



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

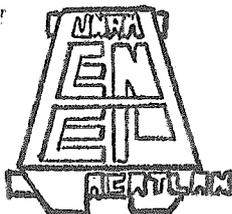
E.N.E.P. ACATLÁN

DEROGACION DEL ARTICULO 379 DEL
CODIGO PENAL DE 1931

M-0056478

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
LUZ MARIA RODRIGUEZ GARZA



ACATLÁN,

1987



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA.

A MIS PADRES:

OSCAR F. RODRIGUEZ P.

MA. DEL REFUGIO GARZA DE R.

Con el amor y respeto que se merecen que con apoyo constante y desinteresado lograron hacer de mi esta profesión por sus valiosos consejos y porque Dios los conserve siempre con nosotros .
A quiebes viviré por siempre agradecido.

A MIS HERMANOS:

Alma Leticia.

Oscar Isabel

Gustavo Antonio.

Por el apoyo brindado a quienes ofrezco de todo corazón este --
humilde trabajo.

Nuestro más sincero agradecimiento
al Licenciado: JORGE GUILLERMO HUITRON
MARQUEZ, por su valiosa asesoría en la
realización de este trabajo.

Con respeto y agradecimiento a los
miembros de mi H.JURADO:

Lic. Aida Mireles Rangel
Lic. Jorge G. Huitrón Marquez
Lic. René Archundia Díaz.
Lic. Juan Huidobro López.
Lic. Carlos Avendaño Canseco.

C O N T E N I D O .

M-0056488

DEROGACION DEL ARTICULO 379 DEL CODIGO PENAL DE 1931.

INTRODUCCION.

CAPITULO I. ESTUDIO GENERAL DE LA TEORIA DEL DELITO
1.1. El Delito en la Escuela Clásica
1.2. El Delito en la Escuela Positiva;
1.3. Concepto Jurídico del Delito;
1.4. El Delito en el Derecho Positivo Mexicano

CAPITULO II. ANALISIS DEL DELITO EN GENERAL
2.1. Elementos del Delito
2.2. Aspectos Positivos
2.3. Aspectos Negativos.

CAPITULO III. EL ESTADO DE NECESIDAD
3.1. El Estado de Necesidad.

CAPITULO IV. LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO.
4.1. Concepto y bien Jurídico tutelado
4.2. Fraude
4.3. Abuso de Confianza
4.4. Despojo
4.5. Daños en propiedad ajena
4.6. Robo

CAPITULO V. ESTUDIO GENERAL DEL DELITO DE ROBO
5.1. Antecedentes Históricos
5.2. Elementos del delito de robo
5.3. Clases del delito de robo.

CAPITULO VI. ANALISIS DEL ARTICULO 379 DEL CODIGO PENAL 1931.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA.

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

Estamos viviendo actualmente en un momento donde se pide y exige, de parte de la sociedad, que haya depuración de estructuras y técnicas. Esa exigencia se manifiesta con fuerza en muchos terrenos de nuestra sociedad, y el campo jurídico no es la excepción.

Importantes reformas se han producido en los últimos tres años al Código Penal del Distrito Federal, y también a su Código de Procedimientos Penales. Muchos preceptos redactados con mala técnica se han cambiado. Capítulos enteros, como el de los delitos cometido por los funcionarios públicos, en el Código Penal han sufrido alguna transformación de magnitud considerable. Empero, hay otros renglones que no han cambiado, y uno de ellos es el artículo 379, que consigna la fórmula del robo de familiar.

El afán de depuración, a nuestro entender, debería extenderse a este artículo 379 y suprimirlo. Como una especie de "granito de arena" a esta intención de mejoramiento técnico, sumaremos nuestras observaciones a las de otros autores que también han visto la conveniencia de eliminar el artículo 379.

