que dedicaron un capítulo para cada uno de ellos.

Así define el robo en su artículo 367 como: "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."

Este Código Penal establece 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". Sin dejar de analizar que regula la consumación del delito con el

mismo criterio que el código de 1929, teniéndose por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando lo abandone o lo desapoderen de ella.

Otras modalidades de robo consideradas en este código es con violencia, distinguiendo para tal efecto la violencia física de la moral; entre descendiente contra el ascendiente o de éste contra aquel, que no producía responsabilidad penal sino mediante petición de la parte ofendida, pero si fuera precedido o acompañado de otro hecho que constituyera delito se aplicaría la sanción que correspondiera a él de acuerdo a la ley; por un cónyuge contra otro o por un suegro contra su yerno o su nuera, por éstos contra aquel, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra otro, en los que no se podía proceder mas que a petición del ofendido.

1.4.5. Reformas.

Cabe señalar que el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, tenía dos principales funciones:

- 1.- La primera era de Jurisdicción Local en Delitos del Fuero Común, y
- 2.- La de Jurisdicción Federal en los Delitos del Fuero Federal.

Los Diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en la exposición de motivos 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 seguir y castigar con eficiencia a los delincuentes".

Y es así, que 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 de Fuero Federal, quedando como Código Penal Federal, así mismo la Asamblea Legislativa, el 17 de septiembre de 1999 cambio el nombre de Código Penal del Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal por el nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Con lo que respecta al Robo de Famélico, se sigue regulando de igual manera en el nuevo Código para el Distrito Federal de 1999, en el 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".

1.5 Epoca Contemporánea.

El Código Penal de 1931, este ordenamiento después de 70 años aún sigue vigente, lo que resulta inexplicable ya que si bien fue considerado un buen documento para su época, actualmente muchos de sus conceptos y orientaciones se encuentran superados. Para tratar de enmendarlo por su falta de actualización se ha abusado de Reformas, que de manera impresionante ha sufrido tan importante cuerpo de leyes; podemos decir que poco queda del Código original, pero con tal proceder no se resuelve el problema, sino se agrava, puesto que tantas Reformas han suscitado confusiones y hasta criterios contradictorios.

En respuesta al clamor del mundo jurídico por un nuevo Código Penal, en el año de 1948, se integró una comisión para formularlo, la misma estuvo integrada por Luis Garrido, Francisco Arguelles, Celestino Porte Petit. Esta

comisión terminó sus trabajos para 1949; lamentablemente este anteproyecto no llegó a ser ley positiva.

El doctor Celestino Porte Petit, ha sido un constante impulsor en la creación de una nueva Legislación Penal a nivel Federal; desafortunadamente sus esfuerzos no han fructificado, pero con verdadero entusiasmo y sapiencia presidió innumerables comisiones con el propósito de formular Anteproyectos de Códigos Penales Judiciales, particularmente en los años de 1958, 1963 y 1984. Sin embargo, estimamos que a pesar de no haberse logrado el objetivo primario, su perseverancia obtuvo logros, dado que los Anteproyectos por él realizados sirvieron de modelo para varios Códigos Penales Estatales de la República Mexicana, inclusive gran parte de ellos lograron ser preparados bajo la dirección del propio Porte Petit.

Tal vez en un día no muy lejano contemos con una nueva Legislación Penal Mexicana, acorde con las necesidades de nuestro tiempo, equilibrada y completa, de la que podamos sentirnos orgullosos, a la vez sirva para la eficaz y adecuada convivencia humana, ya que si bien resulta cierto que no es la carencia de un buen Código Penal la única motivación culpable del grave incremento de la criminalidad, sí podemos asegurar que en mucho contribuye.

Los Proyectos de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949 a 1958, no incluyeron el robo de famélico, diciéndose en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1958, que "la Comisión estimó absolutamente innecesaria la inclusión del robo de indigente, por ser este un caso de estado de necesidad".²⁸

28 - Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal. Comisión de Estudios Penales de la Procuraduría General de la República. México 1958, p.15

Igualmente, el proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana no reglamentó el robo de famélico. Existiendo el estado de necesidad como "causas de exclusión del delito" en el artículo 15 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, es conveniente la supresión del artículo 379, porque es un caso indiscutiblemente de estado de necesidad, bastando la fórmula legal incluida como causas de exclusión del delito. Esta reglamentación específica el robo en estado de necesidad desgajada del tronco común de la fracción V del artículo 15, es restrictiva, en el ámbito individual y familiar, de la amplia fórmula establecida en dicho genérico precepto, e implica uno de los errores técnicos de más grueso volumen del Código.

Por otra parte, existiendo la fracción V del artículo 15 y el artículo 379 del Código Penal para el Distrito Federal, refiriéndose ambas hipótesis al estado de necesidad, nos encontramos ante un caso de concurrencia de normas incompatibles entre sí una general siendo la fracción V del artículo 15; y otra especial establecida en el artículo 379, aplicándose esta última de acuerdo con el principio de la especialidad. Motivo por el cual sugiero la derogación del artículo 379, ya que el robo de famélico queda dentro de la amplísima causa de justificación que es el estado de necesidad.

CAPITULO SEGUNDO

MARCO CONCEPTUAL

2.1. Concepto de Delito

Tanto la doctrina como el Derecho Positivo Mexicano, han definido el delito como una conducta antisocial, esto basado en la afectación que tiene una conducta reprochable, en contra de la sociedad, por lo anterior se hace menester señalar algunas apreciaciones doctrinarias y legales de lo que debe entenderse por delito. La palabra delito proviene de una derivación del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

2.1.1 Escuela Clásica.

La concepción del delito, de manera dogmática, aparece por primera vez en la Escuela Clásica, dentro de la cual destaca el insigne Carrara, quien lo define en su "Programa del Curso de Derecho Criminal", con este concepto: "un ente jurídico que para existir necesita ciertos elementos materiales y ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad. Pero lo que completa su ser, es la contradicción de aquellos preceptos con la ley jurídica"; por ello define el delito como "la infracción a la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".²⁹

29.- CARRARA, Francisco, Programa del Curso de Derecho Criminal, Ed. Depalma, Buenos Aires 1941, p.35.

Siguió esta corriente la dogmática para tomar como "dogma" a la ley, entendiendo como dogmatismo la Escuela Filosófica opuesta al escepticismo, que admite la posibilidad del conocimiento de la verdad.

Luis Jiménez de Asúa en su obra "La Ley y el Delito", concluye que Francisco Carrara "más que dogmática jurídico-penal, lo que hizo fue un estudio filosófico de las instituciones penales y de los delitos in species".³⁰

Esta escuela cuyo nombre según Jiménez de Asúa "fue adjudicado por Enrique Ferri con un sentido peyorativo que no tiene en realidad la expresión clasicismo, y es más bien, lo consagrado, lo ilustre, Ferri quiso significar con este título lo viejo y lo caduco"³¹

Los caracteres más comunes según Jiménez de Asúa son:

- a) Método lógico-abstracto.
- b) Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral, lo que para Carrara era el summum del Derecho Penal.
- c) Delito como ente jurídico, y
- d) Pena como un mal y como un medio de tutela jurídica.

30.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, Tercera ed., Ed. Hermes Buenos Aires 1959 p.44.

31.- *Ibidem* pp.45 y s s.

Por su parte el ilustre jurista Fernando Castellanos dice: "Con un esfuerzo sintetizador, puede afirmarse que los caracteres o notas comunes dentro de la Escuela Clásica son los siguientes:

1.- Igualdad, el hombre ha nacido libre e igual en derechos. Esta igualdad en Derecho es equivalente a la esencia, pues implica igualdad entre los sujetos, ya que la igualdad entre desiguales es la negación de la propia igualdad.

2.- Libre albedrío. Si todos los hombres son iguales en todos ellos se ha depositado el bien y el mal, pero también se les ha dotado de capacidad para elegir entre ambos caminos, y si se ejecuta mal, es porque se quiso y no porque la fatalidad de la vida haya arrojado al individuo a su práctica.

3.- Entidad delito, el Derecho Penal debe volver sus ojos a las manifestaciones externas del acto, a lo objetivo, el delito es un ente jurídico, una injusticia.

4.- Imputabilidad moral, (como consecuencia del libre albedrío que es la base de la ciencia penal para los clásicos), y

5.- Método deductivo".³²

32.-CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, trigésima novena ed., Ed. Porrúa, México, 1999, pp. 57 y s.s.

El mismo autor hace el siguiente cuadro resumen:

Escuela Clásica

- 1.- Igualdad en Derechos.
- 2.- Libre albedrío (capacidad de elección).
- 3.- Entidad delito (con independencia del aspecto interno del hombre)
- 4.- Responsabilidad moral (consecuencia del libre albedrío).
- 5.- Pena proporcional al delito (retribución señalada en forma fija).
- 6.- Método deductivo, teleológico o especulativo (propio de las ciencias culturales).

Cabe hacer notar que al tomar esta Escuela al delito como un ente jurídico da las bases para la dogmática, al otorgarle la personalidad suficiente para ser tomado en cuenta como algo existente de por sí y con vida y autonomía propia en la función de la ley, es decir, como la base o pilar del que arrancará más tarde la doctrina dogmática. La Ley es un dogma, entendiéndose como tal la proposición que se asienta como principio innegable de una ciencia

2.1.2. Escuela Positiva

En contraste con los postulados de la doctrina clásica surge “la Escuela Positiva iniciada por Cesar Lombroso, creador de la Antropología Criminal; al positivismo penal le dan una tendencia sociológica Enrique Ferri y Rafael Garófalo”.³³

33.- Véase JIMENEZ DE ASUA, Luis La Ley y el Delito, p.59.

Los caracteres comunes de esta escuela acusan principios opuestos a la de la clásica:

- a) Método Experimental.
- b) Responsabilidad social derivada del determinismo y temibilidad del delincuente.
- 3) El delito es tomado como fenómeno natural y social producido por el hombre, y
- 4) Pena como medio de defensa social.

El determinismo y el delito como fenómeno social, no son sino “manifestaciones de la negación del libre albedrío, no quedándole al Estado Mayor defensa social que la imposición de la pena. Romagnosi, Feuerback y Bentham, han sido llamados los precursores del positivismo”.³⁴

Para Enrique Ferri los delitos son acciones antisociales “que perturban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un determinado pueblo en un momento dado”.³⁵

El ilustre jurista Ignacio Villalobos; resume al positivismo de la siguiente manera:

1.-“El punto de mira de la Justicia Penal es el delincuente, pues el delito no es otra cosa que un síntoma revelador de un estado peligroso.

34.- Véase JIMENEZ DE ASUA, Luis La Ley y el Delito, p.46.

35.- FERRI, Enrique, Principios de Derecho Criminal, Ed. Reus, Madrid 1933, p.359

2.- La sanción penal para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción.

3.- El método es el inductivo, experimental.

4.- Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal.

5.- La pena tiene una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.

6.- El juez tiene la facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso.

7.- La pena como medida de defensa tiene como objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social y a la segregación de los incorregibles".³⁶

Por su parte Fernando Castellanos elabora el siguiente cuadro sinóptico:

NOTAS COMUNES DEL POSITIVISMO PENAL

"1.- El punto de mira de la Justicia Penal es el delincuente, ya que el delito es sólo un síntoma revelador de su estado peligroso.

36.- VILLALOBOS, Ignacio, citado por Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, trigésima novena ed., Ed. Porrúa, México 1999, p.66.

- 2.- Método experimental. (se rechaza lo abstracto para conceder carácter científico sólo a lo que pueda inducirse de la experiencia y de la observación).
- 3.- Negación del libre albedrío (el hombre carece de libertad de elección). El delincuente es un anormal.
- 4.- Determinismo de la conducta humana. Consecuencia natural de la negación del libre albedrío. La conducta humana esta determinada por factores de carácter físico, biológico, psíquico y social.
- 5.- El delito como fenómeno natural y social. Si el delito es resultado necesario de las causas apuntadas, tiene que ser forzosamente un fenómeno natural y social.
- 6.- Responsabilidad social. Se sustituye la imputabilidad moral por la responsabilidad social, si el hombre se haya fatalmente impedido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse.
- 7.- Sanción proporcional al estado peligroso. La sanción no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor.
- 8.- Importa más la prevención que la represión de los delitos. La pena es una medida de defensa que tiene por objeto la reforma de los delincuentes readaptables y la segregación de los inadaptables; de ahí que interese más la prevención, que la represión, por lo que son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas".³⁷

37- Véase CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp.67 y s.s.

2.1.3. Estudio Jurídico Sustancial.

Así mismo de acuerdo a las concepciones sobre el estudio Jurídico Sustancial del Delito, dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-social del Delito: El unitario o totalizador y el atomizador o analítico; la primera dice que el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por ser un concepto indisoluble; los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos. Ya Francisco Carrara hablaba del ilícito penal como una disonancia armónica; por ende, al estudiar el delito por sus factores constitutivos, no se desconoce su necesaria unidad. En cuanto a los elementos integradores del delito, no existe la doctrina uniformidad de criterios, surgiendo así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etc.

Las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; el propio Mezger elabora también una definición jurídico sustancial, al expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

Para Cuello Calón es “la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible”.³⁸

Por su parte Jiménez de Asúa, textualmente dice: “delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.³⁹

38.- CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, T.I, décima octava ed., Ed Bosch, Barcelona España, 1993, p.236

39.- Véase JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, p.256.

En la definición antes referida, el maestro Jiménez de Asúa, incluye como elementos de delito: la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de penalidad y la punibilidad.

Por otro lado, para Pavón Vasconcelos, de acuerdo con la teoría de la Ley Penal, dice que la norma se integra mediante el precepto y la sanción, la punibilidad es elemento o condición esencial del delito; de otra manera, la norma sin sanción deja de ser coercitiva, transformándose en un precepto sin eficacia alguna.

Para el maestro José A. Sainz Cantero, el delito es “la conducta humana, típica, antijurídica, reprochable a su autor (culpable) y punible”.⁴⁰

En este orden de ideas, el jurista Rafael Márquez Piñero, define al delito como “toda acción u omisión, antijurídica, típica y culpable, sancionada con una pena”.⁴¹

Para el Licenciado Frank, el delito es “la violación de un derecho fundado sobre la ley moral”.⁴²

Asimismo, Pessina, define al delito como “la negación de un derecho”.⁴³

Para Romagnosi, es “el acto de una persona, libre e inteligente, perjudicial a los demás e injusto”.⁴⁴

40.- SAINZ CANTERO, José A. Lecciones de Derecho Penal, parte general, tercera ed., Ed. Bosh, Barcelona España 1990, p.473.

41.- MARQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, parte general, cuarta ed., Ed. Trillas, México 1997, p134.

42.- Frank, Philosophie de Droit Penal, Bruselas, 1864, p.134.

43.- Pessina, Elementos de Derecho Penal, Traducción al Español de González del Castillo Hianon, T.III., Ed. Reus, Madrid España 1936, pp.95 y s.s

44.- Romagnosi, Genesis del Diritto Penale, Traducción al Español de González Cortina Carmelo. Ed. Temis, Bogotá Colombia 1956, Inciso 555.

Para Rossi, delito es “la infracción de un deber exigible en daño de la sociedad o de los individuos”.⁴⁵

Por otro lado el Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, define al delito como “el hecho antijurídico y doloso castigado con una pena”.⁴⁶

Así también, los doctrinarios Araya, Badaracco, entre otros definen al delito como el “hecho ilícito castigado por la ley”.⁴⁷

Para Carrara el delito es un ente jurídico y no un ente de hecho, ya que su esencia es la violación del derecho, llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito cuando choca contra las disposiciones legales.

En este orden de ideas, dentro del Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., define al delito como “acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal”.⁴⁸

En cuanto a los presupuestos del delito, se consideran como circunstancias jurídicas o de hecho, cuya existencia debe ser previa a la realización del delito. Clasifican a los presupuestos en generales y especiales. Son generales cuando necesariamente deben concurrir para la configuración de cualquier delito, pues su ausencia implica la imposibilidad de integrarlo, mencionan como tales a la Norma Penal, al sujeto activo, al pasivo y al bien jurídico, estiman como presupuestos especiales a los condicionantes de la

45.- Rossi, Tratado de Derecho Penal, Traducción al Español de Cayetano Cortés, tercera ed. Madrid 1883, p.135.

46.- CABANELLAS DE TORRE, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, segunda ed., Ed Heliastra, Buenos Aires Argentina 1982, p.90.

47.- HARAYA, José y Barradaco Raúl A. Enciclopedia Jurídica Omeba, T.VI, segunda ed., Ed. Driskill, Buenos Aires Argentina 1986, p.183.

48.- Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M, T.II, décima tercera ed., UNAM-Porrúa, México 1999, p.868.

Los delitos de omisión se dividen en: omisión simple y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

Los delitos de simple omisión, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma; tal es el caso previsto en el artículo 400, fracción IV de nuestro Código Penal, que impone a todos la obligación positiva de auxiliar a las autoridades para la averiguación de los delitos y para la persecución de los delincuentes.

“Los delitos de comisión por omisión, o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esta inacción se produce el resultado material. Para Cuello Calón, consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, formula que se concretiza en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer”.⁵⁰

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

3.- Por el resultado los delitos se clasifican en formales y materiales. A los primeros también se les denomina delitos de simple actividad o de acción; a los segundos se les llama delitos de resultado material.

50 - Véase CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, pp. 135 y s.s.

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material, son delitos de mera conducta; se sanciona la acción (u omisión) en sí misma. Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material (homicidio, daño en propiedad ajena).

4.- Por la lesión que causan. Con relación al efecto resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de daño y de peligro. Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada, el homicidio, el fraude, etc.; los segundos no causan daño directo a tales intereses pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cuál deriva la posibilidad de causar un daño.

5.- Por su duración. Los delitos se dividen en: instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

En consecuencia, los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. Para la teoría finalista (o final de acción), la imputabilidad, concebida como capacidad de culpabilidad, constituye no un presupuesto de esta, sino el primero de sus elementos sobre los que reposa el juicio de reprochabilidad.

Cabe hacer mención que todos los elementos del delito antes citados concurren a la vez, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuricidad, etc.; sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos, siendo importante distinguirlos y analizarlos

adecuadamente cada uno de estos, es decir se procede a observar inicialmente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo penal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típica esta o no protegida por una justificante y en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente; imputabilidad y , finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, quien es imputable, obro con culpabilidad.

Elementos del delito y los aspectos negativos del mismo, según la teoría Heptatómica:

ASPECTOS POSITIVOS

- a) Actividad
- b) Tipicidad
- c) Antijuricidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condiciones objetivas de punibilidad.
- g) Punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

- a) Falta de acción
- b) Ausencia de Tipo
- c) Causas de Justificación
- d) Causas de Inimputabilidad
- e) Causas de Inculpabilidad
- f) Falta de condición objetiva de punibilidad.
- g) Excusas absolutorias.

Cabe señalar algunas consideraciones acerca de los elementos del delito, son las siguientes:

Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos los factores del delito, por ello suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad, pues no aparecen primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuricidad, etc. ; sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos.

Conviene aclarar que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, o si se quiere, del delito, pero no un elemento del mismo; en el delito se observa una rebeldía del hombre contra el derecho legislado; tal oposición presenta dos aspectos: El objetivo y El subjetivo, la oposición objetiva es llamada antijuricidad, porque el hecho en su fase externa, pugna contra el orden jurídico positivo; el antagonismo subjetivo o culpabilidad, consiste en la rebeldía anímica del sujeto.

Las condiciones objetivas de punibilidad, tampoco constituyen elementos esenciales del delito; solo por excepción son exigidas por el legislador como condiciones para la imposición de la pena. El ilustre jurista Ignacio Villalobos dice al respecto: "esencia es necesidad; es no poder faltar en un solo individuo de la especie sin que este deje de pertenecer a ella; por lo mismo, tener como esenciales estas condiciones de ocasión, que con más frecuencia concurren en los delitos, sólo se explica como efecto de un prejuicio arraigado".⁵¹

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; se hace la aclaración que no es lo mismo la punibilidad y la pena; aquella es ingrediente de la norma en razón de la calidad de la conducta, la cuál por su naturaleza típica, antijurídica y culpable, amerita la imposición de la pena; esta, en cambio, es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico (reacción del poder público frente al delito); de igual manera, una actividad (u omisión) humana es sancionada cuando se le califica como delito, pero no es delictuosa porque se le sanciona penalmente.

51.- Véase VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, p.33.

El acto o la omisión se tienen como ilícitos penales al contravenir las disposiciones penales del orden público, para la creación y conservación de un orden social y por efectuarse culpablemente, es decir, con conocimiento y voluntad, más no es dable tildarlos de delictuosos por ser punibles.

En consecuencia, los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario.

2.1.4. Derecho Positivo Mexicano.

El Código Penal de 1871, acusando la influencia del Español de 1870, en su artículo 1 define al delito como “la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda”. El Código Penal de 1929, en su artículo 11, lo conceptuaba como “la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal”. Como se observa “es una noción notoriamente imperfecta en cuanto no determina el delito, con la necesaria claridad dentro de la esfera de las actuaciones humanas, sino que únicamente contempla sus efectos y no comprende los delitos de peligro y olvida que hay delitos que no lesionan derechos, sino los bienes por ellos protegidos”.⁵²

El Código Penal de 1931 vigente, en su artículo 7 define al delito, en su primer lineamiento como: “delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penales”. El precepto consagra el principio de la legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*), claramente recogido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

52.- Véase CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general, p.215.

Los elementos de este concepto, eminentemente formalista y formulado con vista a la práctica, son los siguientes: a) "Un acto y omisión, es decir, una acción, en definitiva una conducta humana o lo que es lo mismo, la voluntad, externamente manifestada por un movimiento del agente o por la falta de realización de un hecho positivo exigido por la ley; b) Que esté sancionado por la ley penal. Esto implica la obligación del establecimiento previo de los tipos legales por la normación punitiva, pasando éstos a ser únicas actuaciones punibles".⁵³

En cuanto a la noción sociológica del delito, debe existir esta, sería como concepto básico, anterior a los Códigos que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales; y no podría ser de otra manera ya que la conducta del hombre, y el actuar de todo ser humano, puede ser un hecho natural, basado en la naturaleza de lo psicológico y de sus mecanismos especiales. "Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar o clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza".⁵⁴

En cuanto al concepto jurídico del delito, la definición del delito debe ser, naturalmente, formulado desde el punto de vista del derecho. Una definición del objeto que trata de conocerse, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de los elementos. "En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuridicidad, o , concretarse a buscar los sentimientos o intereses

53.- Véase MARQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal Mexicano, p.137.

