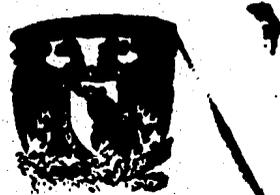


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 367
DEL CODIGO PENAL VIGENTE
R O B O**



**FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ESTELA ROSARIO LOPEZ ARELLANO**



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 está 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.

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

El estudio del delito de robo contemplado en el artículo 367 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, comprende todos y cada uno de los elementos que lo integran, como son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la inculpabilidad; además de la inimputabilidad y de los aspectos negativos así como el "Iter Criminis" o camino del delito, todo con el objeto de llegar a un entendimiento integral de este ilícito penal y de la eficacia o ineficacia de la punibilidad.

Los estudiosos del derecho tienen sus conceptos - respecto a cada uno de los elementos, en virtud de que cada uno tiene una manera de pensar diferente, es decir, cada uno tiene su punto de vista muy personal y que por tal deben ser respetados, para que en algún momento podamos exigir el mismo respeto al comentarse nuestra posición respecto a estos pilares fundamentales en la doctrina.

El interés de estudiar el delito de robo es por - considerarlo un delito interesante y que se presenta en la vida diaria y en cualquier lugar de nuestro planeta, por -- ser un delito fácil de cometer, hasta cierto punto, porque es bien sabido que tenemos herencias colectivas que vienen de generación en generación, desde los primeros pobladores de la tierra al considerar que todo está a su disposición--

y que, por ende, pueden disponer de lo que les rodea; entonces, con esta herencia colectiva es hasta cierto punto fácil cometerlo, podríamos preguntar qué persona se ha abstenido de tener siquiera un pensamiento o deseo de apoderarse de un algún objeto que no es de su propiedad. Ahora bien, algunas personas se pueden abstener de cometer un robo por pequeño - que sea la cuantía del mismo, pero existen también individuos que no pueden evitar el llevarlo a cabo y, por consecuencia, se crea en ese momento una conducta antijurídica y -- desde luego antisocial, pues se trata de un resultado dañoso y que precisamente el poder legislativo toma en consideración para tipificar una conducta como un hecho antisocial y -- que desea castigarla con una pena pecuniaria o con la privación de la libertad del sujeto activo del delito, siempre y cuando su conducta reúna todos los elementos que requiere la Ley, en este caso del delito de robo, cuya configuración requiere, además de realizarse la conducta típica, el ser anti jurídica y culpable.

DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 367 DEL CODIGO

PENAL VIGENTE

ROBO

CAPITULO 1

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE ROBO.

A. En la Legislación Mexicana.

El Pueblo Azteca, como todos los demás pueblos que se establecieron en el territorio de la hoy República Mexicana, al principio de su organización se regían por los usos y costumbres, los cuales fueron desarrollándose con el transcurso del tiempo hasta que se convirtieron en leyes, y así podemos observar que existía una gran variedad de figuras jurídicas, entre las cuales se encontraba regulado el delito de robo -- en el capítulo de las "Leyes Sociales" que a continuación se señalan:

1.- El hijo de un principal si era ladrón se le aplicaba la pena de muerte.

2.- El hijo de un Macehual si era ladrón se le castigaba con la esclavitud.

3.- El robo de magueyes, redes, canoas, si el ladrón no las pagaba con una cierta cantidad de mantas, era castigado convirtiéndolo en esclavo.

4.- Quien hurtara más de veinte mazorcas y robara el calabazo del tabaco era castigado con la pena de muerte, a diferencia del robo de las mazorcas, quien robara el calabazo del tabaco era muerto a palos.

5.- Refiriéndose a los saltadores de caminos o quien -

robaba en el mercado, se le condenaba a la lapidación pública.

6.- Al tetzotzomme o ladrón de casas habitación, se le sancionaba con la pena capital, apedreándole.

(Cabe señalar que también se conocían las causas de justificación como son:)

7.- Robar espigas de maíz por hambre (robo de famélico).

8.- Apoderarse de dos mazorcas de maíz, sin el consentimiento del dueño para satisfacer el hambre.

9.- El despojar un soldado a su enemigo, de sus armas y vestiduras, en épocas de guerra. (1)

10.- El ladrón de joyas y oro era sancionado paseándole con ignominia por todas las calles de la ciudad, y después moría sacrificado en la fiesta de los plateros y joyistas; quienes rendían culto a su dios Xipe. (2)

En el México precortesiano, se sancionó penalmente todo delito patrimonial, previendo ya el legislador, que tales ilícitos implicaban, como señala González de la Vega, una lesión económica más o menos completa o permanente.

En los casos de robo por necesidad se debe agregar el hecho de que un delito cometido por un menor de diez años operaba una causa de justificación porque se le exentaba la imposición de una sanción penal. Es decir, la responsabilidad penal de las personas se fincaba en la edad.

En las 80 Leyes Acolhuas también encontramos disposiciones referentes al delito de robo y estas son las siguientes:

"Al ladrón si hurtaba en poblado y dentro de las casas-

como fuese de poco valor del hurto, era esclavo de quien --
había hurtado, como no hubiese horadado la casa, porque el --
que lo hacía moría ahorcado; y lo mismo el que hurtaba cosa-
de valor y cantidad, o en la plaza o en el campo, aunque no-
fuese más de siete mazorcas, porque el que hurtaba en el cam-
po lo mataban, dándole con una porra en la cabeza". (3)

Estas disposiciones fueron establecidas por el Rey - --
Nezahualcoyotzin de la ciudad de Tetzcuco, y en los demás --
pueblos que formaban su imperio por ejemplo Colhuacan, Tapa-
necapan, Chimalpan, etc.

El 30 de junio de 1546, entró en vigor el "Código Penal
u Ordenanza para el Gobierno de los Indios", expedido por el
Rey de España Carlos V, y quien lo ejecutó fué el Virrey de
la Nueva España Don Antonio de Mendoza. (4)

Este Ordenamiento contenía 36 disposiciones o artículos
en los cuales se encuentra la referencia a los castigos que-
se les aplicaban a los que no acudieran a oír el sermón a la
iglesia, el adulterio, el homicidio, el incesto, el robo, -
etc. Respecto al robo textualmente la disposición dice: "Que
ninguno hurte ni tome lo ajeno, y si lo hiciere, le den azo-
tes públicamente por la primera vez, y por la segunda, sea -
traído a la Cárcel Real de esta Corte, con la información".-
(5)

Debemos darnos cuenta que desde nuestros antepasados --
siempre se han tenido ideas de lo que es justo y de lo que -
deja de serlo, es por ello que existe el derecho, pero no se
debe dudar que así como tenemos herencias congénitas también

tenemos herencias intelectuales, es decir, así como los hijos se parecen a sus padres en el aspecto físico, también -- se pueden parecer en el aspecto intelectual; se llega a la anterior conclusión porque si el primer hombre que existió -- en la tierra era libre en toda la extensión de la palabra -- y al unísono dueño de todo lo que existiera a su alrededor, -- es por ello que en algún momento al hombre actual viene a su memoria el instinto de propiedad y toma o se apodera de lo -- que esta a su alcance, debiendo aclarar que es por eso que -- existen delincuentes natos como lo señala el criminólogo César Lombroso.

B. Modificación en los Códigos Penales de 1871, 1929 y 1931.

El delito de Robo está regulado en el Código Penal de -- 1871 en el "Libro Tercero de los Delitos en Particular", Título Primero.

Delitos Contra la propiedad. Capítulo 1; Reglas Generales. Este delito está comprendido en 37 artículos, que son -- del 368 al 404 del Código del 7 de diciembre de 1871 realizado por el congreso de la Unión. Puesto en vigor el día 10 -- de abril de 1872, estando de Presidente el Licenciado Benito Juárez García, ordenamiento reformado por el Presidente Don Porfirio Díaz en 1906.

En este Código se regula el grado de intención, las circunstancias agravantes, considerando también la edad y el -- sexo del sujeto pasivo del delito.

El Código Penal de 1871 regulaba el delito de robo casi en una forma idéntica a la actual, pero no en su totalidad --

en virtud de que se habla de fraude cuando existe destrucción y substracción de cosa mueble ejecutada por el dueño, - de la situación del sujeto pasivo del delito, se le aplicaba un año de prisión, cuando se despojara a un cadáver; dos - - años al robo de correspondencia pública; tres años al robo - de durmientes, plancha, claves, elementos componentes de la vía del tren; de seis años de prisión el detener un vagón -- y robar a sus pasajeros o la carga, poniendo un objeto en - la vía como estorbo y si esto ocasionaba que algún individuo perdiera la vida, al sujeto activo del delito se le castigaba con la pena capital, o muerte.

Ahora bien en éste último párrafo se menciona que si se ponía un objeto estorboso en la vía y detenía el vagón, y -- alguien muriera, pero que pasaba cuando el sujeto activo iba también como pasajero y en un momento determinado cometía -- el ilícito penal, por lo que se interpreta, ya no se le aplicaría la pena de muerte si perdía la vida un individuo, sino otra sanción completamente diferente.

Una de las agravantes del robo era el cometer el delito usurpando funciones públicas, en lo demás, el delito de robo se regulaba en forma igual como en la actualidad.

Existía ya una diferencia entre violencia física y violencia moral, y se presentaba cuando se cometía a persona -- distinta de la robada y para proteger la cosa robada.

Una de las diferencias del Código Penal actual del de - 1871 estriba en que en el artículo 404 del último ordenamiento se regulaba la pena capital cuando se efectuaba el robo -

en camino público y resulte como consecuencia, un homicidio, una violación, lesiones, etc.

Ahora bien debemos señalar que el delito de robo no ha sufrido muchas modificaciones en los artículos que lo contemplan.

En el Código Penal de 1929 se regulaba la figura del robo en treinta y uno, artículos del 1112 al 1143 de lo que -- se desprende que este Código Penal regulaba más situaciones-jurídicas que el Código de 1931 y del actual, en virtud el delito de robo se contemplaba el peculado, derecho familiar; agravantes del delito, violación de sellos, etc.

El Código Penal de 1931 no sufre grandes modificaciones ésta figura sólo en la numeración de los artículos, lo cual no tiene la menor importancia. Este delito se encuentra regulado en 15 artículos del 352 al 365. Por lo anterior se nota que el Código Penal de los años de 1971 y 1929 se extendían más en la regulación del delito de robo.

C. Regulación Jurídica Actual.

El Código Penal vigente es el que realizó el Congreso de la Unión en 1931, teniendo modificaciones en cuanto a la figura jurídica del robo el cual se contempla de los artículos 367 al 281 Bis, es decir en 17 artículos, por ejemplo, - en el artículo 380 se hace referencia al robo de uso, en el cual se considera que si se tiene la intención de devolver-- la cosa, se aplicara una sanción menor al responsable sin tomar en cuenta que al ofendido se le causa perjuicios.

Debemos hacer ver que a pesar de las modificaciones de

los Códigos Penales en el delito de robo la descripción si-- que siendo la misma y que a continuación se transcribe:

Artículo 367.- "Comete el delito de robo: el que se apo-- dera de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimien-- to de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

El maestro Mariano Jiménez Huerta realiza el estudio -- de todos y cada uno de los elementos del tipo o del delito-- de robo, y así habla del apoderamiento, el cual lo considera el núcleo del tipo puesto que el Diccionario de la Academia-- Española da el significado de "Ponerla bajo su poder", pero-- el maestro analiza acertadamente esta situación en la que -- pueda ponerla bajo su poder, anteriormente debió estar la co-- sa robada en poder de otra persona para que se pueda obtener la perfección del delito. (6)

Existen varias teorías que hablan del apoderamiento y - que se describen a continuación:

La teoría más antigua habla del apoderamiento por toca-- miento o contrectatio y es cuando el sujeto activo del deli-- to ha tocado la cosa mueble, desde ese momento se considera-- que ya existe aprehensión de la cosa, por lo que con esta -- teoría no estamos de acuerdo, en virtud de que no sólo basta tocarla, porque si así fuera, las agencias del Ministerio Pú-- blico estarían saturadas con robos por el sólo tocamiento, -- aunque no haya sido con la intención de apoderarse del obje-- to.

Ahora debemos cimentar la teoría de la amatio, para po--

der entenderla, también llamada de la remoción, y es que -- exige que la cosa robada no se encuentre en el mismo lugar -- en que se encontraba antes de cometerse el delito, (remoción preparatoria), quita para poder robar (remoción definitiva) -- lo traslada para poder también robarla.

La teoría de la ablatio; es complemento de la amatio -- y señala que para que el robo se considere consumado es necesario:

a) Que la cosa robada sea transferida de un lugar a -- otro por el sujeto activo del delito.

b) Que la transferencia sea consecuencia absoluta de -- una acción volitiva del inculcado. (7)

La teoría de la illatio, es en la que existe la translación de la cosa mueble robada a un lugar designado por el sujeto activo del delito, donde estará bajo su custodia y seguridad; el artículo 369 del Código Penal vigente, señala que existe apoderamiento cuando la cosa mueble robada del sujeto pasivo al sujeto activo.

Al respecto la Suprema Corte dice: "El apoderamiento en el robo no es sino la acción por el cual el agente activo -- del delito toma la cosa que no tenía, privando así del objeto a su propietario o detentador legítimo", y la posible -- afirmación del delincuente de que el apoderamiento no lo realizó con el ánimo, de adueñarse de la cosa, sino que lo hizo para pagarse una deuda, por lo que sería absurda esta afirmación en virtud de que ningún individuo puede hacerse justicia por su propia mano, mucho menos en forma violenta.

El objeto materia del robo debe ser patrimonio de la persona que en un momento determinado es el sujeto pasivo -- del delito, pero no sólo que la cosa sea parte de su patrimonio, sino que esté bajo el cuidado de él mismo, porque si se le dá la interpretación de propiedad o patrimonio a la cosa ajena, el supuesto sujeto activo del delito no cometería el robo, porque si la persona pasiva tiene una cosa en su poder y detenta la posesión y no la propiedad entonces no se cometería el referido delito.

Ahora bien, si la cosa es abandonada por el titular entonces no podrá configurarse el delito si una persona se apodera de ella, aunque el Código Civil señale en su artículo - 774 que deberá ser entregada a la autoridad, lo cual ninguna persona lo hace, porque es bien sabido que la autoridad en estos tiempos lo que va a hacer es apropiársela, para uso -- personal, por lo que es preferible apropiársela, para beneficio de quien la encuentra.

En el caso de que la cosa se encuentre perdida y la encuentra una persona, tampoco será responsable del delito de robo; porque no se conoce quien es el dueño, pero no por eso se va a poder disponer de cualquier cosa, ejemplo: un automóvil que se encuentra en vía pública, eso no significa que -- haya sido perdido por el propietario, sino que sigue deteniendo la posesión y la propiedad. (10)

En cuento a que en un momento determinado la persona -- disponga de su propiedad estando en posesión de otro sujeto-

Ya habiendo hablado del apoderamiento y que es con la finalidad de satisfacer una necesidad del sujeto activo, es decir, que se comete el delito de robo para obtener un lucro y así poder solventar sus necesidades, ahora hablaremos de:

LA COSA

La cosa es todo bien, pero no todo bien es una cosa, -- para el derecho penal la cosa es todo aquello que puede ser removido materialmente por el hombre del lugar donde se encuentra.

Lo anterior presupone que las cosas incorpóreas como son el agua y la energía eléctrica no pueden ser objeto de apoderamiento pero sí pueden ser aprovechados, se observa -- que el artículo 368 del Código Penal al señalar que se equipara al robo "el aprovechamiento de energía eléctrica o de cualquier otro fluido, entonces existe contradicción en lo que se refiere a las palabras de aprovechamiento y apoderamiento, en virtud de tener diferente significado, y que no es el exigido por el artículo 367 del mismo ordenamiento.

La cosa, para que pueda ser objeto del delito de robo, -- debe ser valorada ya sea pecuniariamente o inestimable, en lo último, no estoy de acuerdo puesto que muy claramente el artículo 371 del Código Penal señala que "para estimar la cuantía del robo se atenderá exclusivamente el valor intrínseco del objeto", porque puede ser posible, que una persona quiera u ocupe un objeto que no tenga gran valor pero que pueda decir el individuo que no lo cambiaría por todo el oro del mundo", entonces al denunciar el robo y preguntarle el agente

del Ministerio Público en cuánto valua el objeto robado, el denunciante puede contestar, "vale todo el oro del mundo".

Ahora bien, si el objeto no tiene valor pecuniario ni de afección no puede tipificarse la conducta porque se carecería del interés jurídico tutelado.

Se debe hablar de que el Código Penal señala que comete el delito de robo; el que se apodera de una cosa ajena mueble, entonces si no es sólo una cosa no se comete el delito de robo, o se debe dar una interpretación diferente a lo que se refiere la palabra una que es la unidad, singularidad, -- individualidad, por que no sería integrado el interés jurídico tutelado cuando se robará el sujeto activo de delito más de una cosa. (8)

MUEBLE

No es necesario dar una explicación amplia respecto a la palabra mueble, en virtud de que es considerada como una cosa corporal susceptible de ser removida materialmente del lugar donde se encuentra.

Aún los bienes muebles que pasan a ser inmuebles por -- accesión, pueden ser objeto del delito de robo, pues bien -- si los accesorios de un inmueble se seguirán considerando in mueble por accesión, ya no podría configurarse el delito de robo, porque bien claro lo estipula el Código Penal que debe ser mueble, ahora que en realidad al Derecho Penal no le interesa que la cosa sea mueble o inmueble, sino que pueda ser removida de un lugar a otro. (9)

AJENA

por alguna de las figuras jurídicas de la rama civil, como es el usufructo, comodato, arrendamiento, el Código Penal señala que el que disponga o destruya será responsable del delito de robo, por lo que se nota que también aquí existe contradicción en la redacción en el artículo de robo, en virtud a que se refiere al que se apodere y no al que substraiga o destruya porque desde mi personalísimo punto de vista configuraría otro tipo de ilícito.

SIN DERECHO Y SIN CONSENTIMIENTO

Se considera que existe redundancia en la redacción del artículo 367 en cuanto a que si es apoderamiento de una cosa ajena, es de suponerse que es sin el derecho y sin consentimiento de quien detenta la propiedad porque bien es cierto que si la persona da un objeto de su patrimonio, estará realizando un acto jurídico lícito, pero si otra persona se apodera de una cosa ajena, entonces ella sería responsable del hecho antijurídico (11).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) GARIBAY K. ANGEL MARIA. Teogonía e Historia de los Mexicanos. Editorial Porrúa, S. A. México. 1956. Págs. 88 a 90.
- (2) LEON CARBAJAL FRANCISCO. Discurso Sobre la Legislación de los Antiguos Mexicanos. Tipografía de Juan Abadiano. - - México. 1864. Pág. 82.
- (3) DE ALVA IXTLIXOCHITL FERNANDO. Obras Históricas. Edit.- UNAM. México 1977. Pág. 102.
- (4) DE LA CERNA JACINTO, PONCE PEDRO, DE FERIA PEDRO. Tratado de las Idolatrías, Supersticiones, Dioses, Ritos, Hechicerías y Otras costumbres Gentilicias de las Razas Aborígenes de México. Edit. Navarro, Edic. Fuente Cultural. México. 1953. Pág. 403.
- (5) Idem, Pág. 413.
- (6) JIMENEZ HUERTA MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Edit. -- Porrúa, S. A. Tomo IV. México. 1977. 3a. Edic. Pág. 27.
- (7) Idem. Pág. 29
- (8) Idem. Págs. 38-45
- (9) Idem. Págs. 45-46
- (10) Idem. Págs. 46-55
- (11) Idem. Págs. 56-58.

CAPITULO II

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ROBO (POSITIVOS)

A. LA CONDUCTA.

Hasta el momento los autores no se han puesto de acuerdo en definir lo que es el elemento objetivo del delito que algunos se refieren al acto, otros a la cesión, otros al hecho.

El maestro Celestino Porte Petit señala que el elemento objetivo del delito es la conducta, aunque también se refiere a que se le puede llamar hecho, pero cuando se trata de un comportamiento voluntario, de acción o de omisión, se le llamará conducta, y si ésta se encuentra unida por un nexo causal se le nombrará hecho. (1)

Mariano Jiménez Huerta dice que el elemento objetivo del delito es la conducta porque no solamente son diversas formas en que el ser humano se relaciona con el mundo exterior, sino que también refleja el sentido finalista de la acción o la inercia del hombre que integra un comportamiento dado. (2)

Otro actor como Luis Jiménez de Asúa manifiesta "El primer carácter del Delito es de ser un acto o indistintamente acción latu sensu y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del mundo de la naturaleza; el acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que la ejecuta".

Este mismo autor señala que usa la palabra acto en una expresión amplia, comprendiendo el aspecto positivo de acción y el negativo de omisión, por lo tanto, se refiere a la manifestación de voluntad mediante la acción u omisión causan un

cambio en el mundo externo.

El maestro Fernando Castellanos Tena es preciso en su concepto a este respecto al referirse "Preferimos el término conducta, ya que dentro de él se puede incluir correctamente el hacer positivo del sujeto, como el negativo el acentuar y el abstenerse". (3)

Para concluir debemos señalar que el elemento objetivo del delito en general habrá de ser la conducta por lo se anotarán a continuación los siguientes conceptos:

Don Fernando Castellanos Tena define la conducta como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito. (4)

Para Celestino Porte Petit, es un hacer voluntario ó un no hacer voluntario (olvido). (5)

La Jurisprudencia en su existencia define a la conducta como el comportamiento corporal voluntario. (6)

La Conducta en el Delito a Estudio

En este trabajo habremos de ocuparnos del delito de robo previsto en el artículo 367 de la Ley Penay que dice "Comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena, mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella, con arreglo a la ley".

Haciendo un análisis de este delito nos encontramos con la forma de conducta requerida para ese tipo de delito, es el de la acción (el hacer del hombre), no siendo posible que se presentase la omisión simple, pero sí puede presentarse la comisión por omisión.

