

738
2º

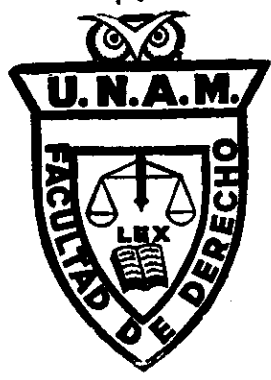


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"Estudio del artículo 368 bis del Código Penal para el Distrito Federal, adicionado en la reforma de fecha 13 de mayo de 1996"

T E S I S
Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
PATRICIA SANTAMARIA AMEZCUA



Asesor: Licenciado Fortino López Valle

Ciudad Universitaria D. F.

1998

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

259778



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

CD. Universitaria, a 9 de enero de 1998.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E .

LA C. PATRICIA SANTAMARIA AMEZCUA, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del Lic. FORTINO LOPEZ VALLE, su tesis profesional intitulada " ESTUDIO DEL ARTICULO 368 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL ADICIONADO EN LA REFORMA DE FECHA 13 DE MAYO DE 1996 ", con el objeto de obtener el grado académico de licenciado en Derecho.

La alumna ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el art. 8 fracción V, del reglamento de seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO

ACADEMIA DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL
DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

SR. DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
PENAL DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO
P R E S E N T E :

Me permito distraer su atención para enterarle que la alumna PATRICIA SANTAMARIA AMEZCUA, con número de cuenta 8724866-9, ha concluido su trabajo de tesis intitulado "ESTUDIO DEL ARTICULO 368-BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL ADICIONADO EN LA REFORMA DE FECHA 13 DE MAYO DE 1996", investigación que fue desarrollada bajo nuestra dirección.

El trabajo citado es de nuestro parecer que se desarrolló con los criterios establecidos por el seminario a su digno cargo; de estimarlo usted así, me permito solicitarle nos conceda su autorización para que pueda imprimirse y esté en posibilidades, quien la sustenta, de acceder a su examen recepcional.

Afectuosamente, le reitero a Usted la seguridad de mis más altas distinciones.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

LIC. FORTINO LOPEZ VALLE.

Deseo expresar mi más profundo reconocimiento y agradecimiento a:

1.- La Universidad Nacional Autónoma de México.

2.- La Facultad de Derecho.

3.- Las Autoridades de ésta.

4.- El Licenciado Fortino López Valle por el tiempo que me dedicó para la elaboración del presente trabajo, a quien además le tengo admiración y respeto,

5.- Mi esposo e hijo, ambos de nombre Jesús, a quiénes les debo la culminación de este trabajo.

6.- Mis padres: Nicolás y Carlota, de quienes recibí durante toda mi carrera su apoyo incondicional.

7.- Mis hermanos: Silvia, Nicolás y Karina, quienes siempre me brindaron su apoyo.

8.- Mis comadres: Licenciado León Arreola Olmos y Licenciada María Eugenia Arellano Zuñiga.

9.- Mis compañeros: Licenciado José Lucio Reyes Cárdenas, Licenciada María de Lourdes Lagarde Valencia y Licenciada Rita María Cetina Espinosa.

10.- Todos mis compañeros de la Fundación Mexicana de Reintegración Social.

11.- Licenciado Oscar Peña.

Agradeciendo a todos ellos por brindarme su apoyo para la culminación de mi tesis, la cual en breve sustentaré aspirando obtener con ella el título de Licenciado en Derecho.

ESTUDIO DEL ARTÍCULO 368 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL ADICIONADO EN LA REFORMA DE FECHA 13 DE MAYO DE 1996.

INDICE

TEMA	Pág.
1.- Introducción 1
Capítulo I Aspectos Generales	
1.- Teoría de la Norma 12
A).- Elementos de la Norma 14
a.1) Precepto 16
a.2) Sanción 16
2.- Delito 16
A) Concepto 17
B) Teorías del Delito 18
b.1) Teoría Causalista 21
b.2) Teoría Finalista 23
3.- Elementos del tipo previsto por el artículo 368 bis del código penal para el Distrito Federal, en términos de lo dispuesto por el artículo 122, del Código de Procedimientos Penales para el distrito Federal 24

A) Presupuestos del Delito	27
B) Conducta	30
b.1) Acción y Omisión	31
b.2) imputación Objetiva y resultado	..	39
C) Tipicidad	40
c.1) Tipo y Tipicidad	40
c.2) Elementos del tipo	42
c.2.1) Elementos Objetivos	42
c.2.1.1) Calidades de los Sujetos activo y pasivo	42
c.2.1.2) Forma de intervención de los Sujetos activos	43
c.2.1.3) Objeto del Delito (material)	45
c.2.1.4) Bien Jurídico Tutelado	46
c.2.1.5) Circunstancia de Comisión del delito (lugar, tiempo y ocasión)	48
c.2.2) Elementos Subjetivos	49
c.2.2.1) Dolo	50
c.2.2.2) Culpa	51
c.2.2.3) Elemento Subjetivo Distinto al dolo	54
D) Antijuridicidad	57
E) Culpabilidad	58
F) Aspecto Negativo del delito	61
4.- El ilícito Contemplado en el artículo 368 bis como:		
A) Instantáneo	63

b) Permanente (o continuo)	64
c) Continuado	65

CAPITULO II Autoría y Participación en la Teoría del Delito

1.- Autoría	66
A) Concepto	66
B) Requisitos de la Autoría	67
b.1) Aspecto Interno	67
b.2) Aspecto Externo	67
C) Formas de Autoría	68
c.1) Autoría Directa o Inmediata	68
C.2) Autoría Indirecta o Mediata	68
c.3) Coautoría	70
2.- Participación	71
A) Concepto	71
B) Elementos de la Participación	72
b.1) Aspecto Interno	72
b.2) Aspecto Externo	72
C) Formas de Participación	72
c.1) Instigación	73
c.2) Complicidad	74
3.- Autores y Partícipes conforme al artículo 13 del Código		
Penal	77

CAPITULO III Encubrimiento previsto por el artículo 400 del Código Penal, solo por lo que hace a las fracciones I y III

1.- Conductas que regula como tipo independiente	..	79
2.- Bien Jurídico Tutelado	83
3.- Formas de Intervención de Sujetos Activos	...	85
4.- Diferencia entre Autoría, Participación y Encubrimiento	86
5.- El Encubrimiento como delito:		
A) Instantáneo	88
B) Continuo o Permanente	89
C) Continuado	89

CAPITULO IV- Análisis Comparativo entre el Artículo 368 Bis Y el Artículo 400 fracciones I Y III, del Código Penal.

1.- Precedentes Legislativos de los artículos 368 bis y 400 fracciones I y III del Código Penal	92
2.- Conductas Reguladas por los tipos Penales previstos en los artículos 368 bis y 400 fracciones I y III, del Código Penal	97
3.- Bienes Jurídicos Tutelados por los preceptos 368 bis y 400 fracciones I y III, del Código Penal	100
4.- Formas de intervención de los Sujetos activos en los ilícitos previstos en los artículos 368 bis y 400 fracciones I y III del Código Penal	102
5.- Carácter de Norma especial o general de los artículos 368 bis y 400 fracción I del Código Penal	104

CONCLUSIONES 111

BIBLIOGRAFÍA 115

INTRODUCCIÓN.

Como es sabido se realizaron reformas al Código Penal para el Distrito Federal, que fueron publicadas el 13 de mayo de 1996, entrando en vigor al día siguiente de su publicación; de éstas, una de las más trascendentes fue la adición del artículo 368 bis del Código Penal; en virtud de que se crea un nuevo tipo penal autónomo, dentro del Título Vigésimo Segundo, Capítulo I, "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", con la intención de salvaguardar de forma más íntegra los bienes protegidos dentro del citado Título del Código Penal.

Se hace necesario entrar al estudio de tal adición, ya que aparentemente la conducta regulada en el artículo 368 bis del Código Sustantivo de la Materia, no estaba contemplada en el conjunto de tipos penales que integran nuestro Código Penal, lo anterior de acuerdo a lo establecido por los Legisladores en su Exposición de motivos de fecha 18 de marzo de 1996.

Por lo anterior en el presente trabajo se desarrollará lo siguiente:

En el Capítulo I, se referirá a los Aspectos Generales, se estudiará lo que es la norma penal, entendida como la disposición jurídica que emana del Estado, la cual se va a integrar en un cuerpo de leyes en donde se va a

imponer o prohibir una determinada conducta a todos los individuos que integran la sociedad, la cual va a ser considerada como delito. Ahora bien, esta norma penal consta de dos elementos que son: el precepto y la sanción.

Por precepto se comprende el texto en donde se contiene la conducta activa u omisiva considerada contraria a derecho; y la sanción se prevé para el caso de incumplimiento de lo establecido en el precepto.

Se abordará el concepto de delito atendiendo a lo que establece el artículo 7 del Código Penal, a saber: " Delito el acto u omisión que sancionan las leyes penales"; doctrinariamente se conoce al delito como la conducta típica, antijurídica y culpable, por lo cual primeramente para constatar si existe un delito ha de comprobarse la existencia de una conducta humana, la cual debe adecuarse perfectamente al tipo penal establecido en la ley para su individualización y si dicha conducta se adecua, decimos que se trata de una conducta típica, o lo que es lo mismo que presenta la característica de tipicidad; habrá que averiguar si esa conducta típica se encuentra permitida por el ordenamiento penal, es decir, si existe alguna causa de justificación que la ampare, pues en caso contrario se tiene a la conducta como antijurídica por ser contraria al orden jurídico existente; una vez acreditado que la conducta es típica y antijurídica (injusto penal), es menester saber si esa conducta es culpable, es decir, si le era exigible al autor de esa

conducta que actuara de manera diversa a la que lo hizo por contar con las condiciones psíquicas y físicas para conducirse conforme a la norma y por ende le sea reprochable el injusto al autor.

Se atenderá para el desarrollo de la teoría del delito a las teorías sobresalientes en cuanto al estudio de ésta, así, se analizará la teoría del delito a la luz de la corriente causalista de la acción y finalista de la acción, con el propósito de comprender el origen y desarrollo que del concepto de delito se ha dado con el transcurso del tiempo; lo anterior sin entrar en discusión en cuanto a las posturas que cada una de estas teorías sostienen, dado que rebasaría los fines propuestos en el marco de este trabajo, aludiendo así a los tratadistas más connotados de cada una de las corrientes mencionadas.

Así tenemos que la teoría causalista (injusto objetivo, culpabilidad psicológica, sostenida por Von Liszt) se basa en los siguientes principios:

- 1.- Conducta.** Entendida como una voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de la causalidad.
- 2.- Antijuridicidad.** Que es la causación de un resultado socialmente dañoso.
- 3.- Culpabilidad.** Es la relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo o culpa.
- 4.- Punibilidad.** El sometimiento a una pena en caso de cumplirse lo anterior.

En cuanto a la teoría finalista de la acción (tipo complejo), sostenida principalmente por Hellmunt Von Weber y Alejandro Graf Zu Dohna, redondeada por la obra de Hans Welzel, sus puntos de partida jusfilosóficos son:

- 1.- Conducta. - Es el hacer voluntario final.
- 2.- Tipicidad.- Como prohibición de una conducta en forma dolosa o culposa.
- 3.- Antijuridicidad.-Comprendida como contradicción de la conducta prohibida con el orden jurídico.
- 4.- Culpabilidad. Que es la reprochabilidad.

Se analizará el tipo penal previsto en el artículo 368 bis del Código Penal acorde con lo que dispone el artículo 122 del Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal; así, se hará un desglose de los elementos del tipo requeridos por tal precepto, a fin de conocer su estructura, analizándolo conforme a sus elementos y adecuándolo a la teoría tetratómica del delito que la doctrina contempla (se hablará entonces de una conducta, típica antijurídica y culpable), cabe señalar que el análisis se realizará a la luz de teoría finalista de la acción, puesto que al citar el artículo 122 del Código Adjetivo de la materia los elementos subjetivos (dolo y culpa) aparecen como parte integrante del tipo penal, es claro que tal precepto se sustenta en los principios sostenidos por esta teoría.

El tipo penal en comento establece que: "se sancionará con pena de tres a diez años de prisión y hasta mil días multa, al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiriera o reciba los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de éstos sea superior a quinientas veces el salario". Se hará un estudio en cuanto al momento consumativo de este ilícito a fin de verificar si es instantáneo, permanente o continuo, continuado, como se advierte de la anterior transcripción, son varias las hipótesis para la concreción de ese ilícito (poseer, enajenar, traficar, adquirir o recibir instrumentos, objetos o productos del robo), entendiéndose que para que se considere instantáneo la consumación del delito ha de darse en el momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos; se considerará permanente o continuo cuando la consumación se prolonga en el tiempo y continuado cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo se viole el mismo precepto legal.

En el capítulo II se abordará el tema de la autoría y participación. Entendiéndose por autor aquél sujeto que realiza antijurídica y culpablemente, por sí o a través de una persona que obra como instrumento, el hecho prohibido por la ley. La autoría se clasifica en autor directo o inmediato, autor indirecto o mediato y coautoría. El autor directo o inmediato es la persona que tiene en sus manos el sí y el cómo se realizará el delito, en otras palabras la decisión final de cometer el delito; el autor mediato o indirecto

será la persona que realiza el delito por medio de otra persona que utiliza como mero instrumento; la coautoría surge cuando varios sujetos ejecutan la conducta delictiva, ésto es, que quieren la realización del evento delictivo y de mutuo acuerdo lo llevan a cabo, todos ellos consideran realizado el hecho como propio, teniendo el codominio del hecho. La participación es el aporte doloso que hace un sujeto al hecho realizado por el autor del delito, esta ayuda debe ser tal que no sea necesaria para la consumación del ilícito siendo entonces una conducta accesoria a la del autor del delito; la participación se da en dos formas, instigación y complicidad; por instigación se entiende que el sujeto (instigador) determina o induce a otro a la comisión de un ilícito, a través de una influencia psíquica, este instigador obra dolosamente, ya que quiere la producción del resultado típico, pero no tiene en sus manos la realización del delito; la complicidad se da cuando el sujeto auxilia o coopera al autor del delito, siendo que esta contribución o cooperación puede ser de cualquier naturaleza, sin que ésta sea necesaria para la consumación del ilícito. Resulta de vital importancia la Teoría de la Autoría y Participación, dado que el tipo penal en estudio puede ser cometido o ejecutado en los diferentes grados aludidos y conforme a lo que establece el artículo 13 del Código Penal.

Una vez sentadas las bases del presente trabajo, se abordará en el Capítulo III, en el cual se abordará la figura del Encubrimiento previsto por el artículo 400 fracciones I y III del Código Penal, el cual establece que: "Art. 400.- Se aplicará de tres meses a tres años de prisión y de quince a sesenta días

multa, al que: I. Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia. Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad. ... III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe. ..."; el análisis consistirá en un desglose de manera sintetizada de los elementos del tipo de Encubrimiento, estableciendo así las formas de concretarse el delito (adquirir, recibir, ocultar) ya sea el producto del robo o bien al responsable de éste, el bien jurídico tutelado por la norma penal, la forma de intervención de los sujetos activos, de acuerdo a lo que establece el artículo 13 del Código Penal; se hará distinción entre autoría, participación y encubrimiento, con la finalidad de comprender y apreciar las semejanzas y diferencias entre estas figuras jurídicas; finalmente se analizará la figura del encubrimiento, en cuanto a su momento consumativo, es decir, se determinará si se puede hacer de manera instantánea, continua o permanente o bien continuada.

Finalmente en el Capítulo IV, se elaborará un análisis comparativo entre el tipo penal previsto por el artículo 368 bis y el delito de Encubrimiento

previsto por el artículo 400 fracciones I y III, ambos numerales del Código Penal.

Para lo anterior se expondrá una reseña de los antecedentes legislativos que preceden al actual artículo 400 del Código penal, aludiendo así a las siguientes reformas:

1.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federa, expedido el 2 de enero de 1931, que entrara en vigor el 17 de septiembre del mismo año (destacando que dicho Ordenamiento abroga al Código penal de fecha 15 de diciembre de 1929, que era el que regía en esa fecha), establecía en el artículo 400 el delito de Encubrimiento, el cual constaba de tres fracciones en las que se describían las diferentes hipótesis con las que se constataba el delito que nos ocupa, tales como impedir la consumación de los delitos, impedir la averiguación de éstos, la persecución de los delincuentes y adquisición de cosas robadas.

2.- Reforma del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, de fecha 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1946, en vigor tres días después de su publicación, de la que se desprende que el artículo 400 describía el delito de encubrimiento, se modifica la fracción I párrafo segundo, la fracción II y III y se adicionan las

fracciones IV y V, así como la creación del artículo 400 bis; enumerando diversas hipótesis por medio de las cuales se colma el tipo en comento, siendo principalmente impedir la consumación de los delitos, la falta de diligencia para asegurarse de la procedencia lícita de objetos adquiridos, no prestar auxilio para la investigación de los delitos o persecución de los delincuentes, prestar auxilio o cooperación al autor de un delito y ocultar al responsable, efectos, objetos o instrumentos del delito y el citado artículo 400 bis se establece una pena atenuada para los casos de encubrimiento de determinadas hipótesis, tomando en cuenta las circunstancias personales del acusado, quedando tal facultad al arbitrio del juzgador.