Este artículo es una muestra patética de la redundancia e inutilidad que puede exhibir en muchas oca--

II

siones la obra del legislador, cuando no se apega a la técnica jurídica, pero sobre todo, cuando no obra como fiel eco de las necesidades y exigencias sociales. Este artículo comete la grave aberración de consignar en el Código Penal una conducta acorde a Derecho, que no está prohibida por los más altos valores de nuestra sociedad y ni siquiera por el mismo, que habla de que "no se castigará...." ¿Es posible imaginar algún planteamiento legal que quebrante el dogma liberal de nuestra sociedad de que el particular puede hacer todo lo que expresamente no le está prohibido? Sí, y ese planteamiento legal es el artículo 379 del Código Penal.

El objetivo de este trabajo consiste en demostrar - que el citado artículo 379 es inocuo, o sea que resulta innecesario consignarlo en el Código Penal, porque no - es precisamente un delito, puesto que dispone el indigente de los objetos estrictamente indispensables para -- satisfacer sus necesidades personales y familiares del momento, sin emplear violencia o engaño para ~~ob~~tener - tales objetos.

Este objetivo lo trataremos de desplegar a lo largo de seis capítulos, tomando los elementos más convenientes de la teoría general del delito para nuestro propósito.

III

Esperamos conducirnos con objetividad en el transcurso de esta labor, y si es posible, convencer al lector de estas líneas de algunos de los planteamientos - que formulamos, planteamientos que combaten encarnizadamente con los de aquellos que opinan que el robo defamélico es una excusa absolutoria, y por lo tanto, está bien que el artículo 379 lo consigne.

C A P I T U L O I .

ESTUDIO GENERAL DE LA TEORIA DEL DELITO.

1.1. El Delito en la Escuela Clásica.

El fundamento de la noción del delito en la Escuela Clásica lo patentó Carrara, mismo que servirá en el desarrollo de nuestro trabajo, sobre todo cuando intentemos demostrar la inutilidad del delito de robo de indigente. Carrara lo define de la siguiente manera: "El delito - - consiste en 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". (1)

De esta definición se ha desprendido una enseñanza tradicional en la dogmática jurídico-penal: el delito es un ente jurídico. Esta consecuencia lógica que emerge de la definición, es ilustrada por el mismo Carrara así:

"Definido el delito como un ente jurídico, quedaba establecido de una vez y para siempre, el límite perpetuo de lo prohibido, no pudiendo verse un delito sino - en aquellas acciones que ofenden o amenaza los derechos de los coasociados" (2)

(1) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Pág. 58

(2) Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de -
• La Parte General de Derecho Penal. Pág. 39

Estos son los cimientos teóricos principales de la Escuela Clásica.

En esta Escuela a que nos referimos, también es notable el trabajo de Beccaria, que nos legó los importantes postulados de que la pena sólo puede ser establecida por la ley, de que la pena debe ser pública, pronta y necesaria, y de que el fin de la pena es evitar la comisión de nuevos delitos. Destaca también la labor de Romagnosi, que empezaba ya a aconsejar la implementación de las llamadas "medidas de seguridad". Carmignani descolla con su tesis de castigar en base a la necesidad política. No obstante estos brillantes planteamientos, ninguno de ellos ocupa el lugar preferencial de la definición de delito de Carrara. La unidad básica de la Escuela Clásica, es mejor apreciada por la definición que por la agrupación de las llamadas "características distintivas", que los autores se esfuerzan por preconizar, para distinguir a los clásicos de los positivistas. Bastaría con la definición, para tener la idea completa de la Escuela, pero es constante entre todos los autores el señalamiento de las características distintivas. Estas son:

- 1.- La utilización del método lógico-deductivo.
- 2.- La consideración del delito como ente jurídico.
- 3.- El fijamiento de la responsabilidad penal en base

al libre albedrío.

4.- La fijación de la pena como un castigo en base al daño -
causado.

Como consecuencia de ello, para los clásicos, es restricto el arbitrio judicial que impone la sanción aplicable.

Estas son las llamadas notas distintivas de la Escuela Clásica, que los autores siempre procuran destacar en los - textos. Las apuntamos para tener en cuenta el escrúpulo de - ellos, pero no porque en sí sean esenciales para nuestro ob - jetivo. Lo que sí es esencial es el análisis de la defini - ción.