Francisco Pavón Vasconcelos dice "La acción típica en el delito de robo está expresada en la Ley"; el término "apoderarse", que para los efectos de la sanción, el artículo 369 señala que se dará por consumado el robo desde el momento en el que el ladrón tenga en su poder la cosa robada, no importa que la abandone o lo desapoderen de ella.

Francisco González de la Vega señala que "El elemento principal del delito es el apoderamiento:. Porque dicho elemento permite diferenciar el robo de otros delitos, como el enriquecimiento ilegítimo y constituye la acción conmutativa.

(7)

Con lo señalado por este autor podemos afirmar que este delito es de acción por referirse al apoderamiento de la cosa ajena mueble, por parte del sujeto, es decir, el movimiento voluntario corporal de aprehender y sustraer la cosa del que la posee.

El apoderamiento significa "ponerla bajo su poder", y para ello se necesita que la cosa se encuentre en manos de otro poseedor. El apoderamiento va a depender de que concurren los demás elementos del delito de robo, es decir, el perfeccionamiento del delito.

Jiménez Huerta está de acuerdo con lo que señaló Francisco Carrara quien también aceptaba la teoría de la Illatio de la cual ya se hizo mención.

Desde un punto de vista muy personal se considera que el Código Penal vigente en su artículo 369 se amolda a la teoría del tocamiento o contreatatio, en virtud de que para la apli-

cación de la sanción se tomará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tenga en su poder el objeto robado.

Cabe hablar del apoderamiento cuando la cosa se encontraba en manos del sujeto activo, es decir, que mientras no se tenga el ánimo de apropiarse de la cosa en calidad de dueño, no se configurará el delito; pero si después de poseerla, el sujeto activo en virtud de que el propietario de la misma le ha dado esa autoridad, pero no para adueñarse de la cosa, sino con otra finalidad.

Le nace el ánimo de apoderarse de ella, como nos la ejemplifica el mismo autor al referirse al dependiente de una tienda de relojes en que el sujeto traslada de un lugar a otro el objeto; y posteriormente en vez de regresarla a su lugar la entrega a su cómplice o la guarda en un lugar seguro con el ánimo de dueño, y es lo mismo cuando "el infractor va hacia la cosa" o cuando la cosa va al infractor en el caso del consumidor de un restaurante que le ponen los cubiertos y éste se los lleva con el ánimo de apoderarse de los mismos.

El maestro Mariano Jiménez Huerta señala "sólo existe el delito de robo si el apoderamiento de la cosa que menciona el artículo 367 se efectúa por el sujeto activo para apropiársela o venderla".

B. TIPICIDAD.

Tipo Tipicidad.

Podríamos señalar que el tipo es lo que genera el delito, ya que si no existiera éste no podría llamársele una conducta

delictuosa, por tanto, el tipo es el símbolo representativo del delito o la figura de lo que debe ser un ilícito penal.

En sentido amplio se considera el delito mismo a la suma de los elementos constitutivos. Edmundo Mezger expresa que el término tipo en la Teoría General del Derecho es "El conjunto de todos los presupuestos cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. (8)

También se ha considerado en sentido más restringido al tipo como el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del tipo (específico), integrado por las notas especiales de una figura concreta del delito. Mezger dice que "El tipo es en el propio sentido jurídico penal", Ley en sus diversos artículos cuya realización es válida de la sanción penal. (9)

Ignacio Villalobos dice que el tipo es "La descripción del acto o del hecho injusto o antisocial precisamente valorado como tal, en su aspecto objetivo y externo. (10)

El maestro Don Fernando Castellanos Tena señala al "Tipo a veces es la descripción legal del delito y en otras ocasiones, la descripción del elemento objetivo del comportamiento como sucede en el homicidio. (Comete homicidio el que priva de la vida a otro). (11)

En consecuencia el legislador al crear un tipo debe tener en consideración como elementos principales del tipo a un sujeto activo que es el que realiza la acción, el sujeto pasivo es quien resiente el daño y el bien jurídico protegido y de más características necesarias para que se integre la -

figura delictiva.

I. DISTINCION ENTRE TIPO Y TIPICIDAD.

Por lo que respecta a la tipicidad, ésta es la adecuación de una conducta al tipo descrito por el legislador como ilícito, pudiéramos decir que la tipicidad es el delito real porque es el encuadramiento del comportamiento voluntario y humano a aquellas descripciones que el legislador ha hecho y que se consideran delictuosas, por lo que la diferencia - de tipo y tipicidad consiste en que una es la descripción y la otra es la adecuación ya de una conducta a aquella descripción.

El delito sólo se concibe en el mundo fáctico y la conducta del hombre es su condición necesaria, pero sólo la noción de "conducta" no es suficiente para la existencia del delito, se necesita que sea típica antijurídica y culpable por lo tanto, el tipo constituye un presupuesto general del delito; por ello existe la fórmula *Nullum Crimen sine Lege*.

La Tipicidad es pues como un elemento de concreción y conocimiento, como la adecuación de una conducta a una descripción legal y el tipo penal como anotamos anteriormente es la creación legislativa de una conducta que se estima delictuosa.

II. LA TIPICIDAD EN GENERAL.

Ya sabemos que la tipicidad es el encuadramiento de una conducta como la descripción hecha en la Ley o como la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa, tenemos algunos conceptos de tipicidad.

Celestino Porte Petit dice que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la fórmula *Nullum Crimen Sine Tipo*. Esta descripción la hace el estado de la conducta en las normas penales vigentes en el momento de la celebración de la conducta. (12)

Para Jiménez de Asúa la Tipicidad "Es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la Ley en cada especie de infracción". (13)

Se dice que fué en Alemania donde nació la Teoría de la Tipicidad en el derecho penal, anteriormente se pensaba que el tipo lo formaban en su totalidad los elementos del delito excluyendo el dolo y la culpa, pero al hacerse el estudio como ya hemos anotado, tenemos que referirnos a Belling, que al elaborar su teoría en el año de 1906 trató la Tipicidad en su fase inicial.

A través por lo expuesto por el tratadista Jiménez de Asúa diciendo que la "tipicidad tiene una función meramente descriptiva, apartándola totalmente de la antijuridicidad y de la culpabilidad, denominándose a esta fase de la independencia.

Posteriormente surge una fase llamada Indiciaria y que es la segunda que surge en el año de 1915 Max Ernesto Mayer que también lo interpreta Jiménez de Asúa, señalando que la tipicidad no es una descripción sino que le atribuye un valor indiciario de antijuridicidad aunque sigue manteniéndose la independencia en la tipicidad y la antijuridicidad. La tercera fase sería denominada la "Ratio Essendi", o sea, la

razón esencial de antijuridicidad, planteándose por Edmundo Mezger de 1926 a 1931, que al intepretarlo Jiménez de Asúa opina que "Para Mezger el delito es acción típicamente antijurídica y culpable, no en forma independiente sino que la conducta debe ser típicamente antijurídica entrelazando como razón esencial la antijuridicidad.

Así Edmundo Mezger tomando como base la tesis descrita opina que el tipo no es sólo iniciario de antijuridicidad, sino actúa como fundamento de la misma; es por así decirlo, su Ratio Essendi.

Por eso al dictar su definición de delito, no lo hace diciendo acción típica, antijurídica y culpable, sino "acción típicamente antijurídica y culpable". (14)

El maestro Castellano Tena hace una brillante crítica de la tesis de Mezger, dando para nuestro concepto la correcta relación de tipo antijuridicidad al decir "Que según Mezger, toda conducta típica es siempre antijurídica a menos que opere una causa de exclusión del injusto", para ello nosotros consideramos que desde el punto de vista normativo del Derecho, la antijuridicidad al contrario es ratio essendi del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicas las conductas en ellas descritas. (15)

En cuanto a la función legal y material del tipo y de la tipicidad, si se admite como se ha hecho, que el tipo es fundamento, razón de ser de la tipicidad, tendremos que admitir así mismo, que dicha función técnica consiste en delimitar y preveer la aparición de la misma. Por su parte la tipicidad

tiene como función técnica en nuestra opinión, la de servir de medio para la aplicación fáctica de los tipos legales.

Ahora cuando consideramos que el tipo sirve como medio para que el legislador, tomando en consideración a aquellas conductas tenidas de antijuridicidad, formule las disposiciones legales llamados delitos.

La tipicidad en este sentido tendrá como función la de conjuntar hechos estrictamente materiales y conceptos de riguroso orden abstracto legal.

Para Luis Jiménez de Asúa "La tipicidad desempeña una función determinadamente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal". (16)

Los elementos constitutivos del tipo que regularmente lo conforman, son de tres clases: Objetivos, Subjetivos y Normativos.

Los Objetivos son aquellos que cualifican la conducta tipificada limitándola regularmente en el aspecto de su resultado con base en referencias de diverso carácter como por ejemplo: los sujetos (activo y pasivo), el objeto, el lugar, la ocasión, el medio, etc.

"Si decimos que el homicidio consiste en "matar a un hombre" tenemos el delito del homicidio consumado; un resultado de la acción: la muerte de un sujeto. Todo lo que se haga - que no llegue a ser "matar" podrá ser otro delito, pero nunca homicidio. La descripción legal selecciona entre los resultados posibles uno determinado." (17)

La referencia de los sujetos se hace consistir en que en determinadas ocasiones el tipo exige calidad específica de los mismos, como por ejemplo: en el delito de traición a la Patria se exige la calidad de Mexicano, por nacimiento o por naturalización, o bien que la solicitud de pérdida de esa nacionalidad sea hecha 3 meses antes de declarada la guerra y que aún no se le haya otorgado al sujeto activo del delito. En el delito de Parricidio, el sujeto activo tiene que poseer la calidad de hijo del sujeto pasivo y conocer esa relación de parentesco. En este mismo delito el sujeto pasivo como es obvio, debe tener la calidad de padre del sujeto activo.

Por lo que respecta a la referencia del objeto tenemos que los tipos por lo regular concretizan en resultado a objetos determinados, por ejemplo: cosa ajena mueble, inmueble, cosa depositada, energía eléctrica (aprovechamiento ilegal), etc.

La modalidad de la referencia temporal consiste en determinar el tiempo de aparición del resultado. En el delito de aborto, la tipificación ocurre si la muerte del producto de la concepción se produce en cualquier momento de la preñez.

La referencia especial se limita a un sitio determinado, la tipificación del ilícito, por ejemplo: robo en casa habitada.

La referencia ocasional se utiliza para atenuar la pena, por ejemplo: el homicidio cometido en riña.

Y por último en algunos casos se exige para la tipificación del ilícito penal, la utilización de medios comisivos

específicos.

En el delito de estupro se requiere que la cópula se realice con mujer menor de 18 años, casta y honesta, conteniendo su consentimiento mediante seducción o engaño.

Jiménez de Asúa refiriéndose a los elementos subjetivos del tipo, describe "en numerosos casos el tipo no presenta una descripción objetiva, sino que se añaden a ella otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto". (18)

Como ejemplo de ésta idea, lo tenemos en el ya citado delito de parricidio, en que el inculcado a sabiendas del parentesco consanguíneo en primer grado que lo liga con su víctima comete el ilícito.

Los elementos normativos del tipo se refieren a valorizaciones de carácter jurídico y social, por parte del legislador, en principio, y del juzgador en última instancia en relación con determinados conceptos plasmados en la descripción legal del injusto.

En el mencionado delito de estupro, por ejemplo, es indispensable para determinar la tipificación, valorar jurídica y socialmente por parte del juzgador, haciéndose éste eco del legislador: los conceptos de castidad y honestidad femeninos.

En relación con el bien jurídicamente protegido dentro de las diversas nociones de bien jurídico, creemos acertada la del maestro Eugenio Cuello Calón: "Bien jurídico es todo aquello de naturaleza material o incorporal que sirve para

la satisfacción de necesidades humanas individuales o colectivas. (19)

C. ANTIJURIDICIDAD.

La Antijuridicidad en General.

Hemos hablado que de conformidad con la teoría tetratómica el delito debe entenderse como una acción típicamente antijurídica y culpable, concepto del inminente maestro alemán Edmundo Mezger en tal razón, los elementos del delito son: Conducta, tipicidad Antijuridicidad y Culpabilidad, pero estos elementos siguen un orden lógico, no siendo posible que pudiera pensarse que podrían darse unos antes y otros después, sino que tenemos que seguir el orden en que ya hemos enunciado; primeramente se dará la conducta que la que genera las demás consecuencias del hecho típico, posteriormente la tipicidad y en tercer lugar la antijuridicidad que es el elemento que estudiamos en este capítulo.

Así tenemos que el término antijuridicidad no solamente se emplea en el derecho penal, sino que se presenta en todas las ramas del derecho, así se puede hablar de antijuridicidad administrativa, civil, del trabajo, etc., por lo tanto, la antijuridicidad penal se ha afirmado que es el concepto negativo de la conducta frente al derecho, lógicamente existe dificultad para establecer el concepto y de acuerdo a la doctrina italiana moderna en nuestro concepto, la antijuridicidad es la esencia del delito.

Edmundo Mezger al referirse a la antijuridicidad señala "El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente,

en tanto no exista una causa de justificación de lo injusto".

(20)

Para Porte Petit el concepto de la antijuridicidad es: "Una conducta o hecho antijurídicos, cuando siendo típicos - no están protegidos por una causa de justificación". (21)

Jiménez Huerta dice: "Lo antijurídico implica desvalor surge un predicado de la conducta expresada negativamente y significa una reprobación jurídica que recae sobre el hecho, al ser puesto en relación y contraste con las esencias ideales que integran el orden jurídico, representa una negación del mundo del derecho en aquello que según la experiencia ética del hombre debía no ser, y es, sin embargo, por la victoria del hecho sobre la ley". (22). Vemos que este autor nos está dando un concepto valorativo de la antijuridicidad, aún cuando debemos decir que por ser éste un elemento negativo es difícil estructurar una definición al respecto.

Cuando se realice una conducta o un hecho adecuado al tipo se le tendrá como antijurídicos, en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación. En la actualidad así opera en los códigos penales, valiéndose de un procedimiento de excepción, es decir, en forma negativa.

Jiménez de Asúa, al referirse a este tema señala: "por tanto el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley haya previsto sino que necesita que sea antijurídico, contrario a derecho". (23)

De lo anterior podemos señalar que el autor manifiesta que pueden existir casos típicos que no sean antijurídicos

como en el caso que un sujeto prive de la vida a otro en legítima defensa, el acto será típico pero no es antijurídico, ya que el sujeto obra amparado en una causa de justificación.

Ignacio Villalobos: "La antijuridicidad significa oposición al derecho, contravención a la forma jurídica, la antijuridicidad como elemento del delito consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos. (24)

La antijuridicidad en el aspecto más relevante del delito de la importancia que para algunos no es un mero carácter o elemento del mismo sino que en última esencia, su intrínseca naturaleza. (25)

En general los diversos autores se pronuncian de acuerdo a que la antijuridicidad es un desvalor jurídico una contradicción o desacuerdo entre un hecho del hombre y las normas del derecho.

Carrara define el delito como: "La infracción de la ley del estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso", así podemos resumir que el delito es el acto antijurídico y culpable, así el concepto de la antijuridicidad en uno de los pilares que descansa esta acción del delito, así el juicio de la antijuridicidad o de ser el efecto o consecuencia de la fase externa de la conducta del hombre que sea imputable.

Binding al comentar el concepto de Carrara sobre el delito, expone su idea y al respecto lo que dice Jiménez de Asúa: "Era muy usual escuchar que el delito es lo contrario a la -

ley", Carrara lo define como la infracción de la ley del Estado, pero Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal, es decir, que cuando un sujeto priva la vida a otro, señala estar de acuerdo con el artículo pertinente de un código penal; igual acontece con el que roba, no se vulnera la ley pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico es lo que quebranta. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. Binding decía: "La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o de otra manera más exacta, la norma valoriza, la ley describe". (26)

Este pensamiento señala la problemática entre el derecho positivo y el natural en tanto que el primero describe una sanción, para el sujeto que realiza la conducta prevista en una disposición penal o legal, éste llena la pretensión de establecer los criterios generales conforme a los cuales, el problema según la tesis de Binding, resulta desplazado ya que lo importante es la aclaración del valor de las normas de cultura en cuanto a la explicación del acto antijurídico; en efecto quien roba o mata necesariamente transgrede las normas del decálogo que manda no robar, no matar. (27)

Para el derecho positivo tanto el matar como el robar son a veces conductas permitidas por el derecho, o sea, lícitas no antijurídicas, así quien roba en estado de indigencia no comete un acto antijurídico, por eso es de estimarse que el criterio de Binding es insuficiente en referencia a la antijuridici

dad.

Franz Von Liezt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad formal y material y dice: "El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Dado el carácter material y formal de la antijuridicidad sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés - que se trata de proteger; o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del más valioso; así Edmundo Mezger señala la exclusión de la antijuridicidad en dos casos: a) En la ausencia de interés; y b) En función del interés preponderante.

Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta por vulnerar el delito no sólo de interés individual, sino que - también quebranta la armonía colectiva, pero ocasionalmente - el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su particular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual), es cuando cobra vigor el consentimiento del interesado porque significan el ejercicio de tales derechos y por eso resulta idóneo para excluir la antijuridicidad, lo mismo ocurre

cuando el derecho refuta ilícitamente una conducta sin la a-
nuencia del sujeto pasivo. En estos casos, al otorgarse el
consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídi-
co trata de proteger por "falta de consentimiento" (delito
tutelar) "contra la voluntad", sin permiso, etc. Entonces
el consentimiento no opera para fundamentar una justifican-
te, sino una tipicidad. Solamente cuando en el tipo no se
captan esos requisitos porque la ley los dé por supuestos,
estará ante verdaderas causas de justificación por ausencia
de interés.

Según Cuello Calón dice que en la antijuridicidad hay
un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (an-
tijuridicidad formal y el daño o perjuicio social causado
por esa rebeldía (antijuridicidad material). Para Villalo-
bos la infracción de las leyes significa una antijuridici-
dad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes
interpretan constituye la antijuridicidad material. Si to-
da la sociedad se organiza formalmente es para fijar las -
normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Esta-
do proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas -
normas.

Max Ernesto Mayer influido por las ideas de Binding, -
nos da un contenido específico a la antijuridicidad diciendo
que ésta es la contradicción a las normas de cultura por el
Estado. (28)

En tal razón el acto antijurídico es el que contradice
las normas culturales reconocidas por el Estado, es decir, -

que tales normas no son otras que las del derecho positivo - supuesto que el Estado sólo tiene posibilidades de reconocer lo a través de las normas legisladas, o sean, los que corresponden al derecho positivo.

Biagio Petrocelli se opone a la concepción dualista alegando lo indisoluble de la unidad existente entre la forma y sustancia de lo antijurídico expresado, que la llamada antijuridicidad existe. (29)

Por nuestra parte estamos conformes con el criterio de Jiménez de Asúa, quien no está conforme con el criterio dualista, ya que critica a los que piensan de esta forma; al mismo tiempo podemos señalar que sólo hay una antijuridicidad que es la contradicción objetiva a los valores creados por el Estado.

Para mayor claridad o precisión, diremos que existe antijuridicidad en general, cuando una conducta siendo típica no está protegida por una causa de justificación y cuando una conducta va a considerarse lícita. Aquí tenemos que referirnos a los aspectos positivos y negativos del delito, el elemento en cuestión en su aspecto positivo, es la antijuridicidad pero el negativo son las causas de justificación.

La Antijuridicidad en el Delito a Estudio.

Entendemos como antijuridicidad, la conducta que viola a la norma jurídica subsumida en el tipo penal sin concurrir una causa de justificación, es decir, que hemos de entender que la antijuridicidad en el delito a estudio está implícita en la descripción que ha hecho el legislador del tipo en cues

ción, primero en el robo genérico, ya que el tipo a estudio se puede considerar como un subtipo alimentándose del concepto del robo genérico, el artículo 367 establece: "Comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley."

La penalidad con que se castiga a quien comete esta conducta la encontramos en el artículo 370 del Código Penal.

Si al apoderarse de una cosa mueble sin derecho y sin consentimiento, como lo estipula el tipo, trae como consecuencia un aumento en la penalidad, por considerarse un delito calificado por las circunstancias en que se comete, con todas las agravantes de la ley, además de la pena que le corresponda, conforme a los artículos 370 y 371 se aplicarán al delincuente de 3 días a 3 años de prisión en el caso siguiente: Cuando se cometa el delito en un lugar cerrado, esto quiere decir que se prohíbe apoderarse de las cosas ajenas y quien lo haga está contrariando la norma que dió lugar a la creación del tipo ya señalado y esta conducta será antijurídica, encontrando así lo que ya antes habíamos comentado respecto a la antijuridicidad general.

El tipo en cuestión motivo de este estudio tiene más o menos las mismas reflexiones porque se da la conducta antijurídica que se requiere.

Resumen, la conducta o el hecho es antijurídico cuando se apodera el sujeto activo del delito de una cosa mueble ajena, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede

de disponer de ella con arreglo a la ley, es decir, la forma ilícita existirá mientras no medie una causa que justifique la acción del delincuente.

D.- LA CULPABILIDAD

La Culpabilidad en General.

De acuerdo con el estudio jurídico substancial de los delitos a la luz de la Teoría General del Delito que hemos venido analizando en este trabajo como consecuencia nos toca estudiar la culpabilidad.

El elemento del delito es precisamente la culpabilidad, que es un elemento constitutivo del delito que corresponde al aspecto interno de éste. Jiménez de Asúa dice: que la culpabilidad es el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto que comete. (30)

Ignacio Villalobos considera a la culpabilidad desde un punto de vista más amplio. "Consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo o indirectamente por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa. (31).

Para Cuello Calón, una conducta es culpable: "Cuando la causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor debe serle jurídicamente reprochada." (32)

El inminente maestro Fernando Castellanos Tena en su obra
Lineamientos Elementales de Derecho Penal -

nos dice: "La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto." (33)

Existen dos corrientes fundamentales que han pretendido desentrañar la naturaleza de la culpabilidad, que es la teoría psicológica y la teoría normativa.