3.- Reforma de fecha 29 de diciembre de 1984 para el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales publicada en el Diario Oficial de 14 de enero de 1985, en la que se reforma la fracción III del artículo 400, precepto que al igual que los anteriores, establece en sus seis fracciones los supuestos o hipótesis con las que se puede cometer el delito de encubrimiento.

4.- Reforma hecha por decreto de fecha 16 de diciembre de 1985, publicada en el Diario Oficial el 23 del mismo mes y año, que entrara en vigor 30 días después de su publicación, en la que se adicionaba un párrafo tercero a la fracción I del numeral 400 del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales.

5.- Reforma elaborada por decreto de fecha 30 de diciembre de 1991, en la que se deroga el párrafo tercero de la fracción I del artículo 400 del Código Penal, para quedar de forma en que actualmente se aprecia.

Cabe destacar que las reformas señaladas, únicamente se refieren a las fracciones I y III del artículo 400 del Código Sustantivo, por ser éstas materia del presente trabajo.

Se continuará haciendo de manera comparativa un estudio de las conductas reguladas por el recién creado tipo penal, previsto en el artículo 368 bis y las conductas reguladas por el numeral 400 fracciones I y III, ambos del Código Penal.

Asimismo, atendiendo al bien jurídico protegido por éstos tipos penales, se elaborará de manera analógica las diferencias y semejanzas entre ambos ilícitos; considerando para el encubrimiento el bien jurídico tutelado como la "Administración de justicia y el patrimonio", y para el tipo previsto en el artículo 368 bis del Código penal, el patrimonio".

Atendiendo al artículo 13 del Código Sustantivo de la Materia, se abordarán los artículos precitados a fin de determinar bajo que forma de intervención o participación se pueden cometer o ejecutar los delitos que se estudian.

Finalmente, atendiendo al principio de especialidad resultante del aparente concurso de normas incompatibles entre sí, se tratará de establecer en qué casos y bajo qué condiciones resultan aplicables el artículo 400 o, en su caso, lo establecido en el artículo 368 bis del Código Penal, toda vez que tales numerales regulan conductas aparentemente similares, creando con ello un conflicto entre las normas señaladas.

Para lograr lo expuesto en los párrafos anteriores es oportuno señalar, que para la elaboración del presente trabajo se utilizarán los métodos de investigación analítico, analógico, histórico y el jurídico; ya que se llevará a cabo un estudio de semejanzas, diferencias, relaciones o afinidades entre los preceptos señalados; se hará una distinción y separación de cada uno de éstos para conocer su esencia y principios; de igual manera se realizará una breve reseña histórica en cuanto a la figura del encubrimiento, para conocer sus orígenes y estar en condiciones de hacer el estudio comparativo con el artículo que se analiza en el presente trabajo, aplicando el método jurídico al llevar a cabo un análisis combinado de la Teoría del Derecho Penal (Doctrina) y la Ley.

CAPTULO I.- Aspectos Generales

1.- Teoría de la norma.

El Derecho Penal está constituido por un conjunto de normas penales, que a su vez integran el objeto de conocimiento del mismo.

El Derecho Penal puede ser definido por numerosas fórmulas que se utilizan en la doctrina, pareciendo que cada autor trata de dar el suyo propio, aunque en realidad las diferencias esenciales entre unos y otros son mínimas; puede afirmarse que cualquiera puede ser aceptada como válida, no podría encontrarse más que en la distinta perspectiva donde se contempla el objeto de la definición. Conforme a lo anterior se pueden establecer dos grupos: los que destacan los aspectos formales (transgresión penal y consecuencia jurídica) y los que expresamente mencionan el contenido sustancial de nuestro ordenamiento, ésto es, los valores e intereses que las normas penales tutelan.

Sainz Cantero, define al Derecho Penal como "el sector del ordenamiento jurídico que tutela determinados valores fundamentales de la vida comunitaria, regulando la facultad estatal de exigir a los individuos comportarse de acuerdo con las normas y de aplicar penas y medidas de seguridad a quienes contra aquellos valores atenten mediante hechos de una determinada intensidad".¹

¹ SAINZ CANTERO, JOSE A. Lecciones de Derecho Penal Parte General, Editorial Bosch S.A. Tercera Edición. Barcelona España 1990. pag. 6 a 8.

Hans Welzel, define al Derecho Penal como "aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad".²

Luis Jiménez de Asua define al derecho penal como "el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito, como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora".³

Derecho Penal: "se designan -conjunta o separadamente- dos entidades diferentes: 1) el conjunto de leyes penales, es decir la legislación penal; o 2) el sistema de interpretación de esa legislación. es decir, el saber del Derecho Penal. Teniendo en cuenta esta duplicidad, podemos decir que el derecho penal (legislación penal) es el conjunto de leyes que se traduce en normas que tutelan bienes jurídicos, que precisan el alcance de su protección, cuya violación se llama "delito". y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor. En el segundo

² WELZEL, HANS. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición Castellana, Chile 1993. pag. 1

³ JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana, Tercera Edición, Buenos Aires Argentina. 1990. Pag. 18.

sentido Derecho Penal (saber del derecho penal es el sistema de comprensión o interpretación) de la legislación penal".⁴

De lo anterior podemos establecer que el Derecho Penal tiene como misión la protección de los bienes jurídicos, mediante la tutela de los elementales valores de acción ético-sociales. Llevando a efecto esta protección de bienes jurídicos del siguiente modo: mandando o prohibiendo acciones configuradas de determinada manera; detrás de sus prohibiciones o mandatos se hallan los elementales deberes ético-sociales (valores de acto), cuya vigencia asegura conminada con una pena su lesión. "Sólo así se obtiene una protección realmente eficaz y permanente de los bienes, y restringida, además, a las formas de agresión reprobables desde el punto de vista ético-social."⁵

A) Elementos de la Norma.

El Derecho penal como sector del ordenamiento, esta conformado por un conjunto de normas jurídicas, que, como los que integran otros sectores de aquél, contiene una regla de conducta que se impone a los ciudadanos mediante un mandato o prohibición (hacer u omitir) y la amenaza de una sanción de naturaleza penal para quienes desobedezcan.

La norma penal establece una vinculación, una relación histórica, entre un hecho o estado peligroso y una consecuencia jurídica; asocia una pena o

⁴ ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Manual de Derecho Penal Parte General. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. Cuarta edición. México 1990. Pags. 41 y 42.

⁵ Op. Cit. Pag. 5.

medida de seguridad a un determinado presupuesto. Su estructura externa, por tanto, esta integrada de dos partes: el presupuesto enunciado en forma hipotética y la consecuencia jurídica. El primero consiste en la descripción de una conducta, la segunda en la fijación de una pena o una medida de seguridad para el caso de que el presupuesto tenga lugar.

Estas dos partes se encuentran en toda norma penal que sea completa. Ocurre a veces, sin embargo, que no toda disposición legal (artículo de un determinado texto punitivo) contiene una norma penal completa. Unas veces, una disposición legal recoge el presupuesto y se encuentra en otra la sanción. Otras veces la disposición legal de carácter penal, contiene sólo la sanción y remite a una disposición de distinto rango para la determinación del presupuesto.

La norma penal contiene un juicio de valor sobre un determinado hecho, ya que al asociar a su ejecución una sanción se está formulando un juicio de disvalor sobre el mismo. En este sentido la norma penal es norma objetiva de valoración. Pero además la norma penal contiene un imperativo que, presiona sobre las tendencias antisociales del individuo, alterando la vida personal en el sentido de lo social.

a.1) Precepto.

El precepto como elemento de la norma, "es la orden que el legislador dirige al súbdito de derecho, es el imperativo, la orden resulta ser conceptualmente independiente de la sanción; el objeto sólo puede ser una acción humana".⁶

a.2) Sanción.

"La sanción se prevé para el incumplimiento del precepto o imperativo, que sería la consecuencia jurídica."⁷

El comportamiento delictivo no contraviene la ley penal, sino, la norma, es decir, la orden que el legislador dirige al súbdito del derecho y al contravenir lo establecido se le sanciona.

2.- Delito.

La tarea a la que se enfrenta la teoría general del delito es la de dar un concepto de él, que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como tal y ser sancionado, en consecuencia, con una pena.

⁶ BACIGALUPO, ENRIQUE. Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá Colombia. 1989. pag. 27.

⁷ idem. Pag. 27.

A) Concepto.

Desde el punto de vista jurídico "delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena".⁸

Por su parte Enrique Bacigalupo establece que el delito "entendido en el sentido más general de la expresión será la forma de comportamiento desviada que se considera grave dentro de un sistema social y que es calificado de tal por órganos legislativos con competencia para ello".⁹

Para Alexander Graf Zu Dohna, delito es "la transgresión culpable de la norma".¹⁰

El Código Penal vigente para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, establece el concepto de delito en el artículo 7 párrafo primero, que a la letra dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Los conceptos señalados anteriormente son de índole formal, dado que son conceptos abstractos en lo que se caracteriza en forma explícita los actos que pueden llegar a ser considerados como hechos ilícitos, mediante los

⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría General del Delito. Editorial Temis, Bogotá Colombia. 1990. pag. 2.

⁹ Op cit. Pag. 2.

¹⁰ GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Abeledo Perrot. Cuarta Edición. Buenos Aires Argentina. Pág. 11.

cuales el Estado le informa al sujeto cuando su conducta será considerada como delito.

B) Teorías del delito.

La teoría del delito se ocupa de estudiar las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito; "hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros, cada uno de los delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad".¹¹

La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la Ley, la teoría del delito se estructura como un método de análisis de distintos niveles; cada uno de estos niveles presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando si se dan las que condicionan esa aplicación.

"La teoría del delito se estructura, además, en un sistema de conceptos, es decir, que las relaciones entre unos y otros conceptos responden a unas ideas generales ordenadoras. La importancia del sistema de la teoría del delito, consiste en que éste permite inferir consecuencias lógicas que no

¹¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría General del Delito, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1990, Pág. 1.

estarían expresas en la ley y posibilita un tratamiento igual de cuestiones, y desigual de las desiguales".¹²

Para conocer la integración del delito hay que conocer a éste en su totalidad, para ello se debe partir de lo general a lo particular, determinado cuáles son sus elementos; así tenemos que:

La teoría totalizadora o unitaria, se refiere "al delito como un bloque monolítico, presentándose...como una unidad que no deja escindir (dividir) en elementos diversos, que no se deja, para usar una expresión vulgar rebanar, es decir, el delito es un todo orgánico; es una especie de bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es de algún modo fraccionable y su verdadera esencia, la realidad del delito, no está en cada uno de sus componentes del mismo o tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad: sólo mirando al delito bajo éste perfil, es posible comprender su verdadero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea"¹³.

De lo anterior se concluye atendiendo a esta teoría que el delito es un conjunto de elementos que no pueden dividirse para su estudio, ya que para comprender su naturaleza se debe estudiar en su totalidad, considerando que esos elementos van ligados de manera inescindible, no

¹² BACIGALUPO, ENRIQUE. Manual de Derecho Penal, op. cit. Pág. 66 y 67.

¹³ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. Décimo Sexta Edición, México 1984. Pág. 197

siendo factible su separación, pues de ser así se alteraría el contenido del ilícito.

La teoría analítica, afirma que "el concepto del delito es estratificado, es necesario insistir en que lo estratificado, lo que se realiza por etapas no es delito, sino su análisis: lo estratificado es el proceso analítico". (cita)¹⁴

"El delito no es un rompecabezas ni puede estudiarse como una pieza anatómica: La conducta es el todo del delito y los que suelen llamarse elementos del delito son características de la conducta requeridas por el Derecho para motejarla de delito. La unidad del concepto analítico o dogmático la garantiza, precisamente, la conducta. El análisis no destruye al delito, si lo realizamos teniendo en cuenta que se trata de una unidad cuya síntesis es la conducta. En este sentido el análisis no niega la unidad, sino que es el medio para realizarla". (cita)¹⁶

La concepción analítica estudia al delito desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolos en conexión íntima, al no existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito.

¹⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Teoría del Delito, Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina, 1973. pag. 67

¹⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Tratado del Derecho Penal, Parte General. Parte III, Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina, 1981. pag. 27.

Eugenio Raúl Zaffaroni, afirma que "la teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto".¹⁶

b.1) Teoría Causalista.

El causalismo no ha tenido una única base filosófica, sino que durante su evolución pueden distinguirse nítidamente dos principales momentos filosóficos, es decir, dos argumentos filosóficos distintos en qué apoyarse. En un principio, el concepto causalista de conducta fue apoyado en la base filosófica del positivismo mecanicista, heredado de las concepciones de la ilustración y, por ende, tributario de las concepciones físicas de Newton. Todo son causas y efectos, dentro de un gran mecanismo que es el universo, y, la conducta humana, como parte del mismo, también es una sucesión de causas y efectos, ésta es la base filosófica del sistema sostenido por Von Liszt y Ernest Von Beling.

El segundo momento filosófico tiene lugar cuando se desecha la filosofía positivista, y la ofrece el neo-kantismo de Baden, llamada estructura neo-clásica, que fue la que desarrolló Mezger.

Para el concepto positivista de la teoría causal de la acción, ésta es una "inervación muscular, es decir, un movimiento voluntario, pero en el que carece de importancia o se prescinde del fin a que esa voluntad se dirige,

¹⁶ ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal Parte General. Op. Cit. Pág. 334

concluyendo que acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse, que causaba un resultado; en la misma línea, la omisión era un no hacer caracterizado exteriormente por la distensión muscular e interiormente por la voluntad de distender los musculos".¹⁷

De lo anterior resulta una marcada división en donde el injusto era considerado objetivamente y la culpabilidad psicológicamente. El injusto se componía con la causación física de un resultado socialmente dañoso y la culpabilidad era la causación psíquica de ese mismo resultado, que podía asumir la forma de dolo, cuando se quería causar el resultado antijurídico, o de culpa cuando el mismo sobrevenia como consecuencia de imprudencia y negligencia.

Los elementos del delito que estatuye esta teoría, son los siguientes:

- a) Conducta.
- b) Tipicidad.
- c) Antijuridicidad.
- d) Imputabilidad.
- e) Culpabilidad (dolo y culpa).
- f) Condiciones objetivas de punibilidad.
- g) Punibilidad.

¹⁷ Ibidem. Pags. 369 y 370

b.3) Teoría Finalista.

"En la década de los años veinte se observa que la culpabilidad como juicio de reprochabilidad al autor no podía contener la relación psicológica, es decir, el contenido de la voluntad que desde los positivistas le había sido arrebatado al injusto. Se cayó en la cuenta de que resultaba incoherente juzgar un acto como contrario al derecho sin atender al contenido de la voluntad con que se realizaba. Fueron Hellmuth Von Weber y Alexander Graf Zu Dohna quienes incorporaron este contenido al tipo, dejando a la culpabilidad en reprochabilidad pura, e incorporando al dolo y la culpa al tipo, como estructuras típicas diferentes. La formulación de este esquema es redondeado por Hans Welzel quien establece que la voluntad no puede ser escindida de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin. Esta es la llamada teoría finalista de la acción, por oposición a la teoría causalista. Los elementos del delito considerados por esta corriente son:

- a) Conducta. Entendida como un hacer voluntario final.
- b) Tipificada. Como prohibición de conducta en forma dolosa o culposa.
- c) Antijuridicidad. Entendida como contradicción de la conducta prohibida con el orden jurídico.
- d) Culpabilidad. Entendida como reprochabilidad."¹⁸

¹⁸ ZAFFARONI. Po. cit. Pág. 330.

3.- Elementos del tipo penal previsto en el artículo 368 bis del Código Penal para el Distrito Federal, en términos del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El 13 de mayo de 1996 hubo reformas al Código Penal para el Distrito Federal, una de éstas fue la adición del artículo 368 bis en donde se crea un nuevo tipo penal con la finalidad de tutelar el bien jurídico del patrimonio, lo anterior atento a lo considerado por los legisladores en la exposición de motivos de la citada reforma, al establecer que: "En los últimos años se han incrementado de manera amplia y abierta la venta de un gran número de artículos cuyas circunstancias de origen o incluso su bajo precio con respecto al valor del mercado, hacen presumir su dudosa procedencia. Por ello, la presente iniciativa tiene entre otras finalidades, establecer un nuevo tipo penal por el que se sancione con una pena de tres a diez años de prisión y hasta mil días multa, a quien con ánimo de lucro, después de cometido el delito y sin haber participado en éste, posea, enajene, trafique de cualquier manera, adquiera, reciba u oculte, los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de esa circunstancia, siempre que el valor intrínseco de los objetos sea superior a las quinientas veces el salario mínimo...". Por lo anterior, se analizará en el presente apartado el tipo penal referido, de conformidad con los numerales 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, dado que tales preceptos prevén la regla general para la comprobación de los elementos de los tipos penales contemplados en la parte especial del Código Penal, dichos elementos pueden clasificarse

en genéricos y específicos; así tenemos que tales preceptos en forma similar establecen :

"El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

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

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

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

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

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad."