Esta definición abarca los tres elementos más trascen - dentes que configuran el delito, o sea la tipicidad, la an - tijuridicidad y la culpabilidad.

La tipicidad, o mejor dicho, el tipo, se denota cuando Carra - ra habla de "promulgada para proteger.....". La mención de - promulgación encierra la idea de que el legislador ha pre - visto determinada conducta como delito. La antijuridicidad es aludida por el maestro de Pisa en sus dos aspectos, es de - cir, el material y el formal. El formal queda perfilado con lo de "la infracción a la ley del Estado....." El aspecto - material queda delineado con el apuntamiento de la finalidad de la ley del Estado, o sea, la protección de la seguridad -

de los ciudadanos. La culpabilidad se manifiesta con -
lo de "moralmente imputable". Esta definición, califi-
cada por Castellanos Tena como "maravillosa", ¿cómo --
trasciende a nuestro objetivo?.

Trasciende al mostrarnos que es teórica y jurídi-
camente admisible, invocar aspectos y cuestiones socio-
lógicas, filosóficas e incluso morales, para forjar la
explicación y fundamento de la antijuridicidad. La de-
finición clásica demuestra, que es válido citar deter-
minada necesidad social para considerar como antijurí-
dica cierta conducta. Más adelante veremos cómo esto -
es vital para pugnar por la eliminación de la fórmula-
del robo de indigente. Estos argumentos juegan vital -
papel, para precisar si la fórmula del robo de faméli-
co es una causa de justificación o una excusa absoluto-
ria. Por el momento, baste decir que la enseñanza de --
la Escuela Clásica, contradice (3) a tenaces teóricos-
que se empeñan en negar sustento sociológico a las cau-
sas de justificación, particularmente, al estado de ne-
cesidad.

Trasciende también a nuestro objetivo esta defini-
ción, en el hecho de que remarca que la esencia del de-
lito está compuesta por cuatro elementos. Aparte de los
tres que señalamos, está el de la conducta, que la
definición expresa como "el acto positivo o negativo,--

(3) RAMOS JUAN P. Curso de Derecho Penal. 2a. Edic. -
Buenos Aires. p. 125.

moralmente imputable y políticamente dañoso". Esto es importante en el sentido de que la definición excluye la proyección de cinco, seis o hasta siete elementos del delito. La definición destierra a la pena de la conformación esencial del ilícito. En función a esto, la doctrina considera que las excusas absolutorias no quitan el carácter delictuoso a las conductas tipificadas, sino únicamente eliminan la pena. Para nosotros es necesario demostrar, que el robo de familiar no es excusa absoluta, que no deja subsistir el carácter delictuoso de la conducta, y es importante demostrar, que el robo de familiar es un caso de estado de necesidad.

En el ámbito particular de la dogmática del delito de robo, que sirve de marco genérico al robo de familiar, la Escuela Clásica trasciende con la definición. Esta nos indica que el acto que infringe la ley, es "políticamente dañoso". En función de ese daño político, la Escuela aconseja imprimir rigidez en la imposición de la pena. La Escuela señala una "retribución fija" para el acto y por ello, la opinión de Grizzioti puede considerarse como una crítica a la posición de la Escuela Clásica, pues expresa lo siguiente:

"La idea de que el valor de lo robado acrecenta la delincuencia, se presenta a nuestro espíritu con la ---

certidumbre de una intuición instintiva. La fuerza moral del delito aumenta con la ostentación de una mayor perversidad en el agente, y también su daño material - con el mayor valor de la cosa robada, porque implica - un grave deterioro para el patrimonio del ofendido. Si no se gradúa el castigo en relación al precio de los - objetos sustraídos, se excitaría a los ladrones a come - ter los más grandes robos, puesto que habrían de su--- frir por ellos penas iguales que por los de escasa - cuantía, reportándoles enormes utilidades". (3)