La teoría psicológica establece que todo sujeto que delinque, en él opera un proceso intelectual volitivo que establece una relación psíquica de casualidad entre el autor y el acto realizando en éste la culpabilidad está basada.

Otros definen la culpabilidad diciendo que es el comportamiento psíquico que la ley penal exige en el autor material de un delito para que responda de él. La órbita de la culpabilidad se agota en ese proceso intelectual volitivo - que se produce en el agente en el momento de delinquir y con relación al delito; en consecuencia, habrá culpabilidad siempre que el delincuente actúe voluntariamente o culpablemente.

En la teoría normativa se dice que exigibilidad de una conducta a la luz del deber es el verdadero fundamento de la culpabilidad.

La culpabilidad consiste en la reprochabilidad de la conducta asumida por el sujeto del delito.

Desde el punto de vista del normativismo, se sostiene que la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos que la pena que fundamenten, frente al sujeto la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Formas de la culpabilidad.

Cuando hablamos de la culpabilidad es necesario señalar sus formas que tradicionalmente son aceptadas, las cuales son: el dolo y la culpa. Para algunos autores existe una tercera forma que es preterintencionalidad, la que por no aceptarla - en el derecho positivo, no debemos considerarla como forma -- principal sino que señalaremos que de ésta dá la doctrina.

El dolo.

Puede definirse como la realización de una conducta, sabiendo y queriendo el resultado que ha de producirse, es decir, que el sujeto activo del delito desea la conducta y acepta el resultado. Jiménez de Asúa dice: "Dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico con conciencia de que se quebrante el deber, conocimiento de las circunstancias de hechos y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica". (34)

El maestro Fernando Castellanos Tena considera que el dolo "Consiste en el actuar, conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico". (35)

Según Eugenio Cuello Calón, "El dolo consiste en la voluntad conciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso o simplemente en la intención de ejecutar un hecho ilícito". (36)

Ignacio Villalobos expresa "El dolo se puede dividir en las siguientes clases: directo, simplemente indirecto, indeterminado y eventual.

El dolo directo "Es aquel en que la voluntad del agente se encamina directamente al resultado o al acto típico", es decir en esta clase de dolo se quiere un resultado preciso, por ejemplo: alguien decide privar de la vida a otro y lo mata.

El dolo indirecto se dá cuando el agente se propone un fin y sabe que por el acto que realiza para lograrlo se han de producir otros resultados típicos y antijurídicos, los cuales no son el objeto de su voluntad pero cuyo seguro acaecimiento no lo hace retroceder con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

Con ésto quiere decir que el sujeto persigue un fin principal que sabe que para lograrlo surgieron otros resultados delictivos, por ejemplo: Para dar muerte a quien va a abordar un avión, se coloca una bomba cerca del motor, con la certeza que además de morir ese individuo perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato.

Se habla también del dolo indeterminado: "Cuando el agente del delito no se propone causar un delito en especial sino sólo causar alguno para fines ulteriores". (Una persona que lanza bombas)

En esta forma de la culpabilidad el sujeto no se propone causar un determinado daño, sólo lleva la intención de cualquier daño, aceptando el resultado de su manera de proceder, es decir, que para él es indiferente de lo que de su conducta resulte, está obrando con la intención y conciencia de querer un resultado.

El dolo eventual se presenta cuando el sujeto se propone un evento determinado previendo la posibilidad de otros daños y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial, esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos, pero no deseados directamente, a diferencia del simplemente indirecto, en donde hay certeza de la aparición del resultado no deseado y del indeterminado en que existe la seguridad de causar daño sin saber cual será, pues el fin de la acción es otro y no el daño en sí mismo. El tratadista sugiere como dolo eventual: el hecho consiste en mutilar a los niños para deformarlos a fin de obtener éxito en la mendicidad. No obstante el conocimiento de los autores de la posibilidad de que sobrevenga la muerte, no retroceden ante ese peligro y realizan la conducta propuesta. -

(37)

En el derecho penal mexicano en cuanto al dolo nuestro Código Penal vigente en su Artículo 8 divide los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia. En el Artículo 9 establece la presunción Juris Tantum de dolo y señala: "La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario", la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

1. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño.
2. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste

fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley cual fuere el resultado.

3. Que creyera que la ley era injusta o moralmente lícito violarla.
4. Que creyera que era legítimo el fin que se propuso.
5. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito.
6. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el Artículo 93 del mismo ordenamiento. (38)

Así podemos hacer notar que la primera fracción se refiere al dolo indeterminado porque existe intención genérica de delinquir, pero sin precisar el daño. La segunda fracción es motivo de diversos criterios, ya que algunos autores sostienen que las tres hipótesis que contienen los dos primeros son de preterintencionalidad porque el resultado va más allá de lo que ha querido y la última se refiere a una indeterminación en forma dolosa.

Nosotros consideramos que no se puede admitir la preterintencionalidad como especie de culpabilidad por razón de que es claro el precepto al dar a entender que quien obra con dolo al principio será responsable del resultado de su conducta no teniendo ninguna importancia que sólo haya querido un menor re-

sultado, así se estará siempre ante un delito de dolo o de culpa sin que pueda existir circunstancias intermedias, determinándolo así nuestra ley vigente.

En la segunda fracción del Artículo 9 del Código Penal parece que existe un encuadramiento al dolo indirecto, si tomamos en cuenta que en la primera parte se refiere a un resultado penalmente tipificado no deseado directamente por el sujeto activo del delito, pero sabe que ocurrirá aunque no se propuso causar el daño que resultó; si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en la cual consistió el delito será responsable.

La fracción tercera y cuarta del mismo artículo señala que no servirá de excusa alguna al juicio que pueda merecer la ley ni su ignorancia, ni el concepto equivocado de la misma porque dicha ignorancia a nadie beneficia, menos al criterio personal; el hecho de que no se conozca una disposición de ninguna manera servirá de excusa para que no se cumpla con lo dispuesto por la ley, tampoco puede dejarse el cumplimiento de la misma a cada sujeto para que la valore, la observe o la viole, en esa forma no sería posible conservarse el orden social porque se dejaría a capricho el cumplimiento o incumplimiento de la ley. Sólo el Juez podrá tomar en cuenta las circunstancias personales del infractor para regular su arbitrio dentro de los límites mínimo y máximo de la pena.

La fracción V se refiere al error en la persona, haciendo saber que éste carece de relevancia porque basta la intención para determinarse el dolo, no importando que el resulta-

do se produzca en uno o en otro sujeto, se hace referencia a la intención porque indudablemente es dolosa, ya que en la conducta culposa no existe la intención de ningún resultado; por esa misma razón se considera irrelevante el error en la persona porque el derecho no sólo está tutelado a una persona en particular, sino a todas, a cualquier individuo. Sin embargo el error en la persona (error accidental), puede dar lugar a la variación del tipo del delito, como en el parricidio.

La última fracción dice: "Obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el Artículo 93".

También se dice que en este caso es irrelevante dicho consentimiento al no tratarse de los delitos a que se refiere el citado, no interesa que el ofendido hubiera dado su consentimiento, de todos modos el sujeto quiso el resultado de su conducta, como consecuencia, será culpable a pesar de que pudiera probar que había obrado con el consentimiento del ofendido ya que los bienes son protegidos por el derecho penal; son necesarios para que sea posible la vida en sociedad; porque la destrucción de ellos rompería el orden social.

La Culpa.

Eugenio Cuello Calón dice: "Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y sancionado por la ley". (39)

Edmundo Mezger expresa: "Actúa culpablemente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever". (40)

Así para determinar la naturaleza de la culpa se han realizado diversas teorías:

- a) de la previsibilidad.
- b) de la previsibilidad y evitabilidad.
- c) la del defecto de la atención.

La teoría de la previsibilidad fue sostenida principalmente por Carrara para quien la esencia de la culpa "consiste en la previsibilidad del resultado no querido", afirmando que la culpa consiste en la voluntad de omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho, por lo tanto se puede considerar que se funda en un vicio de la inteligencia, el cual no es en última instancia, sino un vicio de la voluntad.

La teoría de la previsibilidad y evitabilidad fue expuesta por Binding y seguida por Brusa, aceptando la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o previsible, para integrar la culpa, de tal manera que no hay lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.

Por último, la teoría del defecto de la atención sostenida principalmente por Angliolini, hace descansar en esencia de la culpa en la violación por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley.

Por mi parte considero que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o impru-

dencia, las cautelas o preocupaciones legalmente exigidas.

Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento; es decir, - un actuar voluntario (positivo o negativo). En segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero, los resultados del acto han de ser previsibles, evitables y tipificarse penalmente, por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer y el no hacer iniciales y el resultado no querido, si el resultado no es querido o aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en - el caso de la imputación dolosa.

Para Jiménez de Asúa la culpa "es la producción de un - resultado típicamente antijurídico por falta de previsión -- del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la - representación del resultado que pueda llegar, sino también - cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido decisivo - por sus actividades, las cuales se producen sin querer el re - sultado antijurídico y sin ratificarlo. (41)

El maestro D. Fernando Castellanos Tena al referirse a la culpa nos dice: "Que existe culpa cuando se realiza la - conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un re - sultado típico, pero ésto surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego las cautelas o precaucio - nes legalmente exigidas". (42)

Como se ve en la culpa no se tiene la intención de lle - var a cabo un resultado, aún cuando es verdad que existe vo -

luntad, pero ésta es mínima tomando en consideración que se deben tomar precauciones para conducirse a una conducta exigida por la ley en beneficio del orden social y evitar así - causar males a terceros aún sin intención de que se produzcan. La culpa puede presentarse en dos formas:

a) Culpa conciente, con previsión o con representación y es aquella que la gente prevee el resultado, más no lo desean con la esperanza de que no se produzca.

b) Culpa inconciente sin previsión o sin representación, es aquella en que no se prevee un resultado.

Con lo anterior se quiere decir que en la culpa conciente el sujeto se da cuenta del resultado; en cambio en el inconciente no lo prevee siendo previsible y esta última a su vez se divide en culpa lata que consiste en que cualquier sujeto se puede percatar del resultado, o sea, previsto y culpa leve solamente alguien con el cierto cuidado puede prevenir el resultado y levísima que es aquella en la que sólo se pueden percatar los individuos cuidadosos.

Se habla de una tercera forma de culpabilidad que es la preterintencionalidad y consiste en la mezcla del dolo y la culpa, el primero con el resultado producido, es decir, que el sujeto obrará con dolo al principio y culpa al fin, por ejemplo: cuando una persona sólo quiere causar una lesión y realiza la conducta para ello, pero el resultado puede producirse en mayor proporción en relación como quiso el resultado y en lugar de la lesión produjo la muerte.

La culpa en nuestro Derecho Mexicano, según el Artículo

8 del Código Penal vigente, los delitos pueden ser intencionales o no intencionales o de imprudencia. En el párrafo final del propio precepto se entiende por imprudencia toda imprevisión o negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado si causan igual daño que un delito intencional. Este precepto es criticable porque indebidamente emplea el vocablo imprudencia como sinónimo de culpa, a pesar de aquella es sólo una especie de ésta y hablar de daño es desconocer que no todos los delitos lo producen, pues hay de peligro y de lesión; también se le critica con razón, que si definió la culpa, debió ser por unidad de sistema, debe definir también el dolo.

Resumiendo diremos que no todos los delitos admiten la forma culposa. Muchos tipos requieren necesariamente de una ejecución dolosa, es decir, sólo pueden actualizarse mediante una conducta dirigida subjetivamente a la realización típica, reglamentada en el Artículo 15 del Código Penal en vigor: "Es excluyente de responsabilidad".

Respecto al caso fortuito, la conducta nada tiene de culpable, se trata de un problema de nataculpabilidad, según denominación nuestra, por no ser previsible al resultado. El Estado no puede exigir la previsión de lo humanamente imprevisible por ello se ha expresado que marca el límite o la frontera con la culpabilidad.

El maestro Ricardo Franco Guzmán al comentar la fracción X del Artículo 15 del mismo ordenamiento jurídico afirma acertadamente que en realidad no se trata de una forma de inculpabilidad; si el hecho realizado es lícito, no puede ser antiju-

rídico si no es jurídico, no está en condiciones de ser culpable. (43)

En consecuencia el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad, si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita pero se une a ella una causa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuírsele al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia.

C. LA CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

Quando señalábamos en este ensayo que las formas de culpabilidad son dos: el dolo y la culpa, ya que nuestro derecho en estricto rigor no acepta a la preterintencionalidad como tercera especie de culpabilidad.

En nuestro delito a estudio, o sea, el estudio jurídico del delito de robo previsto en el Artículo 367, debemos expresar que las formas de culpabilidad en el mismo se presentan de la siguiente manera:

1.- En la forma de dolo directo que el sujeto activo desea la conducta y quiere el resultado, decide apoderarse de una cosa mueble ajena, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

2.- Puede también presentarse el dolo indirecto, cuando el agente para apoderarse de una cosa ajena mueble tenga lógicamente para adquirir su objetivo deseado, que penetrar en el lugar, rompiendo chapas y candados, etc. En este caso comete otro delito como el allanamiento de morada, daño en

propiedad ajena y en el momento del robo se encontraba vigilado dicho objeto pudiendo cometerse además amenazas, lesiones y hasta homicidio.

3.- El dolo eventual puede operar en cuanto al sujeto de sea concretamente apoderarse de una cosa ajena como por ejemplo: que dicho objeto se encuentre en el interior de una bodega que se encuentra vigilado y para eso tenga que incendiarla conociendo la posibilidad de que en esos momentos muera o sufra lesiones u otros daños y a pesar de ellos no retroceda en su propósito.

E. IMPUTABILIDAD.

El problema de la imputabilidad está sin duda vinculado indisolublemente al del fundamento de la sanción.

La imputabilidad se ha dicho que "imputar a alguien un hecho es ponérselo en cuenta y hacerle sufrir sus consecuencias. (44)

Giulio Battaglini manifiesta que "la noción de imputabilidad no debe confundirse con la de responsabilidad. Mientras la imputabilidad tiene lugar porque el sujeto puede ser considerado como válido destinatario de la norma abstracta de contención contenida en las leyes, la responsabilidad viene después de la violación de la norma de contención: es la obligación de asumir la consecuencia jurídica". (45)

Maggiore señala que "Si imputabilidad significa capacidad para el delito y responsabilidad capacidad para la pena, no veo como las dos nociones pueden tener por diversas, --

cuando el delito es precisamente un hecho punible. Cuando - se dice delito se dice pena; cuando se dice pena, se dice - delito. Para razonar de un modo distinto sería necesario - pensar en un delito no punible, que es un absurdo". (46)

Romagnosi distinguiendo ambas entidades: "Una cosa es - la imputabilidad y otra la responsabilidad. Con la prime- ra se atribuye a alguien un efecto dado como causa producti- va del mismo. Con la segunda se quiere entender a alguien - obligado a resarcir un daño o sufrir una pena con motivo de aquel efecto. La imputabilidad es cosa de hecho. La res -- ponsabilidad es cosa de Derecho. La primera puede dar causa a la segunda pero no constituiría". (47)

Rondeau, que es el inspirador del principio indetermi - nista, afirma que el delincuente es un ser enfermo, que debe en interés de él mismo, ser amparado por la sociedad median- te la pena, pretendiendo por este camino convertir las pri- siones en hospitales y negando la pena de muerte.

Berner afirmaba que "para la existencia de la imputabi- lidad se requiere: 1) conciencia de sí; 2) conciencia social del mundo exterior; 3) conciencia desarrollada del deber.-- En estos momentos de la inteligencia está ya comprendida la íntima libertad, y por eso no es necesario considerar a ésta como otro de los requisitos de la imputabilidad." (48)

La imputabilidad penal fundada en la moral es aceptada por múltiples autores: "No creemos que se pueda ni se deba a bandonar la tradicional concepción del delito como acto de - una voluntad conciente y capaz de inhibirse".

"La imputabilidad es la suma de las condiciones psíquicas que la ley requiere para poner en cuenta del agente su acción. Esas condiciones se resumen en el concepto de la libertad. Imputabilidad equivale a libertad".

"Sólo reconociendo que el hombre puede actuar con libertad, esto es, como persona moral, se puede dar una justificación a la pena. La pena es ameritada cuando el hombre ha obrado con libertad". "La capacidad de querer es la libertad" "Sólo metiendo en el corazón de la legislación penal la imputabilidad como libertad, se restituye al hombre su verdadera dignidad".

El derecho penal va dirigido al común de los hombres a los hombres normales, y "Si va dirigido al hombre normal, éste cumple con él". "La imputabilidad es la faz criminal de la voluntad del querer: es aquella disposición espiritual en la cual está presente el poder de resistencia como poder de ser obediente al derecho". (49)

El maestro Carrancá y Trujillo manifiesta que es imputable "Todo aquel que posea el tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente - por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; - todo el que sea apto o idóneo para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (50)

Ahora bien, el tipo determina originariamente el acto y a su vez, el acto determina finalmente al tipo". El delincuente es responsable moralmente, no del acto criminal tal -

vez necesario que ejecuta, sino de la estructura psíquica o carácter y de la fisiología, elaboradas por el hábito criminal "actio libera in causa". (51)

En parecida posición haya el fundamento de la imputabilidad en la "voluntad como manifestación de un estado de conciencia sea o no el resultado del libre albedrío o de causas determinantes conocidas o desconocidas". (52)

Existe otra tendencia respecto a la imputabilidad y es la llamada Tendencia Ecléptica, fue la que inspiró al Código Penal de 1931, Y prueba de ello es que fundado - parcialmente sobre la defensa social, pretende dejar subsistente la responsabilidad penal de los enfermos mentales. (54)

"Se excluye por tanto el concepto de todo comportamiento del cuerpo que no provenga de la propia voluntariedad, sino - que surja mecánica o automáticamente". (55)

En general digamos que la imputabilidad puede ser considerada desde dos puntos de vista " a parte subiecti" o sea - como un estado, un modo de ser preliminar al hecho, o bien, "aparte obiecti", como elemento inherente al hecho y al concreto acto de volición manifestada. (56)

Por consiguiente, a nuestro entender, la imputabilidad no está en el delito, por lo tanto, no constituye un presupuesto ni un elemento de la culpabilidad sino que está en el sujeto, es un estatus. una abstracta capacidad de delito, y por tal camino puede sostenerse, lógicamente que es un presupuesto general del delito. Y si no existe la voluntad no existe el delito. (57)

F. PUNIBILIDAD

Debo consignar que para algunos autores la punibilidad es un elemento del delito; así por ejemplo Francisco Pavón Vasconcelos dice al respecto: "Al definir el delito expresamos que un concepto substancial del mismo sólo puede obtenerse dogmáticamente del total ordenamiento jurídico y de estos se desprende que por tal debe entenderse la conducta o el hecho típico antijurídico, culpable y punible. Dimos por tanto a la punibilidad el tratamiento de carácter fundamental o elemento integral del delito". (58)

Opinión parecida a la anterior es la de Jiménez de Asúa, pues considera que las objeciones hechas para demostrar que la "penalidad" o amenaza de pena no es característica del delito, no tienen poder de convicción. Además agrega: "en suma, la penalidad resulta el más acomodaticio de los requisitos. Cuando no la precisamos, se queda reducida a mera consecuencia. Cuando nos hace falta reasciende a su categoría de característica específica. Esto puede ser muy hábil, pero no tiene la menor seriedad científica. Un elemento característico de la infracción no puede cambiar de índole conceptual o mero efecto, para recuperar su puesto posteriormente. Si es un carácter del delito ahora, es porque nunca dejó de serlo". (59) Pero se advierte que el jurista español da tratamiento especial al problema, ya que "amenaza de pena" y "penalidad" resultan ser una condición objetiva de la norma jurídico-punitiva, y punibilidad una consecuencia subjetiva al darse el supuesto, o al parecer u-

na imputable que deberá responder en función a su conducta ilícita. Y aquí nos interesa dilucidar si el merecimiento a la pena en función a una conducta delictiva, es o no, elemento esencial o característica del delito.

Cuello Calón trata el tema que nos ocupa al afirmar: "El delito es acción punible. La punibilidad es uno de sus caracteres más destacados. Como ya vimos para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de su punibilidad, siendo éste de todos ellos, el de mayor relieve penal. Una acción puede ser antijurídica y culpable y, sin embargo, no ser delictuosa, podrá por ejemplo constituir una infracción de carácter civil o administrativo, más para que constituya un hecho delictuoso, un delito, es preciso que su ejecución se halle conminada por la ley con una pena, que sea punible. Por tanto, realmente la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo". (60)

El equívoco entre los que consideran a la punibilidad como elemento esencial del delito, estriba en no advertir que el ilícito penal es el hecho condicionante (por acciones u omisiones) señalado por la norma al que deberá recaer una sanción determinada que en el orden coactivo estatal se reduce a una pena. A la equivocada apreciación inducen diversas definiciones del delito, como la de Franz Von Liszt que lo estima un acto culpable, contrario al derecho

y sancionado con una pena; (61) resultado de toda claridad, que se confunde al delito con la posterior consecuencia o con la sanción penal.

El delito, dice Eusebio Gómez, es el presupuesto necesario de la acción penal. (62) Definir al delito como acto punible y decir que éste "es un acto antijurídico, culpable y punible", afirma Soler, es incurrir en el error lógico de incluir en los elementos de la definición lo que precisamente es el objeto definido. Si algún sentido tiene definir el delito, éste consistirá en que la definición pueda guiarnos para que, cuando los elementos concurren, la pena pueda o deba aplicarse. La punibilidad es una consecuencia de la reunión de estos elementos, de modo que toda la tarea sistemática consiste en examinar el contenido de éstos". (63)

A continuación transcribo la síntesis que realiza Castellanos Tena del pensamiento que tienen al respecto dos connotados juristas:

Carrancá y Trujillo, al hablar de las excusas absolutarias, afirma certeramente a nuestro juicio que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen -- sólo la pena. De tal definición se infiere que para él la punibilidad no es elemento esencial del delito; si falta - (las excusas absolutorias forman el aspecto negativo) el delito, permanece inalterable. Para Villalobos la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dado los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordi-

naria; por ésto acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico decir: El delito es punible; pero ni ésto significa que la punibilidad forme parte del delito como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito, pero no es delito por ser punible en cambio, si es rigurosamente cierto que el acto es delito por su antijuridicidad típica y por ejecutarse culpablemente. Si a pesar de ser así calléramos en el empeño de incluir en la definición del delito la punibilidad, tendríamos para ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar esta característica necesidad de consignar otra en idénticas condiciones y decir que el delito es el acto humano típicamente antijurídico, culpable, punible, reprochable, dañoso, temible, etc."