De lo anterior podemos considerar como elementos genéricos (por ser éstos los que se exigen para comprobar cualquier tipo penal) a los enumerados en las fracciones I, II y III del numeral citado, así tenemos que:

1.- **Acción u omisión.-** La acción se traduce en el hacer voluntario final para la consecución del hecho previamente establecido y planeado; la omisión es la no realización del deber impuesto por la ley en función de la protección de un bien jurídico.

2.- **La lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.-** Entendido éste como aquél interés u objeto que el legislador protege a través de la norma penal, ésta ha de sufrir una alteración o mutación (lesión) con motivo de la conducta desplegada por el sujeto activo, o por lo menos ha de correr un riesgo (puesta en peligro).

3.- **Forma de intervención de los sujetos activos.-** Entendida la intervención como el grado de participación que los sujetos activos desarrollan durante el acontecimiento ilícito que previamente se han propuesto; pudiendo ser en cualquiera de las hipótesis que señala el artículo 13 del Código Penal, que serán analizadas adelante.

4.- **La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.-** Se debe acreditar si el sujeto activo tuvo el conocimiento del ilícito que perpetró y la voluntad de que este se produjera (dolo), o bien si se produjo a

consecuencia de una violación a un deber de cuidado que las condiciones le imponían (culpa).

Por elementos específicos (considerados así dado que solo determinados tipos penales los exigen para su existencia), se encuentran enumerados en el párrafo segundo del numeral citado, a saber:

- a) calidades de los sujetos activo y pasivo;
- b) resultado y su atribubilidad a la acción u omisión;
- c) el objeto material;
- d) los medios utilizados;
- e) circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) elementos normativos;
- g) elementos subjetivos específicos; y
- h) las demás circunstancias que la ley prevea

A) Presupuestos del delito.

Se le da el nombre de presupuestos "a las circunstancias constitutivas antecedentes , es decir, toda circunstancia, antecedente indispensable para que el delito exista".¹⁹

¹⁹ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa S.A. 16a. Edición. México 1994. Pág. 208

Existen teorías acerca de los presupuestos, así tenemos que éstos se dividen en generales, especiales y los presupuestos de la conducta o hecho.

a) "Presupuestos generales del delito; de los cuales se entiende que al faltar uno de ellos, originan la ausencia del tipo o la inexistencia del delito, obteniéndose con ello que se de un aspecto negativo del delito, así tenemos que dichos presupuestos son:

- La norma penal (precepto y sanción);
- El sujeto activo y pasivo;
- La imputabilidad;
- El bien tutelado; y,
- Los instrumentos del delito²⁰.

b) "Presupuestos especiales del delito, siendo aquellos requisitos jurídicos, previos a la realización de la conducta o hecho descritos por el tipo y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo. Los elementos de dichos presupuestos son:

- Un requisito jurídico;
- Previo a la realización de la conducta o del hecho; y.
- Necesario para la existencia del título o denominación del delito que se trate".²¹

²⁰ Op. Cit. Pag. 208.

²¹ OP. Cit. Pag. 210

c) "Presupuestos de la conducta o del hecho; por éstos entendemos como aquellos requisitos jurídicos o materiales previos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho típico. La falta de uno de ellos trae como consecuencia la imposibilidad de la realización de lo descrito por el tipo. Dichos elementos son:

- Un requisito jurídico o material;
- Previo a la realización de la conducta;
- Necesario para que pueda realizarse la conducta o hecho descrito por el tipo.²²

Así tenemos que el presente caso, se necesita la existencia de los presupuestos de la conducta o hecho, que como ya se anotó anteriormente la falta de éstos, trae como resultado la no realización de la conducta o hecho descrito por el tipo penal del artículo 368 bis del Código Penal.

De lo anterior considero que el tipo penal que prevé el artículo 368 bis del Código Penal, resulta ser accesorio, ya que para que se pueda dar su realización, se necesita comprobar y acreditar el requisito jurídico o material de los presupuestos (entendido éste, como el de robo que se ejecuta previo a la realización del tipo que se analiza), en el que el sujeto no participó y tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de los objetos.

²² Op. Cit. Pag. 211

B) Conducta.

Señalado lo anterior, se procede a analizar la conducta, ya que esta es la base de cualquier teoría del delito; la conducta que nos interesa es la típica, esto es, la que está enlazada a una prohibición legal, ya que la conducta humana no es más que esta realización, o sea una parte del delito y del injusto.

"Conducta humana es la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de la dirección final de la voluntad."²³

"Concepto final de conducta, es un hacer voluntario, voluntad implica finalidad, conducta es un hacer final."²⁴

El derecho pretende regular la conducta humana, no pudiendo ser el delito otra cosa que una conducta; el Derecho en general y el Derecho Penal en particular se limita a agregar un disvalor jurídico a ciertas conductas, pero no cambia nada lo óntico de la conducta. Esto significa que el Derecho Penal no puede crear un concepto de conducta, sino que debe de respetar el concepto óntico-ontológico. No hay un concepto jurídico penal de conducta humana; el supuesto concepto jurídico penal debe coincidir con el óntico-ontológico. Al ser la conducta el punto de partida de toda reacción

²³ WELZEL, Op Cit. Pág. 51.

²⁴ ZAFFARONI, Op. cit. Pág. 376.

jurídico penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierte esa conducta humana en delito.

b.1) Acción y omisión.

Acción.

Acción consiste en "la actividad o el hacer voluntario, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un tipo de prohibición."²⁵ Por su parte Muñoz Conde establece, que "acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin, de ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin."²⁶

De acuerdo a Hans Welzel, la dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas; "la primera transcurre totalmente en la esfera del pensamiento, empieza con la anticipación (el proponerse) del fin, que el autor quiere realizar, de ésta sigue la selección de medios de la acción para la consecución del fin, ésto es que el autor determina sobre la base de su

²⁵ PORTE PETIT. Op Cit. Pág. 235.

²⁶ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría general del Delito, op. cit. Pág. 11.

saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son requeridos para el logro del mismo, incluso aquél movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal (medios de acción). Este proceso mental se llama, por eso, de "retroceso", puesto que consta y desde él se escogen los factores causales requeridos como medios de acción, los factores causales elegidos como medios siempre van unidos con otros efectos además del fin perseguido. El fin es siempre sólo un sector de los efectos de los factores causales puestos en movimiento. Por ello, también pertenece a la selección de los medios. La consideración de los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin, este proceso se lleva a cabo hacia adelante, a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos que trae o puede traer como consecuencia. De acuerdo con la anticipación mental del fin, la elección de los medios y el cómputo en el cálculo de los efectos concomitantes, el actor efectúa su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de acción (factores causales) escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo total a realizar. La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento. En la medida en que no se logra la sobredeterminación final en el mundo real (cuando el resultado no se produce por cualquier razón), la acción final correspondiente es sólo intentada.²⁷

²⁷ WELZEL, Op. Cit. Págs. 40 a 42.

Omisión.

El poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella. "Junto a la acción aparece la omisión como una segunda forma independiente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la voluntad dirigida por el fin. Existen normas jurídicas que ordenan efectuar acciones para la producción de resultados socialmente deseados o para evitar aquellos socialmente indeseados. Estas formas se lesionan mediante la omisión de la conducta mandada. La lesión de estas normas de mandato, que se produce por la omisión de la acción mandada, está en cierta medida sujeta a pena: en los llamados delitos de omisión."²⁸

El delito omisivo es, pues, siempre estructuralmente un delito que consiste en la infracción de un deber. Pero no de un deber social o moral, sino de un deber impuesto por la ley, en función de la protección de un bien jurídico. El delito omisivo aparece de una triple forma: 1) Como delito de omisión pura o propia, caso en que se castiga la simple infracción de un deber de actuar, equivale a los delitos de pura actividad; 2) Como delito de omisión y resultado, en los que la omisión se vincula a un determinado resultado, con el que conecta normalmente; 3) Como delito impropio de omisión, o de comisión por omisión, en los que, ésta se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concreto, no se menciona

²⁸ **WEIZEL**, Op. Cit. Pág. 237.

expresamente la forma de comisión omisiva, constituyendo pues, un problema de interpretación, al dilucidar cuando la forma omisiva puede ser equiparada a la activa, que sí se menciona expresamente en la ley.²⁹

El artículo 368 bis establece cinco hipótesis de conducta mediante las cuales se puede concretar el ilícito en cuestión, siendo éstas: poseer, enajenar, traficar, adquirir o recibir por lo que se verá cual es el significado de cada una de estas formas en que se incide en la conducta a fin de determinar bajo que forma de conducta (de acción o de omisión) puede constatar el ilícito en estudio, así tenemos:

a) Poseer.- Gramaticalmente significa "tener en propiedad, disponer de algo, contar con ello."³⁰

Jurídicamente observamos que el término posesión significa: "el poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial o para su custodia, como consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal, o de una situación contraria a derecho."³¹

²⁹ MUÑOZ CONDE, Op. Cit. Págs. 30 y 31.

³⁰ DICCIONARIO SANTILLANA DEL ESPAÑOL. Editorial Santillana S. A., México 1993, Pág. 556.

³¹ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Editorial Porrúa S. A., Tomo VII, México 1985, Pág. 155.

Por otra parte el Código Civil para el Distrito Federal en el título tercero, que se refiere a la posesión, preve en los numerales 790 y 794, respectivamente que:

Artículo 790.-"Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho...posee un derecho el que goza de él."

Artículo 794.-"Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación."

b)Enajenar.- Por enajenar se entiende "vender o traspasar por otro medio la propiedad de una cosa o algún derecho sobre ella, pasar a otro el dominio de una cosa."³²

Jurídicamente tenemos que la palabra enajenación significa; "la transmisión de dominio sobre una cosa o derecho que nos pertenece a otros u otros sujetos. La palabra podría tener un significado más genérico comprendiéndose todo acto u actos por el que transmitimos una cosa o derecho a otra u otras personas."³³

c) Adquirir.- Significa, llegar a tener o conseguir algo, comprar o ganar.³⁴
El código de comercio en su artículo 75 establece que:

³² DICCIONARIO SANTILLANA DEL ESPAÑOL. op. cit. Pág. 247.

³³ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, OP. CIT. Tomo IV. Pág. 58.

³⁴ DICCIONARIO SANTILLANA DEL ESPAÑOL. OP. CIT. Pág. 13.

Artículo 75.- La ley reputa actos de comercio:

I.- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres con el propósito de especulación comercial, de mantenimiento, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajadas, labradas...".

Como podemos observar las hipótesis de enajenar y adquirir son consideradas actos de comercio, con las que se transmite e incorpora algunas cosas al patrimonio de otra

Juridicamente tenemos que la adquisición se entiende en términos generales como "la incorporación de una cosa o de un derecho a la esfera patrimonial de una persona."³⁵

d)Traficar.- Comerciar o negociar con algo, particularmente en forma irregular o con mercancías ilegales.

Juridicamente no se encontró un significado de la palabra tráfico, sin embargo la Suprema Corte de Justicia de la Nación a sustentado que por tráfico debe de entenderse: (aún cuando se refiere a los delitos denominados contra la salud, que puede aplicarse en ese concepto de manera análoga al delito que se analiza);

TRAFICO Y COMERCIO DE ENERVANTES.- Una viciosa práctica subsume en la modalidad de "tráfico" cualquier operación de carácter mercantil (en su rigurosa acepción técnica) y recaiga sobre enervantes,

³⁵ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. op. cit. Tomo I. Pág. 105.

semejante práctica inveterada obedece a que se equipara la palabra "tráfico" entendida como traslado o desplazamiento, con la acepción utilizada para significar actos de comercio. La ley la utiliza con en dos sentidos distintos, a saber: Como desplazamiento en su fracción I y II en el artículo 194 y en la que significa actos de comercio en el párrafo último de la fracción IV de la propia disposición; en éstas últimas se refiere a quienes en cualquier forma comercian, en cambio en las dos primeras comprende únicamente a quienes sin intervenir en que mercantilmente es el acto de comercio intervienen en el acto de desplazamiento de la droga. Es así como deben entenderse los términos de la ley, de hacerlo en forma distinta se dejaría sin contenido la expresión "venta" o la acción de comprar con fines de lucro y no de consumo: las leyes deben interpretarse en forma sistemática y no únicamente letrística, pues de hacerlo únicamente valiéndose del medio literal, se llegaría a interpretaciones aberrantes.. (Tesis de Jurisprudencia 1228, Informe 1968. Primera Sala. Página 54).

DROGAS ENERVANTES, TRAFICO DE.- El término tráfico que usa la ley, en los delitos contra la salud, debe entenderse en el sentido gramatical de negociar o comerciar, es decir, de vender, sin que para ello sea preciso que la actividad sea habitual, como le de un comerciante establecido o no, pero que de manera constante se dedica a una actividad lucrativa. Para distinguirlo de enajenación, que puede ser gratuita, la ley usa la palabra tráfico y debe entenderse en el sentido de venta, ya sea ocasional o reiterada. De admitirse que tráfico es una actividad habitual, no puede sancionarse la venta realizada una sola vez y ello purgaría con el objeto del

delito. (Semnario Judicial de la Federacin. Primera Sala. CXXIX, Segunda parte. Pgina 19).

e)Recibir.- Significa "el tomar uno lo que le dan o envlan."³⁶

De las anteriores definiciones observamos que las conductas descritas en el artculo 368 bis del Cdigo Penal, se concretan nicamente, a travs, de una conducta derivada de una accin. Estas hiptesis residen en el aprovechamiento de los efectos de la comisin del delito de robo, que atenta contra el patrimonio de las personas y respecto a la licitud de esos objetos que son materia de comercializacin, es por ello que nos estamos refiriendo a dichas hiptesis con el caracter de receptivas, en virtud de que los elementos constitutivos de estas son: el conocimiento de que se cometió un ilícito (robo) y que el agente aproveche los efectos de ese delito patrimonial; es ese provecho o ventaja el que cobra relevancia jurdica, pues en el reside la esencia delictual de la receptacin, al servirse el sujeto activo de esos efectos. "Toda vez que el hombre no actúa de modo ciego, sino que prevé o puede prever el fin de su actuar y de acuerdo con ello dirigir el proceso causal desencadenado por su conducta hacia determinadas metas, la finalidad constituye la espina dorsal de la accin humana".³⁷ No pudiendo realizarse estas de forma omisiva, ya que forzosamente el ser humano debe de poner en marcha fisicamente la realizacin de las hiptesis estudiadas anteriormente.

³⁶ DICCIONARIO SANTILLANA DEL ESPAÑOL. op. cit. Pág. 635.

³⁷ SAINZ CANTERO, Op. cit. Pág. 492.

b.2) Imputación objetiva y resultado.

En los delitos materiales pertenece también a la acción el resultado. Por "resultado entendemos el efecto natural de la conducta humana que supone una alteración del mundo externo. Dicho concepto hay que restringirlo para entender el efecto natural de la conducta humana que supone una alteración del mundo externo y que el ordenamiento punitivo toma en consideración en la descripción típica".³⁸

"En los delitos de resultado debe de existir además una relación de causalidad entre la conducta corporal y el resultado en virtud de la cual puede afirmarse que la primera ha sido la causa del resultado producido, esto se entiende como la relación que permite, ya en el ámbito objetivo la imputación del resultado entre acción y resultado, o si se prefiere, la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado es, por lo tanto, el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado por el resultado producido".³⁹

En los delitos formales, tenemos que su existencia depende del concepto que se tenga de resultado, "los delitos de simple o pura conducta, formales o de resultado inmaterial, son aquellos que se consuman con la realización de la conducta".⁴⁰

³⁸ Ibidem. Pág. 497

³⁹ NUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría General del Delito, op cit Pág. 22.

⁴⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP, Op. cit Pág. 309

El artículo 368 bis del Código Penal, es un tipo penal de resultado formal o delito de pura actividad, ya que sólo requiere la comprobación de la realización típica, sólo necesita verificarse que el autor ha infringido la norma establecida en la ley, siendo en el presente caso lo dispuesto en el artículo anteriormente citado, no exigiendo dicho tipo la realización de un resultado material para que se pueda dar la imputación objetiva.

C) Tipicidad.

C.1) Tipo y tipicidad.

Tipo.

"Tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)".⁴¹

Resulta que tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida del contenido o de la materia de la norma. Es una figura puramente conceptual. En el caso a estudio tenemos que el artículo 368 bis del Código Penal, establece el siguiente tipo penal: "...al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea, enajene o trafique de cualquier

⁴¹ ZAFFARONI, Op. cit. Pág. 371.

manera, adquiera o reciba, los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de éstos sea superior a quinientas veces el salario."