A este postulado de la Escuela Clásica sobre el - delito de robo, se le ha objetado que no tiene en cuen - ta el elemento subjetivo del ilícito, sino tan sólo el resultado objetivo de éste. Se argumenta en contra de él, que propicia las injusticias, en el sentido de que un ladrón puede tener la intención de apoderarse de un objeto de poca monta, pero por las circunstancias del delito, resulta que se hace de un objeto cuantioso. Por encontrársele con el objeto valioso, se le aplica - ría la pena correspondiente a la cuantía del objeto - sustraído, a pesar de que su intención era apoderarse de la cosa de poco valor. Según el contrargumento, a - quí radica la injusticia. Empero, el contrargumento - queda neutralizado pensando en lo que dijo Grizzioti -

(3) Barrera y Montañez, Ernesto. El Robo por Estado de Necesidad. Tesis. Página 40.

de lo "inequitativo de aplicar penas iguales para robos de disímbola cuantía". Esta lógica aplastante se -
translada a nuestro Derecho, y el Código Penal adopta
la gradación de la pena que sugería Grizzioti en los -
artículos 370 y 371, preceptos que serán capitales tam
bién para nuestra demostración, de que el robo de famé
lico no es una excusa absolutoria, sino una causa de -
justificación.

Así que la influencia de la Escuela Clásica sobre
nuestro objetivo, y sobre la problemática de este tra-
bajo en general, radica en tres puntos:

- 1.- En el hincapié que hace de los argumentos metaju-
rídicos que sirven para articular el aspecto material
de la antijuridicidad.
- 2.- En su inclinación por la llamada teoría tetratómi
ca, que explica la composición del delito y resalta el
papel de las excusas absolutorias como factores que no
eliminan el carácter delictivo de cierta conducta, pe
ro que sí suprimen la aplicación de la pena. Esta in-
clinación, motiva nuestra necesidad de demostrar que -
el robo de famélico no es una excusa absolutoria.
- 3.- En la adopción del punto de vista de Grizzioti, -
por parte de nuestro Código, en el sentido de graduar
la pena del robo en base a la cuantía de lo obtenido.

Hasta aquí, podría terminar nuestra explicación de la Escuela Clásica. Pero no es posible pasar por alto las fallas que tiene esta Escuela. Tanto se ufano del uso de la lógica impecable, que resulta toda una tentación para el que analice a la Escuela detectar defectos en los planteamientos de la misma. Lo más significativos inconvenientes que le han formulado a esta Escuela sus detractores y los analistas imparciales son éstos:

- 1.- Olvido de la personalidad del delincuente. Se dice que la Escuela juzga al delincuente, con el mismo criterio que a las demás personas que no delinquen.
- 2.- La no consideración de la finalidad de la pena, que es la de prevenir delitos, y no reprimir al delincuente.
- 3.- El hecho de fabricar "lucubraciones y divagaciones" que justifican a la delincuencia frente al Estado.
- 4.- Su poca preocupación en individualizar la pena, de acuerdo a las circunstancias personales del delincuente; la pena es proporcional al delito (fija).
- 5.- El hecho de contribuir "poco o nada", al mejoramiento del sistema de cárceles y centros de compurga--

ción de penas.

6.- La nula libertad de acción, que concede el criterio del juez para imponer la pena.

Estos son los inconvenientes más sustantivos que se le notan a la Escuela Clásica. Sin embargo, nosotros señalamos solamente, que estas fallas de la Escuela justifican el estudio de la Escuela Positiva, para apuntar la influencia que ejerce en el tema que nos ocupa y en el objetivo que nos preocupa.

1.2. El Delito en la Escuela Positivista.

Los excesos de la Escuela Clásica provocan la reacción positivista. Esta formula las famosas ideas "de los sentimientos de piedad y probidad", ideas capitales, que sirven para articular la definición de Garófalo en este sentido:

"Delito es la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". (4).

(4) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. página 64.

Esta escuela, como la Clásica también tiene sus -- características distintivas, mismas que señalamos a -- continuación:

- 1.- Utilización del llamado método experimental o método inductivo.
- 2.- Hincapié en el mejoramiento de las condiciones imperantes en los diversos sistemas punitivos. La idea central de los sistemas debe ser la prevención de los delitos, y no la represión de los delincuentes.
- 3.- Olvido de la tesis clásica del libre albedrío. Los positivistas dejan en segundo plano la preocupación de los clásicos de fundar la culpabilidad en la responsabilidad moral.
- 4.- La consideración del delito no como ente jurídico, sino como fenómeno natural y social.
- 5.- La perspectiva positivista está primordialmente enfocada a la persona del delincuente.