"En el caso de las excusas absolutorias se sanciona a los coautores en virtud de su participación en la comisión de un delito. Ello confirma que puede existir éste sin la punibilidad. Al amparado por la excusa no se le aplica la pena pero sí a quienes participan en alguna forma en la realización del acto, y ésto es así, necesariamente, porque cooperan en el delito; de lo contrario sería imposible sancionarlos".

"Por otra parte, al hacer el estudio de nuestra definición legal de delito, dijimos que hay infinidad de actos de hecho sancionados con una pena, sin poseer carácter delicti-

vo como ocurre con infracciones disciplinarias, administrativas o meras faltas. Adviértase además que la definición del delito es innecesaria en los códigos. Celestino Porte Petit ha formado parte de comisiones que han elaborado proyectos de códigos penales para algunos estados de la República y en los cuales se ha suprimido la definición de delito".

"Para mayor claridad ponemos como ejemplo el robo entre ascendientes y descendientes. Esta excusa sólo favorece a quienes tienen la unión por parentesco; los extraños partícipes son merecedores de la pena correspondiente, por ser personalísima la excención. Si se sanciona a los coautores se debe a su intervención en un hecho que necesariamente conserva el carácter de delito, no obstante la ausencia de punibilidad para el ascendiente o descendiente. Por ello, repetimos, la punibilidad no es elemento esencial del delito, sino su consecuencia ordinaria".

"El Dr. Porte Petit, después de nuevas y fecundas investigaciones, decididamente se pronuncia por negar a la punibilidad que antaño le concediera como categoría, al considerar: que cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones -objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que éste no es un elemento -del delito". (64)

En estricto sentido lógico jurídico, el delito es el hecho condicionante al que recae una pena en calidad de conseque

cuencia condicionada. En este caso el hecho condicionante previsto por la norma penal es una conducta humana que contraviene la ley penal, no importando que ésta sea positiva o negativa, de hacer o de no hacer, de comisión o de omisión; hecho que deberá enlazarse además a una sanción para que la norma tenga plena validez jurídica.

Nunca será la sanción penal elemento integral del delito sino la consecuencia necesaria al recaer al agente porque así lo establece el orden jurídico penal. Aún adoptando un criterio poco doctrinal, llegamos a la misma conclusión, pero son innumerables las conductas delictivas en las que no se ha aplicado pena alguna como en el caso sencillamente en el que se desconoce al autor del ilícito, y sin embargo el delito subsiste.

- (1) Porte Petit Celestino. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, Edición Mimeográfica. México. 1940. Pág. 155
- (2) Jiménez H. Mariano. Panorama del Delito. México. 1950. Pags. 7 y 55
- (3) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México. 1973. Pág. 147
- (4) Idem. Pág. 149
- (5) Portes Petit Celestino. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal. Edición Mimiográfica. México. 1970. Pág. 155.
- (6) Semanario Judicial de la Federación. Tomo XCII. Pág. 1050

- (7)
- (8) Edmundo Mezger. Tratado de Derecho Penal. Edic. Revista de Derecho Privado Madrid. 1955. Pág. 365
- (9) Idem.
- (10) Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, S. A. Segunda Edic. México. 1960. Pág. 258
- (11) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S. A. Séptima Ed. México. - 1973. Pág. 166
- (12) Celestino porte Petit. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Gráfica Panamericana. México. 1954. Pág. 254
- (13) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Ed. A. Bello. 1945. Página 254
- (14) Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Edit. Revista de Derecho Privad. Madrid. 1955. Pág. 156
- (15) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. Séptima Edición. Porrúa, S. A. México. -- 1973. Pág. 167
- (16) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Edic. Hermes. 4a. Edición. Buenos Aires. 1963. Pág. 315
- (17) Fontan Balestra Carlos. Misión de Garantía del Derecho Penal. Edición de Palma. Buenos Aires. 1950. Págs. 42-43
- (18) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Edic. Hermes. 4a. Edición. Buenos Aires. 1963. Pag. 255
- (19) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte Gene-

- ral. Editora Nacional, S. A. 9a. Edic. México. 1961.
pág. 258.
- (20) Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Madrid. 1955. Pág. 361
- (21) Celestino Porte Petit. Programa de la Parte General de Derecho Penal. UNAM. 1968
- (22) Mariano Jiménez Huerta. La Antijuridicidad. Imprenta Universitaria. México. 1952. Pág. 9
- (23) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Edición A. Bello. Caracas. 1945. págs. 338-339
- (24) Ignacio Villalobos. Noción Jurídica del Delito. Editorial Jus. México. 1952. Pág. 90
- (25) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Editorial Nacional, S. A. 9a. Edición. México. 1981. Pág. 305
- (26) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Edic. Hermes 4a. Edición. Buenos Aires. 1963. Pág. 270
- (27) Idem pág. 270
- (28) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 7a. Edic. Porrúa, S. A. México. 1973. - Pág. 167
- (29) Pavón Vasconcelos. Nociones de Derecho Penal. México. pág. 86
- (30) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Edic. A. Bello. Caracas. 1945. Pág. 444
- (31) Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa S. A. México. 1960. Pág. 272

- (32) Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. Tomo I Parte General. Edic. Nacional, S. A. 8a. Edic. México. 1961. Pág. 290.
- (33) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa, S. A. México. 1973. Pág. 232.
- (34) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Edic. A. Bello. Caracas. 1945. Pág. 245.
- (35) Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa, S. A. 7a. Edic. México. 1973. Pág. 239
- (36) Cuello Calón Eugenio. Tomo I. Parte General. Edic. Nacional, S. A. Edición 9a. México. 1961. Pág. 302.
- (37) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 2a. Edic. Porrúa, S. A. México. 1960. Pág. 315
- (38) Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales. Porrúa, S. A. Vigésima Sexta edic. México. -- 1974. Págs. 10-11
- (39) Cuello Calón Eugenio. Tomo I. Parte General. Edic. Nacional, S. A. 9a. Edic. México. 1961. Pág. 393
- (40) Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Edic. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955. Pág. 171
- (41) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Edic. A Bello Caracas. 1947. Pág. 486
- (42) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos de Derecho Penal. Edit. Porrúa, S. A. México. 1973. Pág. 247
- (43) Franco Guzmán Ricardo. La Culpabilidad y su Aspecto Ne-

- gativo. Crimonologia. Julio 1956. Núm. 7. Pág. 463
- (44) Garraud. Précis de Droit Criminel. Paris. 1921. Pág. 181
- (45) Batagglini Giulio. Diritto Penale. CEDAM. Padua. 1949. Pág. 191
- (46) Maggiore. Principii di Diritto Penale. Bologna. 1943. Pág. 332
- (47) Romagnosi. Genesi del Diritto Penale. Florencia. 1834. Págs. 197-198
- (48) Berner Alberto Federico. Trattato Di diritto Penale. Trad. Eduardo Bertola Vallardi. Milán. 1892. Pág. 100
- (49) Beling. op. Cit. Pág. 32
- (50) Carranca y Trujillo Radl. Derecho Penal Mexicano. Porrúa, S. A. México. 1941. pág. 237
- (51) Q. Saldaña. Nueva Criminologia. Madrid. 1936. Págs. - 339-342, 378-380.
- (52) González Teodosio. Derecho Penal. Paraguay. 1928. Pág. 107
- (53) Código Penal de 1931. Representa una Teoría Ecléptica entre la Teoría Clásica y Positiva.
- (54) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, S. A. México. 1960. Pág. 402
- (55) Beling Op. Cit. Pág. 20
- (56) Petroccelli Biagio. La Colpe Volezza, Dott. Padúa 1951. Pág. 17
- (57) Programa de la Parte General del Derecho Penal. UNAM. México. 1958. Pág. 388

- (58) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de
Derecho Penal. Pág. 245
- (59) Op. Cit. Págs. 428-429
- (60) Op. Cit. Pág. 522
- (61) Citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit. Pág. -
246
- (62) Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires. 1939. Pág. 668
- (63) Derecho Penal Argentino. Tomo I. Buenos Aires. 1951.
Pág. 240
- (64) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales del
Derecho Penal. Pág. 250-252

CAPITULO III

ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO DE ROBO.

A. Ausencia de Conducta.

Ya se había hablado en el capítulo anterior de la conducta como elemento objetivo del delito, ahora toca hablar del aspecto negativo de la misma.

Por mi parte tratare en este capítulo a uno de los aspectos negativos de la conducta, a la fuerza física irresistible, que se puede subclasificar en:

1.- Vis Absoluta.

2.- Vis maior.

La existencia de una fuerza física exterior irresistible de procedencia humana. Podemos encontrar en nuestro Código Penal vigente en el Artículo 15, Fracción I, como excluyente de responsabilidad a la anulación de la voluntad en el despliege de una conducta delictuosa sufrida por el sujeto imputable, según se desprende del contenido textual del mencionado precepto.

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal".

1.- Obrar el acusado por una fuerza física exterior irresistible ejemplo: Cuando un sujeto se encuentra parado en -- una esquina en ese momento llega otro y le da un empellón en forma violenta y al instante de caer causa la muerte de un niño que estaba cruzando por ese lugar, desde luego el nunca quizo esa conducta pero fué impulsado por una fuerza física-irresistible y no tuvo en él evitar el resultado, lo que hay

que tomar en consideración aquí es que hubo ausencia de voluntad en el sujeto en tal razón no se integra la conducta.

Teóricamente podemos señalar en dos categorías esta presión física de carácter irresistible y proveniente del mundo exterior que son:

1.- La vis absoluta; es la presión ejercida por un ser humano a otro, de forma física, material o irresistible, convirtiéndose así en un simple medio que se presiona al sujeto, es decir no le queda ninguna posibilidad de exterminar su voluntad respecto de la conducta que despliega, como consecuencia el sujeto no tiene ninguna responsabilidad de su conducta que despliega, como consecuencia el sujeto no tiene ninguna responsabilidad de su conducta.

2.- Vis maior; podemos decir, es idéntica en sus efectos al anterior, sólo varía en la calidad de la causa que genera la ausencia de conducta; ya que la presión física exterior e irresistible es proveniente del mundo de la naturaleza, ya sea por presión física de un ser animal, o por la presión física de los elementos naturales.

Ignacio Villalobos, para distinguir esta figura del caso fortuito dice "y si en el supuesto caso en que la causa sea una fuerza no humana, gramaticalmente pudiera o no convenir al hecho la denominación de "Caso fortuito", pero no hay que olvidar que la técnica jurídica penal se ha empeñado en distinguir la excluyente de responsabilidad que consigna con este nombre, haciendo referencia no sólo a casos en el que hombre actúa cuando pone un vehículo en movimiento y el daño --

penal se produce por la conuinación de acto del sujeto con - algo que no ha previsto y que es inevitable, ejemplo, la ruptura de la dirección y la caída de una persona a la vía, supuestos en que la falta de previsión, la previsibilidad y la evitabilidad de lo ocurrido, el querer el consentir, el lograr el dolo y la culpa, en pocas palabras consituye la ex-- cluyente de culpabilidad. En cambio cuando el sujeto no participa, es decir pone en movimiento algo voluntario de su parte que pudiera ser una causa ocasional de lo que ocurra, en consecuencia no sólo falta la culpa en él, sino que hay ausencia total de un acto suyo. (1)

El Maestro Castellanos Tena, acepta dicha teoría siendo para él los elementos necesarios del delito la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario, así desde el punto de vista tecnológico, concurren todos los factores - y se afirman que no guardan entre sí prioridad temporal, - pues no aparece primero la conducta luego la tipicidad, después la antijuridicidad y la culpabilidad sino que al realizarse el delito se dan todos los elementos que lo constituyen más en un plan lógico procede observar inicialmente que conducta esta existente, enseguida verificar su amoldamiento al tipo penal, o sea, la tipicidad después si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y en caso negativo llegar a la conclusión que existe la antijuridicidad -- y después investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente; imputabilidad finalmente si el autor

de la conducta típica y antijurídica que es imputable obró - con culpabilidad. (2)

En relación de los movimientos reflejos también denominados como actos reflejos, se les considera como inhibidores de la conducta realizada respecto del control mental es decir, por ser generados por un sistema nervioso no dependiente del cerebro, en ello no existe indicios de voluntad, al contrario Senu, siempre y cuando los mismos no hubiesen sido posibles de retardarse o dirigibles en tal sentido de no provocar un ilícito penal.

Por último comentamos lo que respecta al sueño, hipnotismo y sonambulismo, que algunos autores los toman como aspectos negativos de la conducta y otros de la culpabilidad, los últimos señalan que el presupuesto para el elemento culpabilidad es la imputabilidad y un sujeto que actúa en el estado que señalamos no se le considera capaz por faltarle la conciencia pero existen autores que sostienen que lo que no existe en el caso es conducta y que por lo tanto no hay voluntad.

Consideramos, que teórica y formalmente hablando, la conducta como elemento objetivo del delito no tiene más supuesto negativo que la ausencia real y absoluta de la misma, y que pretenden encontrar dichos aspectos negativos o ausencia de la voluntad por presión o fuerza física, exterior e irresistible por movimientos reflejos o estados de inconciencia-transitoria, no es lo adecuado y que todos ellos no son causa de responsabilidad del sujeto, respecto a otros elementos

del delito como la culpabilidad o de su presupuesto lógico, - la imputabilidad, ya que los mismos están íntimamente relacionados como el elemento subjetivo, el acto como es la voluntad, pero no relacionado directamente con la objetividad del acto mismo.

AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO.

En esta especie de delito no se puede dar ni la vis absoluta ni la vis maior, ya que se requiere de una actitud dolosa del sujeto activo del delito, y esto como señalamos anteriormente se necesita de un proceso mental, de querer apoderarse de la cosa y en lo que respecta a la fuerza exterior irresistible no podemos encontrar que se provoque una actitud de esa naturaleza en el hombre por eso descartamos estas dos formas de ausencia de conducta, ya que son inoperantes en el delito a estudio.

En cuanto a los estados inconcientes transitorios e involuntarios que son causados por haber ingerido sustancias tóxicas o estuperficientes o embriagantes; y el hipnotismo actualmente son muy discutibles.

La única, posible actual de ausencia de conducta, al igual que en todo tipo de delito, en este caso a estudio; es la no aparición real y absoluta de la conducta que da origen a la violación del concepto que se refiere el Código Penal vigente en su artículo 367, en relación con el artículo 381, Fracción I.

B. Ausencia de Tipicidad.

La atipicidad en general.

La atipicidad viene a ser el aspecto negativo del elemento llamado tipicidad, entendiéndose como la falta de adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa, la ausencia de tipo es la falta -- de adecuación de la conducta a la descripción legal constante en el tipo por la no aparición de uno o todos los supuestos exigidos. Como consecuencia en toda atipicidad se encuentra implícita la ausencia del tipo, y a este respecto nuestra legislación orientada en el axioma "Mullum Crimen Sine - Lege", se precisa, no permite la tipificación de conducta -- por muy delictuosas y antisociales que sean si no están previamente establecidas por preceptos exactos.

Para Jiménez de Asúa, existe la Atipicidad cuando en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley o bien cuando la ley penal no ha descrito la -- conducta que en la realidad se ha presentado con carácter antijurídico, ausencia de tipicidad en sentido estricto. (3)

Debemos distinguir con toda claridad la ausencia de tipo con la atipicidad.

El primero se da cuando el legislador no incluye una conducta en el catálogo de los delitos, en cambio la atipicidad es cuando una conducta dada no se adecua al tipo existente - y aquí nos referimos a los comentarios que hace en su obra - el Maestro Fernando Castellanos Tena, "En el fondo en toda - atipicidad hay falta de tipo si un hecho específico no encuadra exactamente por la ley respecto de él no existente tipo. (4)

En el fondo en toda atipicidad hay falta de tipo, si un hecho no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden reducirse en la siguiente forma:

a) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos.

b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico.

c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.

d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley.

e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos, y

f) Por no darse en su caso, la antijuridicidad espacial.

En ocasiones el legislador, al describir el comportamiento se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo o en ambos, como ocurre en el ejemplo del delito de peculado, en el cual el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público (Artículo 220 del Código Penal de 1931).

Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico como la falta de propiedad o posesión en delitos patrimoniales. Se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, como cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene (en este caso tampoco hay objeto jurídico). El artículo 302, dice: "Comete el delito de homicidio el que priva de

la vida a otro".

Cuando el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo, si no opera la conducta será atípica, ejemplo, cuando la ley exige la realización en despoblado con violencia, etc., el artículo 286, establece el delito de asalto.

Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas estas han de verificarse para la integración del ilícito, es decir, por medio de la violencia física o moral, como en el caso de la violación como lo expresa el artículo 265 - del Código Penal.

Los tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto, constituyen referencias típicas a la voluntad de la gente o al fin que persigue, diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos, "intencionalmente", a sabiendas con el propósito, etc.

La ausencia de éstos harán operar una atipicidad, así -- lo establecen los artículos 199 bis, 227 y 323. (5)

LA ATIPICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.

Ya sabemos que son varias las causas por las que se podría presentar la atipicidad, como hemos señalado anteriormente.

En el caso a estudio podría darse la atipicidad cuando faltara el objeto material o el objeto jurídico, es decir: -- cuando el ladrón sujeto activo del delito no estuviera en posesión de la cosa o que esta no existiera.

Se presentará una atipicidad por no existir el objeto -- material sobre el cual recaiga la acción, lo mismo sucedería cuando no se dieran las referencias temporales o espaciales--

material sobre el cual recaiga la acción, lo mismo sucedería cuando no se dieran las referencias temporales o espaciales-requeridas en el tipo, es decir, bajo condiciones de lugar - o tiempo, sino opera la conducta será atípica. (En el delito a estudio se requiere que se cometa el apoderamiento sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley), como lo establece el artículo 367, la ausencia de éste requisito señalado por nuestra Ley-Penal hará operar una atipicidad.

C. Causas de Justificación.

De las doctrinas que se han elaborado para fundamentar - las causas de justificación es necesario citar a dos:

La de Franz Von Litz, llamada del fin reconocido por el-Estado y la elaborada por Edmundo Mezger, la llamada de justificación supralegal.

Von Litz, considera que son justificadas aquellas conduc-tas que se reproducen en ejecución de un fin que el estado-ha reconocido, pues se trata de acciones típicas pero no in-justas, ejemplo, el tratamiento médico quirúrgico puede asu-mir la pariencia de una lesión corporal, pero se justifica - porque es un medio apropiado para la consecución de un fin - públicamente reconocido por el Estado como es la conservación y el reestablecimiento de la salud y en la muerte; y en las-lesiones causadas en los deportes que sean observadas las re-glas del juego, estaremos ante una situación semejante a los citados en cumplimiento de un fin autorizado por las Leyes - y reconocidos por las autoridades.

Basándose en que la conducta esta calificada por la norma y que es esta en última instancia, la que establece su licitud o antijuridicidad, Mezger ha elaborado la teoría de la justificación supralegal en el orden al estado de necesidad.

Los bienes jurídicos pueden y deben valuarse de suerte - que cuando se colicionan dos de ellos y uno es superior, éste debe preponderar aún cuando esté expresamente establecido así en la Ley. La conducta que tal haga será justificada.

La antijuridicidad es un concepto valorativo no una noción positiva que pueda facilmente definirse con exactitud - sino que representa lo contrario al orden jurídico, es decir que siendo el delito un acto antijurídico y la antijuridicidad un concepto valorativo, resulta indudablemente que cuando la antijuridicidad falta, nos hallamos en plena juricidad. Por lo tanto cuando no pueda verificarse la existencia del fin reconocido por el Estado, ni aún la colición de intereses desiguales, pero si se prueba la no ofensa a la norma de cultura, procede la absolucíon puesto que al no ser el -- hecho contrario a la norma es justo.

Fernando Castellanos Tena; señala que las causas de justificación son aquéllas condiciones que tienen el poder de - excluir la antijuridicidad de una conducta típica, representa un aspecto negativo del delito en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, -- ejemplo, la antijuridicidad; que en tales condiciones la acción realizará a pesar de su apariencia, resulta conforme -- al derecho. A las causas de justificación también se les lla

ma justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad causas de licitud, etc.

A los justificantes generalmente se les agrupa al lado de otras causas que anulan el delito, es decir, impositivas de su configuración. Catalogándoseles bajo la denominación - causas excluyentes de responsabilidad, causas de inincriminación, etc. Nuestro Código usa la expresión de circunstancia-excluyente de responsabilidad.

Raúl Carranca y Trujillo, utiliza la denominación de causas que excluyen la inincriminación, este nombre es el mas adecuado porque además de comprender todos los aspectos negativos del delito substituyen la palabra de circunstancias, de causas. Jiménez de Asúa, dice: "Circunstancia es aquello -- que esta alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente y las causas que nos ocupamos cambia la esencia del hecho, - convirtiendo al crimen de una desgracia.

Las causas que excluyen la inincriminación son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de ininputabilidad y causas de inculpabilidad.

Las justificaciones no deben confundirse con otras eximentes ya que existe una diferencia en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación dice, Soler son objetivas, que se refieren al hecho de impersonales. Las causas de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, es decir personales. Añade Núñez, -- son: Erga Omnes, respecto a los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda-

derivar del hecho en si mismo.