El tipo penal, es el supuesto del hecho típico del delito; que una acción es típica o adecuada a un tipo penal quiere decir que esa acción es la acción prohibida por la norma. La teoría del tipo penal es, consecuentemente, un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido. "La acción ejecutada por el autor es la acción prohibida por la norma cuando se subsume bajo un tipo penal; es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma".⁴²

Tipicidad.

La afirmación de que un hecho constituye la violación del orden jurídico requiere, la comprobación de que el hecho importa, en primer término, la infracción de una norma y, en segundo lugar, la verificación de que esta infracción no está autorizada. "La comprobación de que el comportamiento infringe una norma es la materia propia de la tipicidad, es decir, de la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta del hecho que es presupuesto de la pena contenida en la ley".⁴³ De lo anterior se concluye que la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho hace la ley penal.

⁴² BACIGALUPO, Op. cit. Pág. 80.

⁴³ Ibidem. Pág. 79.

c.2) Elementos del tipo.

El tipo penal esta compuesto de elementos que señalan las características típica o los medios de comisión del hecho, éstos pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o subjetiva, los que se analizarán a continuación:

c.2.1) Elementos objetivos.

Los elementos objetivos son aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica (el autor, la acción, las formas y medios de acción, el resultado, el objeto material, etc). Son aquellos por consiguiente que pueden ser susceptibles de ser apreciados por los sentidos.

c.2.1.1) Calidades de los sujetos activo y pasivo.

El sujeto activo (ofensor o agente) del delito es quien lo comete o participa en su ejecución. Sólo la persona humana es posible sujeto activo de la infracción, pues sólo ella puede actuar con voluntad y ser imputable, observamos que nos estamos refiriendo a la persona humana (física).

En lo dispuesto por el artículo 368 bis del Código Penal, tenemos que no requiere una calidad específica en el sujeto activo, ya que puede ser cualquier persona la que ejecute la conducta descrita en el tipo penal; concluyendo que autor (sujeto activo) no es caracterizado objetivamente; autor es todo aquel que ejecuta la acción, el anónimo "el que" de la acción.

Por lo que respecta al sujeto pasivo, ofendido o paciente, se entiende la persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito.

Cuando se concrete el tipo en cuestión mediante las hipótesis de poseer, recibir y adquirir, el sujeto pasivo será la persona que sufre una disminución o detrimento de su patrimonio, siendo en esta situación sujeto pasivo cualquier persona.

c.2.1.2) Forma de intervención de los sujetos activos.

La intervención de los sujetos activos se rige por lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal, mismo que establece:

Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- Los que lo realicen por sí;

- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
- VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada uno produjo.

En el caso a estudio (artículo 368 bis del Código Penal) los sujetos activos pueden llegar a tener el carácter de autor, coautor o partícipe, como se podrá apreciar a continuación:

La fracción I, establece que son responsables del delito, el sujeto que aporta una actividad intelectual, hecho que se considera acreditado, sólo si el ilícito se llega a materializar, esto es que llegue a la consumación el hecho ilícito; la fracción II, alude al sujeto que lleva a cabo la realización del delito en forma directa; la fracción III, se refiere al grupo de sujetos que conjuntamente realizan los actos encaminados a colmar el tipo penal; la fracción IV, establece la responsabilidad del sujeto cuando se sirve de otra persona para llevar a cabo el ilícito; la fracción V, establece la intervención del sujeto cuando surgir la idea de llevar a cabo la consumación del delito en otra persona; la fracción VI, hace referencia a los actos de ayuda o auxilio, cuya aportación lleva a la culminación del tipo penal, estableciendo

que estos actos pueden ser antes o concordar con el evento típico; la fracción VII, se refiere al auxilio que se da al sujeto activo una vez que llegó a la consumación el evento típico, mediante la promesa anterior a la ejecución del ilícito.

Es indudable que el activo del delito al llevar a cabo la conducta típica, descrita en el artículo 368 bis del Código Penal, mediante cualquiera de las fracciones del artículo 13 del Código Sustantivo, excepto la descrita en la fracción VIII. En base al grado de participación del activo, se aplicará la pena establecida en el tipo penal.

c.2.1.3) Objeto material del delito.

El objeto material, es en el que recae la acción, es aquella cosa o persona en el mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica. Lo son cualquiera de los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas.⁴⁴

Considero que el tipo que previene el artículo 368 bis del Código Penal, el objeto material son precisamente los objetos, instrumentos o productos del robo (los que de acuerdo a la definición de robo, prevista 367 del Ordenamiento Sustantivo, han de ser cosas ajenas muebles, cuyo valor deberá de ser superior a 500 veces el salario mínimo vigente en el lugar de los hechos), sobre los cuales recae la conducta de poseer, enajenar, traficar, adquirir o recibir.

⁴⁴ CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa S.A., Décimo Séptima Edición, México 1991, Pág. 271.

c.2.1.4) Bien jurídico tutelado.

El bien jurídico es el bien o interés de la acción incriminable; éste es un bien vital de la comunidad o del individuo que por su significación social es protegido jurídicamente; luego entonces bien jurídico es todo estado social deseable y que el derecho quiere resguardar de lesiones. "Debiendo entenderse como el objeto psicofísico o espiritual ideal, como el objeto jurídico subjetivo, que son los valores ético-sociales que protege el estado; ahora bien el objeto real o bien jurídico objetivo es el bien mueble o inmueble que protege el Estado mediante la norma".⁴⁵

El objeto jurídico en el tipo penal en análisis lo constituye el patrimonio, esto, en virtud de que si bien es cierto que en tratándose de delitos patrimoniales (ROBO), se considera afectado el bien jurídico en el momento mismo en que el pasivo ha sido desapoderado de sus bienes, dándose en consecuencia un resultado material instantáneo, cierto es también que en el tipo en estudio, se observa que el delito de robo que como anteriormente se apuntó, ha de ser el presupuesto necesario para la existencia de aquél, considerando que la acción típica de apoderarse de bienes ajenos muebles sin derecho y sin consentimiento de la persona facultada para ello, tiene un elemento subjetivo consistente en el ánimo de lucro (entendiendo por éste cualquier beneficio material apreciable económicamente), por lo que si consideramos que el sujeto activo ha de poseer, adquirir, recibir, traficar o enajenar, los productos, instrumentos u objetos del robo, ha de ser con la

⁴⁵ WELZEL. Op. cit. Pág. 5.

consiguiente finalidad de obtener un beneficio económico, sea ya por la venta de la cosa o bien por el simple uso o disfrute de ella, siempre que de ésto le resulte un beneficio para sí o un tercero, con la consiguiente disminución o afectación patrimonial del sujeto pasivo que previamente ha sido despojado de sus bienes, por lo que considero que el delito de robo viene a perfeccionarse (en cuanto al elemento subjetivo ánimo de lucro), hasta el momento mismo en que se enajena, se trafica o bien se adquiere, recibe o posee los productos del delito de robo con la finalidad apuntada.

Por "aprovechamiento" comprendemos en el concepto no solo el elemento objetivo de la obtención de un beneficio de cualquier índole, sino también el subjetivo, de que el acto receptador se realice con el ánimo de lucro implícito en todo provecho. Ese aprovechamiento ha de ser propio, ésto es, ha de originar un beneficio directo o indirecto en favor del sujeto que realiza el acto, si bien no es preciso que sea exclusivo, o sea, en único beneficio del receptador, sino que puede ser conjunto con los responsables del delito principal o con terceros. Habrá de recaer sobre los efectos de un delito; delito que, en principio, puede ser de cualquier naturaleza, pues es posible obtener ventajas, incluso económicas, de delitos de muy diversos tipos; aunque concretamente ese delito tendrá que pertenecer al grupo de los delitos contra la propiedad. El delito receptado ha de ser ajeno, ésto es, cometido por terceras personas y sin intervención principal o accesoria por parte del receptador en su ejecución. Por último, la existencia de efectos aprovechables por el receptador implica preexistencia del delito de que traen

origen, que habrá de estar consumado en el momento en que el sujeto receptor interviene para aprovecharse de sus efectos".⁴⁶

Es por lo anterior que sostengo que el bien jurídico que se afecta es del patrimonio, ya que este, se continua lesionando y se perfecciona posteriormente al delito preexistente ya realizado.

c.2.1.5) Circunstancias de comisión del delito (lugar, tiempo y ocasión).

Hay tipos que individualizan acciones que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial, en tanto que hay otros que son específicamente circunstanciados. En tal sentido, puede haber requerimientos de circunstancias de comisión o de ejecución del delito, se habla entonces de las modalidades que requiere un determinado tipo penal para su integración, siendo éstos principalmente las referencias de tiempo, lugar y medios de comisión, de manera que la falta de alguno de estos elementos del tipo, trae como consecuencia la ausencia de la tipicidad, cuando la punibilidad de la conducta o hecho queda condicionada a la existencia de tales elementos.

a) Circunstancias de lugar.- Es la condición de lugar, señalada en el tipo, en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

⁴⁶ CONDE PUMPIDO FERREIRO, CANDIDO, Encubrimiento y Receptación. Editorial Bosch. Reimpresión. Barcelona España: 1995. Pag. 16.

b) Circunstancias de tiempo.- Es la condición de tiempo o lapso, descrita en el tipo, dentro de la cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

c) Circunstancias de ocasión.- Es la situación especial, requerida en el tipo, generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.

d) Medios.- Son el instrumento o la actividad distinta de la acción, exigidos en el tipo, empleados para realizar la conducta o producir el resultado.

En la especie tenemos que el tipo previsto por el artículo 368 bis del código penal, requiere para su integración circunstancias de comisión relativas únicamente al tiempo, dado que exige que la adquisición, recepción, posesión, enajenación o comercialización tengan lugar después de la ejecución del delito de robo.

c.2.2) Elementos subjetivos.

El tipo penal no está compuesto solo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa. La acción u omisión humana subsumibles en el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad. "De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos concomitantes, selección de medios, etc), por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente

objetiva (el llamado tipo objetivo) como subjetivo (el llamado tipo subjetivo). En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica (el autor, la acción, las formas y medios de la acción, el resultado, el objeto material, etc). En la segunda el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, efectos concomitantes y selección de medios)".⁴⁷

c.2.2.1) Dolo.

Por dolo se entiende la voluntad de realizar el tipo objetivo, guiado por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto.

"El reconocimiento de que el dolo es una voluntad individualizadora en el tipo, nos obliga a reconocer en su estructura los dos aspectos en que consiste: el del conocimiento presupuesto al querer y el querer mismo (que no puede existir sin el conocimiento). Esto da lugar a los dos aspectos que comprende el dolo: a)El aspecto de conocimiento o aspecto cognoscitivo del dolo; y b)El aspecto del querer o aspecto conativo del dolo".⁴⁸

"El aspecto cognoscitivo del dolo abarca el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo, el sujeto de la acción debe de saber que es lo que hace y los elementos que caracterizan su acción como típica, el aspecto conativo del dolo se caracteriza, ya que para actuar dolosamente no basta el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario,

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Op. cit. Pág. 53.

⁴⁸ ZAFFARONI. Op. cit. Pág. 405.

además, querer realizarlo, ésto supone la voluntad incondicionada de realizar algo (típico)".⁴⁹

El dolo a su vez se clasifica en dolo directo y en dolo eventual; "se llama dolo directo a aquél en que el autor quiere directamente la producción del resultado típico, sea con el fin directamente propuesto o sea como uno de los medios para obtener ese fin. El dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y aunque no quiere producirlo sigue actuando, admitiendo la eventual producción, actúa admitiendo la posibilidad de que sobrevenga".⁵⁰

Atendiendo a la definición de dolo que nos proporciona el Código Penal en el numeral 9 párrafo primero se advierte que: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley..."

c.2.2.2) Culpa.

Existe culpa cuando no se tiene el cuidado posible y adecuado para no producir, o en su caso, evitar la lesión típica, previsible y prevenible, se haya o no considerado.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría General del Delito. op. cit. Pág. 55 a 57.

⁵⁰ ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Manual de Derecho Penal, Parte General, op. cit. Pág. 419.

El artículo 9 del Código Penal, en su párrafo segundo, refiere lo que se debe de entender por culpa:

“Art. 9.- “...Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible, o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

“La culpa es la imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, que viola un deber de cuidado. La imprudencia es un exceso en su actuar y la negligencia es una falla en el actuar, lo cierto es que en uno y en otro caso hay un deber de cuidado violado”.⁵¹

El tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad, sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado. El tipo culposo prohíbe una conducta que es tan final como cualquier otra, cabe precisar que dada su forma de deslindar la conducta prohibida, el más importante elemento que debemos tener en cuenta en esta forma de tipicidad es la violación de un deber de cuidado.

De lo expuesto se advierte que la culpa se integra con los siguientes elementos: la acción u omisión voluntarias; la infracción de un deber de cuidado o precaución que es exigible al sujeto activo; la producción de un

⁵¹ *Ibidem*. Pág. 428.

resultado típico y antijurídico como consecuencia de la conducta desplegada por el activo y; la previsibilidad y la evitabilidad del resultado.

No hay un deber de cuidado general, sino que cada conducta le corresponde un deber de cuidado, toda vez que, en los delitos culposos, la acción no está determinada con precisión en la ley, motivo por el cual son tipos abiertos.

La culpa a su vez se clasifica en: a) Culpa con representación o culpa consciente, que es aquella en que el sujeto activo se ha representado la posibilidad de la producción del delito, y aunque lo ha rechazado en la confianza de que llegado el momento, lo evitará o no acontecerá. Aquí hay un conocimiento efectivo del peligro que corren los bienes jurídicos, que no debe confundirse con la aceptación de la posibilidad de producción del resultado; concluyendo que en este tipo de culpa lo único que se conoce es el peligro. b) En la culpa sin representación o inconsciente no hay un conocimiento efectivo del peligro con la conducta se introduce a los bienes materiales, porque se trata del supuesto en que el sujeto ha podido y debido representarse la producción del resultado y, sin embargo, no lo ha hecho; en ese caso sólo hay un conocimiento potencial del peligro de los bienes jurídicos ajenos.⁵²

El tipo penal que se estudia sólo puede ser cometido en forma dolosa (con dolo directo), pues el sujeto activo debe tener conocimiento (aspecto

⁵² Ibidem. Pág. 436.

cognoscitivo) de los elementos requeridos por el tipo objetivo (debe saber que los objetos o productos son procedentes del delito de robo, en el que no participó, y, aún con ello las posee, enajena, trafica, adquiere o recibe). Por lo que se trata de un delito eminentemente doloso.

Sin que sea posible establecer que tal ilícito pueda cometerse en forma culposa, dada la naturaleza misma del delito, pues en el caso de que el sujeto activo desconociera la procedencia ilícita de los objetos o instrumentos que adquiere, recibe, enajena, trafica o posea, por no haber tomado las precauciones necesarias a fin de verificar la legal procedencia de esos bienes, tal situación daría lugar a la ausencia del elemento subjetivo dolo, lo que devendría necesariamente en una atipicidad.

c.2.2.3) Elemento subjetivo distinto al dolo.

Cuando estudiamos al dolo se observó que hay tipos que en su aspecto subjetivo se agota el dolo, y otros que tienen elementos o requerimientos subjetivos que exceden del dolo. Si el dolo es el querer del resultado típico (la voluntad realizadora del tipo objetivo), serán estos elementos subjetivos los que se requieran en los tipos y que difieran del mero querer la realización del tipo objetivo.

Estos requerimientos pueden ser de dos distintas naturalezas: unos son ultraintencionales, particulares direcciones de la dirección de la voluntad

que van más allá del mero querer la realización del tipo objetivo; otros son particularmente disposiciones internas del sujeto activo.

El elemento subjetivo distinto al dolo se divide en dos clases diferentes de elementos subjetivos a los que ya se hizo mención, en que unos se caracterizan por ser portadores de una intención que va más allá de la finalidad de obtener un resultado típico, y en que otros se caracterizan por una particular disposición del ánimo del autor; hay tipos que contienen elementos subjetivos distintos al dolo que pueden considerarse de tendencia interna sobrante o trascendente y otros de tendencia interna peculiar.

Los tipos con tendencia interna trascendente son aquellos que requieren que la conducta se dirija a la obtención de un objetivo que se halla más allá del puro resultado o producción de la objetividad típica".

"Los tipos de tendencia interna peculiar son los que se configuran con el requerimiento de una tendencia interna del sujeto que no se exterioriza en forma completa, es decir, los que se ha llamado momentos especiales del ánimo".⁵³

El presente tipo penal si requiere de elementos subjetivos distintos al dolo, ya que el sujeto activo además de conocer y querer la realización del hecho descrito en la ley, lleva a cabo la conducta que ha de producirlo (enajenar,

⁵³ ZAFFARONI, Op. cit. Págs. 421 a 426.

traficar, poseer, adquirir o recibir los objetos) con un ánimo de lucro, es decir obtener un beneficio económico para sí o para un tercero.

Existe una clasificación del tipo penal, existiendo diversos criterios o puntos de vista en relación a tal clasificación, por lo que de manera sintetizada tenemos que los tipos penales se pueden clasificar en:

1.- Tipos simples, fundamentales o básicos, es aquel en el que cualquier lesión del bien jurídico tutelado basta para integrar el delito.