Al compás de estas notas, se producen los singulares trabajos de Lombros, con sus ideas exóticas sobre el criminal "nato", y las "deformaciones creanceanas". A

contra la Escuela Clásica. A ésta le bautiza como "ejemplo de la decadencia y de lo viejo". Opina que más que perfección "matemática", la Escuela Clásica exhibe perfección para justificar a la delincuencia frente al Estado. Y Garófalo se empeña en reformar la visión de la Ciencia Penal. A él le debemos la estrechísima vinculación, que actualmente tiene el Derecho Punitivo con ciencias como la Estadística, la Sociología, la Psicología, etc. Garófalo se inmortaliza con su insistencia en los sentimientos de piedad y probidad. El y su definición, trascienden en forma positiva para algunos analistas, en forma negativa para otros.

En la problemática de nuestro trabajo, ¿cuál es su influencia?.

Esta Escuela trasciende a nuestra problemática con su idea "de la peligrosidad del delincuente". En base a esto, se debe de imponer y graduar la pena. La idea es recogida por el Código Penal del Distrito Federal, que en su artículo 372, considera a la violencia como circunstancia que incrementa la pena aplicable al robo simple de seis meses a tres años de prisión. El artículo 374, prevee circunstancias especiales de la comisión del robo con violencia. Pero la máxima expresión de la influencia de la Escuela en nuestra problemática, aflora en la misma redacción del artículo 379,

es decir, el que prevee la figura del robo de famélico.

La figura indica, que no se castigará al que, "sin emplear engaño ni medios violentos....." La disposición corresponde exactamente a la tesis positivista, de que la mínima temibilidad del sujeto, amerita la aplicación de una pena leve. En este caso, el 379 prescribe que no hay castigo para el que roba por indigencia.

Estos son los puntos medulares de la influencia positivista, en la problemática de nuestro trabajo. Es menester anotar, que el toque de la Escuela se deja sentir en la teoría de las llamadas "excusas absolutorias".

Los argumentos a los que tenemos que enfrentarnos, para pugnar por nuestro objetivo, están fuertemente impregnados por este toque positivista, aún cuando no sea muy evidente tal.

Como reacción a una posición radical, la de la Escuela Clásica, el Positivismo no es menos radical. Como enfoque extremista, también tiene marcados errores. Alimena y Jiménez de Asúa, entre los tratadistas extranjeros, señalan defectos a la Escuela. Entre los tratadistas nacionales, sobresalen las críticas de Castellanos Tena y las de Villalobos. Podemos resumir dichas críticas en estos puntos:

1.- El positivismo peca de arbitrario, porque es muy difícil señalar la medida media de los sentimientos altruistas de piedad y probidad.

2.- La definición positivista del delito, restringe - su alcance a los sentimientos altruistas de piedad y probidad, olvidándose de otras posibles clases de sentimientos, como los "sexuales", por citar un ejemplo. En base a esto, parece que el positivismo restringe su análisis a los delitos de homicidio y robo.

3.- El determinismo de la conducta, que pregona el positivismo, resulta inconcebible. La libertad de elección en el hombre, es algo social y naturalmente obvio. Es imposible imaginarse a algún individuo sin decisión, ni voluntad, totalmente "atrapado por las circunstancias externas". La noción positivista podría ser aplicable a los incapaces y a los menores delincuentes, pero no a los agentes delictuosos que no se encontraren en tal condición.

4.- Los críticos dicen, que es erróneo afirmar que el delito hiera "los sentimientos". Esto podría ser cierto, tratándose de los delitos de lesiones o del homicidio, pero no es extensivo a todos los delitos. Lo que medularmente se lesiona con los delitos son "intereses".