Las causas de inculpabilidad difieren de las de ininputa bilidad ya que las primeras se refieren a la conducta comple tamente capaz de un sujeto y la segunda afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente. El inim putado anota Jiménez de Asúa es psicológicamente incapaz de modo perdurable o transitorio para toda clase de acciones, - también expresa que las causas de justificación no hay deli to en la ininputabilidad, no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena .

Como las causas de justificación recaen sobre la acción- realizada, son objetivas, es decir, se refieren al hecho y - no al sujeto; atañen a la realización externa. Otras eximen tes son de naturaleza subjetiva es decir, se refieren al as pecto personal del inculpado.

En cuanto a los excluyentes supralegales, es decir, a -- los eximentes de responsabilidad se les llama supralegales,- la denominación no es acertada, porque sólo pueden operar -- si se desprende dogmáticamente, es decir, del ordenamiento -- positivo, aludir a la supralegalidad produce la impresión de algo por encima de las mismas disposiciones positivas, cuan do que en la realidad esas eximentes se derivan de la propia Ley, de esta manera se afirma que sólo tratándose de las jus tificaciones no puede hablarse de causas supralegales porque toda antijuridicidad se descompone en un contenido material- o sociológico de oposición al orden de inconveniencia para - la vida colectiva y en una declaración expresa para el Esta-

do, que constituye la antijuridicidad formal y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal. Esta antijuridicidad formal no puede ser destruida -- sino por otra declaración legal; de esta manera si nos imagináramos la desaparición del contenido material de antijuridicidad de un acto, este continuaría siendo antijurídico formalmente mientras la Ley no emitiera y declarase normalmente la desaparición de la antijuridicidad subsistiendo con ello el carácter delictuoso del acto descrito en el tipo.

La eliminación total (material y formal) de la antijuridicidad requiere, una declaración legal que no se exige respecto de ningún otro de los elementos del delito.

Resumiendo podemos decir que establecidas o no en la Ley las excluyentes que se refieren el acto humano a la imputabilidad o la culpabilidad, pueden producir sus efectos; la excluyente de antijuridicidad en cambio sólo se integra por la declaración o reconocimiento hecho por la legislación por -- ser este el único medio de neutralizar la antijuridicidad -- formal a que dá vida también una declaración legal. (6)

Nuestro Código Penal Vigente, en su artículo 15 se establecen las siguientes causas de justificación.

1. Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible.

2. Hallarse el acusado al cometer la infracción en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental o involuntario de substancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado tox infeccioso agudo o por-

un trastorno mental involuntario de carácter patológico y -
transitorio.;

3. Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes personales, honor y bienes de otros re-
peliendo una agresión actual violenta sin derecho y de la --
cual resulte un peligro inminente a no ser que se pruebe que
intervino una de las circunstancias siguientes:

Primera.- Que el agredido provocó la agresión dando cau-
sa inmediata y suficiente para ella.

Segunda.- Que previó la agresión y pudo evitarla por - -
otros medios legales.

Tercera.- Que no hubo necesidad del medio empleado en la
defensa; y

Cuarta.- Que el daño que iba a causar el agresor era fa-
cilmente reparable, después por medios legales o notoriamente
de poca importancia, comparado con el que causó la defensa -
se presumirá que concurren los requisitos de la legítima de-
fensa respecto de aquél que durante la noche rechazarse en -
el momento mismo de estarse verificando el escalamiento o --
fractura de lo cercado, paredes o entrada de su casa, depar-
tamento habitado o su dependencia cualquiera que sea el da-
ño causado a su agresor igual presunción favorecera al que -
considera cualquier daño a un extraño a quien encontrarse den-
tro de su hogar.

4. El miedo grave o el temor fundado o irresistible de -
un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la
necesidad de saber su propia persona, sus bienes la persona-

o bienes de otro, o donde de un peligro real grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial no se considerará que obra en estado de necesidad - aquél que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro.

5. Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado por la Ley.

6. Ejecutar un hecho que no es delictuoso por circunstancias del ofendido si el acusado los ignora inculpablemente al momento de actuar.

7. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituye un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

8. Contravenir lo dispuesto en una Ley Penal dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo.

9. Ocultar al responsable de un delito o los efectos -- objeto e instrumentos del mismo o impedir que se averigüe -- cuando no se hiciera por un interés bastardo y no se emplear se ningún medio delictuoso siempre que se trate de:

a) Los ascendientes o descendientes o afines.

b) El cónyuge o parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo -

c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, -- respeto, gratitud o estrecha amistad.

10. Causar un daño por mero accidente sin intención, ni imprudencia alguna ejecutando un hecho ilícito con todas --

las precauciones debidas.

La ley establece que las anteriores circunstancias excluyentes de responsabilidad se harán valer de oficio, (art. 17 del Código Penal). (7)

En el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal y territorios federales de 1949, se sugirió la conveniencia de corregir la defectuosa denominación empleada en el Código Penal Vigente de "Circunstancias que excluyen de responsabilidad" ahora se juzga que esta titulación era mejor que la anterior, pero a la fecha inadecuada, porque no comprende la serie de eximentes que el capítulo relativo registra.

La Ley señala una serie de requisitos que son necesarios para la existencia de las denominaciones excluyentes de responsabilidad. Todos ellos requieren de elementos propios característicos.

Para precisar en lo general el concepto de estas justificantes, se cita a continuación la autorizada opinión del maestro Jiménez de Asúa. (8) "son causas de justificación -- las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal: esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos de delito, figura delectiva, pero en los que faltan sin embargo el carácter de ser antijurídico de contrarios al derecho, que es elemento más importante del crimen".

CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO A ESTUDIO.

Hablamos en notas anteriores que cuando se realiza una conducta típica, y le hace falta el elemento antijurídico no

puede integrarse el delito, porque el Estado por disposición expresa permite la ejecución de diversas conductas.

En el caso a señalar por ejemplo, legítima defensa por - la que se permite privar de la vida a un hombre para defender nuestra propia vida o integridad personal, excluyéndose por esta razón la antijuridicidad.

En el delito a estudio no opera la legítima defensa, - - siempre y cuando no este en peligro la vida o la integridad personal, pero si podemos establecer otros excluyentes o formas de justificación que puedan operar.

Podemos señalar por ejemplo; que las causas de justificación funcionan cuando con la presencia de las mismas se considera que el sujeto activo persigue un fin lícito y estas - causas pueden presentarse de la siguiente manera:

1. Ejercicio de un derecho.
2. Estado de necesidad; y
3. Cumplimiento de un deber.

Respecto al ejercicio de un derecho podemos afirmar que - debe tratarse de un derecho legal de donde resulta que quien lo ejercita no puede cometer una acción antijurídica, pues - su conducta se ajusta a la Ley que origina aquél.

Resumiendo podemos decir que el ejercicio de un derecho - como causa de justificación sólo se dará dentro de los límites que expresamente fije la ley.

El estado de necesidad cuando se sacrifica el bien menor para salvar el bien mayor, en esta situación nos encontramos que se trata de superar el hecho de peligro, sacrificando el

bien menor o sea el patrimonio ajeno, al apoderarse de una cosa ya sea gravando enajenando, etc., para que en forma se pueda salvar el bien mayor que puede ser la vida misma (Robo de famélico).

El cumplimiento de un deber -- por ejemplo, la licitud -- deriva de un precepto legal que justifique la acción del sujeto o sea consecuencia de un mandato de una autoridad que se apoya en la Ley, (embargo judicial).

Diversos autores han citado la posibilidad de que se puedan presentar las causas de justificación en lo que se refiere al robo genérico que hemos hecho mención, es decir, que si se estima que en las mismas causas de justificación el sujeto persigue un fin ilícito presentándose en éstos casos -- las causas mencionadas.

En el caso a estudio de robo en lugar cerrado se pueden presentar dos causas de justificación.

Consideramos que en este caso podría operar el cumplimiento de un deber cuando por ejemplo, el apoderamiento de una cosa ajena mueble, mediante un orden judicial y que además se autorice romper chapas, candados, llaves, etc., en éstos casos los actuarios de los juzgados no están debidamente autorizados para llevar a cabo un provecho personal sino sólo para ponerlas en depósito o guarda de aquél que se señale en esa diligencia.

También podemos citar el estado de necesidad, si puede presentarse en este delito a estudio ya que si una persona tiene necesidad de algo que le es indispensable para poder -

subsistir él o su familiar se apoderan de una cosa ajena - - mueble sin derecho y sin consentimiento de quien legalmente puede disponer de ella, y lo hace por una sola vez exclusivamente para cubrir su inminente necesidad, está justificada - su conducta y no cometerá el delito de robo ejemplo, cuando un sujeto se apodera por su inminente necesidad de productos medicinales para satisfacer sus necesidades personales o de algún miembro de su familia.

D. Inculpabilidad.

La inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad, Jiménez de Asúa, al hablar de este tema dice: que está forma - consiste en la absolución del sujeto en un juicio de reproche. (9)

Luis Fernández Doblado, expresa "que representa el examen último del aspecto negativo del delito, señalando que -- sólo podrá obrar en favor del comportamiento de un sujeto -- una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medio en el externo una justificación ni en el interno una inimputabilidad. (10)

Porte Petit, señala que: "son causas de inculpabilidad - el error y la no exigibilidad de otra conducta", aún cuando en esta última forma existen varias opiniones. (11)

El Maestro Castellanos Tena dice, que lo cierto es que - "la inculpabilidad al no encontrarse los elementos esenciales de la culpabilidad, conocimientos y voluntad; así como - la eliminación de alguno o de ambos debe considerarse como - causa de inculpabilidad". (12)

En cuanto al error que puede presentarse de hecho o de derecho el mismo Porte Petit, al referirse al error esencial el sujeto actua antijurídicamente creyendo obrar conforme a derecho, hay desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta de derecho no puede aceptarse como eximente de culpabilidad, ya que sabemos que existe un principio general de derecho que señala la ignorancia de las leyes y a nadie beneficia, ésto lo podemos entender como si el agente no tenia conocimiento de la disposición legal, ello no lo libra de que puede considerarse culpable de su conducta.

La última fracción dice: "que obro con el consentimiento del ofendido con excepción del caso que habla el artículo -- 93". También se dice, que en éste caso es irrelevante dicho consentimiento al no tratarse de los delitos a los que se refiere el citado, no interesa que el ofendido hubiere dado su consentimiento de todos modos el sujeto activo del delito -- quiso el resultado de su conducta, como consecuencia será -- culpable a pesar de que pudiera probar que había obrado con el consentimiento del ofendido ya que los bienes que son -- protegidos por el derecho penal son necesarios para que sea posible la vida en sociedad, la destrucción de los mismos o puestos en peligro rompería el orden social.

Cuando iniciamos el estudio de la culpabilidad expresamos que este elemento puede ser en dos formas.

El dolo, la culpa y una tercera forma que es la praterintencionalidad.

Ignacio Villalobos define a la culpa y dice: "que se dá-

cuando un sujeto obra de tal manera que por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención de reflexión, parecía, precauciones o de cuidados necesarios se produce una situación de antijuridicidad propia no querida directamente ni consentida por su voluntad, para que la gente previo o pudo preveer y cuya realización era evitable por el mismo refiriéndose a éste sujeto. (13)

Este autor se esta refiriendo lo que en términos generales hemos escrito lo que debe conocerse por culpa, Cuello Calón, dice: "que es el actuar sin intención y sin la diligencia debida causando un resultado dañoso y previsible y penado por la Ley; la culpa esta sustentada en la previsibilidad y la evitabilidad que son los aspectos que habrá de mancomunarse en esta figura.

El Código Penal vigente en cuanto al error únicamente se refiere al error de hecho en los casos de las Fracciones V y VI del Artículo 9, en la primera, establece como excluyente de responsabilidad al ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar, situación que se presenta por ejemplo, en el caso de resistencia a un agente de la autoridad ignorando su carácter o sea que nos encontramos en un error sobre la persona.

En lo que se refiere a las eximentes putativas como error esencial de hecho, el maestro Castellanos Tena, dice: "que se entiende las situaciones en los cuales el sujeto por un error de hecho insuperable cree fundadamente al realizar-

un hecho típico del derecho penal, hallarse amparado por -- una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo. (14)

En la doctrina moderna se afirma que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminatória de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho. En contra puede citarse la opinión de Ignacio Villalobos, cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a condiciones de naturaleza o emotividad pero no de derecho, por los cuales resulta humano, excusable o no punible, que la persona obre en un sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometiendo un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y con el orden social. "El mismo tratadista afirma: la no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa pero no una desintegración del delito por eliminación del alguno de sus elementos.

Nuestro punto de vista sobre la no exigibilidad de otra conducta debemos hacer notar que para desaparecer la culpabilidad precisa la anulación de alguno de sus dos elementos o de ambos, de lo cual se infiere que las causas de inculpabilidad son aquéllos capaces de afectar el conocimiento o elemento volitivo en consecuencia las inculpabilidades estan --

constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

INCUPLABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.

El error de hecho esencial e insuperable es posible de operar como causa de inculpabilidad, por la eliminación del factor intelectual, es decir, cuando un sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo (cuando un sujeto se apodera de una cosa ajena mueble - creyendo ser suya), por ejemplo, el robo de una cosa dejada en el automóvil en un estacionamiento donde se encuentran varios carros de la misma marca o del mismo color.

La coacción sobre la voluntad podría operar también con este efecto en el delito de robo en lugar cerrado. El temor fundado que se cree en alguna persona puede ocasionarse que ésta con tal de librarse del temor que se le ocasiona (y se apodera de un objeto que no es de su propiedad), se introduzca a un lugar al que no tiene libre acceso, actuando entonces el temor como causal de inculpabilidad en el agente activo.

La obediencia jerárquica en el supuesto de que el subordinado, o sea, poder de inspección sobre los actos que se le ordenan pero desconoce la ilicitud de los mismos por mediar un error esencial de hecho insuperable, o conociendo la ilicitud de los mismos, (en este caso, de robar en un lugar cerrado), y la posibilidad de negarse a su cometido no lo hace

por pesar sobre él una amenaza grave que coaccione su voluntad, en los dos casos se configura la inculpabilidad.

- (1) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. México 1955. Págs. 31-32. (De la Dinámica del Delito).
- (2) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edic. Porrúa, S. A. México. 1973. Pág. - 132
- (3) Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo - III. 2a. Edic. Edic. Lozada, S. A. Buenos Aires. 1958. Pág. 812.
- (4) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de - Derecho Penal. Edit. Porrúa, S. A. 7a. Edición. Parte General. México. 1973. Pág. 166
- (5) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edic. Porrúa, S. A. 7a. Edic. México. - 1973. Pág. 174
- (6) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 7a. Edic. Porrúa, S. A. México. 1973. - Págs. 181-184
- (7) Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. 26a. Edic. Edit. Porrúa, S. A. México. 1974.
- (8) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Edit. A. Bello. Caracas. 1945. Págs. 338-339.
- (9) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Caracas. - 1945. Pág. 480
- (10) Fernández Doblado Luis. Culpabilidad y Error. Pág. 24

- (11) Porte Petit Luis. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. Pág. 53
- (12) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edic. Porrúa, S. A. México. 1973. Pág. 253
- (13) Villalobos Ignacio. Derecho Penal. Noción Jurídica del Delito. México. 1952. Pág. 151
- (14) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 1973. Pág. 560

CAPITULO IV.

EL ITER CRIMINIS, Y EL DELITO A ESTUDIO.

A. Fase Interna.

Actualmente es indiscutible, si se toma en consideración el concepto de delito elaborada por la doctrina penal, que todos los ilícitos tienen como base común el comportamiento humano, es decir la acción del hombre siendo necesario dejar establecido que esa acción humana a que nos referimos por exigencias del derecho mismo, debemos entenderla en sentido amplio, toda vez que dentro de la esfera de ese concepto debe encuadrarse tanto el hacer activo conciente del fin, como el no hacer algo determinado por un fin como es el caso de los delitos de omisión, dentro de esta ámbito conceptual encontramos todos aquéllos casos en que la voluntad rectora -- del comportamiento se anticipa al resultado del mismo (hecho dolosos), aquellos en los que la voluntad está dirigida a un resultado distinto al típico causado por el actor, (hechos culposos), en síntesis podemos afirmar que la acción humana constituye la base común de todos los hechos punibles.

Si afirmamos con Maurach, que "todo delito es en primer lugar acción", (1) debemos reflexionar en el hecho de que esa acción no aflora al exterior como algo espontáneo o imprevisto, sino que la misma antes de irrumpir en el mundo físico, tuvo que pasar por un proceso de la acción generativo que -- tiene como punto de arranque una concepción mental y como -- etapa final la consumación del ilícito penal, es éste proceso de la acción criminosa, lo que desde los prácticos italia-

nos se conoce como Iter Criminis o camino del delito y que otros autores han denominado indistintamente como "el grado en la fuerza física", "formas de aparición", "formas aparentes", etc., denominaciones que si bien difieren entre sí todos tienen en común el hecho de referirse a ese camino o proceso que sigue el delito normalmente a partir de la concepción mental hasta alcanzar finalmente su "objetividad material y jurídica", (2) en el mundo de los hechos.

La elaboración de la Doctrina del Iter Criminis, nace -- como antes los expresamos, gracias a los prácticos italianos que florecen en la época medieval.

El Derecho Romano no la conoció sino en los últimos tiempos de su desarrollo, ya que al principio - como apunta Maggiore - no se hizo distinción alguna entre intención (affectus), y resultado (effectus); todavía durante el Imperio valía el principio "in maleficiis voluntas spectatur non exitus" (en los delitos debe considerarse la voluntad, no el -- resultado)... sólo cuando se separaron los crimina ordinario de los crimina extraordinem, se distinguió entre flagitium perfectum y flagitium, imperfectum, sobre éste construyeron los prácticos la doctrina de la tentativa, y enseñaron que, - salvo a los hechos atrocismos en que el conato se castigaba como delito perfecto conforme a la máxima de origen Romano, - Punitur affectus etiam si non sequitur (debe castigarse la intención aunque no se siga el resultado), en todos los demás casos de delitos el conato debía reprimirse con penas inferiores". (3)

Partiendo de aquellas concepciones, surge como preocupación de los estudiosos de la materia, el estudio del *Iter Criminis*, es decir del proceso o camino del delito, desde la ideación hasta la consumación del mismo. Ahora bien, creemos necesario precisar que todos los delitos salvo los llamados delitos formales o de mera conducta tienen un desenvolvimiento propio, es decir, que la acción en la cual consisten se descompone en una cantidad de actos que constituyen otras tantas etapas del proceso criminoso, sólo en éstos ilícitos que tienen un iter o camino, se puede hablar de tentativa.

En el *Iter Criminis* encontramos dos fases por las cuales pasa el delito: una interna y subjetiva y la otra externa y objetiva. La primera sólo existe mientras la idea criminal permanece encerrada en la mente del sujeto sin manifestarse exteriormente en el mundo de los hechos; la segunda, aparece cuando esa idea se exterioriza, es decir, se manifiesta al mundo de los hechos mediante la realización de actos aunque estos sólo constituyan preparación del ilícito penal que el sujeto pretende cometer.

Hablaremos ahora de la fase interna en concreto y manifestamos lo siguiente: apuntamos antes que el delito nace primero como idea, como un determinado propósito de delinquir, es lo que desde el punto de vista escolástico puede denominarse "La tentación", que suele presentarse en la mente del sujeto como algo que sería deseable realizar, pero generalmente esa idea o propósito antes de aceptarse pasa por una etapa en la que el sujeto analiza y reflexiona sobre el pro-

y el contra de la realización de la misma, esa etapa se denomina "deliberación", de donde en ocasiones la idea criminosa que había nacido en la mente se rechazaba plenamente, o bien, emergía victoriosa en la firme decisión de realizarla; esa - última etapa de la fase subjetiva cuando el sujeto ha deliberado sobre la idea criminal y la ha aceptado y decidido realizarla se denomina "resolución criminal", en lo que se agota el proceso interno del iter criminis.

En esta primera fase, en que el pensamiento sólo es un propósito de delinquir, rige en general el principio de que las ideas no son punibles, principio que se deriva de la máxima "cogitationes poenam nemo patitur", (4) de donde parte Maggiore para afirmar que esta fase "sólo puede interesar a la conciencia moral o religiosa como tentación o pecado de pensamiento". Para reprimirlo, sólo está llamado el sentimiento del deber y Dios... ya que la resolución criminal - mientras permanece en la interioridad del alma no cae bajo la acción de la justicia penal, solamente cuando se manifiesta mediante confesión o jactancia puede y debe interesar a la policía de seguridad y la ley aplica las medidas de seguridad pertinentes, ejemplo, cuando la manifestación del pensamiento se traduce en alguna instigación aunque no sea acogida. (5)

Ya Romagnosi en su "Génesis del Derecho Penal", había -- apuntado consideraciones similares a las anteriores en relación a la fase que estudiamos, señalando que los "actos puramente internos, los simples pensamientos que no se manifiestan

ten con ningún acto exterior nocivo a la sociedad, por ejemplo la idea agradable que alguno se forma de una acción malvada, el derecho de cometerla, el designio que alguno concibe sin llevarlo a la práctica, todo esto no está sometido -- a penas humanas, aunque después ocurra por casualidad que -- los hombres tengan conocimiento de ello. (6)

En razón de lo expresado podemos resumir que la fase interna del Iter Criminis no es punible dado el principio que rige el derecho penal en el sentido de que el pensamiento no delinque, sin embargo, su estudio y análisis lo consideramos importante nos conduce a un tema tan complejo como el de las llamadas "resoluciones manifestadas". En efecto, muchos se ha discutido en derecho penal, si el hecho en que en algunas legislaciones que establezcan penas para ciertas resoluciones criminales, manifestadas por el sujeto, puede considerarse atentatorio al principio general de que las ideas no son punibles. El problema en cuestión es tocado con acierto el maestro Luis Jiménez de Asúa, en el estudio de ciertas resoluciones manifestadas que son punibles en la legislación de España, como en el caso de la proposición, la conspiración y la provocación, tipos consagrados por el derecho penal, español, y los cuales según el destacado jurisconsulto en el exilio, "son castigados, sin que ello pueda considerarse como punibilidad de una idea, sino del castigo de actos exteriores constitutivos de un delito de expresión como la amenaza" precisando además que el denominado "delito de las ideas", sólo puede incriminarse en aquellos casos en que se aprecie-

la objetividad jurídica infringida. (7)

Por otra parte dichas resoluciones manifestadas son consideradas por el mismo autor como una fase intermedia de las fases interna y externa del delito.