2.- Tipo especial (privilegiado o cualificado), el especial privilegiado es el que se forma autónomamente agregando al tipo fundamental otro requisito que implica la atenuación de la pena. El especial cualificado se forma autónomamente agregando al tipo básico, otro requisito que implica que aumente la pena.

3.- Tipos independientes o autónomos, se entiende como el que agota la descripción individualizadora de la conducta en sí mismo.

4.- Tipo complementado, circunstanciado o subordinado, es aquél que necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndole una circunstancia, pero sin que se origine un nuevo delito.

5.- Tipo presuncionalmente complementado, circunstanciado o subordinado cualificado, es en el que al tipo fundamental o básico, se le adicionan circunstancias que agravan la pena.

6.- Tipo de formulación libre, es aquél que no señala el medio para producir el resultado contenido en el tipo.

7.- Tipo de formulación casuística, es aquél que señala casuísticamente el medio productor del resultado típico.

8.- Tipo alternativamente formado, es suficiente una sola conducta o un hecho para que exista el delito, pero el tipo puede contener más de una conducta o un hecho.

9.- Tipos acumulativamente formados, se da cuando las conductas o hechos que contiene, están previstos en forma acumulativa.

10.- Tipos de resultado cortado o mutilado o de resultado o de consumación anticipada, se consideran realizados en cualquier momento del iter criminis anterior a la propia consumación: resolución manifestada, actos preparatorios, o bien, ejecutivos (tentativa).

11.- Tipos de ofensa simple y de ofensa compleja, los primeros son en los que se lesiona un sólo bien jurídico. Los segundos, son en los que se lesionan varios bienes jurídicos.

D) Antijuridicidad.

La antijuridicidad es, el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos.

La forma en que se comprueba la presencia de la antijuridicidad consiste en la constatación de que la conducta típica (antinormativa) no está permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) en ninguna parte del orden jurídico.

“La realización del hecho típico, genera la existencia de la antijuridicidad; pero ésta puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber jurídico y ejercicio de un derecho) excluyentes de la antijuridicidad”.⁵⁴

E) Culpabilidad.

La culpabilidad es la reprochabilidad del injusto al autor. Se le reprocha el injusto por que no se motivó en la norma, ya que le era exigible que se motivase con ella. un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica, es culpable cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase con ella. Al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna contraria a derecho.

⁵⁴ ZAFFARONI. Op. cit. Págs. 479 a 480.

Considerando como elementos de la culpabilidad:

1.- "Capacidad de culpabilidad e imputabilidad; dentro de la cual se incluyen aquellos supuestos a que se refieren a la situación psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse conforme al ordenamiento jurídico (edad, enfermedad mental, etc). La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo de injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades físicas y psíquicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser considerado responsable penalmente de su actuar, por más que éste sea típico y antijurídico. El concepto de imputabilidad o capacidad de culpabilidad es, pues, un matiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que en consecuencia, éste pueda responder por aquellos".⁵⁵

Se puede afirmar entonces que para que un sujeto sea culpable, debe reunir una serie de requisitos mínimos (condiciones físicas y psíquicas), de los cuales se desprenda que dicho sujeto tenga la capacidad de comprender el significado de la conducta típica y antijurídica por él realizada, por lo tanto, la imputabilidad (es decir la atribución de un hecho antijurídico a su autor), es

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Op. cit. 139.

presupuesto de la culpabilidad en función de que el sujeto reúne las condiciones mínimas, físicas y psíquicas para poder sancionarlo.

La imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues, el juicio de reproche supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad.

2.- "Conocimiento de la antijuridicidad, la norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocerla, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuirsele a título de culpabilidad. Quien realiza dolosamente el tipo penal actúa, por regla general, con conocimiento de la ilicitud de su hacer. De ahí que en la práctica, el conocimiento de la antijuridicidad, no plantee demasiados problemas y se parta de su existencia en el autor de un hecho típico, no justificado, que sea imputable. La función motivadora de la norma penal sólo puede ejercer su eficacia a nivel individual, si el individuo en cuestión, autor de un hecho prohibido por la ley penal (por tanto típico y antijurídico), tenía conciencia de la prohibición, pues, de lo contrario, éste no tendrá motivos para abstenerse de hacer lo que hizo. Este conocimiento de la antijuridicidad no es necesario, sin embargo, que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o a la penalidad concreta del hecho, basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y que es contrario a las

normas más elementales que rigen la convivencia. Es suficiente con que, de acuerdo con su formación, nivel cultural, etc, se represente de la ilicitud como posible y, a saber de ello actúe. Si el sujeto desconoce la antijuridicidad de su hacer, actúa entonces con error de prohibición".⁵⁶

3.- Exigibilidad de una conducta diversa a la desarrollada, esta exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es en última instancia, un problema individual: es el autor concreto, que tiene que comportarse de un modo o de otro. Cuando la obediencia de las normas pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad, faltará ese elemento y con él, la culpabilidad. La exigibilidad de un comportamiento distinto al ejecutado, queda comprendido, como uno de los elementos integrantes de la culpabilidad, en el cual dicha exigibilidad se rige por el ordenamiento de la norma, hacia el autor, de acuerdo a la cual éste debe comportarse de un modo u otro en un caso concreto de acuerdo a lo establecido en dicha norma; sin embargo, cuando la obediencia de la norma, pone al sujeto fuera de los límites de la exigencia, faltará ese elemento y con ello la culpabilidad.

F) Aspecto negativo del delito.

1.- Ausencia de conducta. El aspecto negativo de la conducta es precisamente la ausencia de ésta; la cual al ser un elemento integrante del delito, y, el hecho de que falte ésta, es consecuencia inminente la no integración del delito; se consideran causas impositivas de la integración del

⁵⁶ *Ibidem*. Págs. 159 y 160.

delito por ausencia de conducta a: La vis absoluta o fuerza física exterior irresistible, considerada como la aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir la manifestación de la voluntad. La fuerza mayor o vis mayor, se presenta en forma de actividad o inactividad involuntaria por actuación sobre el cuerpo del sujeto de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible originada en la naturaleza o de seres irracionales.

Por lo tanto se diferencia de la vis absoluta en que ésta la fuerza impulsora proviene necesariamente del hombre, mientras aquella encuentra su origen en una energía distinta, ya sea natural o subhumana. Para algunos autores, son verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo.

2.- Atipicidad. Esta se da cuando no existe el encuadramiento perfecto de un actuar a lo previsto legalmente en la norma en forma abstracta, por faltar alguno de los elementos constitutivos del tipo penal. Las causas de atipicidad pueden sintetizarse en: ausencia de calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos, la falta del objeto material o el objeto jurídico, cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas por el tipo, al no realizarse el hecho por los medios comisivos especificados y si faltan los elementos subjetivos del injusto exigidos.

3.- Ausencia de antijuridicidad. (causas de licitud). El ordenamiento jurídico no sólo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan realizar un hecho, en principio prohibido. En estos casos, el indicio de la antijuridicidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación que convierte el hecho en si típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico. Dichas causas de justificación son: la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia debida, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho. el caso fortuito y el consentimiento del pasivo.

4.- Ausencia de culpabilidad. Tomando en consideración los elementos de la culpabilidad ya apuntados, podemos clasificar el aspecto negativo de la culpabilidad de la siguiente forma: respecto al elemento imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el aspecto negativo es, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, minoría de edad, sordomudez; respecto al elemento conocimiento de la antijuridicidad, el aspecto negativo puede ser, error de prohibición ya sea directo o indirecto; respecto al elemento exigibilidad de un comportamiento distinto al realizado, el elemento negativo puede ser, no exigibilidad de otra conducta, estado de necesidad disculpante, miedo insuperable, encubrimiento entre parientes.

4.- El ilícito contemplado en el artículo 368 bis como:

A) Instantáneo.

El artículo 7 en su fracción I del Código Penal, establece que "el delito será instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se hayan realizado todos sus elementos constitutivos.

"Es instantáneo el delito cuando su duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, por que consisten en actos que, en cuanto son ejecutados, cesan por sí mismos, sin poder prolongarse en el tiempo. Tiene dos elementos que son: a) Una conducta, y B) Una consumación y agotamiento de la misma".⁵⁷

"El delito instantáneo se clasifica a su vez en instantáneo con efectos permanentes o delito permanente impropio, por el que se debe entender como aquél en que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos. Sus elementos son: a) Una conducta; b) Una consumación y agotamiento instantáneos y c) Perdurabilidad del efecto producido".⁵⁸

B) Permanente.

La fracción II del artículo 7 del Código Penal, establece que "el delito es permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo".

El delito es permanente o continuo cuando una vez integrados los elementos del delito, la consumación es más o menos prolongada, de esto se desprenden dos elementos que son: a) Una conducta, constituida por

⁵⁷ PORTE PETIT CANDAUDAP, Op. cit. Pág. 299.

⁵⁸ *Ibidem*, Pág. 300 y 301.

una acción u omisión, y b) Prolongación de la consumación por más o menos tiempo.

C) Continuado.

El artículo 7 en su fracción III Del Código Penal, establece que "el delito es continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal".

"Hay delito continuado cuando hay dolo unitario, repetición de la afectación típica del mismo bien jurídico, que admite grados de afectación, realizada en forma similar y cuando implica una injerencia física en la persona del titular, identidad física del titular".⁵⁹

El delito a examen considero que se trata de un delito instantáneo con efectos permanentes, dado que la consumación se agota en el momento mismo en que han realizado todos sus elementos constitutivos, perdurando los efectos producidos.

⁵⁹ ZAFFARONI, Op. cit. Pág. 624.

CAPITULO II. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN EN LA TEORÍA DEL DELITO.

1.- Autoría.

El injusto es un injusto personal, es decir, le es esencial la relación con el autor, así como el autor contribuye a acuñar el injusto, así pertenece también a la teoría del injusto, como éste llega a ser autor. "La teoría del autor tiene por objeto establecer el centro personal de acción del injusto".¹

"Frecuentemente el delito no es obra de una sola persona, siempre hay una concurrencia de personas en un evento, cabe distinguir entre las que son autores y otras que participan en el mismo, pero que no son autores".²

A) Concepto.

Autor es quien tiene el dominio final del suceso en sus manos, tiene en sus manos el sí y el como del hecho; es el que tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho, en razón de su decisión volitiva.³

La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta

¹ WELZEL, HANS. Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición Castellana, Chile 1993. Pág. 118.

² ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Manual de derecho Penal, Parte General, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Cuarta Edición, México 1990. Pág. 567.

³ Ibidem. Pág. 372.

razón, "la voluntad final de realización es el momento general del dominio sobre el hecho".⁴

B) Requisitos de la autoría.

El concepto de autor surge del concepto final de acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que establecer el centro personal de acción del hecho antijurídico. La autoría de un delito doloso pertenece en general al dominio final sobre el hecho; a ello se agrega en muchos casos, como elementos especiales de autor, las características personales objetivas y subjetivas de lo injusto.

b.1) Aspecto interno o subjetivo personal.

Se refiere a las intenciones especiales, tendencias y formas de ánimo (ejemplo el ánimo de apropiación).

b.2) Aspecto externo o objetivo personal.

"Se refiere a las posiciones del deber del autor, de la determinada calificación objetiva (ejemplo, delitos cometidos por los funcionarios), al llegar a faltar esta calidad es insuficiente el dominio del hecho para caracterizar al autor".⁵

⁴ WELZEL, Op. cit. Pág. 120

⁵ BACIGALUPO, ENRIQUE. Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá Colombia 1989. Pág. 186

El dominio final de hecho es la característica general de la autoría. Los momentos personales del autor, por el contrario, se requieren sólo donde, en relación a un tipo particular, son presupuestos de la autoría. "El sujeto que llene objetiva y subjetivamente los requerimientos de la conducta típica en forma personal y directa no ofrece ninguna duda acerca de que tiene en sus manos el curso del devenir central del hecho".⁶

C) Formas de autoría.

c.1) Autoría directa o inmediata.

Autor directo es el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho; "hay dominio del hecho cuando un sujeto realiza personalmente la totalidad de la conducta descrita en el tipo penal".⁷

La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que lleva a cabo el sujeto en forma planificada es lo que da el carácter de autor directo y que la voluntad final de realización es el momento generador del dominio del hecho.

c.2) Autoría indirecta o mediata.

El autor no necesita cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para ello no sólo de instrumentos mecánicos,

⁶ ZAFFARONI, Op. cit. Pág. 573.

⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría General del Delito, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1990. Pág. 201.

sino también poner para sus fines el actuar de otro, en cuanto sólo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo, se habla en estos casos de **autoría mediata**.

"Tenemos entonces que la autoría mediata o indirecta es la que realiza quien se vale de otro que no comete injusto, sea porque actúa sin dolo, atípicamente o justificadamente".⁶

Esta autoría mediata se puede dar de tres formas:

1.- Autor mediato que se vale de otro que actúa sin dolo, en este caso el que actúa obra sin el dolo que requiere el tipo; y es propio del que está detrás, que con el dolo del tipo manda realizar el resultado típico a través de un tercero que obra sin dolo en relación a ese resultado.

2.- Autor mediato que se vale de un tercero que actúa atípicamente, es aquella en donde el autor se vale de un sujeto que es inculpable, ya que se vale de un inimputable, pues generalmente utiliza a niños pequeños o enfermos mentales carentes de voluntad, que obran pero que llevan a cabo el hecho sin voluntad, pero acatando una voluntad ajena, la falta de reprochabilidad de la conducta del interpuesto no da el dominio del hecho al determinado.

3.- Autor mediato que actúa justificadamente, Esta clase de autoría mediata consiste en que el sujeto se vale de otro quien realiza la conducta en cumplimiento de un deber jurídico, porque el interpuesto está conminado por el

⁶ ZAFFARONI. Op. cit. Pág. 573.

orden jurídico y el determinador crea la circunstancia en que esa conminación opera, concluyendo entonces que, el que se vale del que actúa justificadamente, también domina el hecho al colocar o usar la situación del otro que el derecho ampara con un permiso y cabe suponer que hará uso del mismo.⁹

c.3) Coautoría.

"La coautoría es autoría, su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito".¹⁰

Por lo que en un delito cuando concurren varios autores, si éstos concurren en forma en que cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica, habrá una coautoría que no admite dudas, pues cada uno tiene el dominio del hecho en cuanto a la realización del evento típico.

La coautoría se basa en el principio de la división del trabajo, cada coautor complementa con su parte el hecho, la de los demás también, por eso es que cada uno responde por el todo.

La coautoría consta de dos elementos: "a) La decisión común al hecho.- Es el acuerdo recíproco, expreso o tácito, junto a la perpetración común al hecho; b) La ejecución común al hecho.- Se da en el reparto funcional de ideas, asumen

⁹ Ibidem, Pág. 574.

¹⁰ WELZEL, Op. cit Pág. 154.

por igual la responsabilidad de su realización, las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado es atribuible a cada coautor".¹¹

La coautoría es una forma independiente de autoría junto a la simple. La coautoría es autoría, por eso cada coautor ha de ser autor, esto es, poseer las calidades objetivas y subjetivas de autor; además debe ser coportador del dominio final del hecho; cada coautor ha de ser, subjetivamente coportador de la decisión común al hecho, esto es, tener junto al resto la voluntad incondicionada de realización y, objetivamente complementar con su aportación al hecho los aportes de los demás, configurando un hecho unitario.

"Siempre es coautor quien efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización".¹²

2.- Participación.

A) Concepto.

Participa, será el que concurre en el injusto y es alcanzado por la prohibición típica sin ser autor. La mínima expresión participación nos indica que nos hallamos ante un concepto referenciado, es decir, ante un concepto que necesita de otro, porque participación por sí misma, no nos dice nada, sino aclaramos en que se participa. Participación siempre indica una relación,

¹¹ *Ibidem*, Pág. 155.

¹² *Ibidem*, Pág., 159.

porque siempre se participa en algo. Este carácter referencial o relativo relacionado con algo es lo que le da a la participación su naturaleza accesoria.

"Participación es el aporte doloso que se hace al injusto doloso de otro, afirmándose en este sentido que la participación debe de ser accesoria al injusto típico ajeno".¹³

B) Elementos de la participación.

b.1) Aspecto interno.

En su aspecto interno la participación requiere el dolo de contribuir a un injusto doloso.

b.2) Aspecto externo.

"Si la participación es participación en un injusto doloso externamente requiere que el hecho se halle en una etapa ejecutiva para que la participación sea punible".¹⁴

C) Formas de participación.

La participación comprende dos tipos de aparición la instigación y la complicidad.

¹³ ZAFFARONI, Op. cit. Pág. 585

¹⁴ WELZEL, Op. cit. Pág. 590

c.1) Instigación.

El instigador es el que determina dolosamente a otro a la comisión de un injusto doloso, consecuentemente, el hecho del instigador (autor) debe ser una conducta típica y antijurídica.

Es decisivo originar la decisión al hecho en el autor, no necesariamente también dar origen al plan del hecho.