54.- Véase VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, p.33.

protegidos que se vulneran , como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente como elementos que lleven consigo sus dos aspectos: formal y material, y dejando a un lado la voluntariedad y los móviles egoístas y antisociales, como expresión formal y como criterio material sobre culpabilidad, tomar esta última como verdadero elemento del delito, a reserva de desarrollar, por su análisis todos sus aspectos o especies”.⁵⁵

Por lo que respecta a la definición de la noción jurídico-formal, para varios autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos; el delito se caracteriza por su sanción penal, sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito. Para Edmundo Mezger, el delito es una acción punible, esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena.

El artículo 7 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en su primer párrafo establece: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.

Celestino Porte Pettit, estaba en desacuerdo respecto a la naturaleza de la punibilidad, expreso que la penalidad es elemento esencial del delito, en función del artículo 7 del Código Penal al definirlo como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales, exigiendo explícitamente la pena legal”.⁵⁶

55.- Véase VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, p.201.

56- PORTE PETTIT, Celestino, Importancias de la Doctrina Penal, México, 1954, p.59.

Actualmente Porte Pettit le niega el rango de elemento esencial del delito a la punibilidad.

Nuestra ley penal reformada (según decreto publicado el 13 de enero de 1984), en su artículo 7, sólo alude a tres especies de delitos en función de su duración: instantáneo, permanente o continuo y continuado.

-Instantáneo. La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. "El carácter de instantáneo -dice Soler-, no se lo dan a un delito los efectos que el cause sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria".⁵⁷

El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos y movimientos. Para la calificación se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como en el homicidio y el robo.

Actualmente la fracción 1, del artículo 7 lo define así: "instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos".

57.- SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T.I, Ed. La Ley, Buenos Aires Argentina 1945, p.274.

-Instantáneo con efectos permanentes. Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. En el homicidio, por ejemplo, se destruye instantáneamente el bien jurídico de la vida y la supresión del mismo, consecuencia de la conducta, perdura para siempre. En las lesiones, el bien jurídico protegido (la salud, o la integridad corporal), disminuye instantáneamente como resultado de la actividad humana, pero la alteración de la salud permanece por un determinado tiempo.

-Continuados. Este delito se dan varias secciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Se dice que el delito continuado consiste: 1.-Unidad de resolución; 2.-Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); y, 3.-Unidad de lesión jurídica. Como ejemplo puede citarse el caso del sujeto que decide robar 20 botellas de vino, más para no ser descubierto, diariamente se apodera de una hasta completar la cantidad propuesta.

Nuestro Código Penal no hacía referencia al delito continuado; ahora en las reformas de 1984 lo define en la fracción III del artículo 7; mismo que expresa "continuado cuando una unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal".

-Permanente. Sebastián Soler lo define en los siguientes términos: "Puede hablarse de delito permanente solo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos".⁵⁸

58.- Véase SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, p.284.

Para Alimena "existe el delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación".⁵⁹

En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia del propósito, no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución; tal es el caso de los delitos privativos de la libertad como el plagio, el robo de infante, etc.

Porte Petit, enumera como "elementos del delito permanente: a) una conducta o hecho; y b) una consumación más o menos duradera. A su vez el segundo elemento comprende tres momentos, a saber: -a) Un momento inicial identificado con la comprensión del bien jurídico protegido por la ley; -b) Un momento intermedio, que va desde la comprensión del bien jurídico hasta antes de la cesación del estado antijurídico; y, -c) Un momento final, coincidente con la cesación del estado comprensivo del bien jurídico".⁶⁰

Para Fernando Castellanos Tena, el delito permanente requiere, esencialmente, la facultad, por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta.

6.- Por el elemento interno o culpabilidad. Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos y culposos. Algunos autores consideran los llamados preterintencionales.

59.- Alimena, Enciclopedia Passina, Volumen V, p.442

60.- PORTE PETIT, Eugenio, Programa de la parte general del Derecho Penal, Ed. Porrúa México 1958, p.222.

De conformidad con el Código Penal para el Distrito Federal, las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente (art.8).

7.- Delitos simples o complejos. "En función de su estructura o composición, los delitos se clasifican en simples y complejos. Llámase simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio, en ellos la acción determina una lesión jurídica imprescindible. Delitos complejos.- son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente".⁶¹

8.- Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.- Por el número de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes; los primeros se forman por un solo acto, mientras los segundos constan de varios actos. Expresa Soler que en el delito plurisubsistente, a diferencia del complejo, cada uno de los actos integrantes de una sola figura no constituye, a su vez, un delito autónomo. Así, sigue diciendo, para imputar el ejercicio ilegal de la medicina es preciso que la actividad imputada conste de varios hechos homogéneos, pues para la existencia del delito es requerida la habitualidad. El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura; el complejo, en cambio, es el producto de la fusión de dos hechos en sí mismos delictuosos. "El delito plurisubsistente es la fusión de actos; el complejo, fusión de figuras delictivas".⁶²

61.- Véase SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, p.284
62.- *ibidem* p.234.

9.- Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos. Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo. El peculado, por ejemplo, es un delito unisubjetivo, por ser suficiente la actuación de un solo sujeto que tenga el carácter de encargado de un servicio público y solo el concurre con su conducta a conformar la descripción de la ley, mas su realización es posible por dos o mas sujetos.

10.- Por la forma de su persecución. Existe en las legislaciones un grupo de delitos que solo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes. Estos delitos son llamados privados o de querrela necesaria, cuya persecución únicamente es posible si se llena el requisito previo: querrela, en este caso la autoridad esta obligada a perseguir.

Manuel Rivera Silva, opina que: "No deben existir delitos perseguibles según el criterio de los ofendidos; el Derecho Penal tan solo debe de tomar en cuenta intereses sociales y, por lo mismo, no abrazar situaciones que importen intereses de carácter exclusivamente particular. Si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse independientemente de lo que quiera o no la parte ofendida y si por cualquier razón vulnera únicamente intereses particulares, ese acto debe desaparecer del catalogo de los delitos para ir a hospedarse a otra rama del Derecho".⁶³

Los Delitos perseguibles previa denuncia (conocidos como perseguibles de oficio) que pueden ser formulada por cualquier persona, son todos aquellos en los que la autoridad esta obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos.

63.- RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, Ed. Porrúa, México 1994, p.97.

Consecuentemente en los delitos perseguibles por denuncia no surte efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa de lo que ocurre en los de querrela necesaria.

11.- Delitos comunes, federales, oficiales, militares y políticos.- Esta clasificación es en función de la materia. Los delitos comunes son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales; en cambio, los federales se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

Los delitos oficiales son los que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Los delitos del orden militar afectan la disciplina del ejército. La Constitución General de la República, en el artículo 13 prohíbe a los Tribunales Militares extender su jurisdicción sobre personas ajenas al Instituto Armado.

Los delitos políticos, en estos generalmente se incluyen todos los hechos que lesionan la organización del Estado en sí misma o en sus órganos o representantes. "El artículo 144, reformado del Código Penal vigente, considera delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos".

12.- Clasificación legal.- "El Código Penal de 1931, en el libro segundo, reparte los delitos en 24 títulos, a saber: Delitos contra la seguridad de la nación; Delitos contra el Derecho Internacional; Delitos contra la humanidad; Delitos contra la seguridad pública; Delitos en materia de vías de comunicación y correspondencia; Delitos contra la autoridad; Delitos contra la salud; Delitos contra la moral pública; Revelación de secretos; Delitos cometidos por servidores públicos; Delitos cometidos contra la administración de justicia; Responsabilidad profesional; Falsedad; Contra la economía pública, contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual; contra el estado civil y bigamia; en

materia de inhumaciones y exhumaciones; contra la paz y la seguridad de las personas; contra la vida y la integridad corporal; contra el honor; privación ilegal de la libertad y otras garantías; en contra de las personas en su patrimonio; encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita y Delitos electorales en materia de registro nacional de ciudadanos.

2.2. Concepto de Pobreza.

De atenerse a la etimología (De pobre) "La Pobreza es la necesidad, estrechez, carencia de lo necesario para el sustento de la vida".⁶⁴

La categoría social de pobre se da en sociedades estratificadas en la que los estratos superior e inferior tienen experiencia mutua directa. Puede también darse en situaciones en las que coexisten grupos económicos desiguales (por ejemplo hombres de la ciudad, campesinos y agricultores). Sin embargo, con coexistencia espacial es probable que los más pobres se distingan de los ricos, y viceversa, por criterios cualitativos más bien que cuantitativos. Raras veces la pobreza es el único criterio de estratificación visto desde abajo.

Se combina con el número de (democracia aristotélica); muy frecuentemente, con el trabajo o con un complejo concepto del pueblo o la comunidad, como en la expresión inglesa familiar de la Edad Media tardía, the poor commons, que puede traducirse por el pobre hombre corriente.

64.- Enciclopedia Universal Ilustrada, T.XLV, Ed. Espasa-Calpe, Madrid Barcelona 1966, p. 983.

Vista desde abajo la pobreza puede definir adecuadamente los estratos inferiores, como en la terminología jurídica medieval, donde son simplemente *arme liute* (pobre gente). Normalmente se comparan los pobres con los ricos y con frecuencia se supone una relación causal, como ocurre en los proverbios alemanes "La pobreza es la vaca del rico" y "La pobreza es la mano y el pie de la riqueza".

No obstante, también se hace referencia en todas las épocas al poder y al privilegio que acompañan a la riqueza; por ello, la pobreza presupone desvalimiento y una posición baja en la jerarquía social o inferioridad personal. Se da por supuesto que las clases sociales superiores son ricas, y pobres las inferiores. En el periodo industrial estas amplias distinciones se complementan o sustituyen cada vez más con la distinción familiar entre clases definidas desde el punto de vista económico. Los pobres trabajadores se han convertido en las clases trabajadoras, y a veces en la clase trabajadora.

La Pobreza ha tenido siempre significados no enteramente separables, y se define en todos los casos de acuerdo con las convenciones de la sociedad en la que se da. La definición puede optar por fijar un criterio absoluto de pobreza. Podemos distinguir tres significados: 1. Pobreza Social; 2. Pauperismo, y 3. Pobreza Moral.

1.- Pobreza Social; supone no solamente la desigualdad económica de propiedad, renta, niveles de vida, etcétera, sino también la desigualdad social, es decir, una relación de inferioridad, dependencia o explotación. En otras palabras, supone la existencia de un estrato social que puede definirse, entre otras cosas, como falta de riqueza.

2.- Pauperismo; describe una categoría de personas incapaces de mantenerse a sí mismas en absoluto, o de mantenerse al nivel convencionalmente considerado mínimo, sin asistencia exterior.

3.- Pobreza Moral define el puesto de la pobreza en la escala de valores de una sociedad o de sus subgrupos e instituciones. Es decir define si la pobreza es moralmente aceptable y qué posición social confiere o de cuál le priva al pobre.

Podemos decir que la pobreza se entenderá como una idea relativa, pues designa el estado de una persona menos rica, pero no priva de lo necesario para la vida, de modo que si no puede satisfacerse ciertos deseos, sí puede satisfacer las necesidades esenciales.

2.3 Concepto de Indigencia.

Indigencia proviene del latín *indigentia*, "Falta de medios para alimentarse, vestirse".⁶⁵

La Indigencia es el estado en el cual estas necesidades esenciales (alimentación, vestido y habitación) no pueden ser satisfechas, pero sin que esta situación destruya la energía moral, por no ser permanente y definitiva.

De modo que la obtención de un empleo adecuado, ó un socorro inteligente puede ponerla término.

2.4 Concepto de Miseria.

Miseria proviene del latín *miseria* "Desgracia, trabajo, infortunio. Estrechez, falta de lo necesario para el sustento u otra cosa; pobreza extrema".⁶⁶

65.- Véase Enciclopedia Universal Ilustrada, T.XVIII, p.1315.

66.- Véase Enciclopedia Universal Ilustrada, T.XXV, p.907.

Es un mal social que se caracteriza por la falta de lo necesario para satisfacer las primeras necesidades de la vida.

Se diferencia de la indigencia en ser la forma permanente de ésta, acompañada de cierta depresión moral, cuando se extiende a un cierto número de personas, á una clase ó un pueblo, es decir, cuando presenta aspecto colectivo, recibe el nombre, no muy exacto de pauperismo. Indigencia (que no es lo mismo que pobreza), miseria y pauperismo son, pues, tres grados de un mismo mal; y como el tercero, además de resumir los otros dos, es el que se presenta en la sociedad contemporánea.

Podemos decir que la miseria es la indigencia con carácter permanente, acompañada de cierta depresión moral, de un abandono de sí mismo que implica rebajamiento y corrupción de las facultades mentales y morales.

2.5 Concepto de Pauperismo.

Pauperismo proviene del latín pauper, pauperis, pobre "existencia de gran número de pobres en un Estado, en particular cuando procede de causas permanentes. Indigencia, pobreza, miseria; total falta de medios ó recursos para prolongar la subsistencia".⁶⁷

Es la situación ó estado permanente de un conjunto de personas que carecen de lo necesario para la subsistencia. Esta voz se empleó por primera vez en Inglaterra, en la primera mitad del siglo XIX, estando compuesta del adjetivo latino pauper, empleando como sustantivo para indicar al indigente

67.- Véase Enciclopedia Universal Ilustrada, T.XLII, p.979

que, en el sistema de asistencia inglés, recibe socorro de la parroquia, y la terminación *ism*, que en lengua inglesa expresa siempre una generalización de la cosa ó idea significada por una radical cualquiera. Así, pues, la voz *pauperismo* equivale etimológicamente á pobreza general.

El *pauperismo* es la miseria de un conjunto de individuos o de una parte de la población. De este concepto se desprende que el *pauperismo* presenta los siguientes caracteres:

- 1.- Privación permanente de las cosas necesarias y en el grado necesario para la vida.
- 2.- Depresión de las facultades morales.
- 3.- Extensión a un cierto número de individuos.

Es una enfermedad social colectiva, infecciosa, crónica y complicada, se le encuentra en aglomeraciones o concentraciones de individuos, familias o pueblos. Es la pobreza acumulada, agrandada y extendida a poblaciones enteras, que forman en la superficie de un país como grandes placas de corrupción y focos de infección moral y de sufrimiento.

Tiene fuerza contagiosa, por lo que se le ha llamado la epidemia de la miseria, es persistente, constituyendo la miseria aceptada, aumentada á cada generación y refractaria a los esfuerzos de la beneficencia.

Es hereditario, y a causa de la privación para muchas generaciones sucesivas de los medios precisos de subsistencia, se complica en lo físico con la anemia, las enfermedades y la degeneración de la raza.

Aunque siempre hubo pobres en el mundo, el pauperismo es producto de la civilización moderna. En la Antigüedad no se conoció éste, pues si bien existía la esclavitud, el dueño proveía á las necesidades del esclavo, que le interesaba conservar, como elemento de riqueza, al menos mientras era útil y los libertos y otros proletariados obtenían mediante la clientela y el patronato lo preciso para satisfacer sus necesidades.

En la Edad Media, la servidumbre y las instituciones gremiales, así como la acción de la Iglesia, impedían que apareciese la miseria colectiva. Esta se muestra en la época moderna siendo debido el origen del pauperismo á la organización industrial contemporánea, por lo que se da en los grandes centros industriales y ciudades populares.

Esto nos lleva a considerar las causas del pauperismo, que son desde luego las mismas que las de la miseria, estas pueden ser económicas y morales. Entre las económicas están las que no dependen de la voluntad del individuo, como las enfermedades, la muerte prematura del jefe de familia, la vejez, etc., y también algunas que, siendo accidentales pueden ser generales en un país en ciertos momentos, como las malas cosechas, inundaciones, guerras, epidemias etc. Pero las causas características del pauperismo son las morales que, matando el estímulo, convierten en permanente la miseria y la conducen al crimen en ocasiones, entre estas causas descuellan: la irreligión, la inmoralidad y sus derivados del vicio, el alcoholismo, la sensualidad, ineducación, ignorancia, pereza y la imprevisión.

Dado este conjunto de causas se comprende que no puede existir un remedio general y único. Las palabras de la Escritura "siempre habrá pobres entre vosotros", no han dejado ni dejarán de cumplirse, pero una cosa es la pobreza y otra el pauperismo.

2.6 Concepto de Robo.

El robo es el delito más frecuente de los delitos patrimoniales por su sencillez en su comisión, debido a su simplicidad ejecutiva, sobre todo sus formas más primarias de exteriorización, las que pueden quedar perfeccionadas por un único actu: remover la cosa ajena con intención de lucro. Así nuestro Código no hace la distinción que realizan las demás legislaciones como la de España que diferencia el robo del hurto señalado por el primero que el apoderamiento por la fuerza y el segundo mediante la substracción astuta.

Nuestro Código presenta las particularidades de acuerdo a la realización del ilícito; será un robo ordinario cuando se realiza sin violencia física o moral y calificado si se presenta el apoderamiento con violencia.

El artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal define al robo de la siguiente forma: "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".

En esta definición se contienen elementos de diversa naturaleza como lo son; elementos descriptivos, es un comportamiento fáctico, así mismo contiene elementos normativos como son "cosa ajena", "sin derecho y sin consentimiento del que puede disponer de él con arreglo a la ley".

Por lo que la reunión de todos estos elementos integran la existencia del robo, sin que sea obligatoria en la práctica procesal que se pruebe el elemento subjetivo o finalístico o intencionalidad delictiva por presumirse esté, de acuerdo al artículo 9 de Código Penal y de la cual se enseña toda la conducta.

Ahora bien, es posible que se presente en el delito de robo el Estado Necesidad, la que es considerada por la ley como una causa de justificación, y es reglamentada por el artículo 379 del Código Penal para el Distrito Federal, hipótesis a la que se le ha denominado robo de famélico, robo de indigente o robo necesario.

2.6.1 Diferencia entre Hurto y Robo.

Antes de definir al Robo de Famélico, es preciso hacer una breve diferencia entre el Hurto y Robo. El maestro González de la Vega nos señala que tanto el derogado Código Español de 1928 como el de 1870 reformado mencionan al Robo y al Hurto como dos infracciones distintas, en consideración a la diversidad de procedimientos empleados para lograr el apoderamiento de las cosas. "Son reos del delito del robo los que, con animo de lucrarse se apoderan de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerzas en las cosas (Artículo 493 del Código Penal Español). 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 del dueño (párrafo primero del artículo 505 del Código Penal Español)".

La distinción Española entre Hurto y Robo, consiste principalmente en la nomenclatura, ya que en los Códigos Mexicanos de 1871, 1929 y el vigente de 1931 el robo en general presenta dos modalidades según "sus circunstancias de realización: será robo ordinario el realizado sin violencia física o moral; y el robo con violencia aquel en que se logre el apoderamiento por la fuerza física o por intimidaciones morales".⁶⁸

68.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, vigesimosexta ed., Ed. Porrúa, México 1998, p.168

En comisión redactora del Código de 1871 queriendo acomodarse al lenguaje común, en el cuál no se conoce la distinción legal entre hurto y robo la desechó, admitiéndose en la redacción de la Ley únicamente la denominación de Robo y el Código vigente conservo el mismo sistema.

Comete 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 del Código Penal vigente, igual al artículo 368 del Código Penal de 1871).

2.7 Concepto de Robo de Famélico.

En este Robo se presentan todos los elementos genéricos del delito, lo denominan los autores, robo en estado de necesidad, robo famélico o bien robo necesario, su origen legislativo se remonta a épocas muy antiguísimas, desde los pueblos antiguos ha encontrado su justificación tanto en el Derecho como en la costumbre; las leyes de Manú justificaron el robo cometido a impulsos de la necesidad imperiosa de hambre, asimismo entre los aztecas se legisló excepcionalmente al caminante que tomaba maíz de las primeras hileras de las mazorcas, del mismo modo se legislo en China y en el Derecho germánico.

En nuestro Derecho no estuvo contemplada la mencionada figura expresamente hasta el Código de 1929, sin embargo, tiene antecedentes ya que el Código Penal de Veracruz de 1835, en su artículo 714 lo contemplaba.

En el Código de 1929 quedo contemplado por primera vez en la fracción VII del artículo 45 del Código Penal; y finalmente en el Código Penal Vigente de 1931, se estableció la definición en el artículo 379; al señalar: "No se castigara 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”.

El jurista Villalobos Ignacio afirma que, “El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro”. El apoderamiento sólo es legítimo si recae sobre cosas de tener valor, pues aunque el artículo 379 no hace directa mención del monto, indirecta, pero claramente, así lo evidencia cuando limita el alcance de la justificante al apoderamiento “de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento”.⁶⁹

Es, por lo tanto, el juzgador, quien cada caso que enjuicie deberá establecer la pertinente y racional ecuación entre los objetos de que se apropió el sujeto activo y sus necesidades personales o familiares en el preciso instante en que efectuó el apoderamiento.

Dichos objetos han de ser aptos para satisfacer la concreta necesidad en que se halla inmerso el agente, y no obsta para su idoneidad la circunstancia de que no puedan de una manera directa usarse o consumirse, pues basta con que de una manera indirecta, esto es, previa su inmediata conversión en dinero puedan aplicarse a satisfacer las necesidades urgentes.

El escaso valor de la cosa es por otra parte, dato trascendente para revelar que la voluntad del sujeto activo no fue la de efectuar un apoderamiento con fines de apropiación, sino para, como exige el elemento típico subjetivo que norma la excluyente, “satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento”.⁷⁰

69.- Véase VILLALOBOS Ignacio Derecho Penal Mexicano, pp. 370 y s.s.
70.- Idem.

Necesidades personales o familiares urgentes son aquellas que, de no satisfacerse, afectan a la vida o a la salud de la persona que realiza el apoderamiento o la de sus familiares. Tales son las que engendran el hambre, sed, frío, miseria y la enfermedad.