En el derecho penal mexicano encontramos varios casos -- de resoluciones manifestadas elevadas a la categoría de delitos, aún cuando en rigor doctrinario y por su fisonomía no -- constituyan una actividad material, como expresa Pavon Vasconcelos dicha resoluciones consisten en el "Acto de voluntad -- mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal -- por medio de la palabra", (8) sin embargo como lo hemos indicado son punibles por prescripción o disposición de la ley, -- estos casos de nuestra legislación penal son los siguientes:

a) La conspiración para cometer el delito de espionaje; -- artículo 141 en relación con el 127.

b) La conspiración para cometer el delito de rebelión; -- artículo 141 en relación con el 132.

c) La conspiración para cometer el delito de Sedición; -- artículo 141 en relación con el 130.

Todos estos preceptos, del Código Penal en vigor para el Distrito y Territorios Federales.

En relación a estos supuestos, Pavón Vasconcelos, nos dice: "por proponer debe entenderse la invitación formal hecha por quien ha resuelto delinquir a otra u otras personas para obtener su cooperación en la ejecución del delito, constituyendo por tanto la simple invitación de cooperar a delinquir"

"L" conspiración supone en consecuencia, el concierto en

tre varias personas, tanto para cometer los señalados delitos, como sobre la forma de llevar a cabo la determinación delictiva".

"Las dos formas genéricas aludidas (proposición y conspiración), están referidas en nuestro derecho positivo exclusivamente a los delitos contra la seguridad exterior e interior de la Nación, integrando delitos independientes pero en función de los tipos recogidos en la ley, sólo puede hablarse con propiedad de proposición para cometer traición y de conspiración para realizar traición, espionaje, rebelión y otros desordenes públicos. No podemos por ende y con base en ella enjuiciar a nadie por proposición de robo o por conspiración de homicidio.

"La razón justificativa de la punición de las citadas resoluciones manifestadas, encuentranse en el evidente peligro que entrañan las conductas consideradas en tales tipos frente a la conservación del orden público y el interés nacional".

La llamada provocación de un delito, o sea el acto de exaltación o alabanza pública de conductas sancionadas por la ley como delictuosas (artículo 209), constituye una franca rebeldía al orden público establecido, cuyo peligro se revela en la posibilidad de crear una influencia psicológica capaz de hacer dable la realización de un delito. (9)

Por otra parte, en casi todos los códigos penales hispanoamericanos se castigan las amenazas, delito que por su fisonomía puede pensarse que constituye una simple resolución-

manifestada, sin embargo el Maestro Jiménez de Asúa analizando la figura en cuestión llega a la conclusión de que se trata de un delito sui géneris en el que concurren todos los -- elementos esenciales del ilícito, a saber, una manifestación de voluntad y un resultado, que no es otro que la disminu--- ción de la propia tranquilidad, lesionando en esa forma la - tranquilidad, libertad y seguridad del sujeto pasivo, siendo lo anterior lo que distingue al delito de amenazas de las re- soluciones manifestadas, pues en éstas, como se ha observado por regla general la manifestación de la voluntad del agente se dirige al presunto codelincuente, en tanto que en las ame- nazas toma a la misma víctima como destinatario. (10)

En todas las resoluciones manifestadas que se han enun-- ciado, por su propia naturaleza y estructura, se observa - - que por sus características peculiares las mismas se deben - ubicar tajantemente fuera del ámbito interno del Iter Crimi- nis, pues es lógico que una resolución criminal cuando aflora al exterior de la mente a través de la palabra hablada o- escrita, queda en aptitud de ser regulada por la ley, como - es el caso de todas las resoluciones manifestadas que hemos- estudiado, que son punibles sólo por disposición de la ley.

Ahora bien, aún cuando se ha afirmado que para nuestro - estudio, la fase interna del proceso criminoso resulta irre- levante, es importante señalar que la misma constituye la -- piedra angular de la tentativa, puesto que la punición de to- dos los actos encaminados directa e inmediatamente a la rea- lización de un ilícito, que no se consuma por las causas aje-

nas a la voluntad del sujeto, implica la existencia de la -- intención criminal del agente, es decir, del dolo. Es indiscutible, como se ha dejado establecido, que la conducta de -- tentativa comienza con la voluntad de cometer el delito, con el dolo de consumir.

En la tentativa el dolo no tiene peculiaridad específica lo mismo existe en el homicidio consumado que en la tentativa del mismo; y precisamente lo característico en ella es -- que fracase la realización del dolo, esto es, que no se produzca el resultado previsto.

Por lo anterior consideramos absurdo que se conciba la existencia de tentativa en los delitos culposos, que son punibles sólo por el daño ocasionado debido a la negligencia o falta de previsión en el sujeto activo. Hablar de tentativa-culposa es un contrasentido jurídico, no es concebible que -- se pueda afirmar que se ha intentado hacer lo que no se ha querido.

La punibilidad de los delitos culposos, en su sentido -- más general, deriva de la ejecución de un acto dañoso que -- debió ser previsto y que por negligencia falta de previsión o de cuidado en el agente el delito se consume, de acuerdo -- con la doctrina de la representación, la culpa es la conducta del sujeto con la no representación de un resultado típico que era previsible o con la representación del evento, pero al mismo tiempo impulsado por la esperanza de que el resultado no se produzca.

De ahí que en la tentativa jamás se puede hablar de una-

conducta culposa, ya que en los delitos por culpa de la ausencia de voluntad en el resultado es una característica esencial y siendo la intención el elemento integrante de la figura accesoria, sostener su existencia en los delitos culposos sería desvirtuar su propia naturaleza.

No obstante Mezger, (11) conceptualmente la admite cuando señala que "es impune la tentativa de un delito culposo, la que se considera perfectamente concebible y apuntando como ejemplo de ello, el hecho de que alguien ponga culposamente un veneno en la comida de otro sin que se produzca, sin embargo, daño alguno o la creencia culposa de que existe una situación de legítima defensa. Aunque también establece que de acuerdo con la fórmula del Código Penal Alemán, esas conductas no son punibles en virtud de que dicho ordenamiento requiere la "resolución de cometer un delito", es decir la intención de lesionar un determinado bien jurídico, lo cual en los delitos culposos no se da.

Con un criterio objetivo rígido en el que se afirme que la tentativa existe siempre que se ponga en peligro un bien jurídicamente tutelado, se afirmará la existencia de la tentativa culposa, pero ello es inadmisibles pues lo característico en la tentativa es si un peligro corrido pero buscado.

En los hechos producidos por culpa se reclama no una voluntad perversa que no existe, sino una voluntad imprudente que dejo de calcular todas las consecuencias posibles de los actos a los que propondría, estos actos imprudentes en cuanto que a causa de ellos se produce un hecho perjudicial se--

rán punibles, en tal caso, como delitos consumados, pero -- nunca en ausencia de resultado, como tentativa, por ejemplo, en el supuesto de un automovilista que a efecto de ganar -- tiempo en su recorrido y con el deseo de llegar más pronto -- a su destino, tripula su automóvil a velocidades mayores a -- las permitidas, y con ese fin concreto y no con el de causar un daño en el caso de que así sucediera cuando sin querer -- atropelle y lesione a alguna persona. Aquí si podriamos ha- blar de un delito culposo, pero en el supuesto de que no se produzca ningún resultado de ninguna forma se podría hablar- que dicho individuo es responsable de una tentativa culposa.

Por otra parte esa intención de que hemos hablado a de -- ser según Carrara directa y perfecta y requiere una prueba -- específica. Afirma que en la consumación, el hecho en si re- vela la intención del agente y salvo demostración contraria- del acusado, la presunción jurídica nos lleva a consignar -- que quizo hacer lo que hizo, las presunciones jurídicas deri- van del curso ordinario de las cosas y es más frecuente que- el hombre ejecute lo que se propuso ejecutar que lo contrario de aquéllo a lo que aspiraba. En la tentativa señala, el he- cho no existe, en su lugar se destaca el peligro. Pero el -- hecho se mide por un efecto real emanado de los actos exter- nos. El peligro deriva de la mera previsión de un efecto ase- quible o no mediante aquellos. Parece por lo tanto, claro, - que la previsión de un hecho no es compañera inflexible -- de la probabilidad del hecho mismo. Una cosa es decir, que un caso externo lleve en si la virtualidad necesaria para produ

cir un efecto dado y otra muy distinta que el actor de ese -
acto provellese o quisiese realizar tal efecto, del hecho se
puede deducir una presunción de voluntad, de la posibilidad-
del hecho, sólo puede derivarse una voluntad probable. Por -
lo que es necesario, deduce Carrara que el elemento subjetivo
de la tentativa requiere una prueba específica y que la -
intención debe ofrecer caracteres particulares y no exigidos
en el delito ordinario.

Por ello afirma que la intención de la tentativa a de --
ser directa, así si la intención no es directa, es imposible
la tentativa, del mismo modo no habiendo perfección en la vo-
luntad, no puede aquélla surgir.

La opinión de Carrara es discutible cuando afirma que la
intención directa y perfecta es característica en la tentati-
va en la sola realización de un acto unívoco, o sea de un --
acto inequívocamente dirigido al delito. Todo acto así reali-
zado será ya tentativa dado que en el existirá indefectible-
mente el elemento subjetivo con los requisitos del propio Ca-
rrara le imprime. En esta forma el autor menosprecia la natu-
raleza de la intención convirtiéndose en interpretación uni-
lateral, toda vez que realizado un acto unívoco por sólo he-
cho, se prueba ya la intención dirigida a un tipo penal, omi-
tiendo la consideración de la conducta precedente del sujeto
y su concreta actividad, así como la acción, su correlación-
con la mente del sujeto activo y con el ambiente en que se -
desembuelve.

El elemento objetivo material como veremos en el riesgo-

corrido, el peligro concreto en que se coloca el bien jurídico tutelado; así aunque persiste la intención de delinquir - si el peligro no se actualiza, no se produce tentativa.

Hechas estas disgregaciones, inevitables por su importancia, podemos concluir que aún cuando la fase interna del Iter Criminis no es punible en virtud del principio imperante de que el Pensamiento No Delinque; su estudio y análisis, resulta imprescindible en razón de que como hemos apuntado - la intención, el propósito de cometer determinado delito constituye necesariamente el fundamento de toda tentativa, es decir, que la mera resolución de cometer un delito sin acto externo que la acompañe, no constituirá delito alguno, menos - aún tentativa.

El tema que nos ocupa nos conduce también a la consideración de problemas tan complejos como las denominadas resoluciones manifestadas, alguna de las cuales son punibles por -- disposición de la ley, como las que hemos examinado y a pesar de que nosotros en lo particular las encuadramos concretamente en la fase externa del proceso criminoso, su análisis y estudio no puede dejar de realizarse dentro de la esfera interna del delito, por estar vinculadas dichas resoluciones íntimamente a ellas.

En relación a las citadas resoluciones, creo indispensable dejar perfectamente establecido que el hecho de que en algunas legislaciones penales existan penas para algunas de ellas, no significa ello que se viole el principio Cogitationes poenam nemo patitur, sino que se trata del castigo de ac

tos exteriores que ponen en peligro bienes jurídicamente tutelados por lo que son inculminables expresamente por la ley.

B. Fase Externa.

Ya hemos dicho que el momento en que la resolución criminal latente en el sujeto aflora, cautelosa o violentamente - en el mundo de los hechos, constituye el inicio de la parte externa del Iter Criminis, misma que se manifiesta en la realización de actos encaminados al logro del propósito criminal del sujeto.

Esta fase, al igual que la interna o subjetiva que he estudiado, se integra también por varios momentos o etapas. -- Puig Peña (12) considera que la fase externa del delito es susceptible a subdividirse en dos subfases, una de "preparación" del delito y la otra se denomina de "ejecución" del mismo, así mismo manifiesta que dentro de la primera subfase mencionada quedarían encuadrados los actos preparatorios y las llamadas resoluciones que sean punibles en virtud de que la ley -- las considere típicamente antijurídicas.

Yo no soy partidaria de ese criterio de subdividir en otras subfases la etapa externa del Iter Criminis, pues aún - cuando a primera vista esa subdivisión que hace el maestro - Puig Peña puede aparecer didácticamente útil, en realidad lo único que se logra es hacer más complejo el estudio de la fase externa del delito; pues entonces no sólo habría que delimitar las etapas de preparación y ejecución del delito, ya de por sí difícil, sino que también habría que establecer y

determinar la denominada subfase de preparación y distinguir la de los actos preparatorios y éstos a su vez, de las resoluciones manifestadas.

Por esta razón, consideramos que basta hablar de preparación y de ejecución como diversos momentos y etapas de la fase externa y tratar de establecer la distinción y deslinde de esas etapas.

Cuando la ejecución es subjetiva y objetivamente completa o perfecta, se llega al delito consumado con lo que finaliza el recorrido del proceso criminoso. Cuando esa ejecución es subjetiva y objetivamente incompleta o imperfecta, entonces estamos en presencia del delito tentado, tentativa o conato.

C. Los Actos Preparatorios.

Si la fase externa se inicia en el momento en que la intención criminal se proyecta al exterior, generalmente mediante actos materiales, no todo hacer material en que se transforma la intención criminal, constituye un comienzo de ejecución del delito que se quiere perpetrar muchas veces la decisión de delinquir no da paso de inmediato a un comportamiento ejecutivo de quienes lo adoptaron, sino que a éste se le antepone un hacer que tan sólo preparara el hecho propiamente reprobable. En este caso estamos en presencia de los llamados actos preparatorios mismos que han sido definidos por el ilustre maestro Mariano Jiménez Huerta, como "aquella parte del obrar humano que si bien incide en la par

te exterior del delito por no implicar un comportamiento corporal que trasciende de la simple resolución interna, tiende a la búsqueda y provisión de los medios e instrumentos al acecho y vigilancia del sujeto pasivo para hallar la ocasión propicia a lograr la intervención de otras personas que auxilian a su ejecución a asegurar la huida de los delincuentes y en general a la realización de los preámbulos del delito", (13) definición que en nuestro concepto no sólo comprende el acto preparatorio, sino también a todas las llamadas resoluciones manifestadas que antes estudiamos.

Hemos encontrado dos corrientes, una que sostiene la impunidad de los actos preparatorios y la otra que estudia que los mismos deben ser punibles, como enseguida examinaremos:

1. Doctrina de la Impunidad. Este criterio es sostenido por la escuela clásica quien fundamenta su postura en los siguientes puntos:

a). Los actos preparatorios no constituyen de ninguna manera violación alguna a la norma penal, pues el que compra un arma de fuego con la intención de matar a otro, no viola por ese sólo hecho el dispositivo legal que ordena respetar la vida ajena, únicamente lo estará violando cuando intente disparar el arma en contra del sujeto pasivo, lo mismo sucede con el delito de robo; no basta el desear apoderarse de una cosa ajena mueble, sino que es indispensable el tomarla o encaminarse al apoderamiento de la misma.

b). Los actos preparatorios son de naturaleza indeterminada

dos o equívocos, por no revelar por sí mismos de un modo claro la intención del sujeto de cometer un delito.

- c). El castigo de los actos preparatorios puede ser de graves consecuencias para la seguridad jurídica que debe prevalecer en toda sociedad organizada, ya que daría lugar a muchas arbitrariedades de la autoridad judicial.
- d). Además los actos de preparación no deben ser castigados por causar de utilidad, ya que de esa manera se fomenta el desistimiento.

2. Doctrina de Punibilidad. En contraposición de la escuela clásica, encontramos la doctrina positivista, la que en orden a la punibilidad se pronuncia porque a los actos preparatorios se les imponga una pena en virtud de que la sola realización de esos actos que tienden al logro de un fin criminoso, revela la existencia de una peligrosidad en el agente, por lo que no se debe dudar en la punición de los actos preparatorios.

Por mi parte me inclino por la impunidad de los actos preparatorios, ya que creo que los argumentos de la escuela clásica son aceptables. Sin embargo, también pienso que debería establecerse alguna fórmula legal que permitiera al juzgador imponer una pena a los propios actos preparatorios cuando impliquen un peligro del bien jurídico protegido estén equivocadamente dirigidos a la consumación de un delito, o bien sea realizado por delincuentes habituales. Ante la -

carencia de esta fórmula legal en las legislaciones penales- si vemos con buenos ojos la elevación de ciertos actos preparatorios a la categoría de delitos autónomos, en razón de la importancia de algunos bienes que tutela la ley.

D. La Tentativa.

Se observa que para la realización de un ilícito penal, la conducta, así como puede llegar a su máxima consecuencia, puede detenerse en diversos puntos de ese camino sin llegar a efectuarse la consumación. Al ver esta posibilidad, se ha ce necesario que la norma jurídica considere como delito no sólo el acto que lesiona el bien jurídico, sino también los actos que tienden a esa lesión sin conseguirla.

Sugiere por lo tanto que existe una norma jurídica que - contemple el aspecto tentativa, para que de esta manera no - queden impunes aquellos actos que son realizados, tendientes al delito pero no alcanzan la consumación.

Toda aquella noción que se pretenda de tentativa, tiene que ser en relación al delito consumado. Por ello Carrara - al exponer su teoría considera a la tentativa como un delito degradado en su fuerza física, considerándola como delito imperfecto, cuya acción es imperfecta. (14)

Meyer y Mezger consideran la tentativa como una causa extensiva de la pena, pues se amplía el concepto delictivo -- plasmado en la parte especial, estableciendo una tipicidad - especial fuera del delito consumado. (15)

Bettioli considera: "El fruto de la combinación de dos -

normas incriminadoras, una principal y otra secundaria, las cuales dan vida a un nuevo título de delito: el delito tentado". (16)

De la misma opinión Ottorino Vannini escribe que "la norma referente a la tentativa es norma accesoria que amplía la esfera de aplicación de las normas primarias fundamentales", y una de que "la norma que se viola en la tentativa es siempre la norma primaria, la norma que prevee la consumación".

(17)

Mariano Jiménez Huerta considera que el derecho penal da vida a la tentativa a través de un dispositivo legal el cual "amplifica y logra captar conductas que no obstante su inequívoco matiz antijurídico serían sin él atípicas", es un -- dispositivo legal amplificador del tipo que es accesorio, ya que se apoya en un tipo delictivo por el cual tiene significación jurídico penal. (18)

Palacios observa que la tentativa requiere de una norma específica que prevea esa actividad para poder incriminarla.

Esta norma es de naturaleza accesoria ya que sólo cobra vida al contacto con una norma principal de la que es un -- grado menor. Prosigue afirmando que "es un título de delito autónomo-tentativa, frustración, pero jamás tiene vida por sí". (19)

Sigue exponiendo Palacios que "el concepto de perfección tentativa y consumación, lo podemos entender desde un punto de vista natural y de otro punto meramente formal o jurídico. Bajo el primero, es obvio que la consumación es per -

fección, por corresponder al acto humano de voluntad con la lesión completa del bien contemplado el precepto tipificador y que tentativa es imperfección porque falta precisamente el resultado, el más importante de los requisitos, del tipo; más jurídicamente estimado el tema, es consumación y perfección el delito tentado, porque se ha violado la norma prohibitiva, pues sustituido el resultado por el peligro, - verificarse la suposición del hecho histórico en los preceptos que prevén y punen el actuar en el que está ausente el resultado". (20)

Cuello Calón, comentando la obra de Pessina, considera - que la tentativa es tan perfecta como el delito consumado, - habrá una obra imperfecta, pero no un delito imperfecto, ya que no puede predicarse una imperfección puramente objetiva. (21)

A su vez Bettiole expresa que "la tentativa tiene su propia objetividad, dada la lesión potencial de un bien jurídico, tiene una estructura suya, propia, dados los actos idóneos a ocasionar un resultado lesivo; tiene una sensación -- específica más mitigada que la prevista para la consumación". (22)

Antoni Sei, considera la tentativa "como el resultado de la combinación de dos normas" una principal (norma incriminadora especial), y una accesoria (norma extensiva), originándose un nuevo título de delito de carácter autónomo. En esta consideración la tentativa constituye un delito perfecto". - (23)

La opinión de Pavón Vasconcelos es que aunque la tentativa se subordine para su punición, a la referencia típica -- concreta no es posible negarle, su carácter de figura autónoma.