Estas son las objeciones más importantes que se -
suelen interponer, a los argumentos positivistas. Vi--
llalobos critica a los positivistas por su nula consi-
deración del método deductivo. Pero no es necesario re-
gistrarlas en estas líneas. Baste apuntas, que las fa-
llas sirven para que busquemos otra forma de enfocar la
naturaleza del delito. El siguiente tema que trataremos
es el concepto jurídico del delito.

1.3. Concepto Jurídico de Delito.

La siguiente cita ilustra magníficamente, cual es-
el supuesto clave que rige al concepto jurídico del de-
lito:

"Rodolfo Rivarola, que destacó las dificultades -
para definir el delito en cualquier plano (ya sea éste
filosófico o "natural"), expuso largamente las razones
que le asistían para pronunciarse en contra de una de-
finición legal. Frente a los que piensan que ésta es -
indispensable; el profesor argentino observa que, pre-
cisamente por ser encarnación de una teoría, debemos -
huir de ella, puesto que los Códigos no deben encerrar-
se en una doctrina o escuela concreta. Por otra parte,
"la cosa debe preexistir a la definición y no ser crea-

da por la definición misma". (5)

Esta cita resalta la esencia misma del concepto - jurídico del delito, o sea, un concepto apartado de - "la definición clásica y de la de Garófalo".

La noción jurídica de delito trata, si le es posible, de conciliar los planteamientos antagónicos de las Escuelas. Pero si no, los relega de su conformación.

La fórmula del concepto jurídico tiende a ser concisa. La brevedad en el modo de expresar los conceptos es notoria en buen número de Códigos Penales Latinoamericanos. Los ordenamientos de Chile, Nicaragua, El Salvador, Honduras y Guatemala, incluyendo por supuesto al de México, son clara muestra de esta brevedad.

La tendencia lacónica del concepto jurídico de delito, llega a ser tan intensa, que algunos Códigos latinoamericanos prescinden totalmente de definición alguna - de delito. Ejemplo de esto, son los ordenamientos de - Haití, República Dominicana, Puerto Rico, Panamá, Paraguay, Cuba, Brasil y Costa Rica.

No es conveniente llegar al extremo de estos Códigos. El fin primordial de apartarse de los excesos de los clásicos y los positivistas, se logra con las fórmulas breves, como la de nuestro ordenamiento. Pudiera

(5) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. -
Página 75.

parecer más conveniente, no contar con definición legal alguna. Con ello, los legisladores evitarían ser "tildados de positivistas o de recalcitrantemente clásicos". Pero el concepto jurídico de delito es necesario. ¿Por qué?.

Porque ninguna ley es más apta que la penal, para traducir a nivel de legislación secundaria, la garantía constitucional de "nula pena sin ley" (Nullum crimen sine previa legge penale). A esta necesidad primordial, se debe más que nada al concepto jurídico de delito. El apartamiento de los excesos doctrinales, es la razón técnica del concepto jurídico, pero la necesidad de hacer efectivo el postulado constitucional, es su razón esencial.

Un concepto como el jurídico del delito, es poco atractivo para el análisis y las especulaciones. Vacío de referencias subjetivas o de invocación a los sentimientos altruistas de piedad y probidad, ¿qué trascendencia puede tener para nuestra problemática?.

Mucha. Su importancia se le debe a las ideas de Belling. Este autor, elaboró la llamada concepción dogmática del delito. De ella destaca el planteamiento capital de "que la tipicidad indica la antijuridicidad". Belling apuntaba, que no toda conducta típica es antijurídica, pero sí que en ella hay suma probabilidad de

antijuridicidad. La idea de Belling se amplió posteriormente, para que se concluyera que toda conducta típica es sustancialmente antijurídica. Se razona que el legislador, plasma los tipos cuando quiere sancionar conductas antijurídicas. Y aquí estaba la importancia del concepto jurídico. Si el robo de familiar se encuentra previsto por el Código Penal esto hace suponer que se trata de una conducta antijurídica, tan antijurídica como todas las figuras que en tal ordenamiento se encuentran. Por lo que nos preguntamos si una conducta acorde al Derecho, ¿puede estar tipificada en el Código Penal? Obviamente que no, pero el legislador no sabe o no quiere reconocer, que el robo de familiar es una causa de justificación y lo tipifica. Esta es la trascendencia del concepto jurídico del delito, para nuestro objetivo.