Estas necesidades se satisfacen en sus más indispensables y momentánea estrechez, por medio de alimentos, bebidas, ropas, combustibles y medicinas, sin embargo si los objetos sustraídos fueren notoriamente inadecuados o notablemente excesivos en relación a las necesidades del momento, la justificante no puede tener aplicación, toda vez que sólo legitima el apoderamiento de lo estrictamente indispensable.

Tampoco procede si el agente poseía medios propios para hacer frente a sus necesidades o si tenía la posibilidad de recurrir fácilmente a la beneficencia pública.

No entenderse que el alcance de esta justificante específica, abarca la necesidad en que pudiere hallarse inmerso cualquier familiar del sujeto activo, y que, por ende, a favor de cualquiera, sin distinción de clase, línea o grado, es lícito intervenir.

Pues la circunstancia de que el artículo 379 haga relación a sus necesidades personales o familiares, esto es, a las del que efectúa el apoderamiento, evidencia claramente que sólo las necesidades familiares del agente queda abarcada por esta especial justificación.

Son necesidades familiares de la persona que efectúa el apoderamiento, aquellas que afectan directamente a los familiares que de él económicamente dependen, pues solo en estos casos existe verdadera identidad entre quien realiza el apoderamiento y el familiar inmerso en tan dramático apuro.

El precepto del artículo 379 justifica tan sólo los apoderamientos realizados por el sujeto activo, sin empleo de medios violentos o engañosos, de objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares. Puede acontecer que el apoderamiento se realice por medios violentos y no se limite a satisfacer necesidades personales o familiares, sino que tienda a satisfacer necesidades colectivas, por ejemplo, acontece cuando un individuo para evitar que se propague a toda una manzana de casas o a todo el pueblo el incendio propiedad de un tercero o se apodera de los vehículos o caballerías necesarias para trasladar a lugar seguro los objetos ajenos que se encuentran en las adyacentes casas.

CAPITULO TERCERO

GENESIS DE ROBO DE FAMELICO

En toda Ciencia es menester analizar los antecedentes que han influido en su desarrollo y como se sucedieron en el devenir histórico las diversas expresiones de determinada rama del conocimiento. No debe olvidarse que, como siempre acontece, el hombre de derecho ha ido evolucionando a través del tiempo. Como es sabido, los antiguos derechos no formulaban principios comunes, y sólo resolvieron, salvo algunas raras y plausibles excepciones los casos singulares que propiamente se referían a casos concretos con una debida limitación. Es por eso que la Necesidad comienza examinándose en especies concretas, es decir, de casos que presentaban y exponían para su debida solución, y que fue con el transcurso del tiempo que, viendo que se empezaba a dar frecuentemente una serie de hechos referentes a las necesidades básicas del individuo, se constituyó el Robo de Famélico como una Institución. El robo de famélico ha sido estudiado durante mucho tiempo, ello explica que, con respecto a él, se formularon doctrinas que fundamentan la necesidad. Aunque todas ellas han caducado ante las modernas construcciones de carácter más amplio, es útil analizarlas como prueba de evolución ascendentes del ingenio de los pensadores.

3.1 Teoría de los Teólogos, Prácticos y Filósofos.

Los teólogos invocan para fundamentar la impunidad del Robo de Famélico lo que se llama un argumento de texto: Unas palabras de Jesucristo, un sábado caminaba Jesús y sus discípulos por un sembrado de trigo y como tenían hambre comenzaron a coger espigas y a comer, los Fariseos que les habían visto les reprocharon el hecho, diciendo a Jesús: "He aquí a tus

discípulos, lo que no es lícito hacer en sábado”, y Jesucristo tomó la palabra y les declaró inocentes. “La respuesta de Jesús sólo se refiere a la cuestión que le habían planteado, esto es, haber violado el reposo sabático recogiendo sus espigas. El Robo de Famélico no es examinada por Jesucristo por el motivo de que la ley de los Hebreos no consideraba como delito contra la propiedad el acto que habían realizado sus discípulos”.⁷¹

El mismo autor menciona que los otros argumentos de los teólogos son mas jurídicos, no hay robo –dicen- porque el pobre que se apodera de la cosa ajena ejerce un derecho de propietario y de acreedor, puesto que la cosa es suya, dada la obligación que tienen los ricos de socorrer a los pobres. Las palabras de Santo Tomás de Aquino y el Apóstrofe de San Ambrosio son particularmente interesantes a este respecto. El primero llega a afirmar que el “pobre era acreedor del rico”, y al sustraer a éste lo preciso para no perecer de inanición, se limitaba a ejercer un justo derecho.

Pero sobre todo los teólogos se apoyaron en la Vuelta a la Comunidad de Bienes, que ahora examinaremos, defendida con calor por San Buenaventura y singularmente por Santo Tomás de Aquino, cuyas palabras copian otros muchos doctores en la materia. De la misma manera, los criminales de la Edad Media hicieron de la impunidad del Robo de Famélico una especie de fe.

Así los prácticos y juriconsultos, desde el Siglo XIII al XVII estuvieron de acuerdo en este punto. Citemos los nombres más eminentes: Alberto de Gandino, Jacobo de Belvisio, Angel Aretino, Bonifacio de Vitalini, Julio Claro, Damhouder, Bayardo, Gaill, Menoquio, Prospero Farinacio, Dicastillo, Perezius, etc., Sólo dos grandes criminalistas sajones: Berlich y Capzovio, discreparon del unánime conjunto, negándose dejar impune el Robo de Famélico.

71.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.IX, segunda parte, tercera ed., Ed. Losada, Buenos Aires 1976, p. 478.

Muy especial mención merecen los filósofos de los Siglos XVI y XVII: Bacon, en Inglaterra; Grocio en Holanda; y Pufendorf en Alemania. El primero dijo que: "Si un hombre se apodera de alimentos para satisfacer su hambre actual, esto no es delito". Con más vuelo, los otros dos se ocuparon en centrar el hecho dentro de una doctrina, que pasaremos a exponer.

La Teoría de la Vuelta a la Comunidad de Bienes

Es la doctrina típica de la iglesia que fundamenta la justificación del Robo de Famélico. Esta doctrina fue la de la Iglesia manteniéndose intacta hasta nuestros días, puesto que esta basada sobre un dogma que la hace invariable.

Esta doctrina trata exclusivamente de justificar el apoderamiento de alimentos y vestidos, ejecutado bajo la imperiosa necesidad de aplacar el hambre o de cubrir la desnudez. Aparece con los teólogos, sigue con los prácticos y jurisconsultos, desde el Siglo XIII en adelante, y al llegar al XVII es acogida por los escritores de la Escuela de Derecho Natural, Hugo Grocio en su obra *De iure belli ac pacis* publicada en 1625 dice que: "En un caso de extrema necesidad, el antiguo derecho de servirse de las cosas presentes revive, en cierto modo, exactamente como si fueran aún comunes..., si se hubieran preguntado a los que hicieron el primer reparto de los bienes comunes, lo que pensaban sobre esto, hubieran respondido lo que nosotros decimos".

Por su parte Pufendorf que combate la teoría de Grocio, y que en materia general de delito necesario inaugura las serie de doctrinas basadas en el instinto de conservación se cree obligado, como todos sus contemporáneos, a edificar una doctrina peculiar del Robo de Famélico, sustentando una tesis, que tiene de común con la de Grocio, el suponer que, en el duro trance "Sufrir modificaciones los principios de la propiedad", El deber natural de socorrer al prójimo dice -Pufendorf- se transforman, "en caso de necesidad en una obligación perfecta, a cuyo cumplimiento el indigente puede constreñir al

propietario, si el no lo practica por si mismo".⁷²

A las concepciones, de Grocio, Pufendorf levanta varias objeciones, de entre las que citaremos estas dos, por ser las más serias: Dada la Vuelta a la Comunidad de Bienes como causa de la legitimidad del Robo necesario, no se explica que el raptor esta obligado a restituir, puesto que ha tomado lo que era suyo, si el raptor no se apodera de cosa ajena, sino de aquello que le pertenece, poco importa que el estado necesario haya sido ocasionado por su culpa o por causas extrañas a su voluntad. Barbeyrac defiende a Grocio de estas acusaciones de Pufendorf.

Por otro lado, contra el pensar común de aquellos tiempos, Mathaus, cree que el Robo de Famélico es siempre un robo, es decir, que se dan en el todos los caracteres propios de un delito. Sus contemporáneos, siguiendo el pensar de Covarrubias y Pufendorf, afirmaban que no había fraudulenta contreactio (fuerza fraudulenta) puesto que la necesidad obligaba al dueño a socorrer al pobre, y Mathaus niega este deber. Y también se opone Mathaus a los que opinan que no existe en el Robo Necesario elemento interno, es decir el animus lucrificiendi (ánimo de lucro o ganancia).

A pesar de esa búsqueda de argumentos específicos para el Robo de Famélico, se señala en los filósofos el afán de escribirle en una teoría general de la necesidad, cosa que, ordinariamente no hicieron los prácticos. En efecto, mientras Gandino y el Aretino se esforzaban en construir una doctrina específica para el hurto por hambre, situado en el título de los Hurtos y sin pensar en otros casos de necesidad, Grocio e incluso el mismo Pufendorf edificaban una Teoría General de la Necesidad, y si bien formulaban otra especial para el hurto de famélico apoyaban esta en aquella.

72.- Véase JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.IX, p. 480.

Repitamos que la Vuelta al Estado Natural era la tesis imperante y sigue siéndolo durante algún tiempo. Muchos de los escritores de aquella época, como Voet, Burlamaqui, Vattel, etc., siguen la Teoría de la Vuelta a la Comunidad de Bienes en caso de Robo Necesario pero van desapareciendo poco a poco los partidarios de esta doctrina, que ya no aceptaban en 1712 el eminente Stryk en su propio sentido, aún cuando era secuaz de Grocio en todo el resto de sus ideas, con algunas modificaciones inspiradas en Pufendorf y Thomasius. "En nuestra época no encuentra ambiente la tesis de la Vuelta a la Comunidad de Bienes, que se halla reclusa en los conventos, según dijimos antes, sólo como excepción pueden citarse como defensores de la vieja doctrina a tres franceses: Aquiles Francisco Le Sellyer, Brouilhet y Cauviere".⁷³

3.2 Doctrinas Modernas que Fundamentan el Robo de Famélico.

El maestro Jiménez de Asúa, señala que los escritores modernos antes de que los Tribunales Franceses conocieran del caso de Luisa Ménard, si bien aceptaron en su mayoría la impunidad del Robo de Famélico, observaban que sería muy raro que se presentara ante la Justicia. A pesar de esa opinión mayoritaria, no faltan algunos que sólo le otorgan efectos atenuantes. Refiriéndonos a los Juristas Franceses citemos entre los que si razonan a; Chauveau y Hélie: "El hambre y la miseria, dicen ser ciertamente atenuantes de los delitos, pero sería tan inmoral como peligroso proclamar en este caso, la justificación completa del agente, pues esto sería reconocer que las reglas de la justicia moral tiene sus límites y sus excepciones", en consecuencia, creen que el hambre y la miseria son tan sólo circunstancias atenuantes, aunque reconocen que, en tal caso que ellos consideran improbable en el estado de la civilización actual, "Los jurados no pronunciarían contra ese hombre un veredicto de culpabilidad".⁷⁴

73.- Véase JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.IX p. 484.

74.- Idem.

Lo mismo opina Maisonneuve, que concluye igualmente reconociendo al ladrón de famélico circunstancias atenuantes, considerándole incluso digno de “un generoso interés pero, a su juicio, el acto no deja de ser una violación de la justicia”.

En nuestros días R. Garraud hubo de rebatir, con acierto el falso criterio de que el hombre no es una fuerza externa. Los criminalistas franceses que pensaron que hay una eximente en caso de Robo de Famélico se dividieron ante su fundamentación. Unos como Beline, reproducen el arcaico supuesto del consentimiento del propietario; otros como Carnot invocan la legítima defensa; y los mas Rossi, Muton, Trébutien, Burgnon de Layre y Ortolan alegan el clásico argumento francés de la *contrainte morale* (violencia moral), y hasta la fuerza irresistible del propio artículo 64 de su Código, sin que falte alguno de ellos, como Trébutien, que busque la causa de esa violencia en que: “El instinto de conservación, de un lado, y de otro, el mal presente ocasionado por el hambre, quitan al hombre su libertad de acción y hacen, por ello, desaparecer el carácter culpable del hecho incriminado”; e incluso quien, como Rossi, absuelve al ladrón de famélico por “violencia moral”, si bien destacando que, “su acción es ilegítima pero disculpable”, a diferencia del acto del navegante que arroja al mar la mercancía de otro. Rossi trata de demostrar que en éste caso hay un derecho perfecto a sacrificar las cosas, por la relación entre el navegante y el propietario de los objetos sacrificados en tanto que no hay más que un derecho imperfecto en caso del famélico, por no existir más relación que “el vínculo general de la humanidad “ entre el mendigo y el panadero.

También los autores belgas acuden a la *contrainte morale* (violencia moral). Recordemos a Nypel, Haus etc., Adolfo Prins, cuyo talento se anticipó a la moderna solución de tantos problemas, encuadró ya el Robo de Famélico como una forma de estado de necesidad.

En Italia, también Carrará proclamó el derecho del hambriento, y por ende, aunque trate el asunto en la parte especial al ocuparse de los hurtos implícitamente lo mira como forma del más amplio concepto de la necesidad. Incluso Carrará con su sapiencia y lucidez proverbiales, destaca la índole jurídica del acto del famélico, negando al propietario, que sabe “el estado de peligro en que se encuentra el hambriento”, derecho de rechazar al que sustrae sus cosas, y cree poder resolver ésta difícilísima prueba, reconociendo culpable al dueño de la cosa que se la quita el necesitado que la tomó.

En Inglaterra, y con el raso vuelo de los criminalistas de ese país, dijo Bishop que con mayor razón que un hombre puede sustraerse a un daño atentado contra sus semejantes, le es dable atender a la propiedad de otro, si no tiene otro medio de reponer sus fuerzas.

La doctrina presente con abrumadora mayoría, estima el Robo de Famélico como un caso de necesidad que no precisa ser especialmente encarado en la teoría o en las leyes, incluso los autores en cuyos países los Códigos legislaron específicamente sobre el hurto o robo por hambre por un mal entendido espíritu de novedad y con el paradójico efecto de que más han perjudicado que favorecido al famélico o Indigente, ven el Robo de Famélico como estado de necesidad perfecto. Citemos a Carrancá en México y a Menéndez, Tejera y Portela en Cuba, aunque se dividen en la conveniencia de consignar en la ley esta forma de estado necesario.

Portela con más razón que Tejera, cree que “no valía la pena” enclavar en el Código preceptos propios para una eximente que puede tener cabida en una fórmula general.

El maestro Jiménez de Asúa considera que el Robo de Famélico es una causa de justificación, pero advierte que ésta causa de justificante no es inválida cuando la situación fue provocada culposamente por el mismo que luego resulta necesitado; esto es, que el hombre hambriento que roba un panecillo debe quedar impune, aunque la causa de su situación Indigente haya sido su propia holgazanería o su prodigalidad. Lo contrario opina el Derecho Canónico, cuyo criterio opuesto al nuestro, sustentan Joaquín Garrigues que, receloso ante el “gran peligro social cuyas consecuencias son tan patentes que no necesitan ser demostradas”, que extrañaría confundir a “los desgraciados y a los que hacen profesión de la vagancia”, pide, para que el hambre pueda justificarse el acto, que no haya sido culpa del hambriento la extrema necesidad en que se ve, y que si llegó a ése estado, por “causas sólo a él imputables”, únicamente se le aprecie como circunstancia atenuante”.⁷⁵

3.3 Naturaleza del Robo de Famélico.

En cuanto a la naturaleza del robo de famélico, podemos señalar estos puntos de vista:

3.3.1 Fuerza Física Exterior Irresistible.

La Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado, que “la fracción I 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

75 - Véase JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.IX, p. 486.

manifiesto que no comprende todos los casos de necesidad o de 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 del ordenamiento represivo en consulta, al establecer que no se castigara a quién, 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, y en modo alguno puede estimarse que el abigeato que perpetraron los acusados, satisfaga los requisitos el invoado dispositivo, si es obvio que la cosa robada no puede estimarse como objeto estrictamente indispensable para satisfacer necesidades personales o familiares del momento".⁷⁶

De la lectura de esta ejecutoria, se desprende que incluye el robo famélico como una fuerza física exterior irresistible, al sostenerse que la fracción I 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 de apuro económico.

Esta tesis es inaceptable, porque nada tiene que ver la colisión de dos bienes de desigual valor, con la fuerza física irresistible o vis absoluta, en que falta la voluntad, constituyendo una ausencia de conducta.

76- Semanario Judicial de la Federación, T.CVII, quinta época, p.p. 1178-1179, citado por Porte Petit Candaudaup, Celestino, Robo Simple, segunda ed., Ed. Porrúa, México 1989, p.103.

3.3.2 Causa de Justificación.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica. En ellas no hay delito, recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refiere al hecho y no al sujeto, atañen a la realización externa.

Jiménez de Asúa estima: “que no debe buscarse un fundamento típico al robo famélico que se halla objetivamente en la teoría del conflicto de bienes iguales, según la cual debe preferirse el sacrificio de la propiedad, que es el bien inferior, en aras de la vida del hambriento, que importa un valor más grande, siendo por tanto, una causa de justificación”.⁷⁷

Es evidente, que el robo de famélico, constituye una causa de licitud, en virtud de que estamos frente al principio del interés preponderante, ya que se encuentran en colisión dos bienes de desigual valor; por una parte, la vida o la salud personal y por otra, el patrimonio, debiendo sacrificarse este último, por ser el de menor valor. Opinan igualmente que se trata de una causa de licitud, Antonio de P. Moreno, González de la Vega, Pavón Vasconcelos, Raúl F. Cárdenas y Mariano Jiménez Huerta.

3.3.2.1 Estado de Necesidad.

Dentro de los aspectos negativos de la acción punible, el denominado estado de necesidad, tiene una gran importancia, tanto en la dogmática como en la doctrina, sea por la dificultad de precisar su delimitación conceptual o por los interesantes y complejos problemas que suscita su constante aplicación a los casos concretos.

77.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.IV, Ed. Losada, Buenos Aires 1983, p. 458.

Aún cuando, como se verá posteriormente, el status necessitatis ha llegado a cobrar autonomía frente a otros institutos como la legítima defensa y la vis compulsiva, con los cuales a menudo fue confundido, da ocasión a debate doctrinal todavía, el problema de su ubicación dentro del marco negativo del delito.

En efecto, el estado de necesidad tiene en la actualidad. Según la opinión de los doctos, el carácter de una justificante en caso de colisión de bienes o deberes cuya entidad, rango o jerarquía sea diferente y se inmolen a los menos significativos para la convivencia social, y en la hipótesis de conflicto de intereses, bienes o valores de la misma entidad o importancia, se estará contemplando una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. Esta doble naturaleza del acto necesario, sólo es sostenida por los partidarios de la doctrina diferenciadora, auspiciada entre otros, por Max Ernst Mayer y Luis Jiménez de Asúa.

3.3.2.1.1 Concepto de Estado de Necesidad.

El estado de necesidad ha sido definido de muy diversas formas; pero a pesar de las diferencias del lenguaje, los tratadistas coinciden en señalar los mismos conceptos fundamentales que le han dado claridad a sus perfiles y le han hecho adquirir personalidad propia frente a las demás figuras jurídicas penales con las que guarda semejanza.

Eugenio Cuello Calón define al estado de necesidad en los siguientes términos: "Es una situación de peligro actual o inmediateamente para bienes jurídicamente protegidos, la cual sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes también jurídicamente protegidos pertenecientes a otra persona".⁷⁸

78.- Véase CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, p.342.

Por su parte René Garraud afirma que: "El delito se comete en estado de necesidad, cuando a consecuencia de un acontecimiento de orden natural o de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción u omisión delictiva, para escapar él mismo o hacer escapar a otro, de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo".⁷⁹

Ahora bien, no obstante los conceptos anteriores citados, me adhiero a la definición sustentada por Franz Von Liszt. Este penalista germano, concibe al estado de necesidad en esta forma: "Es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos".⁸⁰

En esta fórmula tan amplia y comprensiva, quedan alojados los más variados casos, las más complejas situaciones, desde las hipótesis más delicadas donde se colisionen vidas humanas, hasta los supuestos menos dramáticos como matar a una bestia cuando nos embiste; robar alimentos o vestidos para evitar la muerte por inanición o por frío; robar para cubrirse la desnudez cuando la corriente del río se haya llevado las ropas y por ende, se encuentra el pudor en peligro; allanar la morada o dañar la propiedad de otro para salvar a una persona, a un cuadro de cierto valor o para apoderarse de un extintor de incendios y así, evitar lesiones a los diversos bienes jurídicos en caso de incendio, terremoto, inundación, etc.

Así, entre otros juristas, Raúl Carrancá y Trujillo define el concepto jurídico del estado de necesidad tomándolo de Von Liszt en los siguientes términos, que aceptan Jiménez de Asúa, Saldaña, Cuello Calón, y entre

79.- GARRAUD, Rene citado por Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, T.IV., Ed. Losada, Buenos Aires 1983, p.277.

80.- LISZT, Franz Von, Tratado de Derecho Penal, traducción al español de Quintiliano Saldaña, T.II, tercera ed. Ed. Reus, Madrid España.352.

nosotros Garrido y Ceniceros en su obra la "Ley Penal Mexicana": "El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cuál no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos".⁸¹

Las transcritas definiciones caracterizan con exactitud, la situación de la cual surge el estado de necesidad; circunstancia de conflicto de intereses, sin otra solución que el sacrificio de los unos o los otros; en consecuencia, es un caso de colisión de intereses, bienes o deberes jurídicos.

Para dejar aún más clara las definiciones anteriores, es necesario esclarecer el origen de la acepción estado de necesidad, encontrándose que tiene sus raíces según el Diccionario de la Lengua Española en las palabras: "Estado, del latín status, en romance significa la situación en que está una persona o cosa. Situación es la disposición de una cosa respecto del lugar que ocupa. Necesidad es un impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido".⁸²

Del origen de la palabra estado de necesidad, se puede observar claramente que la misma se sitúa en la hipótesis que han dado los diversos autores que se han citado con antelación y que son específicamente que sea una situación actual de peligro, y que en la cuál no queda otro remedio que la de actuar violando el derecho.