Si se la relaciona con el delito consumado surge su naturaleza imperfecta y subordinada, pero considerada en si misma constituye un delito perfecto, es una figura con caracteres propios y punibles. (24)

Scarano sostiene la autonomía de la tentativa afirmando - que esta "no es en el plano normativo, un fragmento del delito consumado, sino que tiene su autonomía específica. La consumación y la tentativa son dos momentos distintos, entre el delito consumado y tentado no hay diferencia de cantidad sino de calidad. Es inexacto considerar la tentativa como un momento de la consumación y definir la entidad que se estudia, no por lo que es sino por lo que no es". (25) Además de basar sus razonamientos en algunos de los artículos del Código Penal Italiano, hace referencia del criterio seguido por la Corte de Casación, la cual acoge la autonomía de la institución de tentativa, con las siguientes palabras: "El delito tentado es una infracción autónoma, jurídicamente distinta del correspondiente delito consumado y la razón de su punibilidad no debe verse en el peligro de la consumación -- del delito, sino en la violación de la norma penal a que es dirigida, por lo cual no se puede decir que en la tentativa -- esté incitó el carácter de delito de peligro, sino que puede ser, según los casos y los resultados que se presenten, tan-

to delito de daño como de peligro". (26)

En contra de la autonomía de la tentativa, Araujo Sostiene: "quien comienza a ejecutar una actividad delictiva no -- tiene el propósito de tentar sino de consumar el delito... - admitir la existencia de una norma específica y autónoma para el conato es incompatible con la culpabilidad que para esta exige el sistema del Código. Aparte de ello, la tesis que se impugna olvida que el mandato contiene en la norma estando dirigido a evitar en el futuro un determinado resultado, - no tiene por objeto una actividad fragmentaria que no lograda dicho resultado". (27)

Jiménez de Asúa es muy claro y notoriamente en contra -- de la autonomía del conato al expresar: "nos hayamos quiera se o no, ante un delito una especie de delito, que no llega a consumarse y que se articula con una fórmula de extensión de pena situada en la parte general, pero que esta vacía - - mientras no se conecte con el delito concreto que el agente quería consumar", por ello, "es realmente imposible hablar - del delito intentado como un delito autónomo, ya que el precepto sobre la tentativa no protege un bien distinto que el tutelado por la norma primaria de consumación, sino el mismo". Concluye este autor afirmando: "la tentativa y la frustración (en los Códigos que la incluyen en su texto), son grados del Iter Criminis que no llegan a la perfección del - delito, estamos en presencia de un delito imperfecto. Su antijuridicidad radica en el desvalor de la acción que constituye un comienzo ejecutivo, sus resultados que gradúa la pu-

nibilidad en que constituye un peligro para el bien jurídico y su culpabilidad, el dolo de consumación que por causas ajenas al agente no ha llegado a su resultado final". (28)

Si bien es cierto, que debe existir la punibilidad de los actos realizados tendientes a la consumación de un delito, también lo es, que esta actividad es inseparable del delito mismo. El que exista una norma específica del delito intentado no significa que por sí misma tenga validez, ya que si la aislamos, esta sola norma no nos va a indicar que es lo que se tiene que sancionar, por lo que forzosamente tiene que apoyarse en la norma que contiene el tipo llamado primario y en base a esta, castigar los hechos o actos que tiendan a lesionar el bien jurídico que tutela el derecho. La tentativa es una parte del iter criminis que es punible en cuanto se relaciona, se conecta, con la norma principal, la intención del delincuente no es intentar sino consumir el delito y el precepto de la tentativa protege el mismo bien que la norma primaria. La que se sanciona es la intención de consumación de uno o varios delitos específicos y no el aspecto fraccionario.

En cuanto a la terminología, a fines del siglo pasado - la tentativa fue llamada conato o conatus, antecedente latino de ésta. Petrocelli afirma que el término conato acentúa en la acción el carácter de esfuerzo para el logro del fin. El cual incluso puede subsistir pero no es esencial bastando que la acción cualquiera que sea el grado de energía con que emprende, y conduzca, no se complete o alcance su efecto. Or

tolan dice: que la tentativa viene de tentarse, frecuentativo de temere, palpar, poner la mano repetidamente, de ahí viene tentador, tentación, tentar, como hecho de palpar, de poner las manos varias veces para excitar, para impulsar a alguien a hacer o no hacer. Así la tentativa es el hecho de haber puesto mano en los actos externos, tendientes a la producción de ese resultado (que la voluntad tiende a producir). Al respecto Nicolini afirma que la palabra tentativa deriva del verbo latino "teneo" cuyo significado es "Tentun" y "Tensun", que denota esfuerzo de hacer. Bricchetti piensa que la derivación más probable de "intentar" (tentare), es la del verbo latino "Tendo", cuyo supino es también "Tentun y Tensun" porque el significado del verbo tender, es el de esforzarse, dirigirse tender mientras el significado fundamental del verbo latino "tenere", es el de poseer ocupar; por lo que su significación es estática a diferencia de "tendere", que es dinámica. (29)

A pesar de que una de las acepciones del Conato, que da el diccionario es forense (acto y delito que se empezó y no llegó a consumarse), parece un término anticuado y que se le ha dado como sinónimo a la Tentativa y al Atentado. De esta manera en Francia Ortolan, dice, que el atentado no es otra cosa que tentativa, atentar no es más que intentar a pesar de ello el atentado se entendió siempre como emprender un crimen muy grande. Esto prueba que el atentado es tentativa de un crimen gravísimo. Sin embargo expresa Jiménez de Asúa, es menos aceptable llamar atentado a la tentativa ya que no-

significa eso en nuestro idioma pues equivalente a atento, - o significa un delito de autoridad o el delito contra ella.- Nicolini distinguió al atentado del conato, considerándolo - conato de conato. No así Carrara, para él son sinónimos las palabras atentado, conato y tentativa. Por su parte Battagli ni, dice: que son diferentes. ya que el atentado es institución propia de la materia de los delitos políticos y comprende también los actos preparatorios como resulta de la diversidad de la fórmula usada. Añade Jiménez de Asúa, que un argumento más para no utilizar el término atentado es que en algunas leyes se emplea la expresión para designar ciertos delitos, como "Los Atentados al Pudor". (30)

Concluyendo, consideramos que la palabra "tentativa", - es la más acertada para nombrar este fenómeno jurídico, ya - que abarca lo que se llama tentativa acabada e inacabada, e indica la tendencia a realizar un resultado.

La palabra conato se considera anticuada y la mayoría -- de los autores la utilizan para indicar la tentativa inacabada.

En realidad para nombrar a esta fase del Iter Criminis, - utilizan varia palabra, que para fines de interpretación se toman como sinónimos.

Existe gran variedad de definiciones respecto de la tentativa en las cuales se pone de manifiesto el criterio de cada uno de los pensadores que las ha emitido, a través del -- tiempo. Cada uno de estos pensamientos sostiene un punto particular, con el cual se va a formar el concepto de tentati--

va.

Nosotros en esta parte sólo enunciaremos algunas definiciones de este fenómeno, los puntos de vista sostenidos por los penalistas antes mencionados, la definición de la tentativa es cosa difícil y es confundida muchas veces con los actos meramente preparatorios o la consumación, así lo expresa Carmignani, pero aún siendo así define al conato como "un -- hecho humano que tiene carácter extrínseco de medio realizado con propósito malvado o idóneo pra alcanzar su fin, en la - consumación de cierta y determinada ofensa social", advir--- tiendo que se realizan actos oportunos, "salvo aquéllos que constituyen la consumación". (31) Es notorio el sentido subjetivo y objetivo que da a su definición al tomar en cuenta la intencionalidad del sujeto, así como también la exterioridad de los actos y su idoneidad.

Hace incapie Romagnosi a la "ejecución eficaz", cuando - se refiere a la tentativa, y escribe que "es la ejecución in completa de un delito". (32) Esta definición es muy amplia - y a pesar de hacer mención a la parte ejecutiva como indicadora del conato, abarca los actos que van de la manifesta--- ción delictuosa al acto previo de la consumación.

Respecto de este asunto, Pessina piensa que "cuando el - conato no fue enteramente coronado por la victoria sobre las fuerzas circundantes, cuando lo ocurrido por la obra del hombre no alcanza la meta de lo querido, que de el puro conatus delinquendi, el cual se distingue del mero propósito porque añade al simple querer un cierto obrar, pero se distingue --

también del delito consumado, como el camino de la meta".(33)

En su afán por buscar la perfección, Carrara expone varias definiciones de tentativa.

Primeramente, nos dice: "Defino la tentativa (conato atentado), como cualquier acto externo que por su naturaleza conduce univocamente a un resultado criminoso, pero al cual éste no le sigue, ni tampoco la lesión de un derecho superior o -- equivalente al que se quería violar", en la misma obra expone que "también puede definirse como un hecho humano antijurídico y perturbador de la tranquilidad de los ciudadanos, que -- por su naturaleza se hallaba en capacidad de producir la lesión de un derecho ulterior más importante que el que fue violado por el mismo hecho, y que estaba dirigido por el agente, con intención determinada y perseverante a la lesión del derecho que no resultó violado, sino solamente puesto en peligro".

(34) Nuestro autor en otra de sus obras describe que es tentativa "cualquier acto externo que, por su naturaleza, conduce de modo unívoco a un resultado criminoso y que ha sido dirigido a este con explícita voluntad, pero al cual no le han seguido no ese resultado criminoso y que ha sido dirigido a este con explícita voluntad, ni a la violación de un derecho igual o superior". (35)

Maggiore opina que es insuperable la definición que da -- Impallomeni: "Tentativa punible es la ejecución frustrada de una determinación delictuosa", sin embargo, sigue escribiendo Maggiore: "para conservar mayor adherencia a la configuración dogmática legal, podemos decir, que la tentativa (conatus - -

delincuendi), es un delito iniciado y no cumplido por interrupción de la acción o por la irrealización del resultado".- (36)

En Alemania Hans Welzel estudia el caso y expresa: "la tentativa es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de ejecución del delito. En la tentativa el tipo objetivo debe darse íntegramente y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado, si por eso, para la consumación es suficiente el dolo eventual, en tonces también es suficiente la tentativa". (37)

El Jurista Cuello Calón, dice al respecto: "cuando habiendo dado comienzo a la ejecución del delito se interrumpe esta por causas ajenas a la voluntad del agente surge la figura jurídica de la tentativa". (38)

Para Puig Peña, es exacto el concepto expresado en el Código Penal Español, que dice de esta manera: "hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debiera producir el delito, por causa o accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento". (39)

La idea de la tentativa que expresa Jiménez de Asúa en su obra es: "cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesio-

narla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina tentativa. Esta puede definirse sinteticamente - como la ejecución incompleta de un delito" (40)...Además de la anterior noción, plasmada en la Ley y el delito, en su -- Tratado Jiménez de Asúa, expone como el dice, un concepto -- provisional y flexible de la tentativa siendo esta "el co--- mienzo de ejecución de un delito determinado, que no se realiza conforme al plan del autor por interrupción accidental de los actos ejecutivos frustrados en el resultado). (41)

Respecto a esta cuestión, Zaffaroni da la noción del conato al decir que "en el delito doloso no se pena sólo la -- conducta que llega a realizarse totalmente o que produce el resultado típico, sino que la ley prevee la punición de la - conducta que no llega a llenar todos los elementos típicos, - por quedarse en una etapa anterior de realización". (42)

Soler apunta que en la vía para la realización del delito la acción puede detenerse sin lograr la perfección de la obra propuesta, de ahí que cuando la acción alcanza cierto - grado de desarrollo habrá tentativa, según el Código Penal - Argentino, en su artículo 42: "es punible la tentativa quien con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su vo luntad". (43)

Vásquez Abad nos informa que en el Código Penal colombia no, en el artículo 16 queda consagrada la tentativa, y dice a la letra: "el que con el fin de cometer un delito, diere - principio a su ejecución pero no lo consumare por circunstan

cias ajenas a su voluntad, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado", además de este artículo el 17 que nos habla del delito frustrado: - "cuando habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito, éste no se realizare por circunstancias independientes de la voluntad del agente, podrá disminuirse hasta una tercera parte la sanción señalada para el delito consumado". Nos sigue diciendo este autor, que la tentativa y el delito frustrado, son modalidades del delito imperfecto, siendo su diferencia práctica muy sutil, esto es, - que en esta última se realicen todos los actos que conduzcan al fin. (44)

Castellanos Tena entiende por tentativa, "los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas al querer del sujeto". Y da a conocer el pensamiento de Ramos Bejarano, el cual aclara que hay que hacer referencia no a la ejecución si no también a la omisión y estructura la definición de conato, como "la ejecución o inejecución (en su caso) de actos encaminados a la realización de un delito, sino que consuma por causas independientes del querer del agente". (45)

Pavón Vasconcelos asienta que la definición de la tentativa se hace generalmente en función de la "no verificación del evento y de la fisonomía de los actos ejecutados". Y que para él, sigue siendo válida la expresada por Impallomeni. - (46)

Carranca y Trujillo hace referencia al artículo 12 de nuestra Ley Penal (el cual transcribimos para efectos de análisis y comparación): "la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directamente o inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito". Así afirma que el texto del precepto, establece que los actos deben ser unívocos y que por medio de ellos, habrá un comienzo de ejecución. (47)

El texto del artículo engloba el concepto general de la tentativa, mediante una fórmula elástica afirma González de la Vega, y hace notar que "por su equivocidad, los actos de pura preparación quedan excluidos en la represión penal, salvo que en sí mismos constituyan un delito típico. (48)

Respecto al artículo en análisis, Ramón Palacios nos dice que sólo "incrimina él un enseguida temporal unívocamente -- dirigido al delito" y da por reproducidas las críticas dadas al respecto, además manifiesta que no comparte el criterio de González de la Vega, Carranca y Trujillo. (49)

De lo anterior nos adherimos a la opinión de Palacios y pensamos que el texto del artículo al decir...se ^Lejecutan -- hechos... no quiere decir que se refiera a un comienzo de ejecución, como afirma Carranca y Trujillo sino únicamente nos está diciendo de "llevar a cabo" de realizar actos, pero no lleva consigo ese principio de ejecución que se requiere-

para configurar la tentativa punible.

Además de lo antes expuesto, creemos que con la redacción de dicho artículo, al mencionar, "...hechos encaminados directa o indirectamente...." van incluidos los actos preparatorios, y no excluidos como manifiesta González de la Vega, ya que también los actos preparatorios van en forma directa encaminados al delito y no por añadir en el texto el aspecto temporal de inmediatas excluye a éstos.

En lo que se refiere a los elementos de la tentativa --- Maggiore los hace consistir en tres.

Primeramente, hace referencia a la intención dirigida a cometer un delito, afirma, "sin intención delictuosa, no hay tentativa", ya que es esencia misma de esta el aspecto doloso. La intención debe ser inequívoca, así como también dirigida a cometer un delito.

En seguida nos dice, que no basta un acto ya sea ejecutivo o preparatorio sino esa manifestación exterior de la voluntad debe ser "como eficiencia causal, como potencialidad del acto para producir el resultado que se ha propuesto el agente, sin poder conseguirlo". Además la idoneidad debe ser apreciada en cada caso concreto.

Por último habla de una acción no realizada o un resultado no verificado, refiriéndose a lo incompleto del acto criminal, es decir, abarca el caso de tentativa y también del delito frustrado. (50)

Para Cuello Calón es indispensable a la existencia de la tentativa que concurra:

La intención de cometer un delito determinado, pues el dolo es la base para distinguir el verdadero carácter del hecho.

Que haya un principio de ejecución en los actos que caracterizan este delito: "es preciso que hayan empezado a ejecutarse actos dirigidos directamente a la perpetración del delito". No siendo punibles conforme a esto, como ya se expresó los actos preparatorios.

Que por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo -- del delito se interrumpa la ejecución del delito y que si es interrumpido el delito por voluntad del agente estaremos en el caso de impunidad de estos actos. (51)

Para existir el delito intentado supone, afirma Jiménez de Asúa:

Una manifestación exterior de allí por ello las ideas -- no deliquen.

Que sea esa manifestación con el fin de cometer esa infracción de este elemento sale a la luz el aspecto volitivo de la tentativa, no pudiendo existir en delitos culposos.

De las mencionadas manifestaciones esta encaminada a un delito por los que el delito putativo no constituye tentativa.

La acción debe ir encaminada directamente al delito, de aquí depende nuestro autor que los actos preparatorios no constituyen tentativa.

Debe ser determinado el delito que se comienza. Así es que la tentativa depende del tipo al cual se encamina la con

ducta, por esto si falta el tipo no hay tentativa.

Que la actividad material sea fragmentable, de ahí que - los delitos de omisión simple no sean susceptibles de tentativa.

No se practiquen todos los actos que debieran dar por resultado el delito, ya que si se realizan estaremos ante el delito frustrado, consumación y aún agotamiento.

La falta de consumación debe ser por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, ya que si ocurre esta hallaríamos a las figuras de arrepentimiento y desistimiento, que no son castigadas. (52)

Pavón Vasconcelos considera como elementos de la tentativa un elemento moral o subjetivo, que se hace consistir en la intención dirigida a cometer un delito.

Un elemento material u objetivo, que son los actos realizados por el agente, debiendo ser de naturaleza ejecutiva.

Un resultado no verificado por las causas ajenas a la voluntad del sujeto. (53)

Es notoria la uniformidad de los criterios al hacer consistir los elementos constitutivos de la tentativa en:

La intencionalidad del sujeto a la comisión del delito, - por ser el dolo requisito esencial a la existencia de esta.

La manifestación externa de actos de voluntad, dirigidos a la perpetración del crimen, con carácter ejecutivo.

La no verificación del fin deseado, es decir la inconsumación del ilícito tipificado en las leyes penales.

Y por último que esta falta de consumación sea originada

por causas ajenas al delincuente.

Cabe señalar que los actos delictuosos inicialmente tuvieron una clasificación bipartida la cual diferenciaba la tentativa del delito consumado. Posteriormente los juristas italianos, analizando este problema, enunciaron una clasificación tripartita, en la que hacen una distinción entre tentativa o conato, delito frustrado y delito consumado.

Dentro de la forma tripartita se encuentra Romagnosi, al cual se le atribuye la distinción de tentativa y delito frustrado. Este autor nos dice: "no hay que confundir la tentativa de delito, con el delito que se mal logra y que se podría llamar delito frustrado", y a su vez expone un ejemplo, para la distinción "un sujeto apunta su arcabús contra un individuo para herirlo o matarlo, pero se presenta de repente un obstáculo interno o externo que lo detiene, he aquí un conato o tentativa de herida o de homicidio. Por el contrario -- otro individuo apunta y dispara su arcabús contra un enemigo suyo pero el tiro falla, éste es un delito frustrado, porque no tuvo efecto. (54)

También dentro de esta clasificación se encuentra el pensamiento de Carrara, el cual dice que: "todo delito supone una acción externa, y las acciones externas se componen de diversas fases morales". "Estas fases físicas pueden ser a un mismo tiempo subjetiva y objetivamente incompletas, porque ninguna de ellas tuvo su curso, y, por lo mismo el culpable no alcanzó el fin que deseaba. Y pueden ser completas -- subjetivamente, pero incompletas objetivamente, por que a pe

sar de haberse agotado todas las fases físicas de la acción - no fue violado el derecho que el agente atacaba". "En tales casos - continúa - diciendo Carrara - el delito presenta una degradación en la fuerza física, bien porque la acción no -- llegó a perfeccionarse o bien porque si la acción fue perfecta, no se perfeccionó la ofensa a la Ley. En ambos casos se configura un delito imperfecto". (55)

Así "un delito puede considerarse imperfecto" afirma Carrara, cuando haya resultado imperfecta la acción, porque se interrumpió o se desarrollo demanera insuficiente el curso - de sus fases físicas o también cuando con ser perfecta la acción en todas las fases que eran necesarias para alcanzar el fin deseado y no obstante ser estas suficiente de suyo - para alcanzar dicho fin, con todo y eso no se consiguió el efecto al cual tendría el agente, a causa de un imprevisto - y afortunado impedimento. En el primer caso se tiene a la -- tentativa y el segundo en cierta ocasiones y condiciones el delito frustrado". (56)

Pues bien, la diferencia entre delito frustrado y tentativa es:

Si las acciones externas (que comprenden diversos momentos físicos), pueden ser subjetivas y objetivas: en el primero de los casos se realizan los momentos subjetivos en forma completa quedando la ejecución de los momentos objetivos truncada o incompleta, es decir, se realizan todos los actos de ejecución o no produciéndose la consumación por causas ajenas al sujeto activo.

En el segundo caso, la ejecución de los momentos subjetivos al igual que la de los objetivos queda incompleta o imperfecta, esto es, no se realizan todos los actos de ejecución - queridos por el delincuente.

Tanto para la tentativa como para el delito frustrado, - se necesita la realización de actos externos llamados de ejecución.

Respecto de la imperfección o perfección de la tentativa, Cuello Calón comentando a Pessina afirma: "Para nosotros, el delito frustrado es tan perfecto como el consumado; habrá en aquél, si se quiere, una obra imperfecta, pero no un delito-imperfecto: esa que se dice imperfección objetiva es impertinente refiriéndola al delito; del delito no puede predicarse una imperfección puramente objetiva (tal como lo objetivo -- se aplica), porque siendo el delito lo contrario al derecho; sólo desnaturalizando el concepto del derecho se abre paso - a la doctrina que combatimos. (57)

Lo mismo que Cuello Calón, opina Palacios al referirse - a la perfección, y nos dice que aplicado a la tentativa y -- consumación debe observarse desde los puntos de vista natural y formal.

En el primero, la consumación de un delito es una perfección, puesto que se trata de actos de voluntad humana con los cuales se llega a completar la lesión del bien jurídico, - - siendo la tentativa una imperfección puesto que se llevan a cabo las acciones requeridas que tienen como fin la lesión - del bien protegido por el derecho, pero no se alcanza el re-

sultado, siendo éste último, un requerimiento esencial exigido por el tipo.

Si fijamos nuestra atención en el aspecto formal o jurídico, que llega a la perfección en el delito tentado, puesto que se viola la norma prohibitiva, esto es, en el precepto - se va a prevenir y castigar el acto mediante el cual se va a poner el bien tutelado, es decir, se prevé y pune el actuar sin tomar en cuenta el resultado, pues éste encuéntrase ausente, queda pues, substituído el resultado por el peligro.

Sintetizado, Palacios continúa diciendo que, la tentativa existe jurídicamente ya que está prevenida por un precepto legal (que acoge a la forma general), y por el tipo principal tiene su propia materialidad, puesto que objetivamente es diverso el resultado (material o jurídico) del tipo principal, dado que la objetividad de la tentativa consiste en - el hecho de poner en peligro el bien garantizado por el tipo mencionado; y por último, la tentativa en el momento en que satisface los requisitos objetivos, subjetivos y normativos exigidos por la norma general y por la principal que protege el bien agredido, adquiere lo que se denomina perfección. -- (58)

A pesar de las consideraciones anteriores, afirma Eusebio Gómez que, "en la actualidad la distinción entre tentativa y delito frustrado carece de importancia, pues los Códigos la hacen innecesaria al comprender en un sólo concepto (tentativa), lo antiguamente conocido como instituciones diversas de un mismo proceso ejecutivo". (59)

En realidad se ha cambiado la concepción tripartita, - - volviendo a una noción bipartita constando así en la mayoría de los Códigos. Sólo es realizada una distinción entre los - que se denomina tentativa acabada y tentativa inacabada.