"La instigación debe cometerse mediante un método psíquico (influencia espiritual), pero no constituye la instigación los medios sutiles o las meras insinuaciones. El medio debe ser psíquico y directo, siendo la palabra clara y determinante, además de poder utilizar cualquier otro medio simbólico como gestos, actitudes, palabras escritas y claves".¹⁵

"La instigación debe tener por resultado haber decidido al autor a realizar el hecho, cuando el autor ya está decidido a cometer el delito no puede haber instigación".¹⁶

La instigación es dolosa, pero como se trata de una tipicidad accesoria, el dolo del instigador está necesariamente referido al dolo del autor, aunque se distingue del mismo: el dolo de instigación es el querer que otro realice dolosamente el tipo, concluyendo que el instigador debe de querer que el hecho típico tenga éxito.

¹⁵ ZAFFARONI, Op. cit. Pág. 595.

¹⁶ Ibidem, Pág. 596.

c.2) Complicidad.

Cómplice es quien auxilia o coopera dolosamente al injusto doloso de otro. La contribución del cómplice puede ser de cualquier naturaleza, incluso intelectual, lo que implica que quien aporta ideas para la mejor realización del injusto doloso de otro, también sea cómplice.

La complicidad puede presentarse mediante hechos o consejos.

La complicidad tiene que favorecer (objetivamente) al hecho principal y este favorecimiento ser querido (subjektivamente) por el cómplice, para lo cual basta el dolo eventual. "Favorecer significa prestar una colaboración causal para la comisión del hecho principal, luego en los delitos de resultado también una colaboración para el resultado".¹⁷

Existen tres tipos de complicidad:

1.- La complicidad primaria, que es la que resulta de limitaciones legales al principio del dominio del hecho, que tiene lugar cuando el sujeto hace un aporte necesario para la ejecución del plan concreto por parte del autor o de los autores, pero no puede ser autor ya que no tiene o ejerce el dominio del hecho, ya que no realiza personalmente la acción típica.

2.- Complicidad secundaria, que es cualquier clase de cooperación a la ejecución del hecho, llevada a cabo en cualquier momento, desde la preparación hasta el agotamiento del hecho delictivo.

¹⁷ WELZEL, Op. cit. Pág. 171.

3.- Complicidad por reforzamiento de la voluntad del autor, la que consiste en la promesa de ayuda posterior al agotamiento que se realiza con anterioridad al hecho, esto es, antes de que el autor haya realizado actos ejecutivos.

D) La Accesoriedad en la Participación.

Los partícipes son concurrentes accesorios al delito, se alude a todos los que intervienen en la parte concursal; los partícipes despliegan conductas accesorias a la del autor o autores.

Un interviniente que es accesorio, implica que está ligado al autor por una relación de dependencia, la palabra que se usa es la de accesoriedad. Esto se aprecia desde dos puntos de vista.

a) **Accesoriedad Cualitativa.**- Se refiere a las características que deben darse en la conducta del autor principal para que el partícipe pueda ser castigado como tal. "El grado de dependencia de los elementos del hecho punible del delito ejecutado por el autor principal da lugar a distintas posibilidades:

- 1.- **Accesoriedad mínima.**- El hecho principal solo requiere ser típicamente adecuado;
- 2.- **Accesoriedad limitada.**- El hecho principal debe de ser típico y antijurídico;
- 3.- **Accesoriedad extrema.**- El hecho principal debe de ser típico, antijurídico y culpable;

4.- **Hiperaccesoriedad.-** Cuando también las circunstancias personales agravantes o atenuantes del autor del hecho principal también benefician o perjudican al partícipe".¹⁸

La accesoriadad mínima se traduce en la mera calificación como típico del hecho principal, no hace caer en responsabilidad al partícipe; la tipicidad en la conducta del autor, es el solo exámen de la figura si es que está desvalorada y si puede ser reprochada al autor a título de tipicidad. La accesoriadad limitada se dá en el complice cuando se integran los elementos típico, antijurídico y culpable, ya que es un sujeto imputable, el autor principal arrastra a la culpabilidad al partícipe por que el autor principal comete el hecho típico, antijurídico, pero no culpable, toda vez que se trata de un inimputable. La accesoriadad máxima consiste en que se castiga al partícipe cuando el autor ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable, el autor arrastra al partícipe y éste responde de la conducta del autor, se traduce en el autor mediato. La hiperaccesoriadad también llamada ultramáxima, se da cuando se integran los elementos típico, antijurídico y culpable del hecho, por parte del autor y arrastra al partícipe a la culpabilidad, transmitiéndole sus condiciones objetivas y subjetivas propias del autor, asi como las circunstancias agravantes o atenuantes del hecho.

b) **Accesoriadad Cuantitativa.-** Tiene que ver con el grado de ejecución del hecho, el partícipe es responsable, cuando la conducta del autor ha llegado al

¹⁸ BACIGALUPO, ENRIQUE, Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial Temis, Reimpresión, Bogotá Colombia. 1989. Pag. 201.

menos al grado de tentativa, respondiendo el partícipe en el mismo grado de ejecución del hecho.

3) Autores y partícipes conforme al artículo 13 del Código Penal.

El artículo 13 del Código Penal enumera en sus ocho fracciones las formas de autoría y participación que la legislación penal mexicana ha adoptado, a saber:

***Artículo 13.- Son autores y partícipes del delito:**

- I.- Los que acuerden o preparen su realización; (autoría intelectual)
- II.- Los que lo realizan por sí; (autor material directo o inmediato)
- III.- Los que lo realicen conjuntamente; (coautoría)
- IV.- Los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro; (autoría mediata o indirecta)
- V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; (instigación)
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; (complicidad)
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y (complicidad)
- VIII.- Los que sin acuerdo previo intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. (complicidad correspectiva)

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código. (punibilidad atenuada para las hipótesis de complicidad y complicidad correspectiva)*.

**CAPITULO III. ENCUBRIMIENTO, PREVISTO POR EL ARTICULO 400 DEL
CÓDIGO PENAL, SOLO POR LO QUE HACE A LAS FRACCIONES I Y III.**

1.- Conductas que regula como tipo independiente.

***Artículo. 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:**

I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquel a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena disminuirá hasta en una mitad.

II.- ...

III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

... "

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Observamos que en la fracción I del mencionado artículo describe las hipótesis de conductas mediante las cuales se puede llegar a materializar el ilícito, siendo: el adquirir, el recibir y el ocultar.

a) Adquirir.- Significa el obtener, conseguir, prácticamente por cualquier acuerdo. Están así comprendidos todos los medios de adquisición, comprende además las acciones de comprar o incorporar al patrimonio.

b) Recibir.- Lo anterior se complementa con el acto de recibir, que sin excluir las previsiones anteriores, abarca las convenciones no traslativas de dominio, como guardar o recibir en prenda, según la expresión que se utilice.

c) Ocultar.- Equivale a esconder, hipótesis prevista en lo concerniente a la receptación.

La fracción III del citado artículo establece las acciones de ocultar, favorecer e impedir la averiguación de un delito o el ocultamiento del responsable del delito.

a) Favorecer.- "Se entiende como la ayuda o el apoyo que se da para determinado hecho".¹

Este favorecimiento puede ser de dos formas: a) Favorecimiento personal y; b) Favorecimiento real. El primero tiene la característica común de beneficiar a otro, el hecho recae sobre la persona misma; la objetividad de este tipo de favorecimiento radica en ayudar a alguien, a eludir las investigaciones de la autoridad o a

¹ DICCIONARIO AUSTRAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Editorial, Espasa-Calpe S.A., Madrid 1989. Pág. 250.

sustraerse a la acción de ésta. En el segundo caso se procura hacer desaparecer, ocultar o alterar los rastros, pruebas o instrumentos del delito, asimismo se refiere a procurar o ayudar a asegurar el producto o el provecho del delito.

b) Impedir.- "Estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa".²

"Se refiere a impedir la investigación por medio de elementos de prueba, ya sea ocultando, alterando o modificando el aspecto de las cosas, para impedir que sean utilizados por la justicia, concluyendo que se trata de el impedir o entorpecer la acción de la justicia".³

Observamos que las conductas (acciones) reguladas por tal concepto se refieren a la receptación, que consiste en adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos o intervenir en su adquisición, recepción u ocultación. con los verbos mencionados se define la acción, se abarcan los supuestos que caracterizan los actos del encubridor al que inspira el fin de lucro.

"En el caso de adquirir. el ilícito queda consumado en el traslado de la cosa, dinero o bienes (objetos muebles), es por consiguiente un delito instantáneo, pero la receptación y la ocultación el hecho se prolonga en el tiempo con las características de los delitos permanentes".⁴

² *Ibidem*, Pág. 291

³ FONTAN BALESTRA, CARLOS. Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Abeledo Perrot, Décimo tercera Edición, Buenos Aires Argentina 1990. Pág. 936 a 939.

⁴ *Ibidem*, Pág. 940 y 941.

En cuanto a las conductas descritas en el artículo 400 del código penal, integran modalidades delictivas autónomas; ello no obstante, procede definir los presupuestos y requisitos para su configuración como delito autónomo.

Los presupuestos del delito son: a) Que exista un delito anterior; b) No haber tomado parte en aquél.

Los requisitos para la configuración del ilícito en cuestión son: a) Los presupuestos señalados; b) Intervención posterior al delito anterior; y, c) Inexistencia de un acuerdo previo.

Como se ve nuestro Código penal ha seguido el criterio de distinguir dos diferentes especies de encubrimiento; el favorecimiento y la receptación. El primero consiste en la acción por parte del favorecedor, que es posterior a la consumación del delito para el que no ha mediado promesa ni anterior ni simultánea, de ocultar y proteger la fuga del autor del delito anterior, para eludir la acción de la justicia. La receptación se caracteriza en que el receptor, con ánimo de lucro adquiere, recibe u oculta dinero u objetos provenientes de un delito de robo, sin haber tomado las precauciones indispensables, de que la persona de quien recibió el objeto que resultó robado, tenía derecho para disponer de él.

2.- Bien jurídico tutelado.

"El bien jurídico que tutela el encubrimiento es la administración de justicia; ya que tiende a impedir o entorpecer la acción de la justicia, entreteniéndola, impidiendo el esclarecimiento o declaración de la verdad; empleando una actividad positiva, que supone cierto grado de oposición a los actos de autoridad, en forma de que éstos, por la acción del encubrimiento, se tornen inútiles o se frustren temporal o definitivamente".⁵

Es de señalar que el encubrimiento en las hipótesis que establecen las fracciones I y III del artículo 400 del Código Sustantivo, establece las modalidades de favorecimiento y receptación, siendo que en el favorecimiento (real o personal), el bien jurídico que se protege lo es la administración de justicia dado que tales conductas, tienen la finalidad de desaparecer las huellas o indicios que resultan de la comisión del delito previo, o en su caso el ocultamiento del responsable o partícipes de tal hecho, con la finalidad de entorpecer las investigaciones que al respecto tengan que realizarse; mientras que en la hipótesis de receptación el bien jurídico tutelado resulta ser el patrimonio del sujeto pasivo del delito, puesto que el propósito que inspira al encubridor en esta hipótesis, es el de obtener un lucro o beneficio económico con motivo de la realización de un delito en el que no participó, con la consiguiente afectación al patrimonio del pasivo, es decir, esta hipótesis viene a complementarse, hasta el momento en que el sujeto activo del delito principal, pone a merced del encubridor el producto de su actuar típico, obteniendo así el primero, el beneficio económico perseguido con su conducta; y el segundo se

⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Programa de Derecho Penal, Editorial Trillas, Tercera Edición, México 1990. Pág. 937.

hace o se sirve de esos objetos procedentes de un delito, con la finalidad de obtener un provecho generalmente económico.

Ahora bien, el objeto material sobre los que recaen los actos de receptación pueden ser objetos muebles (dinero, cosas o efectos).

Recordando lo anotado en el primer capítulo, tenemos que por objeto se entiende todo lo que puede ser materia de conocimiento y de apropiación, siendo especialmente los de carácter material, aquello a lo que va dirigida una acción, pensamiento y estudio.

En lo referente al párrafo segundo de la fracción I del artículo 400 del Código Penal, la que dispone que "Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad", al respecto es de señalar que se trata de una hipótesis de receptación de objetos procedentes de un delito cometido previamente en la que el receptor no participó, adquiriendo los productos de éste sin cerciorarse de la procedencia lícita de aquéllos, lo que implica necesariamente que el sujeto activo tuvo el conocimiento y voluntad (dolo), de adquirir tales bienes con la consiguiente finalidad de obtener un beneficio económico (lucro), aparentemente esta hipótesis al establecer que "no haya tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho a disponer de ella" se refiere a la omisión de un deber de cuidado, que daría lugar a un delito culposo;

sin embargo, al ser la finalidad del sujeto activo al llevar a cabo este ilícito la obtención de un lucro, de ninguna forma puede dar lugar a un delito culposo, en su caso se trataría de un dolo de naturaleza eventual, dado que se representó la posibilidad del resultado concomitante (es decir la afectación del patrimonio del pasivo) y al no verificar la procedencia lícita de los objetos que adquiere la incluye como tal en su voluntad realizadora.

3.- Formas de intervención de los sujetos activos.

La forma de intervención de los sujetos activos en el delito de encubrimiento es en el carácter de autor material, ya que el encubrimiento al ser un tipo doloso requiere que el sujeto activo del delito tenga una conducción consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, ya que sólo puede ser autor que el que lleva a cabo el ilícito personalmente.

Tenemos entonces que el sujeto activo va a ser responsable del delito en términos de las fracciones II y III (en caso de pluralidad de sujetos activos) del artículo 13 del Código Penal, ya que por autor material o ejecutores materiales debe entenderse a los que voluntaria y conscientemente ejecuten actos directamente encaminados a producir el resultado; ahora bien, las personas que llevan a cabo el delito (sujetos activos) responden íntegramente de la ejecución del hecho ilícito, hablamos entonces de la autoría o coautoría directa, sí pues tenemos que el artículo 13 en sus fracciones en comento establece:

***Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:**

I.- ...

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

...”

De lo anterior observamos que las dos fracciones se refieren al autor y coautores materiales en el hecho, debiendo entenderse que autor a que se refiere la fracción II, es aquél que domina realmente el acontecimiento delictivo, ya que sólo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no debe ser considerado autor; asimismo tenemos que la coautoría a que se refiere la fracción III, se entiende como la realización conjunta que llevan a cabo los sujetos activos del delito, quienes colaboran consciente y voluntariamente, el coautor es el que interviene materialmente en la ejecución del delito.

4.- Diferencia entre la autoría, participación y encubrimiento.

Observamos que la autoría, la participación y el encubrimiento son figuras diferentes como se podrá apreciar a continuación.

La autoría se caracteriza en función de que el sujeto (autor), tiene el dominio del hecho, ésto se traduce en que el sujeto tiene en sus manos el curso, el sí y el como del hecho, es el que realiza el verbo típico ya que tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho.

La participación en sus dos formas instigación y complicidad, es el aporte doloso que se hace al injusto de otro, participe es el que concurre en el injusto y es

alcanzado por la prohibición típica sin ser autor, ya que no tiene en sus manos el dominio del hecho, circunstancia por la cual llega a tener una naturaleza accesoria.

El encubrimiento (artículo 400 en sus fracciones I y III del Código Penal), por su parte, si bien es accesorio pues depende de la existencia de otro, tiene una descriptiva propia, conociéndosele técnica y legalmente como encubrimiento. Su definición se puede connotar como la ocultación de los objetos del delito o los efectos de éste, o de los instrumentos del delito; con la finalidad de obstaculizar la acción de la justicia; o colabora para que se aprovechen los efectos del delito o de las ventajas económicas que éste les hubiere proporcionado o en aprovecharse el mismo encubridor de aquellos beneficios. De lo anterior observamos que el encubrimiento tiene los siguientes elementos: la receptación, favorecimiento y complemento.

"La receptación es el aprovechamiento propio de los efectos del delito ajeno; el favorecimiento consiste en la ocultación del cuerpo, efectos, instrumentos o culpables para la obtención de un delito preexistente, con ánimo de conseguir su impunidad y; el complemento viene a ser la ayuda prestada al culpable para la obtención de las ventajas de su acto. Dentro del complemento se encuentra el agotamiento en el cual interviene para ayudar al éxito de la pretensión del delincuente, respecto del objetivo de fondo; por ejemplo, comprar los bienes robados, para la obtención del dinero por parte del ladrón y lo pueda disfrutar, objetivo, verdaderamente trazado por el delincuente. Encontrándose los

compradores que lucran con lo robado entre los denominados continuadores, quienes viene a ser socialmente más nefastos que el propio autor".⁶

De lo anteriormente señalado podemos establecer que el encubrimiento se comete por el sujeto activo en calidad de autor, toda vez que el autor tiene el dominio del hecho sobre la cooperación posterior que preste al autor del delito preexistente, hecho que le reconoce el carácter de tipo independiente, como delito contra la administración de justicia. Ahora, si bien es cierto que el encubrimiento en casos concretos puede dar lugar a dudas sobre la adecuación legal que corresponde a la conducta, ésto se aclara con el hecho de que sólo puede haber participación mientras el injusto no se ha ejecutado, cuando el injusto termina, ya no es posible hablar de participación, ya que la participación es accesoria del tipo, toda vez, que coopera o auxilia, pero sin llegar a tener el dominio del hecho sobre la ejecución y materialización del ilícito, en cambio en el encubrimiento, el sujeto asume el carácter de autor, ya que es el él que tiene en sus manos el dominio del hecho y realiza el verbo típico.