81.- El Estado de Necesidad, Revista Criminalia, Año II, Botas, México septiembre 1934-agosto 1935, p.137 y s s.

82.- Nuevo Diccionario Ilustrado Sopena de la Lengua Española, Ramón Sopena, Barcelona 1972, p.p. 466,714 y 912.

Por otra parte el concepto del estado de necesidad en sentido jurídico penal, es la situación de peligro real, actual o eminente para bienes jurídicos, la cuál solo puede ser evitada mediante la lesión de otros bienes igualmente tutelado por el derecho, siempre y cuando la acción lesiva se ejercite dentro de los límites impuestos por la racionalidad o proporcionalidad que debe existir entre los intereses en conflicto; el agente no debe tener a su cargo el deber legal de sufrir el peligro y no haberlos provocado intencionalmente.

Independientemente de que me adhiero con la mayoría de los Juristas Mexicanos al concepto del estado de necesidad dado por el tratadista Von Liszt, se puede definir al concepto de estado de necesidad, como aquel conjunto de circunstancias de hecho que obligan al individuo, ante la alternativa o predicamento de que un bien valioso para él inclusive la vida misma sucumba o siga subsistiendo, aunque a consecuencia de esa decisión se origine la comisión de un acto que las leyes penales consideran como delito.

En cuanto a este intento de definir el estado de necesidad, se puede concluir que tiene como característica esencial un conflicto de bienes ya sea de igual o menor valor en el cuál uno de los dos deberá subsistir ante un hecho irreparable, el cuál debe ser real, grave e inminente y que sea por un verdadero estado de necesidad en el cuál no haya otra alternativa practicable y menos perjudicial para salvar la vida o bienes, o la persona o bienes de otro, considerándose con esto que aún cuando se llegase a originar la comisión de un acto delictivo, este sería considerado como una verdadera causa de justificación en virtud de que las leyes penales otorgan dicha garantía al que actúa por estado de necesidad independientemente de que se haya cometido un ilícito en las leyes penales, ya que las mismas le otorgan al estado de necesidad la no responsabilidad penal.

3.3.2.1.2 Evolución Legislativa del Estado de Necesidad.

Indudablemente que dentro de nuestra Legislación Mexicana, un aspecto muy importante es el relativo a la evolución que esta ha ido teniendo con el correr de los años, y es así que procederé a una síntesis de la transición legislativa que ha tenido el estado de necesidad en los diversos Ordenamientos Penales, desde la aparición del Código Penal de 1871, creado por el insigne maestro Antonio Martínez de Castro, para posteriormente seguir con el Código Penal de 1929, que abrogó al de 1871, hasta llegar al Código Penal de 1931, que es el que se encuentra vigente.

3.3.2.1.2.1 Código Penal de 1871.

Tratándose sobre las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal, donde se encuentra comprendido el estado de necesidad, la exposición de motivos del citado Ordenamiento señalaba: La materia de este capítulo ha dado lugar a serias y detenidas discusiones en la Comisión, por haberse tenido que decidir cuestiones de grave importancia y de suma dificultad. Por lo que se refiere al estado de necesidad, este se encontraba regulado en el Título Segundo de la Responsabilidad Criminal. Circunstancias que la Excluyen, la atenúan o la agravan. Personas Responsables. Capítulo II. De las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal en su artículo 34 del Código Penal de referencia en cuanto que señalaba:

Artículo 34 "Las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal por la infracción de la leyes penales, son:

Fracción X.- Quebrantar violentando una fuerza moral, si ésta produce temor fundado e irresistible, de un mal inminente y grave, en la persona del infractor.

Fracción XI.- Causar daño en la propiedad ajena por evitar un mal grave y actual, si concurren estos dos requisitos:

- I.- Que el mal que cause sea menor que el que trate de evitar;
- II.- Que para impedirlo no tenga otro medio practicable y menos perjudicial que el que emplea

Como se ve, éste Código se apoya en la teoría de la violencia moral al considerarse al miedo grave y al temor fundado, como excluyente de responsabilidad, que llegan a perturbar al sujeto que lo sufre y que como resultado inmediato se tiene la violación de un bien jurídico.

Si se analiza bien la fracción XI, que a mi modo de ver es la única que nos proporciona, aunque de manera imperfecta, una fórmula de estado de necesidad, se encontrara: que no precisa que derechos o bienes jurídicos salvaguardados toma en consideración, ya que ni en la exposición de motivos de dicho Código proporciona la explicación, pues se omitió, entre otras la de esta fracción.

Pero siendo como es este Código de 1871, una copia de la legislación Española que tanto en sus Códigos Penales de 1848, 1850 y 1870, sólo reconocen el daño, en propiedad ajena y a esto se reducía el estado de necesidad, se explica su redacción.

En cuanto a los requisitos que pide hay que hacer notar que en realidad son tres;

- 1.- Un mal grave y actual.
- 2.- Proporcionalidad entre el mal evitado y el que se causa.
- 3.- El acto jurídico debe ser el medio más adecuado.

El mal como se ve, ha de ser inminente y no futuro, o probable; en cuanto a la proporcionalidad que debe existir entre el mal causado con el ejecutado y el mal evitado con él, ya se ha visto que es difícil de determinar, en atención a las dificultades que ofrece su apreciación.

3.3.2.1.2.2 Código Penal de 1929.

Este Código considera al estado de necesidad, como causa de justificación, porque para él, lo son todas las circunstancias excluyentes de responsabilidad, que comprende en el capítulo relativo.

Efectivamente, el artículo 45 dice: "las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, es decir, las de justificación legal son:

Fracción V.- Contravenir las disposiciones de una ley penal, violentado por el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o de cualquier otra persona de las mencionadas en el artículo 44 (parientes consanguíneos o afines y los que están ligados por amor, amistad, respeto, gratitud), si esta o aquel, no provocó el peligro, origen del temor o dio causa inmediata o suficiente para él, o tiene obligación de afrontarlo por deber profesional o de su ejercicio.

Fracción VI.- Causar Daño en Propiedad Ajena por evitar un mal grave y actual, siempre que para inferirlo el causante no tenga otro medio practicable y menos perjudicial que el que empleo.

Fracción VII.- La indigencia no imputable al que, sin emplear engaños ni medios violentos se apodera de una sola vez del alimento estrictamente indispensable, para satisfacer sus necesidades personales o familiares de la alimentación del momento.

Puede observarse que la Fracción V del Artículo 45 de este Ordenamiento, es igual a la fracción X del artículo 34 del Código anterior, pues en las dos se habla de contravención a la ley penal, cuando el agente esta violentando por el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave, con la sola diferencia que a mi juicio es importante, que la Fracción X del Artículo 34 del Código de 1871 sólo toma en cuenta al infractor y la Fracción V del Artículo 45 del Código de 1929 hace extensiva la justificante a otras personas y no únicamente al infractor.

La Fracción VI, reproduce casi íntegramente a la XI del artículo 34 del Código de 1871, no habiendo más diferencia entre ambas, que el empleo de otras palabras, pues los requisitos que exige la fracción que se examina, los pide exactamente la correspondiente del Código anterior.

La excluyente consagrada por la Fracción VII, merece particular elogio y debe de considerarse como un avance en nuestra legislación penal; pero creo que no debió de limitarse al robo de alimento ya que también la sustracción de vestidos y medicamentos debe quedar comprendida en ella.

3.3.2.1.2.3 Código Penal de 1931.

En este Código, al igual que en los anteriores, se incluye en el capítulo de excluyentes de responsabilidad.

Como puede observarse, al redactar la fracción IV del artículo 15 de nuestro Código Penal, que comprende el estado de necesidad, solo tomaron en cuenta el estado anímico del individuo cuando este se haya en casos extremos, como los que comprende el estado de necesidad y resolvieron afirmativamente por el lado de la justificación del acto así ejecutado, al decir que "el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del

contraventor o la necesidad de salvar su propia persona de un peligro real, grave, e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial”, era suficiente para concluir la responsabilidad del agente.

La fracción estudiada empieza con la excluyente de fuerza moral y con esto están de acuerdo con las Fracciones XI del artículo 34 del Código Penal de 1871 y V del artículo 45 del Código Penal de 1929, que se fundaron en la teoría de la violencia moral.

Por otra parte con sorpresa se ve que el legislador de 1931 quitó de la lista de excluyentes el robo necesario, que en Código anterior figuraba en la fracción VII del artículo 45 y que en mi opinión debe de quedar incluido en el estado de necesidad.

Este caso de robo por hambre que el legislador del Código Penal de 1929 tomo en consideración y que constituyo un avance en nuestra legislación penal, pues como se recordara el legislador de 1871 no lo tomo en cuenta, ya no forma parte del capítulo relativo a las excluyentes porque nuestro legislador de 1931 considero que se trata de un caso especial, que cabe perfectamente en el Capítulo relativo al Robo, y así lo contempla en el artículo 379 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Con las reformas del 10 de enero de 1994, se reformó el Derecho Penal, cambiando desde el título al artículo 15 quedando como sigue: El delito se excluye Fracción V “Se obra por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o eminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”.

En los términos del texto transcrito, el estado de necesidad supone otra de las formas que la Ley Penal expresamente previene como legitimadoras y, por tanto, neutralizadoras de la antijuricidad. A diferencia de la legítima defensa, en donde la legítimante surge como consecuencia del Derecho que la persona tiene a defenderse y a no permitir la presencia de un injusto que afecte sus bienes jurídicos propios o ajenos, derivados de una agresión no provocada, en el caso del estado de necesidad, la legitimación surge como consecuencia de ese fundamento general que deriva, de que nadie está obligado a soportar lo imposible. En relación con el alcance del estado de necesidad se conocen principalmente dos teorías: "La teoría de la unificación, que afirma la posibilidad de que la justificante pueda operar respecto de todo tipo de bienes, siempre que sean de igual o menor jerarquía; y la teoría de la diferenciación, que estima que debe ser objeto de un tratamiento sistemático diferente el estado de necesidad justificante, que afecta bienes de menor jerarquía, el cuál implica una causa de justificación que elimina la antijuricidad, respecto del estado de necesidad o exculpante que afecta bienes que son de igual o superior jerarquía y que, en su caso, debe merecer análisis como causa de inculpabilidad dentro de las causas que origina la no exigibilidad de otra conducta y no como justificante".⁸³

En nuestro concepto se debe reconocer la diferencia sistemática que existe entre la legítimante, que afecta bienes de menor jerarquía para salvaguardar bienes que son de mayor jerarquía, respecto de aquella otra situación que deriva de la afectación de bienes que son de igual y aún, discutiblemente, de superior jerarquía. No entenderlo así, implica no reconocer las características del Derecho mismo, como orden jurídico orientado a la protección de bienes jurídicos, estimando que el derecho sería indiferente frente a los propios bienes jurídicos que protege, lo que naturalmente resultaría en contradicción con la teoría del injusto.

83.- MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, segunda ed., Ed. Porrúa, México 1998, p.419.

“Por esta razón, si bien es cierto que el Derecho permite al individuo la defensa de los bienes propios o ajenos, es decir que no pueden impedir que el individuo atienda su defensa frente al peligro que los mismos afrontan, situación esta que reconoce pero no alienta y menos ordena, como ocurre con los tipos que incorporan la conducta socialmente deseada de la tipicidad normativa; sí, en cambio, permite y autoriza, el propio Estado, consciente de que no cuentan con otros medios para salvaguardar la defensa de dichos bienes, razón por la cuál permite que la persona actúe frente a tales circunstancias. Frente a esta situación que recoge el contenido de la justificante que elimina la antijuricidad de la conducta, se presenta aquella otra situación en la que el propio Estado, no permite ni autoriza que para salvaguardar un bien jurídico de menor jerarquía, se afecte a otro bien jurídico de igual o superior jerarquía, a manera de ejemplo: el individuo que para salvaguardar la vida propia, afecte la vida del prójimo, situación esta, sin embargo, frente a la cuál el propio Estado se ve impedido a exigirle que hubiera actuado de manera diferente de aquella en que actuó, de aquí que frente a esta segunda actuación el Estado reconoce esa conducta, y la recoge como una causa de inculpabilidad, pero no como causa de justificación, en el entendimiento de que en el primer caso el injusto típico y antijurídico existe y sólo se estima que no puede ser reprochado el autor como culpable, en tanto como en el último caso, ante la legitimante no existe injusto típico y antijurídico y, por tanto, no existe delito porque queda neutralizada la antinormatividad de la conducta”.⁸⁴

3.3.2.1.3 Elementos

Siendo el estado de necesidad una situación de conflicto entre bienes jurídicos que impone la lesión de uno de ellos para salvar el otro, el acto con el

84.- Véase MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, p. 420.

cuál se violan tales intereses tiene como fin evitar un peligro actual e inminente y, por lo mismo, el agente del acto necesario, a de concretarse a constatar: La inminencia del peligro, que el peligro sea inevitable y la injusticia del mal.

1.- El peligro, o sea la posibilidad de recibir un daño, un mal, a de ser inminente, es decir presente y no futuro, cierto y no incierto, de tal modo que el agente no pueda sustraerse o sustraer al tercero amenazado por cualquier otro medio.

2.- Que el peligro sea inevitable, quiere decir, que no haya podido ser previsto y que no sea resultado de un hecho voluntario del agente, es decir, que este no lo haya creado.

3.- La injusticia del mal, es decir, que la ley no obligue al sacrificado a someterse al mal que amenaza, por ejemplo; el soldado o el policía a quienes por su propio trabajo la ley les impone exponer su vida, no podrá excusarse ante el peligro invocando el estado de necesidad; o el bombero obligado por su profesión a exponer su vida entre las llamas tampoco podrá excusarse con el estado de necesidad.

Por otra parte, el acto ejecutado debe ser: el medio más adecuado para evitar el daño, debe ser proporcional al posible daño y necesario.

1.- Frente a una situación de peligro como la que se analiza, el agente a de estar en la imposibilidad absoluta de evitar el daño recurriendo a otro medio que no sea el sacrificio del bien jurídico ajeno, porque de existir otro medio menos perjudicial, desaparecería el estado de necesidad.

2.- La proporcionalidad del acto supone un examen previo de las condiciones en que se haya colocado el agente del acto necesario para poder apreciar la gravedad del mal que va a causar, en proporción con el posible daño que trata de evitar, dadas las circunstancias que lo rodean.

Determinar la proporcionalidad del mal causado con el mal evitado, tal como algunos autores lo quieren, es una cuestión difícil de realizar; precisar cual de los dos males debe aceptarse, si el que amenaza o el que se causa, ofrece serias dificultades en la práctica, porque es humano suponer que el mal que nos amenaza es más grave que el que ocasionamos para evitarlo.

Por su parte, una evaluación imparcial y serena en esos momentos es también dudosa. Algunos autores tratan de encontrar en la proporcionalidad que debe existir entre el mal causado con el acto necesario, y el mal evitado, la solución del problema que se plantea cuando se obra en estado de necesidad.

Cuello Calón, piensa que para "la apreciación de esta eximente sería bastante que el agente hubiera creído de buena fe y fundadamente que el mal que causó no era mayor que el que trataba de evitar".⁸⁵

Solución bastante aceptable, pero a mi juicio, y en este sentido siguiendo a Jiménez de Asúa, sería preferible dejar esta cuestión al prudente arbitrio del juez.

3.- Que el acto ejecutado sea necesario, quiere decir, que sea el único medio de evitar el peligro o el mal que amenaza; porque si este fuese evitable por otros medios que no sea el sacrificado del bien jurídico ajeno, perdería el carácter de acto necesario.

Los modernos tratadistas coinciden en sus apreciaciones acerca de las condiciones y requisitos que debe reunir en un momento dado el estado de necesidad.

85 - Véase CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, p.350.

Para tal efecto, veamos lo que opinan los ilustres penalistas Españoles Eugenio Cuello Calón y Luis Jiménez de Asúa. Para el primero, el estado de necesidad debe reunir las siguientes condiciones:

- 1.- "Amenaza de un mal, o peligro grave y actual o inminente.
- 2.- Imposibilidad de evitar el peligro por otro medio que no sea el sacrificado del bien ajeno.
- 3.- Que el mal sea injusto.
- 4.- Que el necesitado no haya dado lugar con su conducta intencional al surgimiento del estado de necesidad".⁸⁶

Jiménez de Asúa, resume en cuatro, los requisitos que han de caracterizar el estado de necesidad:

- 1.- "Existencia de un peligro actual o inminente.
- 2.- Injusticia del mal que se trata de evitar.
- 3.- Necesidad del acto.
- 4.- Proporción debida entre el bien que se salva y el bien que se sacrifica".⁸⁷

Como el análisis de estas condiciones; suele decirse, que la impunidad del acto cometido en estado de necesidad, ha de resultar del examen minucioso y sereno de todos y cada uno de los requisitos apuntados y de las causas que concurrieron en su ejecución, sin perder de vista, naturalmente, las personales condiciones del agente.

86.- Véase CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, pp.345 y s.s
87.- Véase JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.IV, p.404.

El peligro como elemento del Estado de Necesidad “consiste en una probabilidad de daño. El peligro a que hace referencia el Estado de Necesidad, puede proceder de un tercero, de la naturaleza o de los animales. La valoración de la situación de peligro, tiene que ser valorada a través de un juicio ex ante y no ex post facto. Tal peligro, a su vez debe reunir un peligro real (que significa cierto y ni imaginario), actual (que significa presente y no pasado ni futuro), inmutable (que supone una opción frente a la actualidad, pero que implica presencia inmediata futura inevitable, finalmente tal peligro a los bienes jurídicos no debe haber sido ocasionado dolosamente ni por culpa)”.⁸⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado que la justificante por Estado de Necesidad, consiste en el sacrificio de un bien menor para salvar otro de mayor valía, ambos jurídicamente tutelados por el derecho, en presencia de la imposibilidad de que los dos subsistan (Semanao Judicial de la Federación, Volumen XXVII, página 49, segunda parte, sexta época). Refiere, así mismo la jurisprudencia: “El Estado de Necesidad, es una causa de justificación que por su naturaleza choca con la legítima defensa, ya que en el Estado de Necesidad no existe defensa de una agresión, sino agresión contra un bien jurídico tutelado para salvar otro bien jurídico, igualmente protegido por el Derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente” (Semanao Judicial de la Federación, XLI, página 31, segunda parte, sexta época).

Se ha planteado también, el caso del peligro causado dolosamente, cuando el mismo no tiene una vinculación directa con la generación del Estado de Necesidad que implica la justificante y, así, se observa que no parece

88.- Véase MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, pp. 420 y s s.

razonable eliminar la excluyente cuando el Estado de Necesidad se debe a un acto doloso, si ese dolo no esta directamente encaminado a la creación misma de la situación de peligro como medio de preparar la impunidad en el delito.

El Estado de Necesidad implica, por parte de quién actúa en dichas circunstancias, de un ánimo de conservación, que a fin de cuentas se traduce en un *animus defendendi*, al igual que acontece, en el caso de la legítima defensa, si bien, en esta última dicho ánimo de defensa se plantea respecto de una agresión no provocada, respecto de la cuál, la legítima defensa es precisamente una reacción, en tanto que en el caso de Estado de Necesidad, esta defensa se vincula a la situación de peligro a que se somete el bien jurídico salvaguardado de mayor jerarquía.

El Estado de Necesidad, al igual que en las restantes causas de licitud o causas de justificación, en la medida en que las mismas, que implican la inexistencia de un delito, como consecuencia, a la vez se da la imposibilidad, de imponer la pena, que obviamente incluye a otro punto de divergencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad, lo que permite observar, que mientras esta última justificante procede en contra de lo que origina el peligro, se trate de una persona física, de un animal o de una cosa; en la legítima defensa, en cambio, únicamente procede esta, en contra de la acción de otra persona humana.

3.3.2.1.4 Casos Regulados en el Código Penal.

Las causas de justificación aparecen previstas en todo el orden jurídico dentro del Código Penal, las mismas aparecen fundamentalmente recogidos en el Libro Primero del Código dentro del Artículo 15, lugar donde aparece ubicado el Estado de Necesidad en la fracción V. Existen, sin embargo, algunos casos que aparecen también recogidos en el Libro Segundo del Código Penal, relativo

a los delitos en particular, como lo son el Robo Necesario o Robo de Famélico, y el Aborto necesario o terapéutico.

1.- Robo de Famélico

El artículo 379 del Código Penal, expresa: “No se castigara 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”. Con esta expresión, recoge el Código Penal, de manera expresa, la figura del Robo Necesario o Robo de Famélico o Robo de Indigente. Esta figura no apareció recogida por el Código Penal de 1871 y su antecedente deriva de lo dispuesto por el Artículo 45 Fracción VII del Código de 1929.

En relación con esta figura la Doctrina Penal Mexicana es acorde en considerar su innecesaria presencia como figura específica de la parte especial de la Ley Penal, en la medida en que su contenido general aparece regulado plenamente por el alcance que deriva del Estado de Necesidad previsto por el artículo 15. Lo cierto es que atento al texto del artículo 379, que se refiere al apoderamiento por una sola vez, dentro de las características que supone la presencia del Estado de Necesidad, la regulación de tal figura resulta ser restrictiva respecto del alcance general del estado de necesidad, el cuál, naturalmente, no limita la presencia de la justificante a una sola o un número determinado de ocasiones, sino que esta en función directa de la situación de peligro que la origina y el interés preponderante frente a una colisión de los bienes que son de diversa jerarquía y en donde aparece justificada la salvaguarda del bien de mayor valor respecto del bien que resulta sacrificado, en cuanto se trata de un bien de menor valor. Por esta razón, los proyectos de Códigos Penales posteriores, se han orientado hacia su derogación.

2.- Aborto Terapéutico.

Por cuanto se refiere a la regulación específica del estado de necesidad recogido en relación con el aborto terapéutico o necesario, previsto en el artículo 334, la ley señala: No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

Este caso, frecuentemente enunciado como aborto terapéutico, consiste en la muerte del producto de la concepción para evitar la muerte o la alteración de la salud de la mujer embarazada. En el caso, la justificante específica, supone así mismo una figura que en estricta técnica jurídica, también resulta innecesaria, en la medida en que, como en el caso de Robo de Indigente o Famélico, aparece protegida por el alcance del artículo 15, fracción V del Código Penal, que previene el estado de necesidad en general.