1.4. El Delito en el Derecho Positivo Mexicano.

La concepción tradicional del delito en nuestro Derecho, de ser el acto u omisión que sancionan las leyes penales, no en todo tiempo respetó la regla de apartarse de los pronunciamientos de las Escuelas contrapuestas. En 1871, la noción del delito en nuestro Derecho, estuvo poderosamente influida de los fundamentos clásicos. La noción en 1929 acogió las enseñanzas posi-

tivistas. La noción actual, parece haber cumplido con la regla de no abundar en teoría. No habla de "violación a -- los sentimientos altruistas de piedad y probidad, ni de -- que el fin de la ley violada por el delito, es la protec-- ción de la seguridad de los ciudadanos". Sin embargo, recibe duras críticas por parte de los autores. Se alza la voz unánime de muchos, pidiendo la supresión de la definición en el Código.

Para articular su petición, emplean variados argumen-- tos. Los que más sobresalen son éstos:

1.- La definición legal del delito, es redundante y ociosa. Para ilustrar esta objeción, Porte Petit cita a Frank:

"Imponer el nombre de delito a todo lo que infringe la ley penal, nos dice Frank, equivale a encerrarse en un circulo vicioso; esto es, decir que una acción punible o digna de castigo, es la que castiga la ley, resulta igual a - decir, que el opio hace dormir porque tiene la virtud de - hacer adormecer". (6)

2.- Los delitos se reglamentan y definen en la parte especial del Código Penal, sea del Distrito o de cualquier Estado de la República. Es ilógico el establecimiento de una definición "dogmática" en la parte general.

3.- El delito no es la infracción a la ley penal, sino a los principios que la sustentan.

4.- Por mucho que la definición legal pueda ser "neutralmente teórica", la pretensión de conceptualizar uniformemente algo que tiene múltiples conceptualizaciones, es un "radicalismo" tan condenable como el de las Escuelas.

5.- La definición de nuestro Derecho, enfatiza demasiado el papel de la pena como elemento vital del delito. Sin embargo, el artículo 24 prescribe solamente tres penas, y las demás sanciones que consigna, son medidas de seguridad.

Estos son los argumentos que se utilizan para probar la inutilidad de la definición legal. Algunos de ellos son aceptables, otros no tanto, pero en términos generales, no compartimos la impugnación que se hace de la definición de nuestro Código. ¿Por qué no compartimos la impugnación? -- Por estas razones:

a) Si bien es cierto que el delito no consiste en la violación de la ley penal, sino de los principios que alimentan a ésta, también es cierto que no hay otra manera de -

(6) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 243

que se manifieste la antijuridicidad formalmente considerada, que en la contraposición de la conducta con el mandamiento de la ley.

b) A diferencia de lo que sucede en el plano del Derecho Civil y del Derecho Mercantil, nuestro Derecho Penal ha resistido los embates teóricos del famoso Código Penal Suizo. Este Código, es famoso por su inclinación para abusar de la teoría y de las especificaciones. Su mala reputación, es perfectamente retratada por esta observación:

"Frente a la afirmación de que los legisladores debe abstenerse de dar un concepto general de delito, faena propia del tratadista, pero infructuosa en los códigos, se han esgrimido otros argumentos. La precisión de las leyes y la fijeza de su interpretación, exigen a juicio de los partidarios de definir el crimen en general que sepamos a qué atenernos respecto a los términos posiblemente engendrados de equívocos. Son varios los códigos que incluso dedican un capítulo o un determinado número de artículos, a definir los términos que usan en el texto legal. El vigente Código Suizo, llega a definir qué se entiende por muer, para los efectos penales, en su artículo 110". (7) Resistir esta influencia es todo un mérito de nuestro Derecho Positivo.