5.- El encubrimiento como delito:

A) Instantáneo.

La fracción I del artículo 7 del Código Penal, establece al delito instantáneo; debiendo entenderse como el delito cuando su duración concluye en el mismo

⁶ GONZÁLEZ QUINTANILLA, JOSÉ ARTURO. Derecho Penal Mexicano. Parte General, Editorial Porrúa S.A., México 1991, Pág. 343y 344.

momento mismo de perpetrarse, el cual contiene dos elementos que son: a) una conducta, y; b) Una consumación y agotamiento de la misma.

Así también tenemos que el delito instantáneo se clasifica en instantáneo con efectos permanentes o delito permanente impropio, debiendo entender como aquél en que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos, consta de tres elementos que son: a) Una conducta; b) Una consumación y agotamiento instantáneos, y; c) Perdurabilidad del efecto producido.

B) Continuo o permanente.

El artículo 7 en su fracción II del Código Sustantivo, establece al delito permanente o continuo. El delito es permanente cuando una vez integrados los elementos del delito, la consumación es más o menos prolongada, de esto se desprenden dos elementos: a) Una conducta constituida por una acción u omisión, y; b) Prolongación de la consumación por más o menos tiempo.

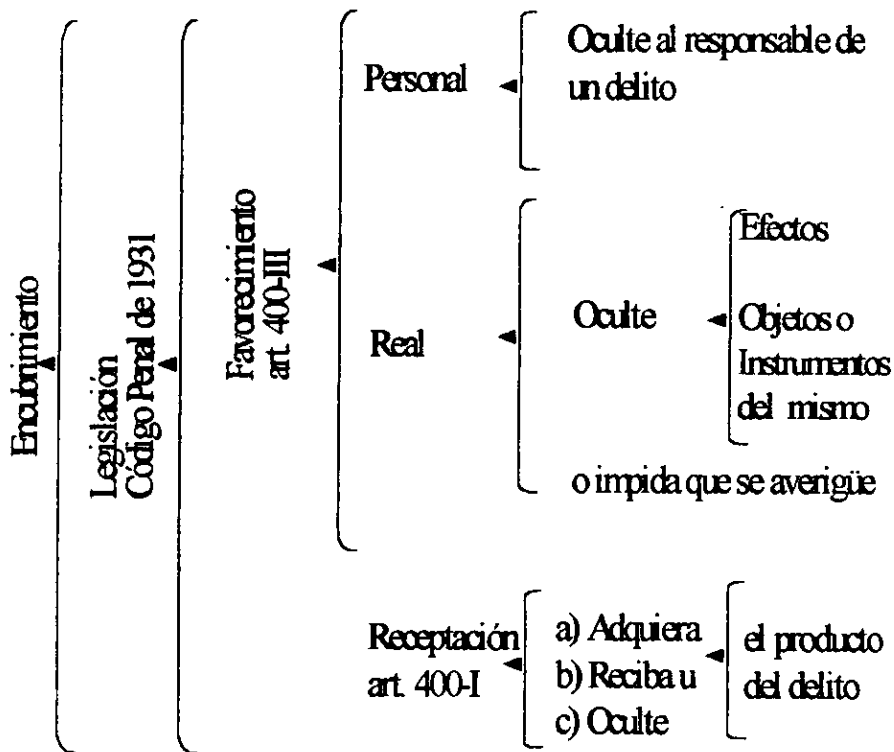
C) Continuado.

El delito continuado se ve regulado por la fracción III del artículo 7 del Código Penal, y se entiende al delito continuado cuando hay dolo unitario, repetición de la afectación típica del mismo bien jurídico, que admite grados de afectación, realizada en forma similar y cuando implica una injerencia física en la persona del titular, identidad física del titular.

Al consumarse el delito de encubrimiento por cualquiera de sus hipótesis señaladas en sus fracciones I y III, tenemos que al consumarse la acción típica (hipótesis en el caso concreto), éste es el encubrimiento se caracteriza por ser un delito instantáneo, aún cuando sus efectos puedan prolongarse en el tiempo. Todo lo que haga el favorecedor o el receptor para continuar ocultando, reteniendo, alterando, aprovechando la casa, nada agrega a la acción ya consumada.

Es preciso señalar que en los supuestos de ocultación y de receptación el hecho se prolonga en el tiempo con las característica de un resultado con efectos permanentes; y en los casos de adquirir, y recibir (traslado y dominio) la cosa, dinero o bienes; hablamos de un delito instantáneo, ya que la infracción queda consumada con el simple traslado del dominio de la cosa.

Lo anterior se resume en el siguiente esquema.



CAPITULO IV. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL ARTICULO 368 BIS Y EL 400 FRACCIONES I Y III DEL CÓDIGO PENAL.

1.- Precedentes legislativos de los artículos 368 bis y 400 fracciones I y III del Código Penal.

Se estudiarán los antecedentes de las conductas que regulan los artículos en estudio, así tenemos el:

a) Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia del Fuero Común, y para toda la República en materia del Fuero Federal de 1931.

"TITULO VIGESIMOTERCERO

Encubrimiento.

ARTICULO 400.- "Se aplicarán de quince días a dos años de prisión, y multa de veinte a quinientos pesos al que:

I.- No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sepa van a cometerse, o se estén cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio.

Quedan exceptuados de pena aquellos que no puedan cumplir tal obligación sin peligro de su persona o intereses, o de la persona o intereses del cónyuge, de

algún pariente en línea recta o de la colateral dentro del segundo grado, y los que no puedan ser compelidos por las autoridades a revelar secretos que se les hubiere confiado en el ejercicio de su profesión o cargo:

II.- Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la averiguación de los delitos, y para la persecución de los delincuentes y salvo las excepciones consignadas en la fracción anterior y cuando se trate del cónyuge o de parientes del requerido, o de personas a quienes éste deba respeto, gratitud o amistad, y

III.- Habitualmente compre cosas robadas. Se considera comprador habitual de cosas robadas: al que efectúe dichas compras tres o más veces".¹"

Observamos que el precedente para los artículos analizados en el presente capítulo, es lo establecido en la fracción III del numeral transcrito, misma que se refiere a la compra habitual de cosas robadas, se llega a esta afirmación, toda vez, que el artículo 368 bis de nuestra legislación penal actual, prevé las hipótesis de enajenar o traficar, adquirir y recibir; asimismo tenemos que el artículo 400 de la legislación actual, prevé en su fracción I las hipótesis de adquirir y recibir; por lo que lo estipulado en el artículo transcrito viene hacer el antecedente de ciertas conductas reguladas en los preceptos actuales.

a) Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1946.

¹ Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal. Editorial Publicaciones Farrera, México 1931. Pág. 150 y 151.

El 31 de diciembre de 1945, se reformó el artículo 400 del citado ordenamiento, reforma que fue publicada el 9 de marzo de 1946 en donde se modificaba lo establecido en la fracción III del citado numeral de 1931 para quedar como sigue:

"ARTICULO. 400.- "Se aplicarán de cinco días a dos años de prisión y multa de veinte a quinientos pesos al que:

I.- No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse, o se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio;

II.- No haya tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien recibió la cosa en venta o prenda tendría derecho para disponer de ella, si resultare robada;

III.- Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes;

IV.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito, y

V.- Oculte al responsable de un delito, o los efectos, objetos o instrumentos del mismo, o impida que se averigüe".²

Tenemos que las fracciones II y V del numeral transcrito, son antecedentes del actual artículo 400 en sus fracciones I y III, ya que el precepto anterior regulaba en su fracción II el hecho de que el sujeto activo hubiere recibido la cosa en venta o prenda y no se haya asegurado de la procedencia ilícita del objeto, circunstancia regulada en la actual fracción I del multicitado artículo 400; asimismo tenemos que lo establecido en la fracción V del artículo transcrito es el antecedente de la actual fracción III del numeral actual, misma que se refiere a la hipótesis de ocultar los objetos o instrumentos del ilícito. Por lo que respecta al artículo 368 bis de la legislación penal actual, tenemos que la fracción II del anterior artículo 400 es el antecedente de las hipótesis de poseer, adquirir, recibir los objetos, instrumentos o productos del ilícito de robo.

c) Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 1985.

Código Penal que por decreto del 13 de diciembre de 1985 fue reformado, publicado el 23 de diciembre de 1985 en el Diario Oficial de la Federación, para quedar como sigue:

² Código Penal para el Distrito federal y Territorios Federales en Materia del Fuero Común, y para toda la República en materia del Fuero Federal. Editorial Publicaciones Farrera. Octava Edición, México 1945. Pág. 177 y 178

"TITULO VIGÉSIMO TERCERO

Encubrimiento

Capítulo Único

ARTICULO. 400.- "Se aplicará de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad;

II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;

III.- Oculte al responsable de un delito, o los efectos, objetos, o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

IV.- Requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y

V.- No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables".³

Dicha reforma al Código Penal representa el último antecedente de los actuales artículos 368 bis y 400 fracciones I y III del Ordenamiento Sustantivo, ya que fue la última vez que sufrió modificaciones en las hipótesis que nos interesan, y que manejan los artículos que se analizan en el presente trabajo; por lo que hace al numeral 368 bis el adquirir, recibir los instrumentos, objetos o productos del ilícito (robo); a su vez el artículo 400 en sus fracciones I y III prevé las hipótesis de adquirir, recibir, ocultar los objetos, instrumentos o efectos del primer ilícito cometido.

2.- Conductas reguladas por los tipos penales 368 bis y 400 fracciones I y III del Código Penal.

a) El artículo 368 bis del Código Penal establece las siguientes conductas mediante las cuales se puede verificar el ilícito:

³ Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa S.A., Cuadragésima Primera Edición, México 1985, Pág. 134.

- **Poseer.**- tener en propiedad, disponer de algo, poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial.

- **Enajenar.**- Vender o traspasar por algún medio la propiedad de una cosa o algún derecho sobre ella; transmisión de dominio de una cosa.

- **Traficar.**- Comerciar o negociar con algo, particularmente en forma irregular o con mercancía ilegal.

- **Adquirir.**- Llegar a tener algo o conseguir algo, por medio de la compra.

- **Recibir.**- Tomar lo que le dan o le envían a uno.

b) **Conductas reguladas por el artículo 400 en sus fracciones I y III del Código Penal, mismas que son:**

- **Adquirir.**- Que se traduce en el comprar, conseguir, lograr, incorporación de una cosa a la esfera patrimonial de una persona.

- **Recibir.**- Tomar lo que se entrega o envía.

- **Ocultar.**- Equivale a esconder, tapan, o disfrazar algún objeto, cosa o persona.

- **Favorecer.**- Es la ayuda o el apoyo que se da para determinado hecho, llegando a recaer este favorecimiento en cosas (real) o en personas (personal).

De las conductas anteriormente enlistadas, tenemos que se equiparan las relativas a adquirir y recibir, mismas que son llevadas a cabo por medio de una acción y que además coinciden en el significado, y son de carácter receptativo.

Siendo que las hipótesis de adquirir y recibir, son conductas que se llevan a cabo por medio de la receptación, que consiste en el adquirir cosas o bienes que de acuerdo a las circunstancias provienen de un delito en el caso del artículo 368 bis, provienen del robo y en el artículo 400 pueden derivarse del ilícito de robo o de cualquier otro delito. Así también tenemos que por lo que hace al numeral 400, la conducta de ocultar (siempre y cuando consista en objetos materiales que sean susceptibles de apropiación o de ejercer un dominio sobre ellas) y del favorecimiento real (que es el procurar o ayudar a asegurar el producto o provecho del delito); por lo que hace al artículo 368 bis, las conductas de enajenar, traficar y poseer; se llevan a cabo también por medio de la receptación ya que son conductas que se llevan a cabo o se materializan por medio de la acción, que abarca los supuestos de obtener un lucro u obtener un provecho propio.

Por lo que hace a las hipótesis del favorecimiento personal, respecto al ocultamiento (del actor del delito anterior) prevista por el artículo 400 del Código Sustantivo, es con la finalidad de entorpecer o dificultar la acción de la justicia, beneficiando así el ocultamiento del responsable (sujeto encubierto).

3.- Bienes jurídicos tutelados por los preceptos 368 bis y 400 fracciones I y III del Código Penal.

a) El artículo 368 bis del Código Sustantivo de la Materia protege el bien jurídico del patrimonio .

El bien jurídico del patrimonio se tutela en las diversas hipótesis que establece el numeral citado (poseer, adquirir, recibir, enajenar y traficar los instrumentos, objetos o productos del robo), ya que al materializarse stas hipótesis se culmina el daño patrimonial al pasivo, ya que el sujeto activo (diferente al que llevó a cabo el delito de robo) hace uso y goza del objeto o bien perpetrándose de ésta forma la lesión al bien jurídico (patrimonio), es por lo anterior que con tales hipótesis se protege el bien aludido.

b) Bien jurídico protegido por el artículo 400 en sus fracciones I y III del Código Penal.

Tenemos que el artículo 400 en las fracciones referidas anteriormente define al encubrimiento en las modalidades de favorecimiento y receptación; observándose que lo establecido en la fracción III es el favorecimiento (real y personal) que al materializarse lesiona el bien jurídico de la administración de justicia, pues la ayuda o auxilia que se da al activo del delito anterior a sustraerse de la acción de la justicia, además de que también auxilia al ocultar o desaparecer

las huellas, instrumentos u objetos del primer delito entorpeciendo también de ésta forma la averiguación que debiera llevarse a cabo, lesionándose de ésta forma el bien jurídico que es la administración de justicia.

Tenemos también que lo establecido en la fracción I del artículo 400 del ordenamiento citado se traduce en una receptación, dada la finalidad del sujeto activo que es la de obtener un lucro, por medio de los productos que recibió, trae como consecuencia la disminución del patrimonio del pasivo, por lo que de ésta forma se lesiona el bien jurídico del patrimonio. Desprendiéndose de lo anterior que los bienes jurídicos que protege el mencionado artículo 400 en las fracciones que hemos apuntado, son la administración de justicia y el patrimonio.

Estableciendo entonces que los numerales del Código penal que se analizan tutelan de forma conjunta el bien jurídico del patrimonio, por medio de las hipótesis de adquirir y recibir, traduciéndose éstas en una receptación, buscando el activo en ambos casos obtener un lucro o beneficio económico.

Por lo que hace a la fracción III del citado artículo 400 del Código Penal, se tutela como bien jurídico a la administración de justicia, esto, en las hipótesis de favorecimiento real y personal.

4.- Formas de intervención de los sujetos activos en los ilícitos establecidos en los artículos 368 bis y 400 fracciones I y III del Código Penal.

a) Del precepto 368 bis del Ordenamiento Punitivo, se desprende que las formas de intervención de los sujetos pasivos puede presentarse conforme a lo dispuesto por el artículo 13 del mismo Ordenamiento en sus diversas fracciones (de la I a la VI), pudiendo en consecuencia tener el activo del delito el carácter de autor intelectual, autor material, coautor material, autor mediato, y participe en las modalidades de instigación y complicidad.

El sujeto activo al llevar a cabo alguna de las hipótesis señaladas en el numeral 368 bis del Código Penal, esto es, la conducta típica, de acuerdo a lo establecido en alguna de las fracciones del citado artículo 13, excepto la prevista en la fracción VIII (complicidad correspectiva), de acuerdo a ello se determinará el grado de participación y con ésto se aplicará la correspondiente sanción.

b) Formas de intervención en el tipo previsto en el artículo 400 fracciones I y III del Código Penal.

En las hipótesis de conducta establecidas en las fracciones I y III del citado numeral, tenemos que se pueden las formas de participación señaladas en las fracciones II y III del artículo 13 del Código Penal, las que se refieren a la autoría material y a la coautoría (en caso de pluralidad de sujetos activos).

Atendiendo a la teoría del dominio del hecho, esto es, que el autor o en su caso los coautores, han de tener la facultad de decisión respecto a la continuación, modificación o suspensión de la conducta ilícita que estén llevando a cabo lo que implica de manera indubitable que tienen el dominio o en su caso el codominio del hecho. Además dada la naturaleza del tipo en cuestión sólo admite las formas de participación antes señaladas.

De lo anterior se advierte que los tipos penales en comento difieren en cuanto a las formas de participación de los sujetos activos que intervienen en la comisión de estos ilícitos, pues mientras el de encubrimiento admite como formas de participación únicamente a la autoría material o directa y a la coautoría; el diverso ilícito previsto en el numeral 368 bis del Código Penal pueden presentarse las diversas formas de participación que contempla el artículo 13 del Código Penal, a excepción de la prevista en la fracción VIII del citado precepto, que se refiere a la participación corresponsiva; siendo ésto una de las principales diferencias de los tipos penales en estudio.