3.3.3 Causa de Inimputabilidad.

Castellanos Tena, Fernando dice que la imputabilidad "Es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal".⁸⁹

Por lo dicho por este notable jurista la inimputabilidad sería el aspecto negativo de la imputabilidad, ya que las causas que la provocan son: El trastorno mental, El desarrollo intelectual retardado y La minoría de edad.

89.- Véase CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p.257.

Este criterio de inimputabilidad lo 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 sólo que el robo se cometa sin engaños y sin violencias, 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 de dinero del ofendido, sino que lo hizo en repetidas ocasiones, hasta que fue descubierto".⁹⁰

Por lo que se puede observar que el robo necesario es una causa de inimputabilidad, lo que es inaceptable. La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad: "incapacidad de culpabilidad" y como es de suma claridad, en el robo necesario, no falta la capacidad, porque se trata de un conflicto de bienes de desigual valor, triunfando el más valioso y constituyendo el aspecto negativo de la antijuricidad.

3.3.4 Excusa Absolutoria.

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad, considerada esta como elemento, resulta que el delito no existe y por tanto no es posible exigir responsabilidad al extraño que participa en el robo; en sentido inverso resalta que si se exige responsabilidad al extraño es porque el delito existe y la excusa absolutoria sólo suprime la punibilidad del delito; luego entonces, el delito se integra con la acción típica, antijurídica, culpable y la punibilidad no es elemento integral sino su consecuencia jurídica.

90- Semanario Judicial de la Federación, T.C, p.1221, citado por Porte Petit Caudaudaup. Celestino, Robo Simple, segunda ed., Ed. Porrúa, México 1969, p.102.

Carrancá y Trujillo expone que a su juicio, lo que contiene el artículo 379 del Código Penal "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 necesarios previstos en el artículo 15 fracción IV del Código Penal del Distrito Federal".⁹¹

Al considerarse como excusa absolutoria, el robo necesario, tiene que aceptarse que la conducta realizada es antijurídica, lo que no puede sostenerse por tratarse de una causa de licitud.

La misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el robo necesario constituye una "excusa absolutoria", lo que igualmente no es admisible, porque como hemos expresado, se trata de un estado de necesidad. La resolución de referencia dice: "para que el robo necesario integre una excusa absolutoria", "requiere la reunión de varios requisitos: 1) Cualidad: que el hurto sea ordinario o no violento y sin engaños; 2) Limitación: que sea por una sola vez; 3) Finalidad: satisfacer necesidades apremiantes del agente o familiares, y 4) Condición: momentaneidad de la finalidad por lo que, si el apoderamiento recayó sobre una vaca, los dos últimos requisitos no se surtieron al rebasarse la finalidad y excederse el supuesto condicionante".

Villalobos, Ignacio señala que "es de lamentar que la colocación del precepto en parte especial del Código no lleve a pensar que el legislador se basó en la necesidad del robo, como una causa de excusa y no como la excluyente de Antijuricidad".⁹²

91.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, Código Penal Anotado, décima sexta ed., Ed. Porrúa, México 1996, p 920

92.- Véase VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, p.369.

Lo que contiene el artículo en cuestión es una causa de impunidad fundada en la utilidad social que se revela en presencia de un estado de necesidad específico. Por lo que en este artículo se presenta una excusa absolutoria. La naturaleza excusante del robo por indigencia salta a la vista con sólo advertir los requisitos que señala el artículo 379, ser la primera vez que se esta en la situación del mismo precepto, no emplear engaño ni medios violentos, robar aquellos objetos estrictamente indispensables para satisfacer necesidades propias o familiares cuyo imperio representa peligro de perecer. Desde el punto de vista de la utilidad social, todas estas circunstancias establecen la impunidad del primer robo, ya que el indigente no exhibe ninguna peligrosidad.

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO DOGMATICO

El Sistema que nuestro Derecho Penal seguía en su dogmática, ha sido transformado en los últimos años con innovaciones trascendentales respecto a la teoría del delito, debido a que sus principales conceptos han sido transformados siguiendo el nuevo modelo que estructura la teoría finalista.

La investigación de la dogmática en el mundo penal, se refiere por razón natural, a estudiar ontológicamente al delito, es decir, se puede señalar que se puede aplicar de manera general a la dogmática del delito, con objeto de constituir la teoría del delito analizando sus elementos, las normas penales y las consecuencias jurídicas, penales y medidas de seguridad.

Por lo que respecta al delito, la doctrina para explicar la constitución de este, recurre a dos concepciones: la totalizadora o unitaria y la analítica o atomizadora, pero se contraponen, consideran estructura del delito; dentro de la atomizadora encontramos la biatómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica; tomando como punto de partida los elementos de su composición.

Los autores, discrepan en cuanto al número de elementos, según su escuela. La opinión dominante en la Doctrina Penal, en general considera actualmente que son tres sus elementos: Tipicidad, Antijuricidad, y Culpabilidad.

Como ya mencionábamos, la dogmática penal, ha sufrido diversas etapas en su desarrollo histórico, pero en la década de los 30, donde se ponen en tela de juicio los fundamentos jurídicos de los anteriores sistemas y se inicia la reestructuración del Sistema del Delito en base a otras concepciones

filosóficas y políticas y a un concepto diferente de acción, es a partir de la concepción de Welzel que se comienza a hablar y distinguirse fundamentalmente dos sistemas del delito: el causalista y el finalista.

Actualmente las teorías del delito tienden a seguir el modelo del sistema finalista, los conceptos fundamentales del moderno Derecho Penal son desarrollados principalmente por la escuela Alemana; la que estudia la estructura de los elementos en forma diferente, en virtud de que la dirección de la voluntad, que será la que determine la responsabilidad, analizando al dolo a nivel del tipo y no de la culpabilidad como lo hacía el sistema anterior, considerándolo como el conocimiento y la voluntad de realizar la causación del resultado; y divide a los delitos en dolosos y culposos, mismos que son formas de ilicitud y no de culpabilidad, siendo esta la posibilidad del conocimiento de la prohibición y la capacidad de culpabilidad.

Los estudiosos de la materia, han desarrollado numerosas definiciones del delito; Muñoz Conde lo define como "toda conducta que el legislador sanciona con una pena".⁹³

Por su parte el Alemán Hans Heinrich Jeschek lo define como "el injusto determinado en sus elementos por el tipo de la ley penal, combinado con una pena y por el que el autor merece un reproche de culpabilidad".⁹⁴

Welzel, desarrolla el concepto final de acción, como concepto fundamental del delito, y como objeto de regulación de las normas penales, en base a que el hombre como ser capaz y libre, partiendo del pensamiento filosófico, de que toda la vida del hombre en comunidad se estructura sobre la actividad final del hombre o a la que llama acción, entendiéndola como el comportamiento humano positivo o negativo dependiendo de la voluntad

93.- MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, Ed. Temis, Bogotá Colombia 1990, p.2.

94.- JESCHECK, Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Ed. Comares, Granadas 1993, p.10.

dándose la conducta final a través de la anticipación mental del objeto o meta, de la elección de los medios necesarios de la acción y la realización de la acción en el mundo real; y la finalidad se funda en la capacidad humana de prever los hechos y sus causas de acuerdo a sus límites, la consecuencia posible de su actividad; proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a las consecuencias de estos fines.

La doctrina de la acción finalista, da un nuevo carácter a la acción, que revoluciona la antigua concepción causalista de la teoría del delito, dándole la característica de final y no de causal; ya que para el finalismo, la voluntad de la realización del autor forma parte de los momentos que determinan lo ilícito del comportamiento; lo que no sucede en la causalista, porque la posición del solo en los delitos dolosos de acción presentan variaciones, los finalistas lo incorporan a los presupuestos de la adecuación al supuesto hecho típico y los causalistas lo comprenden como requisito de la culpabilidad. De acuerdo a lo anterior, podemos distinguir dos momentos en la dirección final de la acción: la primera se da en la anticipación mental al proponerse el fin que el autor quiere realizar, con un acto de voluntad pleno, después, seleccionar los medios de la acción para la concepción del fin donde determina los factores requeridos, como movimientos corporales y la consideración de los efectos, que es la consecuencia que se da por el factor causal elegido, momento en que el autor puede dirigir la acción a modo de evitar la posible consecuencia o incluir en su voluntad la realización de efectos comunes entre sí, a través del pensamiento. El segundo momento surge en el mundo real, y es con la conducta típica, antijurídica y culpable, la que será consecuentemente punible.

Para la existencia de un delito, se requiere la concurrencia de determinados sujetos y circunstancias, de hecho y jurídica.

Podemos entender como presupuestos del delito aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o hecho descrito por el tipo penal, de cuya existencia depende el delito. Massari, al respecto señala “que uno de los presupuestos fundamentales del delito, es el precepto penalmente sancionado, o sea aquella parte de la norma penal que prescribe bajo la amenaza de una pena, una determinada conducta”.⁹⁵

Otros autores consideran presupuestos generales del delito a la norma penal, comprendidos el precepto y la sanción; el sujeto activo y el pasivo; la imputabilidad; el bien tutelado; y el instrumento del delito. La doctrina también se refiere a estos como presupuestos del hecho, señalando a los elementos, naturales o jurídicos, anteriores a la acción delictuosa e independientemente de ella.

4.1 Clasificación del Delito.

1.- En función a su gravedad

El robo es un delito, porque viola el pacto social hecho por los hombres para vivir en sociedad, dañando el bien jurídico protegido, el patrimonio y además será perseguido por el representante social Ministerio Público y juzgado por el Poder Judicial, quien impondrá en su caso la sanción que mencionan las leyes penales.

2.- Según la conducta del agente.

Es de acción, porque el robo se realiza a través de movimientos corporales y materiales, es decir, el ladrón ocupa conductas positivas para la perpetración del hecho delictivo.

95.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal, décimo octava ed., Ed. Porrúa, México 1999, p.259.

3.- Por el resultado.

Es un delito material, porque para que se configure se requiere de un cambio en el mundo exterior.

4.- Por el daño.

Es un delito de lesión, por que esta causando una disminución en el bien jurídico tutelado, el patrimonio de las personas.

5.- Por su duración.

1.- Instantáneo. El delito del robo es instantáneo cuando el hecho delictivo se consuma en el mismo acto de su realización.

2.- Continuado. El agente mediante diversas conductas efectúa el robo de algún bien, es decir, con distintos actos se produce un solo resultado.

3.- Permanente. De esta manera se ejecuta el robo prolongándose en el tiempo. Por ejemplo, el artículo 368, fracción II, indica el robo de energía eléctrica o cualquier otro fluido.

6.- Por el elemento interno.

Es doloso, porque, el agente tiene toda la intención de robar algún bien y lo realiza deseando apropiarse de este.

7.- Por su estructura.

Es simple, porque solo causa una lesión jurídica.

8.- Por el número de actos.

Es unisubsistente. Se requiere para su integración un solo acto para la configuración del delito.

9.- Por número de sujetos.

Es unisubjetivo, porque en todos los tipos establecidos para el robo, se colman con la participación de un solo sujeto, aunque admite la posibilidad de varios sujetos que concurran en su comisión.

10.- Por su forma de persecución.

1.- De oficio. Porque se persigue aun en contra de la voluntad del agraviado, la autoridad tiene la obligación de castigar a los responsables del delito de robo sin que medie petición del ofendido.

2.- De querrela. Se perseguirá a petición de la parte ofendida, cuando sea cometido el robo por un ascendente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante y adoptado o parientes por afinidad hasta el segundo grado; también por la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos mencionados con antelación.

11. Por la materia.

1.- 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.

2.- Común. El robo se comete dentro del ámbito de competencia de un Estado y se somete al Código Penal de dicho Estado.

12. Clasificación Legal.

Se encuentra regulado en el Título Vigésimosegundo del Código Penal para el Distrito Federal denominado "Delitos en contra de la persona en su patrimonio".

4.2. Concepto Genérico del Robo.

El artículo 367 del Código Penal del Distrito Federal, señala "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".

4.3. Elementos Constitutivos del Delito del Robo.

Los elementos constitutivos del robo son: Una acción de apoderamiento, de cosa mueble, que la cosa sea ajena, que el apoderamiento se realice sin derecho, y que el apoderamiento se realice sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la ley.

4.3.1. Acción de Apoderamiento.

El Diccionario Jurídico Mexicano dice: que apoderar, "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".⁹⁶

96.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, P-Z décima tercera ed., Ed. Porrúa-UNAM, México 1999, p.2863.

El Jurista Pavón Vasconcelos Francisco, dice que el apoderamiento es “la acción del sujeto, es decir, el movimiento corporal voluntario de aprender 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”.⁹⁷

La acción típica se constituye en el término “apoderarse”, de igual forma el artículo 369 del Código Penal del Distrito Federal nos dice que para los efectos de la aplicación de la sanción “se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando lo abandone o desapodere de ella”, como se puede apreciar en esta transcripción el elemento principal de delito es el “apoderamiento”, ya que tal constitutiva permite diferenciar al robo de otros delitos de enriquecimiento indebido y constituye la acción consumativa.

El apoderarse de la cosa significa que el agente tome posesión material de la misma, y lo ponga bajo su control personal. En el robo, la cosa no se entrega voluntariamente al autor, porque el autor va hacia la cosa la toma y la arranca de la tenencia del propietario o detentador legítimo. Así la acción de apoderamiento puede presentarse en dos formas; ya sea que el sujeto tome la cosa directamente o indirectamente.

El apoderamiento directamente, es cuando el autor, empleando físicamente su energía muscular, utilizando sus propios órganos, tangiblemente se adueña de la cosa, así diremos que existe el robo por apoderamiento directo cuando el sujeto tome en sus manos el bien ajeno, sin derecho y sin consentimiento.

97.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Comentarios de Derecho Penal, (parte especial), cuarta ed., Ed. Porrúa, México 1995, p.26.

El apoderamiento indirectamente, es cuando el sujeto logra adquirir sin derecho y sin consentimiento la tenencia material de la cosa, por medios o caminos desviados, cuando lo hace ingresar a su control utilizando medios ajenos a su energía física y a sus propios órganos; verbigracia cuando lo hace ingresar en su control por procedimientos tales como el empleo de terceros, de animales adiestrados o de instrumentos mecánicos de aprehensión. La tangibilidad de la cosa por el ladrón no es requisito indispensable de robo.

4.3.2. Cosa.

La cosa, es todo objeto corporal susceptible de apoderamiento material y de apropiación, y como se ha apreciado, la conducta descrita por la ley en el delito del robo, consiste en la toma o aprehensión de una cosa quebrantando una posesión ajena y con animo de apropiación. El término "bien" no debe confundirse con la palabra "cosa", ya que la palabra "cosa" abarca el término "bien" pero no al contrario. La doctrina civilista ha distinguido entre el concepto de "bien" en sentido general y jurídico.

Se entiende por bien a todo lo que procura una utilidad al hombre cualquiera que sea su naturaleza, y en sentido jurídico, bien es aquello que siendo susceptible de apropiación produce una utilidad de carácter económico. Más amplia clasificación de los bienes la distingue entre bienes jurídicos y bienes no jurídicos, caracterizándose los bienes jurídicos por constituir factores de forma o de riqueza y por ellos son apropiables y reportan unidad económica, los bienes no jurídicos se caracterizan por ser susceptibles de apropiación, ya por su naturaleza o disposición de la ley.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 747, dentro de las disposiciones preliminares relativas a los bienes dice: "puede ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio". El artículo

748 señala que: "las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o disposición de la ley", y en el artículo 749 del mismo ordenamiento citado 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".

De acuerdo a Ricardo C. Nuñez, la cosa debe de reunir dos peculiaridades: Debe de ser un objeto corporal y ser un objeto susceptible de tener valor.

Debe ser un objeto corporal, todo aquel objeto que tiene corporalidad cuando posee extensión y por ello ocupa un lugar en el espacio y solamente las cosas corporales pueden ser objeto de robo, porque las incorporeales no pueden integrar este delito dada la imposibilidad de tomarlas para conseguir su apropiación. Las cosas corporales pueden ser: sólidos, líquidos y gaseosos.

No solamente son cosas corporales las que pueden tocarse sino que también son cosas corporales los gases, pues estos no pueden negar su corporeidad ya que aún cuando no son aprehensibles si se pueden apropiar y remover de un lugar a otro.

Respecto a las cosas corporales líquidos, la cosa sustraída ha de tener un valor, no obstante, la sustracción de las cosas sin valor económico pueden constituir delito, si poseen un valor de atracción para su propietario ya que origina un perjuicio patrimonial, aún cuando no sea de carácter económico.

Al respecto, el artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal señala: "para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años"

El valor de la cosa, debe ser apreciado con amplio criterio sin vincularse a los intereses económicos, pudiendo ser objeto del delito cosas cuyo valor sea científico, moral o afectivo, deduciéndose de lo expuesto que la relación valorativa debe establecerse entre la cosa y el titular de la misma, aunque carezca de todo valor para los demás incluso para el sujeto. Estos razonamientos confirman la idea de que en nuestro derecho todas las cosas, cualquiera que sea su valor pueden ser objeto de robo.

4.3.3. Mueble.

La palabra mueble tiene dos significados: por un lado en un sentido gramatical y por el otro desde el punto de vista de la clasificación que de bienes en general hace el derecho privado.

La palabra mueble en sentido gramatical se divide en bienes muebles e inmuebles, los bienes muebles son todas aquellas cosas que tienen la posibilidad de ser transportadas de un lugar a otro sin alterar su substancia, no importando que lo hagan por sí mismo o por la aplicación de fuerzas extrañas y por bienes inmuebles entendemos que son los que están fijos en la tierra que no se pueden transportar de un lugar a otro, por ejemplo: los terrenos, los edificios, etc.

La clasificación de bienes en general del derecho privado se dividen en bienes muebles por su naturaleza y bienes muebles por disposición de la ley; los bienes muebles por su naturaleza son los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro ya sea, se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior . Y los muebles por determinación de la ley son las obligaciones y derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de una acción personal.

En términos generales la movilidad del objeto es lo que dará la característica de mueble para los efectos del Derecho Penal, no importa que la cosa este incorporada a un inmueble si como consecuencia de la acción humana es posible el desprendimiento de la misma. El apoderamiento debe recaer sobre una cosa mueble y, en el ámbito de la ley penal, es el criterio de la transportabilidad del objeto, el que debe servir para fijar el concepto de ese mueble.

4.3.4. Ajena.

El jurista Cárdenas F. Raúl dice: "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".⁹⁸

Cosas ajenas, son aquellas sobre las cuales en el momento de la sustracción, no puede el culpable alegar el derecho de la titularidad, sin que sea preciso que conste a la persona a quien pertenezca lo robado.

La cualidad de ajena la tiene la cosa por exclusión a la no pertenencia del agente, sin que sea de modo alguno necesario que llegue a puntualizar quien fue el propietario, así mismo este elemento es un requisito peculiar para que se establezca el delito del robo.

Para que una cosa sea ajena se requiere: Que el autor de la sustracción sea el dueño de la totalidad de la cosa. Que debe la cosa encontrarse en la posesión de alguien y que la cosa robada no debe encontrarse en la posesión

98- CARDENAS F., Raúl, Revista Criminología, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año XLI, Nros 7-12, México Julio-Diciembre 1975, p.233

del autor, agregando que no se encuentra en poder de una persona: Las cosas que no tienen propietario o que no pertenecen a nadie, las cosas abandonadas y las cosas perdidas.

4.3.5. Sin Derecho y sin Consentimiento de la Persona que puede disponer de la Cosa conforme a la Ley.

De acuerdo a lo que tipifica el artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal, se exige que el apoderamiento se realice sin derecho y sin el consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, estimo pertinente que lo descrito anteriormente al exigir al robo las características anteriores es innecesaria, porque la antijuricidad es una integrante general de todos los delitos cualquiera que sea su especie.

Así la acción de apoderarse de las cosas sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley puede manifestarse en tres diversas formas de acuerdo a los procedimientos de ejecución:

-“Contra la voluntad libre o expresa del paciente de la infracción, lográndose el apoderamiento por el empleo de la violencia física o moral, contra el sujeto pasivo. En esta forma de rapiña puede acontecer que la víctima por el estado de miedo que la sobrecoge, entregue los bienes, pero esta voluntad ficticia de entregar la cosa no destruye el apoderamiento ilícito, y si que agrava legalmente su penalidad.

Contra la voluntad indudable del paciente de la infracción, pero sin el empleo de violencias personales como en el caso de que la víctima contemple el apoderamiento sin poderlo impedir por la rapidez y habilidad de la maniobra de aprehensión o circunstancias análogas.

Por último “la ausencia de la voluntad del ofendido, sin su consentimiento ni intervención de esta cuando el robo se comete furtiva o subrepticamente”.⁹⁹

De las tres formas descritas anteriormente, destaca un elemento común que es la falta del consentimiento del propietario del bien, pues a contrario sensu, desaparecería la figura del robo por faltarle un elemento normativo, cuando el bien mueble sea entregado al infractor del delito por medio de engaños, mentiras, maniobras o artificios dolosos y este haga mal uso de la cosa, estaremos en presencia de otra figura jurídica diferente al robo.

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1803, manifiesta que el consentimiento debe ser expreso o tácito, es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultara de hechos o de actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo.

De lo anterior se puede observar que es aceptable en el campo del Derecho Penal, ya que en tal virtud basta el consentimiento tácito de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley, para que desaparezca la figura delictiva del robo, por faltar un elemento normativo.

4.4. Conducta y Ausencia de Conducta.

4.4.1. 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”.¹⁰⁰

99.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, vigésima sexta ed., Ed. Porrúa, México 1998, p.49.
100 - Véase CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p.149.

Celestino Porte Petit se muestra partidario de los términos conducta o hecho por considerar que ambos expresan la intervención del hombre en el ilícito penal, cuando dice: “ El hecho está compuesto por la conducta, el resultado y la relación causal que vienen a constituir, por tanto, partes de ese hecho: elemento objetivo del delito, de carácter general y material”.¹⁰¹

Siendo el mismo concepto de Cavallo y Battaglini, pues dice el primero: “El hecho, como elemento objetivo del delito, se refiere solamente al elemento material del mismo” y el segundo: “El hecho, en sentido propio, es solamente el hecho material que comprende la acción y el resultado”.¹⁰²

Si la conducta, es un comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a algún propósito, es de observarse que, por un lado, se trata precisamente de una conducta humana, pues aún cuando en otras épocas se siguieron juicios contra animales, en la actualidad esos expedientes han quedado definitivamente abandonados; sólo el hombre es capaz de adquirir derechos y obligaciones.