Edmundo Mezger al referirse a la distinción entre tentativa acabada e inacabada, aclara que "la misma no se refiere al resultado del acto sino al término de la actividad desplegada. En la tentativa inacabada el sujeto no ha realizado -- los actos requeridos de su parte para la consumación del delito...."; "...en donde el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad". (60)

Dentro de la tentativa inacabada se encuentran dos figuras: la primera de ellas es el desistimiento, además considerada como no punible; la segunda es propiamente la tentativa o conato, la cual tiene aparejada una sanción.

La tentativa acabada está también comprendida en el enunciado del artículo 12 del Código Penal. Tipificándose cuando se realizan todos los actos necesarios para la consumación - de un delito, pero éste no se lleva a cabo por causas ajenas a la voluntad del delincuente. Este fenómeno de tentativa punible es llamado también delito frustrado.

Puede ocurrir también que no se consume el acto delictivo por causas que no son ajenas a la voluntad del agente es decir, que son revisados los actos necesarios para la consecución del fin delictuoso, pero el sujeto activo del delito se arrepiente y utiliza su voluntad para que no se consuma el delito, a este fenómeno se le llama arrepentimiento efi--

caz.

Carrara define al delito frustrado como la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación de un delito, hecha con intención explícitamente dirigida a ese delito, pero no seguida del efecto querido, por causas independientes de la voluntad de obrar del culpable. (61)

Se debe señalar que se le atribuye a Romagnosi la distinción del delito frustrado, el cual lo considera como un verdadero delito consumado y en su obra trata de demostrarlo, -- (62) pero a la opinión de Jiménez de Asúa no llega a decir que debe ser igualmente penado que el acto consumado. (63)

E. La Consumación.

El camino que sigue el delincuente para la producción -- del delito, la última etapa es la consumación.

Para Carrara, siguiendo el pensamiento de Paoli, debe -- preceder la definición de delito consumado para comprender -- mejor la noción de tentativa. (64)

Para Jiménez de Asúa, lo primero es la depuración del -- término para expresar la perfección del delito. Y así nos di ce, que los autores y los códigos emplean indistintamente -- las expresiones: ejecutar cometer y consumir. (65)

Sigue afirmando Jiménez de Asúa, esclareciendo esas vo-- ces: "la ejecución stricto sensu, se refiere a la exteriorización del proceso criminal, desde el momento en que los actos inician su entrada en el núcleo del tipo hasta que el he cho delictivo llegue al resultado finalísticamente propuesto por el agente" continúa exponiendo nuestro autor que enton--

ces el proceso de ejecución consiste en el conjunto de actos, salvo cuando sea posible reducirlos a uno que se precisan -- para la realización del tipo descrito en la ley. (66)

Menos exacto resulta el verbo cometer, prosigue Jiménez de Asúa, aunque Battaglini estime la comisión como una parte de la ejecución y Ranieri considera que abarca todo el proceso ejecutivo. Cavallo opina que "es una expresión genérica - que unas veces se refiere a la realización de todos los elementos del delito y otras a una parte del proceso ejecutivo" 67 "Nosotros, asienta Jiménez de Asúa, creemos que si bien es cierto que se trata de un término que puede ser, más que genérico, impreciso, empleado por el legislador sin demasiado conocimiento de causa, cuando se le interpreta por un dogmático, suele tener un sentido idéntico a la consumación. No decimos que ha cometido un homicidio, quien se queda en mera tentativa, sino aquél que, lo consuma". Por estas razones, - "la consumación, difiere, propiamente, de la ejecución y de la comisión, en que aquella supone, sin vacilaciones, la realización de todo el proceso ejecutivo, comprendido el resultado típico que la Ley contempla en la mayor parte de las figuras delictivas. (68)

Bichetti, dice: "Ejecución y consumación son dos entes - bien distintos; la ejecución representa el medio, el camino, el instrumento para la producción del delito o sea para el - logro de un fin, la consumación representa el fin alcanzado" (69).

Así, Jiménez de Asúa asevera: "cuando el delito objetiva

mente se perfecciona cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad, se dice que el delito se encuentra consumado". "A nuestro juicio, sigue diciendo nuestro autor no tiene ventaja alguna dar una definición general del delito perfecto, puesto que este sólo existe cuando el hecho corresponde a todos los elementos constitutivos del tipo. El delito es perfecto cuando la previsión del tipo se convierte en realidad concreta". (70)

Cuello Calón expresa al respecto que "cuando voluntariamente se han realizado todos los actos materiales de ejecución del delito y se ha lesionado efectivamente el bien jurídico objeto de la protección penal, el delito está consumado". "Las legislaciones, salvo alguna rara excepción, no definen el delito consumado, silencio lógico, pues el delito se consuma cuando reúne los caracteres previstos en el texto legal ya que en los Códigos el delito típico suele ser el delito consumado. (71)

"El delito se llama consumado o perfecto, nos dice Maggiori cuando en él se verifican todos los elementos esenciales-puestos por la ley para criminalar un hecho. Y como esos elementos son el sujeto, el objeto, la acción y el resultado, - en rigor de verdad se tendría delito imperfecto siempre que faltare uno de dichos elementos."(72)

Pessina, expone también su pensamiento respecto de la consumación, de esta manera: "La realización del propósito criminal es una modificación que se lleva a la realidad exterior por la actividad humana, y significa que ocurre algo-

en consecuencia de la determinación volitiva, ésto es que se da un eventus, sin el cual la cogitatio no llega a ser objetiva o real como actio, cuando la fuerza de la voluntad impulsa la actividad orgánica en la dirección de un fin determinado que forma el contenido de una violación, se verifica un hecho que depende de nosotros, y que consiste en dedicarnos en convertir en existencia objetiva el querer subjetivo: aquél esfuerzo nuestro constituye un conato. Ahora bien cuando el conato para que una volición nuestra se traduzca en realidad de hechos corresponden las fuerzas extremas que rodean nuestra fuerza orgánica, y aquélla volición que impulsó al organismo se haya toda desahogada y realizada de tal modo que lo querido llega a ser cumplido.

Cuando nuestro empleo para tal fin alcanza su meta en la victoria que nuestra actividad logra plenamente sobre las fuerzas circundantes, nuestro conato está coronado por aquél momento exterior que lo completa, la acción ha llegado ad summum, está consumada, summata, porque la tensión de nuestras fuerzas han conseguido la realización de aquéllo que queríamos. Y si el contenido de nuestra volición ha sido una determinada violación del derecho, un delito dado, el cumplimiento de la volición toma el nombre de malificium summatum o consumación del delito". (73)

Para Carranca y Trujillo el delito consumado "es la acción que reúne todos los elementos genéricos y específicos que integran el tipo legal". (74)

Ranieri opina que: "Un delito esta consumado cuando to--

dos los elementos constitutivos según el modelo legal, se encuentran reunidos en el hecho realizado". (75)

Al efecto Saltelli y Romano Di Falco afirman que la consumación existe cuando por efecto de la actividad del sujeto se han realizado todos los elementos exigidos por el tipo. - (76)

Para Kostlin el momento de la consumación se produce cada vez que el objeto del delito constitutivo justamente como derecho aparece efectivamente lesionado. (77)

El concepto que Von Hippel tiene de la consumación es: - "Un delito se consume, no ya cuando se produce el resultado-externo (cambio en el mundo exterior), sino sólo cuando el autor realiza el total de las características típicas; es entonces cuando se produce el resultado en sentido amplio".- (78)

"El delito está consumado, nos informa Antolisei, cuando el hecho concreto responde, exacta y completamente al tipo abstracto; delineado por la ley en una norma incriminadora especial". (79)

Resumiendo el parecer de los tratadistas, afirma Jiménez de Asúa las teorías sobre la consumación puede concretarse en dos criterios: el de quienes la hacen residir en la lesión del bien jurídicamente protegido; y el de aquéllos que la hacen consistir en la educación al tipo legal. (80)

Más adelante nos sigue diciendo Jiménez de Asúa, que la inmensa mayoría de los autores condicionan la consumación a que los elementos exigidos por la ley en cada figura delicti

tiva se haya verificado, y que con acierto observa Merkel: - "es evidente que no presentan los delitos consumado ningún carácter uniforme". (81)

En suma, como dice Frank y Mezger: "sólo puede saberse - que el delito está consumado teniendo en cuenta el tipo legal que en cada caso esta en cuestión". (82) También apoya - está noción Finger y al parecer de Jiménez de Asúa nadie lo expresa mejor que él: "hace la pregunta de cuando un delito está consumado, es lo mismo, que contestar la pregunta de si un delito es independiente de la legislación positiva. La -- legislación es soberana para establecer los presupuestos según los cuales existe el tipo de una acción punible". (83)

Pues bien el pensamiento de Jiménez de Asúa se resume -- aunque sólo atendiendo al núcleo del tipo, es posible saber cuando un hecho penal esta consumado. (84)

Nosotros nos adherimos a la opinión de que debe tomarse al tipo delictivo como base para establecer cuando existe -- consumación, es decir, habrá consumación siempre que los actos volitivos se adecúen perfectamente a lo expresado por la norma penal, en todas y cada una de sus partes. Por lo tanto hay que atender al examen de cada tipo específico para determinar el momento en que se perfecciona o consume el delito.

(1) Reihart Maurach. Derecho Penal. Tomo I. Traduce Juan - Córdova Roda. Edic. Ariel. 1962. Pág. 171

(2) Francisco Carrara. Programa Secc. I. del Delito. Capítulo 9. Pág. 240

- (3) Giuseppe Maggiore. Derecho Penal. Tomo II. Pág. 65
- (4) Ulpiano en Digesto. Lib. 48. Tit. 19. Ley 18
- (5) Giuseppe Maggiore. Derecho Penal. Tomo II. Edic. 1954
Pág. 54
- (6) Giandomenico Romagnosi. Génesis del Derecho Penal. Trad.
C. González Cortina y J. Guerrero. Pág. 233
- (7) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Pág. 496
- (8) Francisco Pavón Vasconcelos. Breve Ensayo Sobre la Ten-
tativa. 1a. Edic. 1964. Pág. 11
- (9) Idem Pag. 12
- (10) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Edic. 1954. -
Pág. 502
- (11) Edmundo Mezger. Derecho Penal. Tomo II. Edit. y Biblio-
gráfica Argentina. Trad. Dr. Conrado A. Finzi. Pág. 279
- (12) Federico Puig Peña. Derecho Penal. Tomo II. 5a. Edición.
Pág. 207
- (13) Mariano Jiménez Huerta. La Tipicidad. Edic. 1955. Pág.
135 y siguientes.
- (14) Francisco Pavón Vasconcelos. La Tentativa, cita a Fran-
cisco Carrara. Pág. 27
- (15) Idem. Cita Meyer y Mezger. Pág. 27
- (16) Palacios. Cita a Bettiol. Págs. 29 a 31
- (17) Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo 7.
Edic. Losada, S. A. Buenos Aires. 1977. Cita a Vannini.
Págs. 427-428
- (18) Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I
Edic. Porrúa, S. A. México. 1980. Págs. 349-350

- (19) Cfr. Op. Cit. pág. 31
- (20) Op. Cit. Págs. 34, 35
- (21) Cfr. Pessina Enrique. Elementos del Derecho Penal. Trad. Iliarión González del Castillo, comentado por Eugenio - Cuello Calón. Edit. Reus, S. A. Madrid. 1936. Pág. 518
- (22) Op. Cit. Palacios citando a Bettiol. Pág. 34
- (23) Op. Cit. Pavón Vasconcelos. La Tentativa. Cita a Antoliceí. Pág. 29
- (24) Cfr. Op. Cit. La Tentativa. Pág. 29
- (25) Op. Cit. Pág. 285
- (26) Idem. Págs. 286-287
- (27) Op. Cita. Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo 7. Cita a Araujo. Pág. 446
- (28) Op. Cit. Tratado. Tomo 7. Págs. 448-449, 453-454
- (29) Cfr. Op. Cit. Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo 7. Cita a Petricelli, Ortolan, Nicolini y Brichetti. Págs. 386-387
- (30) Cfr. Op. Cit. Jiménez de Asúa Luis. Tratado Tomo 7. Cita a Ortolan, Nicolini, Carrara y Battaglini. Págs. 387-388
- (31) Op. Cit. Pág. 93
- (32) Op. Cit. Págs. 256-257
- (33) Op. Cit. Pág. 467
- (34) Op. Cit. Carrara Francisco. Programa de Derecho Criminal. Vol. I. Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Ed. Temis. Bogotá. 1971. Pág. 246
- (35) Carrara Francisco. Opúsculos de Derecho Criminal. Vol. I. Trad. José J. Ortega T. y Jorge Guerrero. Edic. Te-

- mis. Bogotá. 1976. Pág. 328
- (36) Op. Cit. Tomo II además cita a Impallomeni. Pág. 77
- (37) Welzel Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. s/ -
Trad. Ed. Jurídica de Chile. 1976. Pág. 262
- (38) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Edi-
tora Nacional. México. 1976. Pág. 528
- (39) Op. Cit. Pág. 258
- (40) Op. Cit. La Ley y el Delito. Pag. 474
- (41) Op. Cit. Tratato. Tomo VII. Pág. 495
- (42) Zaffaroni Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte
General. Ed. EDIAR. Buenos Aires. 1977. Pág. 525
- (43) Cfr. Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo II.
Ed. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. Pág. -
203
- (44) Cfr. Vázquez Abad Angel Martín. Iter Criminis. Tentati-
va y Delito Frustrado. Rev. Universidad Pontificia Boli-
variana. Vol. XXV. No. 91. Medellín, Colombia. 1962. -
Págs. 433 y 436
- (45) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de
Derecho Penal. Edit. Porrúa, S. A. México. 1977. Además
cita a Francisco Javier Ramos Bejarano. Pág. 279
- (46) Op. Ctr. Manual. Cita a Imapllomeni. Pág. 433
- (47) Cfr. Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano.
Parte Genral. Ed. Porrúa, S. A. México. 1980. Pág. 644
- (48) González de la Vega Francisco. El Código Penal Comenta-
do. Ed. Porrúa, S. A. México. 1981. Págs. 68-69
- (49) On. Cfr. Págs. 150-515 y véase Críticas en pág. 74 cit.

- 20 y pág. 84 cit. 25
- (50) Cfr. Op. Cit. Tomo II. Págs. 77-83
 - (51) Cfr. Op. Cit. Pág. 529
 - (52) Cfr. Op. Cit. Tratado. Tomo VII. Págs. 500-502
 - (53) Cfr. Op. Cit. Manual. Pág. 433
 - (54) Op. Cit. Págs. 261-262
 - (55) Op. Cit. Programa Tomo I. Pág. 237
 - (56) Ib Idem. Pág. 239
 - (57) Op. Cit. Pessina. Pág. 528
 - (58) Cfr. Op. Cit. Págs. 34-36
 - (59) Op. Cit. Pavón Vasconcelos Francisco. La Tentativa. -
Cita a Eusebio Gómez. Pág. 21.
 - (60) Op. Cit. Pavón Vasconcelos Francisco. La Tentativa
 - (61) Op. Cit. Programa. Tomo I. Pág. 272
 - (62) Véase Op. Cit. Romagnosi. Págs. 261 y siguientes
 - (63) Véase Op. Cit. Tratado. Tomo II. Págs. 274-275
 - (64) Véase Op. Cit. Carrara. Programa. Tomo I. Pág. 240 y Op.
Cit. Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo VII. Pág. 962
 - (65) Cfr. Op. Cit. Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo VII. Pág.
962
 - (66) Ib Idem. Pag. 963
 - (67) Cfr. Op. Cit. Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo VII, quien
cita a Battaglioni, Ranieri y Cavallo. Pag. 963
 - (68) Op. Cit. Tratado. Tomo VII. Pág. 963
 - (69) Op. Cit. Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo VII. Cita a Bri
cetti. Pág. 963
 - (70) Op. Cit. La Ley y el Delito. Págs. 492-493

- (71) Op. Cit. Pág. 536
- (72) Op. Cit. Tomo II. Pág. 65
- (73) Op. Cit. Págs. 466-467
- (74) Op. Cit. Pág. 646
- (75) Op. Cit. Carranca y Trujillo. Cita a Ranieri. Pág. 646
- (76) Cfr. Op. Cit. Palacios. Cita a Saltelli y a Romano Di Falco, Pág. 33
- (77) Cfr. Op. Cit. Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo VII. Cita a Kostlin. Pág. 965
- (78) Op. Cit. Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo VII. Cita a Hippel. Pág. 965
- (79) Op. Cit. Jiménez de Asúa. Tratado. Tomo VII. Cita a Antolisei. Pág. 967
- (80) Cfr. Op. Cit. Tratado Tomo VII. Pág. 965.
- (81) Op. Cit. Tratado Tomo VII, además cita a Merkel. Pág. - 967
- (82) Op. Cita. Jiménez -e Asúa. Tratado. Tomo VII. Cita a -- Frank y Mezger. Pag. 967
- (83) Op. Cit. Jiménez de Asúa. Tratado Tomo VII. cita Finger Pág. 967.
- (84) Cfr. Op. Cit. Jiménez de Asúa. Tratado Tomo VII. Pág. -- 967

CONCLUSIONES .

1.- El concepto de delito ha sido definido por -- diversos autores y, por lo tanto, existen infinidad de definiciones, de las cuales creemos más adecuada la noción jurídica substancial que considera al delito como la unidad integrada por cuatro elementos substanciales que son:

- a).- La conducta.
- b).- La tipicidad.
- c).- La antijuricidad.
- d).- La culpabilidad.- que tiene como presupuesto indispensable a la imputabilidad.

2.- El elemento objetivo del delito es la conducta definida como el comportamiento humano voluntario, activo u omisivo dirigido al logro de un fin, en nuestro caso, el apoderamiento de la cosa ajena mueble, en consecuencia, podemos decir que en el robo existen los siguientes:

Elementos.

I.- La manifestación de voluntad consistente en realizar actos de apoderamiento de una cosa mueble ajena sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella conforme a la Ley.

II.- El resultado, es meramente formal y consiste en desincorporar el objeto material de la esfera de dominio del sujeto pasivo.

3.- Antijuridicidad.

a).- Formal: es la oposición objetivamente elícita de la conducta típicamente adecuada, al ordenamiento legislativo.

b).- Material: es la violación a la norma de cultura, en este caso la oposición a la calificación social de la seguridad del patrimonio.

4.- Imputabilidad.

Es la capacidad del individuo determinada en la ley, interpretado "a contrario sensu", en el caso del artículo 68 -- del Código Penal vigente, consistente en la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

5.- Culpabilidad.

Es la relación intelectual y emocional, existente entre el autor de la conducta y el resultado . En nuestro caso la forma es necesariamente la dolosa.

6.- Punibilidad.

Resulta ser el complemento de la norma penal y el marco para imponer la pena relativa al sujeto activo de cada delito, una vez declarado penalmente responsable.

7.- Iter Criminis.

La fijación de una idea criminal en la mente del individuo

se debe a la acción interrelacionada de factores endógenos y exógenos (sociológicos, psicológicos, biológicos, etc.) -- Esos factores provocan una alteración en la personalidad -- del sujeto, es decir, pierde la estabilidad que existe entre las tendencias delictivas, la resistencia psíquica y la situación existente, produciéndose una lucha interna entre -- tendencias y contratendencias.

Ahora bien, después de todos los obstáculos que se presentan en la mente del sujeto, se realizan los actos meramente de ejecución y se concluirá con la consumación; ésta se presenta cuando los actos volitivos produzcan el resultado expresado en el tipo penal en todas y cada una de sus partes. Por esta razón tiene que examinarse a cada tipo específico -- para determinar el momento en que se integra el delito.

Resulta de la máxima importancia determinar los propósitos -- del agente para imponer la sanción; en la mayoría de los -- casos es suficiente detectar la consumación para que el juzgador imponga la pena específica.

8.- El uso y aprovechamiento de los bienes -- implica un comportamiento ilícito trascendente en perjuicio del sujeto pasivo, aunque no se disponga de ellos en términos del Código Civil, en esta razón opino que procede la supresión del llamado "robo de uso" contemplado en el artículo 380 del Código Penal,

Respecto al artículo 367 del Código Penal que a la letra dice:

"Artículo 367.- Comete el delito de robo: el -- que se apodera de una cosa ajena mueble sin derecho y sin -- consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

Considero la modificación en la forma siguiente:

Artículo 367.- Comete el delito de robo: el -- que se apodera o se aprovecha de una o varias cosas, sin -- consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

9.- Para la aplicación de la pena considero -- necesario tomar específicamente en cuenta todos los elementos endógenos y exógenos que influyeron en el sujeto, elementos a que se refieren los artículos 51 y 52 del Código Penal pues en la actualidad los juzgadores tan sólo mencionan en sus sentencias consideraciones muy generalizadas.

I N D I C E .

INTRODUCCION - - - - - PAG. 1

CAPITULO I

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL

DELITO DE ROBO - - - - - PAG. 3

En la Legislación Penal Mexicana. - - - - - 3

Modificación en los códigos Penales de 1871, 1929 y 1931 6

Regulación Jurídica actual - - - - - 8

CAPITULO II

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ROBO (POSITIVOS).

A.- La Conducta - - - - - 16

B.- La Tipicidad - - - - - 19

C.- La Antijuridicidad - - - - - 27

D.- La Culpabilidad - - - - - 35

E.- La Imputabilidad - - - - - 48

F.- La Punibilidad - - - - - 52

CAPITULO III

ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO DE ROBO.

A.- Ausencia de Conducta - - - - - 63

B.- Ausencia de Tipicidad - - - - - 67

C.- Causas de Justificación - - - - - 71

D.- La Inculpabilidad - - - - - 81

CAPITULO IV

EL ITER CRIMINIS Y EL DELITO A ESTUDIO.

A.- Fase Interna - - - - - 88

B.- Fase Externa - - - - - 101

C.- Los Actos Preparatorios - - - - - 103

D.- La Tentativa - - - - - 106

E.- La Consumación - - - - - 128

CONCLUSIONES - - - - - 139