Lo anterior se ilustra de manera sintetizada con el esquema anexo:

	Artículo 400 fracc. I y III de C.P.	Artículo 368 bis del C.P.
Conductas que regulan	a) Adquirir b) Recibir c) Ocultar Favorecimiento	a) poseer b) Enajenar c) Traficar d) Adquirir e) Recibir
Bienes Jurídicos que tutelan	Fracc. I Fracc. III	En las hipótesis de: Patrimonio
formas de intervención de los sujetos activos	Fracc. I y III	1. Poser 2. Enajenar 3. Traficar 4. Adquirir 5. Recibir

5.- Carácter de norma especial o general de los artículos 368 bis y 400 fracción I del Código Penal.

Para poder establecer la existencia de un concurso aparente de normas (entre los numerales 368 bis y 400 fracción I del Código Penal), deben concurrir los siguientes presupuestos:

a) Se requiere que una conducta o hecho encuadre bajo el supuesto abstracto de dos o más preceptos penales, lo que implica necesariamente una validez contemporánea de dichos preceptos, por cuanto tienen obligatoriedad en un momento determinado (en un idéntico ámbito temporal de aplicación).

b) Se requiere que el hecho que se examina en sus simple posibilidad de existencia supone que las normas concurrentes tienen idéntica validez espacial, por cuanto son obligatorias y aplicables en un mismo territorio, que ha de ser precisamente aquél en que se produce la conducta o hecho, entre ellas debe existir idéntico ámbito espacial de aplicación.

c) Se requiere además la existencia de un conflicto, el que presupone que las normas concurrentes regulan la misma conducta o hecho, es decir, comprenden normativamente el hecho con independencia de su diversa estructura.

De la lectura de los numerales 368 bis y 400 fracción I del Código Penal, se aprecia que una o varias conductas pueden caer bajo el supuesto abstracto de estos preceptos, de igual manera cuentan tanto con un idéntico ámbito de aplicación temporal como espacial, dado que se contienen en el Código Penal Federal vigente, el que es aplicable en el Distrito Federal en materia del fuero común y en toda la República en materia del fuero federal, y existe aparentemente un conflicto entre tales normas pues regulan las mismas conductas o hechos; de lo que se puede deducir la concurrencia de normas incompatibles entre los numerales apuntados, lo anterior en virtud de que:

El artículo 368 bis del Código Penal establece que: "Se sancionará con pena de tres a diez años de prisión y hasta mil días multa, al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba los instrumentos, objetos o productos del robo, a

sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de éstos sea superior a quinientas veces el salario".

Por su parte el diverso numeral 400 del Código Penal en sus fracción I dispone:

"Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que: I. Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia".

Tomando en consideración que estamos en presencia de un conflicto entre normas de la parte especial, cobra relevancia la teoría del tipo y la tipicidad, pues la estructura de los tipos es esencial para determinar la prevalencia de una norma sobre otra y por ello la aplicación de una con la exclusión de la otra.

"El verbo rector establece de ordinario el contenido del tipo, y en ocasiones tal contenido depende de las circunstancias que se le adicionan, las que pueden referirse al tiempo, lugar de ejecución del delito, a los sujetos activos o pasivos, las que constituyen elementos típicos y su ausencia origina una atipicidad de la conducta. Por lo general el tipo legal se presenta como una mera descripción de una conducta o hechos humanos, pero también el tipo, además de describir las conductas, puede requerir un efecto o resultado material, pudiendo contener referencia a los sujetos, a los medios de comisión, a modalidades de la propia acción o bien a determinados estados de ánimo o tendencias del sujeto, así como el fin de la acción misma, para no señalar sino sólo unas cuantas de las variedades

que en su contenido presentan los tipos penales. Conocida es la clasificación de los elementos del tipo como objetivos, normativos y subjetivos, según sean apreciados por el puro conocimiento o bien requieran de una especial valoración, o se les refiera al motivo o fin de la conducta descrita⁴.

A fin de verificar la existencia del concurso de normas entre los tipos penales en cuestión, es de señalar los elementos que constituyen rasgos comunes de las figuras delictivas, para después determinar cuales son los caracteres que las distinguen y poder establecer cuando una figura comprende a la otra, en razón de que sus elementos objetivos, normativos y subjetivos tengan una amplitud mayor que sea capaz de absorber a la figura de menor amplitud excluyendo consecuentemente su aplicación.

Así en función al verbo rector contenido en los tipos penales a examen, tenemos que el artículo 368 bis del Ordenamiento Penal contempla como hipótesis de conducta (de acción exclusivamente) al poseer, enajenar, traficar, adquirir o recibir los instrumentos, objetos o productos del robo; por su parte el artículo 400 del mismo Ordenamiento en su fracción I prevé las hipótesis de adquirir, recibir u ocultar el producto del delito; de lo que se advierte que ambos numerales son coincidentes en cuanto regulan las hipótesis de adquirir o recibir los productos de un delito.

En cuanto al bien jurídico tutelado, se advierte que el artículo 368 bis, tutela el patrimonio, dado que el sujeto activo obra con la finalidad de obtener un beneficio

⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Concurso Áparente de Normas. Editorial Porrúa S.A., Tercera Edición, México 1989, Pág. 72 y 73.

económico (lucro), con la consiguiente disminución del patrimonio del pasivo; y, el encubrimiento (en las hipótesis de receptación), la finalidad perseguida por el sujeto activo es la obtención de un lucro, por consiguiente se afecta de igual forma el patrimonio del pasivo (siendo que en las hipótesis de encubrimiento por favorecimiento real o personal, lo que se impide es la averiguación de los hechos o en su caso el ocultamiento del responsable y de los efectos del delito, lesionando como bien jurídico a la administración de justicia); de lo que se desprende que ambos numerales lesionan al patrimonio en las hipótesis señaladas.

Por lo que hace a la existencia de presupuestos del delito en el caso a estudio ambas figuras requieren la existencia previa de un delito para cobrar vida jurídica, así el numeral 368 bis requiere para su configuración el que se haya cometido un delito de robo en el que el sujeto activo no haya participado y con motivo de tal ilícito posea, enajene, trafique, adquiera o reciba los instrumentos, objetos o productos del robo; mientras que el artículo 400 fracción I requiere como presupuesto el haberse cometido un delito (pudiendo ser de cualquiera naturaleza) en el que el sujeto activo no haya tenido intervención y adquiera, reciba u oculte el producto de aquél, de lo que se deduce coincidencia en cuanto a la accesoriadad de estos ilícitos, pues requieren la verificación previa de otro delito para poder constatar su existencia.

En cuanto a los objetos materiales del delito y circunstancias de comisión (temporales únicamente), ambos tipos son coincidentes en referirse a objetos que tengan como origen un delito anterior los que deben ser adquiridos, recibidos (artículo 368 bis y 400 fracción I del Código Penal), poseídos, enajenados,

traficados (artículo 368 bis) u ocultados (artículo 400 fracción I), destacando que el artículo 368 bis exige que tales objetos deben tener como valor intrínseco un monto superior a quinientas veces el salario; por lo que hace a la circunstancia de comisión relativa al tiempo, han de ejecutarse tales conductas con posterioridad a la ejecución de un delito cualquiera (artículo 400 fracción I) o de un robo (artículo 368 bis) en el que el sujeto activo no tomo parte.

Finalmente en cuanto a los elementos subjetivos es de señalar que ambos tipos en cuanto al genérico requieren que el sujeto activo tenga conocimiento de que los objetos que recibe, adquiere, etc, son procedentes de un delito previo en el que no participó de lo que se deduce su conocimiento de los elementos del tipo y la aceptación de su realización, configurándose entonces, tales delitos exclusivamente de manera dolosa, pues la expresión "...a sabiendas de ésta circunstancia..." (artículo 368 bis y 400 fracción I) da lugar a ello, pues no cabe la posibilidad de que tales delitos se ejecuten sin ese conocimiento; pues en caso contrario, daría lugar a una atipicidad por falta del elemento subjetivo traducido en el dolo; en cuanto al elemento subjetivo específico, éste se traduce en el ánimo de lucro del sujeto activo, pues al adquirir, recibir, poseer, enajenar, traficar (con exclusión de ocultar, pues se trata de una hipótesis de favorecimiento) la finalidad del agente activo es precisamente la de obtener un provecho para sí o para otro, ya sea enajenando o traficando los objetos y de ésta manera obtener el dinero producto de esas transacciones, o bien adquiriendo, recibiendo o poseyendo los objetos con el consiguiente beneficio que proporciona el servirse de ellos.

En este orden de ideas podemos establecer que se presenta el concurso de normas entre los numerales en estudio, sólo en cuanto hace a las hipótesis de adquirir o recibir el producto del un delito (sólo tratándose del delito de robo) cuyo monto sea superior a quinientas veces el salario, sin que el sujeto activo haya participado en el delito preexistente y con conocimiento de esa circunstancia; lo anterior se ilustra con el siguiente ejemplo: El sujeto activo adquiere o recibe el producto de un delito (concretamente del de robo) teniendo pleno conocimiento de la procedencia de tales objetos, cuyo valor es superior a quinientas veces el salario y sin haber participado en ese delito, con la consiguiente finalidad de obtener un lucro, es de señalar que los tipos penales en estudio presentan rasgos comunes, en cuanto al bien jurídico que tutelan (patrimonio), en cuanto a la conducta del sujeto, expresada en forma positiva (adquirir o recibir) y en cuanto a los elementos subjetivos; no obstante que el numeral 368 bis contiene una especial calidad en cuanto al delito del que provienen los productos que se reciben o adquieren (que necesariamente ha de ser el de robo), y en cuanto al valor de los objetos cuyo monto ha de ser superior a las quinientas veces el salario, lo que le da el carácter de figura especial en relación al tipo de encubrimiento (figura general), lo que trae como consecuencia que en el ejemplo planteado la norma que se aplica es precisamente la considerada especial (dado que sus elementos objetivos, normativos y aún subjetivos tienen una amplitud mayor que es capaz de absorber a la figura menor -encubrimiento-), excluyendo la aplicación de la otra atento al principio de especialidad.

CONCLUSIONES.

1.- El tipo previsto por el artículo 368 bis del Código Penal, como tipo independiente protege el bien jurídico del patrimonio.

2.- La anterior afirmación tiene como sustento el hecho de que dicho numeral señala la circunstancia en que el sujeto activo obtiene un beneficio para sí o para otro a través de la posesión, enajenación, tráfico, adquisición o recepción de los objetos o productos del delito de robo en el que no tuvo participación, afectándose indudablemente el patrimonio del sujeto pasivo.

3.- El numeral 368 bis del Código Penal establece una característica específica en cuanto al objeto del delito, pues requiere para su integración que el monto o valor de éste sea superior a 500 quinientas veces el salario, lo que trae como consecuencia que se deje un vacío en la ley, dado que deja fuera de su previsión las cosas cuyo monto sea menor 500 quinientas veces el salario mínimo; en esas condiciones al no acreditarse que el objeto o producto derivado del robo sea superior a quinientas veces el salario mínimo en cuanto a su valor, existirá una atipicidad por no acreditarse tal característica del objeto del delito.

4.- En el artículo 368 bis del Código Penal, se pueden dar todas las formas de participación previstas en el artículo 13 del mismo ordenamiento, excepto la dispuesta por la fracción VIII de dicho artículo que se refiere a la participación o complicidad correspectiva.

5.- El tipo previsto por el artículo 368 bis del Código Punitivo sólo puede cometerse de forma dolosa, ya que exige para su integración que el activo del delito tenga conocimiento de que los objetos son producto procedentes de un delito de robo, lo que revela que se trata de un delito de comisión eminentemente dolosa.

6.- En el caso de que el sujeto activo no tuviera conocimiento de que los objetos que adquiere, recibe, posee, enajena o trafica son de procedencia ilícita, se daría una atipicidad por faltar del elemento subjetivo dolo.

7.- El artículo 400 del Código Penal, en su fracción I protege el bien jurídico del patrimonio (en las hipótesis de receptación) y en su fracción III tutela el bien jurídico consistente en la administración de justicia (en las hipótesis de favorecimiento real y personal).

8.- El artículo 400 en sus fracciones I y III del Código Penal sólo admite la autoría material y la coautoría como grados de participación de los sujetos activos del delito, de acuerdo a lo establecido por el artículo 13 del mismo Ordenamiento.

9.- El artículo 368 bis del Código Penal guarda relación con el artículo 400 fracción I del mismo Ordenamiento ya que establecen las hipótesis de adquirir, recibir y poseer, teniendo el mismo significado tales conceptos, además de que dichas conductas sólo pueden ser cometidas por medio de la receptación.

10.- En el caso de que las hipótesis de recibir, adquirir y poseer recaigan sobre objetos cuyo valor sea menor a 500 veces el salario mínimo (hipótesis reguladas por el artículo 368 bis del Código Penal), quedan enmarcadas dentro de lo dispuesto por la fracción I del artículo 400 del Código Sustantivo de la Materia.

11.- El artículo 368 bis y 400 fracciones I y III del Código Penal requieren como presupuesto que se haya cometido un delito en el que el sujeto activo no hubiese participado; en el caso del primer numeral citado es el delito de robo y en el segundo requiere la realización previa de cualquier ilícito.

12.- Los artículos 368 bis y 400 fracciones I y III del Código Punitivo tienen los mismos antecedentes desde el Código Penal de 1931, atendiendo a las hipótesis

que regulan ambos; siendo éstas: la posesión, la adquisición, la enajenación,, el tráfico, la receptación y el ocultamiento de los los productos o instrumentos del ilícito de robo.

13.- Se puede constatar un concurso aparente de normas entre lo preceptos señalados, toda vez que ambos (artículo 368 bis y 400 fracciones I y III del Código Penal) regulan conductas aparentemente similares, pudiendo aplicarse uno u otro artículo.

14.- El concurso aparente de normas puede presentarse solo en cuanto a las hipótesis de adquirir o recibir el producto del delito de robo, siempre que el valor intrínseco de los objetos del delito sea superior a quinientas veces el salario mínimo y sin que el sujeto haya tenido participación en ese ilícito.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- BACIGALUPO, Enrique. Manual de derecho Penal, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá Colombia 1989.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa S.A., Décimo Séptima Edición, México 1991.
- 3.- CREUS, Carlos. Derecho Penal Parte Especial, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires Argentina, 1990.
- 4.- CLAUS, Roxin. Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico, Ediciones de palma, Buenos Aires Argentina 1979.
- 5.- CONDE PUMPIDO FERREIRO, Candido. Encubrimiento y Receptación, Editorial Bosch, Barcelona España, 1955
- 6.- DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel, La Autoría y Participación en Derecho Penal, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona España, 1991.
- 7.-FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Abeledo-Perrot, Décima tercera edición, Buenos Aires argentina 1990.
- 8.- GOMEZ BENITEZ, Jose Manuel. Teoría Jurídica del Delito, Editorial Civitas S.A. España 1984.
- 9.- GRAF ZU DONHA, Alexander. La Estructura de la Teoría del Delito, Editorial Abeledo-Perrot, Cuarta Edición, Buenos aires argentina 1936.
- 10.- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Tercera Edición, Buenos Aires Argentina 1990.
- 11.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa S. A. Sexta Edición, México 1986.
- 12.- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1990.
- 13.-PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Concurso Aparente de Normas, Editorial Porrúa S.A., Tercera Edición, México 1989.
- 14.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos a la Parte general de Derecho Penal, Editorial Porrúa S.A., Décimo Sexta Edición, México 1994.
- 15.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Programa de Derecho Penal, Editorial trillas, Tercera Edición, México 1990.

- 16.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. El delito de Robo Simple, Complementado calificado, Equiparado y de Uso, Editorial Trillas, México 1991.
- 17.- SAINZ CANTERO, José A. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Bosch Casa Editorial S.A., Tercera Edición, Barcelona España 1990.
- 18.- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición Castellana, Chile 1993.
- 19.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor, Cuarta Edición, México 1990.
- 20.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Teoría del Delito, Editorial EDIAR, Buenos Aires Argentina, 1973.
- 21.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1990.
- 22.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General, tomo III, Editorial EDIAR, Buenos Aires Argentina, 1981.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

- 1.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Quincuagésima Sexta Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1996.
- 2.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Cuarta Edición, Editorial Sista S.A. de C.V., México 1996.
- 3.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia del fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Editorial Publicaciones Farrera, México 1931.
- 4.- Código penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Editorial Publicaciones Farrera, Octava Edición, México 1945.
- 5.- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa S.A., Cuadragésima primera Edición, México 1983.

OTRAS FUENTES.

- 1.- Diccionario Austral de la Lengua Española, Editorial Espasa Calpe, Madrid España 1989.**
- 2.- Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa S.A., Primera Reimpresión, Tomos I, IV y VII, México 1985.**
- 3.- Diccionario Santillana del Español, Editorial Santillana S.A., México 1993.**