Es pertinente hacer notar que si bien las personas morales no son sujetos activos del delito, al tenor del artículo 11 del Código Penal Vigente el cual indica que el ilícito lo comete “algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado” dichas personas morales, sin excepción, son posibles sujetos pasivos de los delitos, por resentir los daños de la acción criminal.

101.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Programa de Derecho Penal, tercera ed., Ed. Trillas, México 1990.
102.- Idem. p.160

Los sujetos que intervienen en este delito son el sujeto activo y el sujeto pasivo:

- 1.- El sujeto activo es el que realiza la conducta típica y cualquier persona física puede ser el activo del delito de robo y la conducta típica: consiste en el verbo "apoderarse" de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.
- 2.- El sujeto pasivo, es quien resiente dicha conducta y se ve afectado en su patrimonio y tendrá que poseer o ser propietario respectivamente de los objetos estrictamente necesarios.

El Jurista Jiménez Huerta, dice que se debe de 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, el cuál mantenía contacto físico con ella y menciona por ejemplo las del criado que las 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".¹⁰³

El sujeto pasivo de la conducta sólo serán personas físicas porque en determinado momento tienen materialmente en su poder las cosas muebles, no así el sujeto pasivo del delito los cuales pueden ser personas físicas o morales.

¹⁰³- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Citado por Reynoso Dávila . Roberto, Delitos Patrimoniales, Ed. Porrúa, México 1999, p.28

4.4.2. Ausencia de Conducta.

La Ausencia de Conducta se clasifica en: Fuerza Física, Hipnotismo y Sonambulismo.

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.

Por lo que respecta a la Ausencia de Conducta en el Robo de Familiar, sería difícil que se llegara a presentar, porque la conducta descrita en el artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal es clara ya que la conducta se realiza para satisfacer necesidades personales o familiares del momento, son intereses propios y que al realizar la conducta se beneficia el sujeto o familiares de este, 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 realiza la conducta típica.

4.5. Tipicidad y Atipicidad.

4.5.1. Tipicidad.

El primer elemento de la teoría del delito es la tipicidad, las formas de comportamiento contrariada a la ley, es decir, antijurídicas, merecen ser sancionadas para mantener la seguridad jurídica, estas conductas se encuentran descritas en el Derecho Mexicano y se le denominan tipos, y la adecuación de la conducta humana desplegada por un sujeto activo a la descripción penal no es otra cosa que la tipicidad.

El vocablo tipicidad, del latín *typus* y este a su vez, del griego *Turus*, en su acepción trascendente para el Derecho Penal “significa símbolo representativo de una cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que suministra fisonomía propia... Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella”.¹⁰⁴

Concepto “es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal”.¹⁰⁵

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fundamenta el primer elemento del delito, en su párrafo tercero, al señalar, que se prohíbe imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, por ello, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos, pueden ser considerados como tales.

104.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, La Tipicidad, Ed. Porrúa, México 1955, p.11

105.- ANTOLISEI, Francisco, Manual de Derecho Penal, octavo ed., Ed. Temis, Colombia 1998, p.151.

Para Jiménez Huerta, la “adecuación típica significa, encuadramiento o subsumación de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias”.¹⁰⁶

Carrancá y Trujillo, dice que: “es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto”.¹⁰⁷

Para Jiménez de Asúa, la tipicidad es la “exigencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción”.¹⁰⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece que: “para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsana en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en la total consumación exterior del acto injusto una causa de justificación excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de la voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando este era objeto de una agresión injusta, real, grave desaparece la antijuricidad del acto incriminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, o sí, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse los elementos constitutivos”.¹⁰⁹

106 - Véase JIMENEZ HUERTA, Mariano, La Tipicidad, p.207.

107.- Véase CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, p.275.

108.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, segunda ed., Ed. Losada, Buenos Aires 1958, p.744.

109.- Semanario Judicial de la Federación, p.731.

Beling, fue el creador de la tipicidad en el mundo doctrinario, en el año de 1906, al darle un sentido distinto del que tenía la tipicidad en las obras del Siglo XIX, al entenderla con un criterio formal, al describir en abstracto los elementos que constituyen cada tipo penal, y le da un sentido independiente de la antijuricidad y culpabilidad.

Es importante señalar que algunos autores relacionan la tipicidad con la antijuricidad, esto se conoce como la teoría del tipo avalorado y nos explica que la tipicidad no indica nada de la antijuricidad: en otro sentido se afirma que la tipicidad es un indicio o presunción *juris tantum* de la antijuricidad; mientras otra teoría justifica a la tipicidad como la razón de ser de la antijuricidad; y otra admite que, dada la tipicidad habrá antijuricidad, pero esta última puede excluirse por una causa de justificación.

Lo cierto es que, así como una conducta descrita penalmente constituye un tipo, y es contraria a la norma, también lo es que, dicha conducta no necesariamente es contraria a la norma, por tanto, no es antijurídica; esto en virtud de que el ordenamiento penal no solo esta integrado por normas, ya que además de estas, contiene preceptos permisivos o autorizaciones de conductas, tal es el caso de la legítima defensa usada al privar de la vida a un sujeto. Ahora, la corriente vanguardista, determina el contenido de la tipicidad a través del bien jurídico y no de la acción como lo hace la corriente causalista, ya que la acción en el injusto es trascendente, si es típica y atribuye al tipo desde el bien jurídico. Podemos definir el tipo penal como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento, la connotación descriptiva puntualiza el carácter objetivo del tipo, y dicese preferentemente, porque algunas veces aparece en el referencias normativas y subjetivas.

El delito del robo se comete únicamente por acción, en virtud de que se exige de un acto material y positivo para violar la prohibición legal, es decir para apoderarse de la cosa ajena es necesario un actuar, un movimiento.

Los requisitos legales del Robo de Famélico son:

4.5.1.1 Acción de Apoderamiento.

Tiene que existir por parte del agente un apoderamiento de los objetos a que se refiere el artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal. Que el sujeto activo del delito se apodere de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento.

Existen diversas teorías respecto al apoderamiento, la más antigua de ellas es la teoría de la contrectatio o del tocamiento, propia del derecho romano primitivo. "según esta teoría el robo se consuma apenas el ladrón toca la cosa ajena mueble, es decir cuando hay una aprehensión de ella".¹¹⁰

En la actualidad no tiene relevancia, ya que por el sólo hecho de tocar la cosa no significa que la persona la robe o quiera robarla, ni atente contra la posesión o propiedad de la misma.

"Teoría de la Amotio o Remoción, esta teoría considera que la acción material del hurto consiste en la remoción del lugar donde se encuentra la cosa".¹¹¹

110.- NUÑEZ, Ricardo C. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco, Comentarios de Derecho Penal (parte especial), cuarta ed., Ed. Porrúa, México 1995, pp. 27 y s.s.

111.- Idem

En donde se aprecia que la consumación del delito aparece cuando el ladrón poniendo la mano sobre el objeto que quiere robar, lo mueve para este fin del sitio donde su propietario lo había colocado.

La denominada "Ablatio, esta teoría viene a complementar a la teoría de la Amotio, ya que esta era insuficiente por no determinar el lugar ad quem de la remoción".¹¹²

En su afán por precisar más el momento de la consumación de este ilícito, señala que el objeto debe salir de la esfera del dueño y encontrarse en la del ladrón.

Por último la "Illatio, considera esta teoría que el delito se consuma cuando el agente la ha trasladado a un lugar que ya previamente había destinado, poniéndola en seguridad".¹¹³

Esta teoría exige, para configurarse el delito de robo, que el agente del delito transporte el objeto al lugar seguro a donde se propuso desde antes de ejecutar el robo.

4.5.1.2 Por una Sola vez.

Sobre el particular podemos señalar estos criterios:

Carrancá y Trujillo estima que "desaparecida la circunstancia de ser la primera vez que se cometa el robo por los medios pacíficos y para los fines que el artículo 379 enumera; o cuando se emplee engaño o violencia; o cuando el

112.- NUÑEZ, Ricardo C. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco, Comentarios de Derecho Penal (parte especial), cuarta ed., Ed. Porrúa, México 1995, pp. 27 y s s.

113.- idem.

robo sea sobre objetos no estrictamente indispensables para satisfacer necesidades perentorias, y si sólo sobre objetos necesarios por no existir otro medio practicable y menos perjudicial para salvarse del peligro real, grave e inminente, entonces la excusa absolutoria desaparece con su restrictivo ámbito legal para hacer posible la aplicación de la fracción IV del Artículo 15 del Código Penal".¹¹⁴

González de la Vega, sostiene que "afortunadamente, no obstante la literalidad del precepto que comentamos parece dar una contestación negativa a la justificación de la reincidencia del indigente, la solución puede encontrarse en la redacción de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, dentro de cuyos amplísimos términos caben todos los casos de necesidad".¹¹⁵

Blasco y Fernández de Moreda considera: "carácter muy singular reviste el presente contenido en el artículo 379 del Código Penal Mexicano de 1931;...disposición que deja fuera de la esfera de aplicación de la fórmula general definidora del estado de necesidad contenida en la fracción IV del artículo 15 del mismo Código, los casos de hurto famélico, no merece en verdad lo que le tributa el Profr. Carranca y Trujillo, y aún en su enjuiciamiento encontramos benévolas las características que contra ella dispara el Profr. González de la Vega. Verdad es que uno y otro entienden –y ello explica su actitud- que la inclusión de tal precepto en el texto legal no excluye la aplicabilidad de la fracción IV del art.15. Pero las razones en que fundan su opinión son poco concluyentes, y resultan contradichas por las palabras tajantes de la Ley y por la Doctrina dominante en orden a la forma de resolver el concurso de leyes, entre disposiciones de carácter genérico y otras de carácter

114. -Véase CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general, p.114.

115.- Véase GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, p.131.

específico. En mi criterio, el precepto aludido, que reproduce la fracción VII del artículo 45 del Código Mexicano de 1929, no puede hallarse más en una pugna de lo que esta con los afanes progresivos y generosos que guiaron la obra de los ilustres redactores del Código de 1931. En el con técnica indefendible, se convierte primero, en una causa de simple impunidad, la que lo es de justificación conforme a la teoría generalmente aceptada; y, segundo, al admitir por una sola vez la no punibilidad del hurto famélico necesario, establece una limitación científicamente insostenible, aún cuando la ocasión de hacerla valer halla de ofrecerse raramente en la práctica".¹¹⁶

La excluyente consignada en el artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal que 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, es inaplicable si el delincuente cometió diversos robos, porque la ley limita la excluyente al apoderamiento singular y no al plural, y por otra parte, el reo debe probar plenamente el estado de necesidad que lo determinó a cometer el delito.

4.5.1.3 Objetos indispensables para satisfacer Necesidades Personales o Familiares del momento.

El ilustre Jiménez Huerta Mariano dice que las necesidades personales o familiares: "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 engendran el hambre, la sed, el frío, la miseria y la enfermedad".¹¹⁷

116.- De la España Etama, Contribución al Estudio de las Doctrinas del P. Francisco de Victoria, desde el punto de vista del Derecho Penal, Criminología, XII, p.261. Nota 49.

117.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, parte especial, T.IV. quinta ed., Ed. Porrúa, México 1983, pp.100 y s.s.

Al respecto José Almaraz, manifiesta 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 Código Penal 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”.¹¹⁸

Por otra parte añade 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 del 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 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”.¹¹⁹

118.- ALMARAZ, José, Algunos Errores y absurdos de la legislación Penal de 1931, México 1967, pp.58 y s.s.
119.- Idem

En realidad, el cambio de alimentos por objetos y la supresión de la frase: “de alimentación”, nos hace pensar que es correcto el juicio que hace José Almaraz sobre este particular, ya que la formula se amplía, comprendiendo el apoderamiento no únicamente del “alimento” sino de cualquier otro objeto, estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares de momento.

Por lo que respecta a la exigencia legal “estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades”, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que “conforme al artículo 341 del Código Penal del Estado, la excluyente que contiene este precepto se refiere al apoderamiento de objetos estrictamente indispensables, para satisfacer las necesidades personales o familiares del acusado, y es evidente que el robo de un mausser con su correspondiente carrillera, no son los objetos a que se contrae el precepto citado”.¹²⁰

“No opera la justificativa de robo de indigente sino se demostró la estrecha necesidad que impelió al reo a cometer el robo”.¹²¹

“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”.¹²²

120.- Semanario Judicial de la Federación, T.CVII, p.1612.

121.- Ibidem; T.CXI, p.1157.

122.- Ibidem T.CVII, pp.184 y s.s

"No puede configurarse la eximente de robo de indigente, si dada la naturaleza de lo que fue objeto de robo, no aparece que fuera lo estrictamente indispensable para satisfacer de momento sus necesidades personales y familiares, y si, a mayor abundamiento, confeso el agente ser poseedor de bienes idénticos al motivo de la flicitud en que se coloco, lo cuál descarta la necesidad que hace valer".¹²³

4.5.1.4. Sin Emplear Engaños ni Medios Violentos.

Como se observa, para que se origine el robo de famélico, es necesario que en el apoderamiento no se emplee el engaño ni la violencia; requisito que motivo la critica de varios autores. Así Jiménez Huerta anota, que "Si la situación de necesidad individual o familiar es real y auténtica, no hay porque exigir que el apoderamiento se realice, sin emplear engaños ni medios violentos, pues la licitud de dicha conducta emerge de la cristalina fontana donde se gesta el Derecho, aún cuando el apoderamiento se hiciere por la fuerza o por engaño, cuantas veces existiere una auténtica necesidad que obligare a salvar un interés preponderante".¹²⁴

Dada la naturaleza del robo de famélico como estado de necesidad, es inexplicable la exigencia legal de que el apoderamiento se efectúe sin emplear violencia ni engaño. ¿Cómo va a admitirse que estando en peligro la vida o la salud personal se sancione el apoderamiento "de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento", porque fueron empleados el engaño o medios violentos?.

123.- Boletín de Información Judicial, T.XII, p.24

124.- Véase JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, T.IV, p.99.

4.5.2. Atipicidad.

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

Puede presentarse la atipicidad en el Robo de Fámelico cuando: la cosa sea propia, si no existe la cosa, si se otorga el consentimiento, cuando se empleen engaños o medios violentos, si varias veces se realiza el apoderamiento, si los objetos no son los estrictamente necesarios para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento.

4.6 Antijuricidad y Causas de Justificación.

4.6.1. Antijuricidad.

En la dogmática jurídico penal se utiliza indistintamente el término antijuricidad como el de injusto, sin embargo es importante hacer esa distinción; la antijuricidad viene de anti y jurídico que van en contra del derecho; injusto, del latín injustus (no justo).

El segundo elemento de la estructura del delito lo es la Antijuricidad, la que se constata una vez que se ha acreditado la tipicidad de una conducta que es contraria a la ley.

Generalmente se cree que un hecho típico es antijurídico, sin embargo, tal presunción es negativa cuando se da una causa de justificación que excluye a la figura antijurídica, de lo contrario se confirma este segundo elemento del

delito; pero hay que rescatar la idea de que la antijuricidad denota lo contrario al derecho, el estudio de su significado lo abarca la ciencia del Derecho Penal.

En otro orden de ideas, cabe señalar que los conceptos de antijuricidad material y formal parte de este segundo elemento del delito, entendiendo a la primera como ofensa al bien jurídico que la norma protege y la segunda es la contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico, de esto podemos decir que la esencia antijurídica es por obvias razones, la ofensa al bien jurídico protegido por la norma que se infringe, y si no hay tal ofensa, no existe materialmente la antijuricidad, tal ofensa, puede consistir en una lesión o una puesta en peligro del bien jurídico.

Por lesión, no sólo debe entenderse el daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a tipos ideales, tal es el caso de la injuria en la que se lesiona el honor. La puesta en peligro al igual que la lesión, también es un concepto normativo, en la medida que sea probable que el bien sea lesionado, aún sin que se produzca.

Muñoz Conde al respecto señala que: "el contenido material de la antijuricidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. No toda la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, sino sólo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de acción)".¹²⁵

Los conceptos de desvalor de la acción y desvalor del resultado son fundamentales para configurar la antijuricidad, ya que el valor o el desvalor de una conducta supone a su vez, el valor o desvalor de un resultado.

125.- Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, p.86.

Este elemento del delito es un concepto unitario válido en el ordenamiento jurídico, pero es importante abordar la antijuricidad desde el punto de vista de la Ciencia Penal, no sin antes tomar en consideración que dicha palabra se deriva de lo contrario a lo jurídico, o sea lo contrario a derecho.

Además de los conceptos analizados, la corriente finalista estima que la antijuricidad existen elementos subjetivos y objetivos y en la misma vertiente hay quienes señalan que no es suficiente que se den objetivamente los elementos de las causas de justificación, además de esto, es necesario que el autor tenga conocimiento de que actuó bajo el amparo de alguna causa de justificación.

Al respecto Bacigalupo dice que: "sólo obra justificadamente el que tiene conocimiento de las circunstancias que fundamentan la justificación, el elemento subjetivo de la justificación consiste en el conocimiento de los elementos objetivos. Por lo tanto, puede decirse que no hay legítima defensa sin voluntad de defenderse, ni estado de necesidad sin voluntad de salvar un interés jurídico".¹²⁶

La antijuricidad es el robo. Integrado el primer elemento objetivo del delito conducta y precisada su adecuación a la descripción legal tipicidad, se requiere además que el apoderamiento de la cosa sea antijurídico y tal acción lo será cuándo la misma no se encuentre justificada en la ley, es decir, cuando no se presente ninguna causa de justificación.

126.- BACIGALUPO, Enrique Lineamientos de la Teoría del Delito, segunda ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

Excluyéndose la licitud del apoderamiento en los siguientes casos:

- a).- Cuándo se realiza más de una sola vez.
- b).- Cuándo los objetos del apoderamiento excedan de lo estrictamente indispensable para satisfacer las necesidades del momento, tanto personales como familiares.
- c).- Cuándo se realice empleando engaño o medios violentos.

El Robo de Famélico ha sido siempre protegido por los diversos órganos legales; desde el siglo XI a.J.C. se justificó el robo de famélico por las leyes de Manú en la India (lex X, 108 y lex XI, 16), considerando singularmente que el necesitado no puede reconocer mayor orden que la imposición de supervivencia. A este sentir no fueron ajenos los teólogos y canonistas de la Edad Media, si bien en este orden, como nos dice Bernardo Alimena, "es aún dudoso, y todavía se discute entre los canonistas, si la iglesia consideraba al delito como un pecado o si distinguían de modo preciso uno de otro, o si entre ambos, aún siendo diferentes, existía un límite más o menos preciso". Son ellos lo que han fundamentado su absolución por el contenido moral que se puede extraer.

Santo Tomás de Aquino llega a la conclusión de que el pobre, dada la obligación que tiene el rico de acudir en su socorro, ejercita un verdadero derecho como propietario y acreedor al apoderarse de la cosa ajena, la que en el fondo deja de ser ajena por corresponderle mediante este singular derecho, y así nos dice: "puede el hombre constituido en extrema necesidad tomar, ya manifiesta, ya ocultamente, las cosas que a otros sobran, sin recato alguno de hurto o rapiña. Responderemos que las cosas que son de derecho humano no pueden derogar el derecho natural o el derecho divino, y según el orden natural instituido por la divina providencia, las cosas inferiores están ordenadas a que

4.6.2. Causas de Justificación.

A las llamadas causas que excluyen la antijuricidad se le han atribuido diversas denominaciones. Entre ellas, la que ha predominado, es la que las nombra como causas de justificación, en virtud de que las mencionadas causas de justificación impiden que se formule el juicio de antijuricidad en relación a un hecho típico que presume este presupuesto, toda vez que ese hecho resulta ser lícito para el derecho.

Mezger, prefiere mencionar a dichos elementos que excluyen a la antijuricidad como causas de exclusión del injusto, pero dice que: "la expresión lingüística no es, a este respecto decisiva; en efecto, algunos autores hablan, a propósito de estos casos de exclusión de la antijuricidad, de causas de justificación (en primer término, Berner, como lo hace notar Frank, p.139; v.Hippel, v.II, p.189, nota 7, menciona, entre los autores que emplean esta expresión, av. Liszt y Graí zu Dohna); otros hablan de circunstancias negativas del hecho o de características negativas del tipo (como Ad. Merkel, citado en v.Hippel, II, p.189, nota 4; acerca del pro y el contra, véase la nota 5, y Frank, lug. Cit.)."¹²⁸

La denominación de las causas que excluyen al injusto o antijuricidad son diversas todas ellas atendiendo al razonamiento del tratadista que corresponda, pues así se puede también apreciar de la opinión del Jurista Mexicano Vela Treviño, "en virtud de que él prefiere establecer que la denominación correcta de dichas causales es la de conductas típicas conforme a Derecho".¹²⁹

128.- MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, segunda ed., traducción Alemana por J.A.Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, 1935, p.159.

129.- VELA TREVIÑO, Sergio., Antijuricidad y Justificación, segunda ed., Ed. Tnlías, México 1986 pp.158 y s.s.

Toda vez que el hecho típico es la base para establecer el juicio valorativo de la antijuricidad, siendo las dos opciones en relación a un hecho típico que sea este antijurídico, por contravenir con el ordenamiento jurídico en general, o bien, en su caso, que la conducta sea conforme a Derecho, en virtud de que al valorar la probable contradicción con el ordenamiento jurídico del hecho típico se concluye que la misma no contraviene el derecho, por lo cuál la antijuricidad no existe, porque falta de contradicción significa la conformidad con el derecho, por lo cuál la denominación correcta, según este tratadista, es la de conductas típicas conforme a derecho.

Sin embargo, para nosotros es preferible seguir denominando a los aspectos que excluyen la antijuricidad como causas de justificación, en virtud de cómo se desprende del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal en sus diversas fracciones contiene a las causas excluyentes del delito, pero sólo en sus fracciones III, IV, V y VI comprende de manera genérica a las causas que excluyen la antijuricidad y son las siguientes:

Fracción III.- 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".

Fracción IV.- Legítima defensa: "Se repela una agresión real 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".

Fracción V.- Estado de necesidad: "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el 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 afrontarlo".

Fracción VI.- 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".

Fracción VI.- 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".

Las diversas fracciones se refieren a la exclusión de la tipicidad (fracción II) y de la culpabilidad en las formas de error de prohibición (fracciones VII y VIII) directa e indirecta, vencible e invencible. Es por lo anterior, que si el propio Código Penal reconoce la posibilidad de exclusión del delito, por no reunir los presupuestos que se requiere, es por ello que precisamente la denominación de causas de justificación, si no es la afortunada, es la que expresa los casos en que no opera el juicio de antijuricidad, pues la conducta que a pesar de ser típica, creando una presunción de antijuricidad, en virtud de haber lesionado o puesto en peligro un bien jurídico tutelado, pero estudiando el caso en particular, dicho hecho resulta ser aprobado por el Derecho, porque

existe paralelamente una causa que justifica la forma de proceder del sujeto que realiza el hecho típico, mismo que es aprobado por el Derecho y, por lo tanto, el hecho no constituye delito.

Luis Jiménez de Asúa, definió a las causas de justificación como aquellas que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal. Para nosotros, las causas de justificación, consisten en causas que excluyen la antijuricidad de un hecho típico y, por lo tanto, al no reunir el presupuesto del injusto del hecho, hacen que la acción u omisión sea lícita y no constituya delito.

Las fuentes de las causas de justificación no tan solo se construyen en las enunciadas en el artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, sino que dicho precepto establece, expresa más no limitativamente algunas causas genéricas de justificación en la parte general del Código Penal, por lo que permite en la parte especial de dicho Código establecer en los delitos en particular también sus excluyentes de antijuricidad, por lo cuál conforme la teoría unitaria de la antijuricidad que establece que este presupuesto se puede determinar en base a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto y no tan solo se limita su fuente al Derecho Penal, motivo por el que existe un concepto unitario de antijuricidad en todo el ordenamiento jurídico, siendo también dicha teoría aplicable para la determinación y unificación de criterio de las causas de justificación y, por lo tanto, dichas excluyentes de antijuricidad se pueden encontrar en todo el ordenamiento jurídico en tanto que este constituye una unidad, por lo que una conducta no puede a la vez ser justa en una rama del Derecho e injusta en otra materia jurídica.

El fundamento de las causas de justificación se encuentra en que el ordenamiento jurídico penal no tan solo es un catalogo de normas prohibitivas, sino que también establece normas permisivas, esto es, que autoriza la realización de ciertas acciones, y omisiones levantando su prohibición. Las

autorizaciones de los aludidos hechos forman parte de proposiciones permisivas que excluyen, por contraponerse, a la antijuricidad. Cuando concurre una causa de justificación queda sin efecto el deber jurídico penal que contiene la norma y ello independientemente de que se ponga en peligro o lesione un bien jurídico tutelado. El juicio formal de la antijuricidad se basa en dos ideas: la primera, en la comprobación de la acción o de la omisión en el tipo penal que establece el presupuesto de la tipicidad y, el segundo, consistente en el examen de la cuestión de que si interviene una causa de justificación en el hecho, que podría excluir a la antijuricidad. Sin embargo, el hecho no deja de ser típico, pues lo que se destruye es la presunción de la antijuricidad, pues el hecho es jurídicamente aprobado.

En relación a lo señalado se dice que: "el tipo aparece, así como una categoría autónoma de valoración jurídico-penal, que representa una señal admonitoria para todos los ciudadanos, destinada a indicar por donde discurren los límites de una norma prohibitiva sancionada jurídico-penalmente (función de llamada de tipo)". "La caracterización de la contra norma como proposiciones permisivas solo resultan, en vigor, comprensible desde la perspectiva del Derecho Penal. El verdadero sentido de la causa de justificación, es, sin embargo, otro; constituye proposiciones jurídicas autónomas cuya principal misión no es justificar algo prohibido, sino servir a fines propios y de mas vasto alcance: por ejemplo, la protección del Derecho contra el injusto (legítima defensa). Nos enfrentamos, pues con un concurso de normas independientes que se resuelve a favor de la preferencia de la causa de justificación sobre la norma prohibitiva por la razón de que, cuando se realizan sus requisitos, se produce una situación atípica que anula en el caso concreto el mandato de la norma correspondiente al tipo del injusto".¹³⁰

130-JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, parte general, traducción y adiciones por S.Mir.Puig y F. Muñoz Conde, Ed. Bosch. Barcelona España 1981, p.442

Sin Embargo existe, un criterio en contra por Santiago Mir Puig porque dice: "personalmente, he combatido este planteamiento negando que las proposiciones jurídicas en las que prevén causas de justificación constituyan normas independientes: a mi juicio, son disposiciones complementarias; limitadoras del imperativo que se desprende de las proposiciones jurídicas que definen las figuras del delito. La norma penal completa se forma de la puesta en relación de ambas clases de proposiciones jurídicos-penales. Ello no obsta a la posibilidad de que, a su vez, las proposiciones permisivas encierren en sí mismas otras normas imperativas, lo que sucede cuando la causa de justificación no solo permite realizar el tipo (positivo), sino que expresa el deber de hacerlo (por ejemplo: cumplimiento de un deber) en este caso, la función complementaria de limitar el imperativo de la prohibición penal tiene lugar mediante el establecimiento de otro imperativo. Pero ello no es necesario (piénsese en la legítima defensa o en el estado de necesidad, que se limitan a crear facultades, no deberes), lo que prueba que lo específico de la función de permisión es solo limitar el imperativo penal".¹³¹

La causa de justificación que se presenta en el robo de famélico, es la que contempla el Código Penal para el Distrito Federal, en el artículo 15, Fracción V.- Estado de necesidad: "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el 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".

131.- Véase JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal p.442.

De esta transcripción se desprende en forma general el estado de necesidad en que puede estar en un momento dado una persona quien para salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, que sea amenazado en forma inminente, obra lesionando otro bien menor o de igual valor, desde luego, que dicho peligro no puede ser evitado por otros medios legales y que éste no tuviera el valor jurídico de afrontarlo.

Dentro de este contexto se incluye al que por hambre se robe lo indispensable para subsistir, o el que se apodere de dinero para un medicamento en un momento dado, cuando no tiene al alcance otro medio para satisfacer esa necesidad.

No obstante, lo anterior, el legislador en el título vigésimo segundo, en los delitos en contra de las personas en su patrimonio, es reiterativo al incluir en el artículo 379 el robo de famélico, según se aprecia en su transcripción: "No se castigará el 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".

Posiblemente, la autoridad legislativa se representó el problema de puntualizar las ocasiones que el individuo podía actuar o considerarse que obrase en estado de necesidad, así como los medios en que pudiera hacerlo.

Pero al limitarlo de tal forma, no se tomó en consideración que el mismo estado de necesidad, hace actuar desesperadamente al agente y es posible que su reacción sea violenta, con tal de satisfacer esa necesidad personal o familiar, que bien pudiera ser el citado medicamento para un ser querido, o en su caso, para evitar dicha violencia tenga que utilizarse el engaño o un ardid para vencer la seguridad de la víctima.

El criterio de necesidad racional para salvar un bien personal o familiar esta presente: el derecho del necesitado de lo ajeno, que puede ser de tanta importancia como la misma conservación de la vida.

González de la Vega advierte que “ la justificación se limita a una sola vez, siendo así que el hambre o las necesidades apremiantes pueden repetirse. Afortunadamente, todos los casos caben en el artículo 15 fracción V, la justificación no ampara aquellos casos en que se finge necesidad para justificar vagancia o malvivencia habituales”.¹³²

Esto lo afirma, porque se presentan las actuaciones de personas acomodadas que ejecutan el apoderamiento en los momentos precisos de experimentar la necesidad.

González de la Vega, en su Código Penal comentado nos presenta una tesis de Jurisprudencia que encierra la idea de la necesidad y refleja una situación económica y una necesidad de salvar bienes jurídicos:

Tesis de Jurisprudencia: “ la responsabilidad de la quejosa se haya excluida en la especie de función de la justificante por estado de necesidad a que se contrae una parte de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, si se demuestra en autos que la acusada es una persona de edad avanzada, de escasísimos recursos económicos, que su sostén es un hijo vicioso y que el efectuar el trueque de la marihuana no lo motivo ningún afán de lucro sino la urgencia de alimentos.

132.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco El Código Penal Comentado, Ed. Porrúa, México 1982, p.413.

Por otra parte, esta evidenciado que, precisamente, a cambio de la yerba recibió pan duro y tortillas duras para atender a sus apremiantes necesidades alimenticias, por lo cuál se impone la concesión del amparo”.¹³³

4.7 Culpabilidad e Inculpabilidad.

4.7.1. Culpabilidad.

“Etimológicamente viene del latín culpabilis, se aplica a quien se puede echar la culpa, así mismo el concepto material de la culpabilidad descubre las razones por las que ciertos factores psíquicos se toman como presupuestos de la imputación subjetiva y en caso de faltar determinan la desaparición del juicio de culpabilidad”.¹³⁴

La estructura del delito además de contar con una conducta típica y antijurídica; como tercer elemento requiere de una culpabilidad, lo que es imprescindible para poder aplicar una pena.

El autor actúa culpablemente al cometer un acto antijurídico, pudiendo actuar de modo distinto, o sea conforme a derecho. Lo que es muy diferente a quien actúa antijurídicamente ya que el autor sin estar autorizado, realiza un tipo penal y ataca un bien jurídico tutelado.

133.- Véase GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Código Penal Comentado, p.413.

134.- DAZA GOMEZ, Carlos Juan Manuel, Teoría General del Delito, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1997, p.59.

Algunos penalistas consideran que la culpabilidad, además de ser el fundamento de la pena, también es el límite de la propia pena y con ello una garantía a favor del individuo para que ninguna pena exceda el límite de la propia culpabilidad.

Después se profundiza en el tema y se analiza desde el punto de vista de la prevención especial frente a la prevención general; de la diferenciación de la pena y la medida de seguridad.

Lo cierto es que el concepto de culpabilidad ha sido transformado, ya que diversas doctrinas tratan de explicar este elemento.

Inicialmente la teoría psicologista encontró su fundamento al señalar que era una relación psicológica entre el hecho material y su autor. Después la teoría normativista viene a sostener que la norma es el fundamento de la reprochabilidad que se le hace al autor del hecho, ya que no pudo conducirse conforme al deber que le era exigible sin embargo no lo hace. Actualmente la culpabilidad es tratada de otra vertiente al darle la corriente finalista un juicio sobre la motivación del autor y ubica el dolo en el tipo y a la culpabilidad finalista solo se da el reproche como valoración. Aquí se excluyen los elementos subjetivos del tipo y sólo queda la reprochabilidad.

Muñoz Conde critica el concepto tradicional de la culpabilidad "ya que no le ve como un fenómeno individual aislado que solo afecta al autor del hecho, sino una culpabilidad con referencia a los demás y le da un fundamento social. Y como fundamento material de la culpabilidad señala a la función motivadora del Derecho penal, en el sentido de que la norma penal lo motive para que se abstenga de cometer una conducta ilícita, con sus mandatos y prohibiciones con la amenaza de una pena".¹³⁵

135 - Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, p.131.

Lo que reitera Bacigalupo al señalar que la culpabilidad "Es la capacidad de motivarse por el derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de la pena".¹³⁶

Elementos de la Culpabilidad

La teoría finalista de la acción distingue elementos en la culpabilidad que son:

- 1.- La capacidad de culpabilidad o imputabilidad.
- 2- El conocimiento de la antijuricidad.
- 3- La exigencia de un comportamiento distinto.

1.- La Capacidad de Culpabilidad. A la que se identifica igualmente con la imputabilidad, la que se advierte como la madurez psíquica y la capacidad del autor para motivarse de acuerdo a la norma, o sea la capacidad del autor para comprender el injusto y determinar su voluntad de acuerdo a esa comprensión.

Y al reiterar que para el finalismo los conceptos de imputabilidad y capacidad de culpabilidad son sinónimos, cabe señalar que podemos sustraer de la capacidad del autor dos momentos, el cognoscitivo cuando haya capacidad de comprender el injusto del hecho y el volitivo cuando hay capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, así al concretarse tales elementos podemos constatar una capacidad de culpabilidad.

136.- Véase BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, p.32

Por el contrario, la capacidad cognoscitiva se excluye cuando el autor es un menor de edad o tiene un estado anormal como lo es el retraso mental. Y en la capacidad de comprensión del injusto es necesario que el autor tenga conocimiento de que su conducta transgrede las normas y si no se da esa comprensión estaríamos ante la posibilidad de una causa de inculpabilidad.

Nuestro Ordenamiento Legal Mexicano señala que los menores de edad son considerados como inimputables, y en el artículo 110 del Código Penal para el Distrito Federal estima la minoría de edad en los 18 años. Además de la minoría de edad el Código Penal precisa los supuestos de que el autor no tiene capacidad de culpabilidad en su artículo 15 fracción VII al señalar que: "el delito se excluye cuando: fracción VII. Al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga capacidad de comprender al carácter ilícito de aquel o de conducta de acuerdo a esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollado intelectual retardado, a no ser que el agente hubiese provocado su trastorno mental doloso o culposamente, en cuyo caso responderá por el hecho típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Por lo que la imputabilidad dice Gómez Benitez "dejo de explicarse como capacidad de responsabilidad individual por los actos realizados libremente, y paso a entenderse como capacidad de ser motivado por la norma penal y su correspondiente sanción. Los inimputables no serían, pues, seres incapaces de libertad o si se prefiere, seres irresponsables de sus hechos (por ejemplo, los enajenados mentales), sino seres no motivables por la norma".¹³⁷

Por lo que este sistema estudia a la inimputabilidad en el sentido de que se de la posibilidad o capacidad de que el sujeto se haya podido motivar, es decir de obrar conforme a la ley y no se de un libre albedrío del que el causalismo habla.

137.- GOMEZ BENITEZ, Manuel Teoría Jurídica del Delito, parte general, Ed. Civitas, Madrid 1988, p.450.

2.- Conocimiento antijurídico del hecho. Este elemento requiere de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, y siendo el sujeto imputable se pueda hablar de estudiar la capacidad de comprensión de lo injusto.

Así la capacidad de culpabilidad o imputabilidad se presenta en el sujeto con independencia de que se realice o no el hecho típico, y el conocimiento de la antijuricidad, es la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, en el hecho a la violación de la norma; pero si el sujeto desconoce la antijuricidad de su acto, es decir la prohibición del hecho, actúa en un error de prohibición.

El sistema finalista a diferencia del causalismo, distingue entre error de tipo y de prohibición

El error de tipo se entiende como desconocimiento del sujeto de alguna circunstancia objetiva del hecho que señala el tipo penal, ya sea un elemento normativo o descriptivo. El error de tipo excluye al dolo, por lo tanto ni siquiera se puede considerar una conducta antijurídica ni culpable, pero si el error es vencible su responsabilidad no es más que culposa. Así el error de tipo recae sobre distintos elementos típicos como lo es el error en el objeto de la acción.

El error de prohibición se presenta cuando el sujeto confunde el conocimiento de la antijuricidad de su conducta. Por lo que el autor cree que actúa lícitamente pero su conducta es antijurídica y hay dos supuestos:

El autor no sabe que el hecho es prohibido o sabiendo que es prohibido desconoce que es punible. Y el autor conoce que su conducta esta prohibida, pero esta en un error al creer que actúa bajo una causa que justifica su hecho. Por lo que algunos finalistas parten de la idea de que si el error es invencible excluirá la culpabilidad y la responsabilidad penal; si es vencible o evitable sólo se atenúa la pena.

El fundamento legal del error de prohibición se encuentra regulado en el artículo 15 fracción VIII inciso B del Código Penal que a la letra señala: el delito se excluye cuando: VIII.- se realice la acción o la omisión bajo un error invencible. B) respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta. Si los errores que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código. Y el artículo 66 se refiere a aplicar hasta una tercera parte del delito de que se trate.

La doctrina discute sobre estos errores y señala que el error de prohibición es vencible si se puede dar lugar únicamente a atenuar la culpabilidad, o sea, la reprochabilidad o por consecuencia la penañidad, pero no podría convertirse una conducta dolosa en culposa como algunos sostienen.

3.- La exigibilidad de un comportamiento distinto, constituye el tercer elemento de la culpabilidad y en el que para que se pueda hablar de un sujeto culpable, este debe ser imputable así como consiente de la antijuricidad, además de que se tiene que constatar si le era exigible conducirse de acuerdo a la ley, para que se materialice la culpabilidad.

En el ámbito jurídico mexicano, el maestro Ignacio Villalobos, al preguntarse ¿cuál es el motivo para reprochar o por qué se reprocha un acto culpable?, señala que "se ha repetido, muchas veces, que si la antijuricidad es la oposición del hecho al orden jurídico, la culpabilidad es la oposición del sujeto al mismo. Aquélla, la antijuricidad, es violación objetiva de la norma de valoración, en tanto que ésta, la culpabilidad, es el quebramiento subjetivo de la norma imperativa de determinación. De ahí, el reputado tratadista pasa a definir la culpabilidad, genéricamente, como el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo. Este desprecio, sigue diciendo Villalobos, se manifiesta de dos formas: o por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia y

desatención nacidos del desinterés o subestimación del mas ajeno frente a los propios deseos, en la culpa. En resumen, el certero jurista puntualiza: Hay que reconocer que la noción completa de Culpabilidad se forma por dos elementos: una actitud psicológica del sujeto, conocida como situación de hecho de la culpabilidad, y una valoración normativa de la misma, que produce el reproche por encontrar al sujeto en oposición o en pugna con el Derecho y con sus obligaciones personales".¹³⁸

4.7.2. Inculpabilidad.

Las causas que anulan los elementos de la culpabilidad son las causas de inculpabilidad y estas se dan por la falta de capacidad de la culpabilidad, el desconocimiento de la antijuricidad del hecho cometido y la inexigibilidad de otra conducta.

1.- Por la falta de capacidad de culpabilidad, es decir, cuando falte el elemento intelectual o volitivo trae como consecuencia la inculpabilidad y a su vez la inimputabilidad. Y la inculpabilidad, se presenta en los menores de 14 años debido a su inmadurez mental. Los que tengan la edad de 16 a 18 años, gozan de una capacidad eventual de culpabilidad, y se les aplica una pena menor o medidas educativas o internación para su curación o asistencia.

Otras de las incapacidades de culpabilidad se presenta en las personas mentales anormales como en la perturbación de la conciencia, los trastornos transitorios con independencia de su duración, la perturbación patológica de la actividad mental como la psicosis, las debilidades mentales entre ellas la imbecilidad.

138.- Véase VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, pp.382 y s.s.

Por lo que es suficiente que el autor no este en condiciones de reconocer el injusto para que se presente la causa de inculpabilidad. La excepción al principio de la capacidad de culpabilidad es el *actio libera in causa* ya que en tal caso, el sujeto por su voluntad se pone en ese estado.

2.- Por desconocer la antijuricidad del hecho cometido, este elemento de culpabilidad se anula por el error de prohibición al actuar el sujeto pensando que su conducta era lícita. El que contrae un segundo matrimonio sin haber disuelto legítimamente el anterior, porque se cree que ha quedado disuelto su anterior matrimonio.

3.- Por no exigibilidad de otra conducta, esta causa de inculpabilidad es la excepción al principio del deber de cumplir con las normas, ya que no se puede pedir el cumplimiento de esos mandatos cuando se esta ante un caso extremo. Uno de esos casos es el estado de necesidad excluyente, en el que el sujeto, sin tener la obligación legal para su oficio u ocupación, antes de sufrir un peligro, sacrifica un bien jurídico para salvaguardar su vida, honor a la libertad, como el caso del naufrago que priva de la vida a su compañero para comer su carne y poder sobrevivir, por lo que la no exigibilidad de otra conducta aconseja no imponer una pena a quien actúa bajo esas circunstancias.

El miedo insuperable, esta eximente se refiere al miedo que aún afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o una posibilidad de acto acción y la insuperabilidad, quiere decir, superior a la exigencia media de soportar males y peligros, porque el mal que produce el miedo ha de ser real o inminente igual o mayor al que el sujeto comete amparado por esta causa.

Otra eximente es el encubrimiento entre parientes, en esta excepción quedan excluidos, los que hubieren auxiliado a los delincuentes, a no delatarlo y no están impedidas de ayudarlo cuando sea perseguido o este en alguna adversidad, quedan exentados de la pena.

4.8. Punibilidad y Excusas Absolutorias.

4.8.1. Punibilidad.

Reunidos los elementos de la estructura del delito tales como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, podemos considerar que hay un delito, mismo que requiere de una pena para poder castigarlo.

La pena como última categoría del delito no siempre existe, pero el legislador debe exigir para su fundamentación o exclusión, ya que es el estado el que fundamenta su aplicación.

Roxin, al respecto dice que: "El Derecho Penal sirve subsidiariamente a la protección de los bienes jurídicos y que su existencia se justifica exclusivamente cuando la convivencia pacífica de los ciudadanos puede garantizarse tan sólo con el recurso a culminar con una pena la conducta socialmente dañosa".¹³⁹

Por su parte Estrada Velez, opina que la pena "es consecuencia obligada del delito y consiste en la supresión o limitación forzosa de bienes jurídicos impuesta por el estado con finalidades pragmáticas".¹⁴⁰

Y Mir Puig establece que: "la teoría general del delito no hace sino establecer los presupuestos mínimos de lo punible, esto es, traza límites a lo que puede castigarse con una pena, lo cuál depende de la función que la Constitución permita atribuir la pena; y que tanto el delito como la pena encuentran su fundamento en la concepción del Estado Social y democrático del derecho".¹⁴¹

139.- ROXIN, Claus. Derecho Penal y Derecho Procesal, Ed. Depalma, Buenos Aire, p.23.

140.- ESTRADA VELEZ, F. Derecho Penal, Ed. Temis, Colombia 1986.

141.- MIR PUIG, Santiago. Función de la pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático del Derecho, Ed. Bosh, Barcelona, p.17.

También la pena requiere causas que la fundamenten y para ello es imprescindible acudir a las llamadas condiciones objetivas de la penalidad; y por otra parte también están las causas que excluyen la pena, como las excusas absolutorias o causas de exclusión o anulación de la penalidad.

Condiciones Objetivas de Penalidad.

Esta Causa que fundamenta la penalidad consiste en las circunstancias que condicionan en algún delito en concreto la imposición de una pena, como el caso de los contendientes en el homicidio en riña cuando uno muere.

Y de esta causa se distinguen las condiciones objetivas de procedibilidad o de perseguibilidad que condicionan la investigación de un proceso penal. No son más que obstáculos procesales que condicionan la imposición de la pena.

4.8.2. Excusas Absolutorias.

El aspecto negativo de la punibilidad son las llamadas excusas absolutorias, mismas que dan causa a la impunidad y originan la inexistencia del delito.

De acuerdo con la definición dada por Castellanos Tená, las excusas absolutoria "son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impide la aplicación de la pena".¹⁴²

142.- Véase CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p.278.

Frecuentemente los autores que reconocen el carácter de elemento esencial del delito a la imputabilidad, coinciden en afirmar que en la excusa absolutoria permanecen inalterables los elementos esenciales del delito, excluyendo únicamente la posibilidad de imponer una pena al autor. El Estado por motivos de política criminal no sanciona determinadas conductas, basándose en consideraciones de diversa índole.

Para aquellos autores que consideran que la punibilidad no es elemento esencial del delito, sino su consecuencia, la ausencia de punibilidad excluye sólo la aplicación de la pena, pero subsiste el carácter delictivo de la conducta o hecho.

Clases de Excusas Absolutorias.

Carrancá y Trujillo, hace la siguiente distinción de las excusas absolutorias desde el punto de vista subjetivo o la poca temibilidad del sujeto:

- a) Excusas en razón de los móviles afectivos revelados.
- b) Excusas en razón de la copropiedad familiar.
- c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela.
- d) Excusas en razón de la maternidad consciente.
- e) Excusas en razón del interés social preponderante.
- d) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada".¹⁴³

Los Artículos del Código Penal que contemplaban las excusas absolutorias tratándose de la copropiedad familiar y de la patria potestad o la tutela, fueron derogados, razón por la cuál ya no existen.

143.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, citado por López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, primera ed., Ed. Porrúa, México 1994, p.259

Otros tratadistas se refieren además de las excusas absolutorias antes citadas a aquellas en razón de las graves consecuencias sufridas por el agente.

Para Castellanos Tena, las excusas absolutorias de mayor importancia son:

- a) Excusas en razón de mínima temibilidad.
- b) Excusas en razón de la maternidad consciente.
- c) Excusas por inexigibilidad.
- d) Excusas por graves consecuencias sufridas".¹⁴⁴

Las Excusa Absolutorias en el Derecho Positivo:

En el Código Penal se consideran como Excusas Absolutorias, las comprendidas en los siguientes Artículos:

1.- El artículo 55, alude a una excusa absoluta en función de las consecuencias graves sufridas por el agente activo con motivo de su senilidad o precario estado de salud. Esta excusa absoluta o perdón judicial autoriza al juzgador para eximir de pena al sujeto activo, en virtud de que resultaría inhumana la imposición de la pena a estas condiciones.

2.- El artículo 151, exenta de sanción a los ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos o parientes de afinidad hasta el segundo grado que propicien la evasión de un detenido, procesado o condenado, excepto si se proporciona la fuga mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas. En este caso la acción desarrollada por el sujeto no refleja temibilidad, pues el móvil que lo lleva a delinquir es considerado noble y respetable, por obrar en virtud del afecto derivado de los lazos consanguíneos o de espíritu. Se exime de pena en función de la no exigibilidad de otra conducta.

144.- Véase CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp.279 y s.s.

3.- La fracción II del artículo 280, contempla una excusa absolutoria por mandato legal para los ascendientes, descendientes, cónyuges o hermano del responsable de homicidio que oculten, destruyen o sepulten el cadáver.

Esta supuesta causa consagra la impunidad del delito por encubrimiento, cuando se realiza por los parientes más próximos del delincuente, debido a la no exigibilidad de otra conducta.

4.- El artículo 333, establece la impunidad en el Delito de Aborto en dos casos, cuando sea causado por imprudencia de la mujer embarazada y cuando el embarazo sea el resultado de una violación.

En el primer caso se exime de la aplicación de una pena en función de la nula o mínima temibilidad de la mujer embarazada, considerando que es ella la primera víctima de su imprudencia al ver frustradas sus esperanzas de maternidad. Además de injusto resultaría absurdo aplicar una pena en esa situación.

En el segundo caso se declara impune el aborto en razón de la exigibilidad de otra conducta, debido a que no se le puede exigir a la mujer una maternidad no deseada, ni buscada y que fue consecuencia de la violación sufrida.

5.- El precepto contenido en el Artículo 375, establece una excepción respecto a la aplicación de la pena en el caso de robo sin violencia, si el valor de lo robado no excede de diez veces el salario mínimo, se restituye espontáneamente por el infractor y este paga los daños y perjuicios causados, antes de que la autoridad tenga conocimiento del delito.

La justificación de esta excusa se encuentra en función de la mínima o nula peligrosidad del sujeto reflejada en el arrepentimiento y la ausencia de violencia en la comisión del delito.

6.- El artículo 400, exime la aplicación de la pena para el encubridor del responsable de un delito cuando se trate de sus ascendientes, descendientes afines o consanguíneos, su cónyuge, concubina, concubinario, parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el segundo y los que estén ligados al delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad resultada de motivos nobles.

Igual razonamiento debe darse respecto de esta situación, y la comprendida en el artículo 151, en virtud de que es inexigible otra conducta y denota poca temibilidad del delincuente.

Los artículos citados contemplan algunas de las excusas absolutorias de mayor importancia en el Derecho positivo.

El jurista mexicano Carrancá y Trujillo, es el único que considera que el artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal es una excusa absolutoria, al manifestar que: "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 mas restringida que el amplísimo de los estados necesarios previstos en el artículo 15 fracción IV del Código Penal del Distrito Federal".¹⁴⁵

145.- Véase CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, Código Penal Anotado, p.920.

4.9 Derecho Comparado Nacional.

El artículo 379 del Código Penal para el Distrito Federal establece que: "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".

En cuanto a los Códigos Penales de los Estados podemos señalar sus respectivos preceptos jurídicos:

1.- Los Códigos de Campeche, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Quintana Roo y Veracruz no contienen un precepto como el artículo 379 del Código Penal para el Distrito Federal.

Resulta ilógico que el Código de Veracruz no lo contenga, ya que fue el primero que legisló éste ordenamiento legal en 1835, sin embargo con el transcurso del tiempo y las modificaciones que se fueron presentando, en 1896 desapareció por completo.

2.- 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), Tabasco (Art.361), Tamaulipas (Art. 413) y Zacatecas (Art. 323) siguen la misma orientación del Código Penal de 1931.

3.- El Código de Baja California Sur (Art. 173) dice que: "No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodera 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".

4.- El Código de Chiapas, en el artículo 319 determina que: " No se sancionará al que, sin emplear engaño o medios violentos se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables, para satisfacer de momento sus necesidades personales o familiares, siempre que su valor no exceda de cinco días de salario".

5.- El Código de Hidalgo expresa (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 por una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus imperiosas necesidades personales o familiares del momento

6.- El Código de Jalisco (Art. 329-I): " El responsable del robo quedará exonerado de toda sanción, cuando sin emplear engaño o medios violentos, se apodere de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer imperiosas necesidades personales o familiares del momento".

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

8.- El Código de Yucatán en el artículo 353 manifiesta que cuando sin emplear engaños ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus imperiosas necesidades personales o familiares del momento.

9.- Los Códigos de Puebla (Art. 385-I) y Nayarit (Art.343-I), reglamentan que, cuando sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere del alimento estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares de alimentación del momento.

10.- Los Códigos de Aguascalientes (Art. 382), Morelos (Art. 374) y Sonora (Art. 302), expresan, que no se sancionarán 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 lo es imputable su estado de necesidad.

En resumen, no todos los Estados contienen el elemento "Por una sola vez", tal es el caso de Jalisco, Puebla, Nayarit, Aguascalientes, Morelos y Sonora.

Casi todos los Estados contienen el término "objetos estrictamente indispensables, excepción hecha de Puebla y Nayarit, que se refieren al alimento indispensable.

En lo que concuerdan todas las legislaciones Estatales, es el hecho de que no se emplee la violencia, es decir, que no existan hechos violentos por un simple apoderamiento de los objetos más indispensables para la satisfacción de sus necesidades, y que ésta sea momentánea.

Y por último, Chiapas es el único que establece la cuantía de los objetos estrictamente indispensables, cuando se refiere a que su valor no exceda de cinco días de salario.

CONCLUSIONES

Primera. El delito de robo podemos remontarlo a la época en que surgió la propiedad privada, la cuál para muchos autores se considera a partir de que el hombre se hizo sedentario y comenzó a criar animales y a cultivar sus tierras. En consecuencia podemos decir que el robo es uno de los delitos tan arcaicos como la humanidad.

Segunda. De acuerdo al Sistema Capitalista, el desarrollo económico es privilegiado para algunos países, pero no para otros los cuales se encuentran sujetos a las crisis económicas, ocasionando con esto escasez de fuentes de trabajo, aumentando así el número de personas desempleadas, marginación y un elevado índice de criminalidad, originando que las personas se vean en la necesidad de cometer delitos patrimoniales.

Tercera. Es evidente, que el robo de familiar, constituye una causa de licitud, en virtud de que estamos frente al principio del interés preponderante, ya que se encuentran en colisión dos bienes de desigual valor; por una parte, la vida o la salud personal y por otra, el patrimonio, debiendo sacrificarse este último, por ser el de menor valor.

Cuarta. El estado de necesidad, tiene como característica esencial un conflicto de bienes ya sea de igual o menor valor en el cuál uno de los dos deberá subsistir ante un hecho irreparable, el cuál debe ser real, grave e inminente y que sea por un verdadero estado de necesidad en el cuál no haya otra alternativa practicable y menos perjudicial para salvar la vida o bienes, o la persona o bienes de otro, considerándose con esto que aún cuando se llegase a originar la comisión de un acto delictivo, este sería considerado como una verdadera causa de justificación en virtud de que las leyes penales otorgan

dicha garantía al que actúa por estado de necesidad independientemente de que se haya cometido un ilícito en las leyes penales, ya que las mismas le otorgan al estado de necesidad la no existencia del delito.

Quinta. La naturaleza jurídica de las causas de justificación se encuentra en que el ordenamiento jurídico penal no tan solo es un catalogo de normas prohibitivas, sino que también establece normas permisivas, esto es, que autoriza la realización de ciertas acciones y omisiones, permitiendo al particular defenderse cuando el Estado no lo puede hacer.

Sexta. El Robo de Famélico es una causa de justificación, porque la excusa absolutoria se presenta con fundamento en la política criminal, en cambio la causa de justificación es una norma permisiva o lícita.

Séptima. El Robo de Famélico es un tipo de naturaleza dolosa ya que el Artículo 60 del Código Penal no lo prevé como culposo.

Octava. Es un tipo unisubjetivo porque se colma con una sola conducta.

Novena. Es un tipo de resultado material, toda vez que requiere un cambio en el bien jurídico tutelado que es el patrimonio.

Décima. Al limitar al Robo de Famélico, no se tomo en consideración que el mismo Estado de Necesidad, hace actuar desesperadamente al agente y es posible que su reacción sea violenta, con tal de satisfacer esa necesidad personal o familiar, que bien pudiera ser el citado medicamento para un ser querido, o en su caso, para evitar dicha violencia tenga que utilizar el engaño para vencer la seguridad de la víctima.

Décima primera. Los requisitos de violencia o engaño, convierten en inapelable este precepto, ya que en la práctica, es muy difícil que una conducta encuadre en dicha hipótesis y además en los tiempos en que vivimos, la ciudadanía aumenta sus medidas de seguridad o precauciones, por lo que estos requisitos finalmente se convierten en letra muerta.

Décima segunda. Aún cuando los doctrinarios pretenden observar que de no cumplirse la totalidad de los requisitos señalados en el artículo 379 se podrá aplicar el artículo 15 fracción V del Código Penal para el Distrito Federal, esto es incorrecto, debido al principio de especialidad, el cuál señala que en un conflicto de leyes, la ley especial prevalecerá sobre la general.

Décima tercera. El artículo 379, tiene varios inconvenientes en la práctica, presentándose los siguientes: Es la excluyente de carácter personal e intransferible, es decir ampara al activo del delito únicamente y no así a los demás participantes del delito. Solicita demasiados requisitos para que encuadre la conducta al tipo penal. Y no se puede aplicar el artículo 15 fracción V del Código Penal porque se encuentra regulado en el artículo 379 del Código Penal.

Décima cuarta. El hambre y la miseria, son circunstancias que el juzgador debe tener en cuenta al fijar la sanción en los términos de los artículos 51 y 52 del Código Penal, pero esto no excluye, según el caso, aplicar la figura del Estado de Necesidad.

Décima quinta. El artículo 379 no tiene aplicación, ya que en la práctica no se da, toda vez que los extremos a aprobar para que el delito sea considerado como tal, no permite la posibilidad de que se reúnan los elementos del tipo penal.

Décima sexta. Finalmente se propone que sea derogado el artículo 379 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, porque es innecesaria su presencia como figura específica de la parte especial de la Ley Penal, en la medida en que su contenido general aparece regulado plenamente por el alcance que deriva del Estado de Necesidad previsto por el artículo 15 fracción V.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALMARAZ, José, Algunos errores y absurdos de la Legislación Penal de 1931, México 1967.
- 2.- ANTOLISEI, Francisco, Manual de Derecho Penal, octava ed., Ed. Temis, Colombia 1998.
- 3.- BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, segunda ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1989.
- 4.- CARDENAS F., Raúl, Derecho Penal Mexicano (Del Robo) segunda ed., Ed. Porrúa, México 1982.
- 5.- CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Derecho Penitenciario, Ed. Porrúa, México 1974.
- 6.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl Y CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Código Penal Anotado, décima sexta ed, Ed. Porrúa, México 1996.
- 7.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general, décima segunda ed., Ed. Porrúa, México 1997.
- 8.- CARRARÁ, Francisco, Programa del Curso del Derecho Criminal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1941.
- 9.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, trigésima novena ed., Ed. Porrúa, México 1999.
- 10.- CENICEROS, José Angel y Garrido Luis, La Ley Penal Mexicana, Ed. Botas, México 1934.
- 11.- CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, décima octava ed., Ed. Bosch, Barcelona 1993.
- 12.- DAZA GOMEZ, Carlos Juan Manuel, Teoría General del Delito, Ed. Cárdenas Editores y Distribuidor, México 1997.
- 13.- DE AQUINO, Santo Tomás, Suma Teológica, T.III, Madrid 1982.
- 14.- ESTRADA VELEZ, Francisco, Derecho Penal, Ed. Temis, Colombia 1986.
- 15.- FERRI, Enrique, Principios de Derecho Criminal, Ed. Reus, Madrid 1933.
- 16.- Frank, Philosophie de Droit Penal, Bruselas 1864.

- 17.- GOMEZ, Eusebio, Tratado del Derecho Penal, T.I, Ed. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires Argentina, 1939.
- 18.- GOMEZ BENITEZ, Manuel, Teoría Jurídica del Delito, parte general, Ed. Civitas, Madrid 1988.
- 19.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, El Código Penal Comentado, Ed. Porrúa, México 1982.
- 20.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano , vigésima sexta ed., Ed. Porrúa, México 1998.
- 21.- JESCHECK, Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Ed. Comares, Granada 1993.
- 22.- JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, parte general, traducción y adiciones por S. Mir. Puig y F. Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona España 1981.
- 23.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, tercera ed., Ed. Hermes, Buenos Aires 1959.
- 24.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.I, tercera ed., Buenos Aires, 1964.
- 25.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.IV, Ed. Losada, Buenos Aires, 1983.
- 26.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.IX, segunda parte, tercera ed., Ed. Losada, Buenos Aires 1976.
- 27.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, parte especial, T.IV, quinta ed., Ed. Porrúa 1983.
- 28.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, La Tipicidad, Ed. Porrúa, México 1955.
- 29.- LISZT, Franz Von, Tratado de Derecho Penal, T.II, tercera ed. Traducido de la décima octava ed. Alemana y adicionada con la Historia del Derecho Penal en España, por Quintiliano Saldaña, Instituto Editorial Reus, Madrid España.
- 30.- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Delitos en Particular, T I, quinta ed., Ed. Porrúa, México, 1998.
- 31.- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Historia del Derecho Penal, quinta ed., Ed. Porrúa, México 1997.

- 32.- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, sexta ed., Ed. Porrúa, México 1997.
- 33.- MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, segunda ed., Ed. Porrúa, México 1998.
- 34.- MARQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, parte general, cuarta ed., Ed. Trillas, México 1997.
- 35.- MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, segunda ed., Traducción Alemana por J .A.Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado 1946.
- 36.- MIR. Puig, Santiago, Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático del Derecho, Ed. Bosch, Barcelona España, 1982.
- 37.- MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, Ed. Temis, Bogotá Colombia 1990.
- 38.- OROZCO Y BERRA, Manuel, Historia Antigua y de la Conquista de México, Ed. Porrúa, México 1978.
- 39.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Comentarios de Derecho Penal, cuarta ed. Ed. Porrúa, México 1995.
- 40.- PESSINA, Elementos de Derecho Penal, T.III, Traducción de Hilarion, González del Castillo, Ed. Reus, Madrid España 1936.
- 41.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, décima octava, ed., Ed. Porrúa México 1999.
- 42.- PORTE PETI CANDAUDAP, Celestino, Importancia de la Dogmática Penal, Ed. Porrúa, México 1954.
- 43.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Programa de Derecho Penal, tercera ed., Ed. trillas, México 1990.
- 44.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Robo Simple, segunda ed. Ed. Porrúa, México 1989.
- 45.- REYNOSA DAVILA, Roberto, Delitos Patrimoniales, Ed. Porrúa, México 1999.
- 46.- RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, Ed. Porrúa, México 1994.
- 47.- ROMAGNOSI, Genesis del Diritto Penal, inciso 555, Traducción al Español de Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero, Ed. Temis, Bogotá Colombia 1956.

- 48.- ROSSI, Tratado de Derecho Penal, traducción al Español de Cayetano Cortés, tercera ed., Madrid, 1883.
- 49.- ROXIN, Claus, Derecho Penal y Derecho Procesal, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina.
- 50.- SAINZ CANTERO, José A. Lecciones de Derecho Penal, parte general, tercera ed., Ed. Bosch, Barcelona España, 1990.
- 51.- SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T.I, Ed. La Ley, Buenos Aires Argentina 1945.
- 52.- VAILLANT, George C., La Civilización Azteca, Versión Española de Samuel Vasconcelos, segunda ed. Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1955.
- 53.- VELA TRÉVIÑO, Sergio, AntiJuricidad y Justificación, segunda ed., Ed. Trillas, México 1986.
- 54.- VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, parte general, quinta ed., Ed. Porrúa, México 1990

LEGISLACION

55.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México 2000

56.- Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 2000.

57.- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 2000.

58.- Código Penal de 1835.

59.- Código Penal de 1871.

60.- Código Penal de 1929.

61.- Código Penal de 1931.

62.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 2000.

O T R O S

63.- Alimena, Enciclopedia Pessina, Volumen V.

64.- ANTEPROYECTO del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, Comisión de Estudios Penales de la Procuraduría General de la República, México 1958.

65.- BOLETIN DEL ARCHIVO GENERAL DE LA NACION, Primitivo Código Penal referente a las Indias, México T. XI, número 2 (abril-mayo-junio 1940).

66.- CABANELLAS DE TORRE, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, segunda ed., Ed. Heliastra, Buenos Aires, Argentina 1982.

67.- CAMACHO BRINDIS, María Cruz, El Estado de Necesidad como aspecto negativo de la Violación del Deber Jurídico Penal. Alegatos, número. 34 México 1996.

68.- CARDENAS F. Raúl, Revista Criminalía, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año XLI, números 7 y 12, México, julio-diciembre 1975.

69.- CENICEROS, José Angel, Trayectoria del Derecho Penal Contemporáneo, La Reforma Penal en México, Biblioteca-Criminalía, 1943.

70.- DE VICTORIA, Francisco P. De la España Eterna, Contribución al Estudio de las Doctrinas, desde el punto de vista del Derecho Penal, Criminalía., XII

71.- ENCICLOPEDIA Universal Ilustrada, T. VIII, Ed. Espasa-Calpe, Madrid Barcelona 1966

72.- ENCICLOPEDIA Universal Ilustrada, T. XXV, Ed. Espasa-Calpe, Madrid Barcelona 1966

73.- ENCICLOPEDIA Universal Ilustrada, T. XLII, Ed. Espasa-Calpe, Madrid Barcelona 1966.

74.- ENCICLOPEDIA Universal Ilustrada, T. XLV, Ed. Espasa-Calpe, Madrid Barcelona 1966.

75.- EXPOSICION de Motivos del Código Penal, México 1931.

76.- HARAYA, José y Barradaco, Raúl, Enciclopedia Jurídica Omeba, T.VI, segunda ed., Ed. Driskill, Buenos Aires, Argentina 1984.

- 77.- INSTITUTO de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, T. II, décima tercera ed, Ed. Porrúa-UNAM, México 1999
- 78.- MARQUEZ PINERO, Rafael, El Estado de Necesidad, *Ars Iuris*, número 14, México 1995.
- 79.- RAMOS RIVERA, José Luis, El Estado de Necesidad en la Legislación Penal Mexicana o Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie, núm. 69, México 1990.
- 80.- REVISTA Criminalía. Enero de 1941
- 81.- REVISTA Criminalía, Estado de Necesidad, Año II, Botas, México septiembre 1974, agosto 1975.
- 82.- Secretaría de Educación Pública, La Ciudad de México, Antología Siglos XVI-XX, Comisión Nacional de los Libros de Texto Gratuitos, México 1995.
- 83.- SOPENA, Ramón, Nuevo Diccionario Ilustrado Sopena de la Lengua Española, Barcelona 1972.