(7) Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. Página 76

c) Disciplinas jurídicas como el Derecho Fiscal, reconocen su estrecha vinculación con el Derecho Penal. Esta -- vinculación se debe, en gran medida, al hecho de que algunas leyes fiscales establecen figuras delictivas, cuyo tratamiento y adecuada sanción son propios del Derecho Penal, precisamente porque el delito es el "acto u omisión, que - sancionan las leyes penales". Si el delito no fuera el acto u omisión que sancionan las leyes penales, seguramente las diversas disciplinas que tienen dependencia del Dere-- cho Penal con respecto a estos puntos, declararían su autosuficiencia y lo que sería mas grave crearía inseguridad jurídica.

d) Quizá la razón más importante para no compartir la impugnación, sea la esencia misma del concepto de delito - de nuestro Derecho. Esta esencia, incide sobre la fórmula del robo de famélico. La fórmula dice que no se sancionará....." Lo mismo da a entender, la interpretación contrario sensu de la definición: "El acto u omisión que no sancionan las leyes penales no es delito".

Lo que queremos decir, es que la definición del delito, en nuestro Derecho Positivo, es un firme baluarte -- que apoya nuestra pretensión de suprimir la inclusión en el código penal del hurto de indigente.

La expresión literal del concepto, desdice a aquellos que opinan que esta "modalidad de robo", es una simple excusa absolutoria. Si lo fuera, el legislador hubiera aclarado en la figura, que el robo de famélico produce responsabilidad, pero no se procede contra su autor, como en las otras excusas. El legislador no lo hizo. Simplemente aplicó el sentido contrario de la definición legal del delito. Lo cual implica que el robo por necesidad o de famélico en una causa de justificación.

Estas son las razones básicas que demuestran la trascendencia del concepto de delito de nuestro Derecho en la problemática que nos ocupa.

C A P I T U L O I I .

ANALISIS DEL DELITO EN GENERAL

2.1. Los Elementos del Delito.

El análisis del concepto de delito conduce indispensablemente al estudio de sus elementos. La idea de "elemento del delito" puede tener dos significados:

a) El literal.- Este significado se basa en la idea de elemento que se maneja en las llamadas ciencias experimentales, y que se traslada al lenguaje común. Tal significado se aprecia espléndidamente en esta transcripción:

"Elemento, del latín elementum, significa fundamento, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base al mismo tiempo que concurre a formarlo....." (8)

b) El jurídicamente idóneo.- Tal significado se manifiesta intensamente en la teoría del Derecho Penal por la obra del gran tratadista italiano Petrocelli. Vale la pena remitirnos a una de las muestras más representativas del trabajo de este autor, con el objeto de comprender cabalmente este significado:

"La antijuridicidad es por ende uno de los elementos del delito. Hemos expresado en otro trabajo las objeciones puestas por cierto autor contra esta división

(8) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. cit. Pág. 267

(tenga presente el lector que la división de la que habla Petrocelli es la de antijuridicidad, culpabilidad y conducta, y que el autor a que se refiere es Antolisei), y - sobre todo contra el criterio de colocar a la antijuridicidad entre los dos elementos.

No es el caso de repetir las, bastando que dispensemos -- atención al sentido que damos al término elemento como - requisito, como aquello que se requiere para constituir el delito. Es preciso advertir, además, que si la tripartición establecida se presenta en conjunto como un medio útil para el análisis del delito, esto significa que aquellos elementos no tienen existencia por sí mismos, separados unos de otros, siendo evidente que forman una unidad". (9).

La utilización del primer significado provoca una -- amplia gama de teorías acerca del número de elementos - que tiene el delito. Con marcado "hincapié en el sentido-literal de la palabra elemento", se habla de la teoría tetratómica, pentatómica, hexatómica. Según el número de elementos que cada apreciación considera como constitutivos del delito. La utilización de esta manera de entender la idea condiciona el interés del analista por - los llamados "elementos materiales" del delito, como son la conducta y la pena. Y finalmente diremos que los ana-

(9) Petrocelli, Braccio. La Antijuridicidad. Página 12.

listas que emplean el primer sentido chocan con las - - - ideas que suelen perder de vista la unidad de integración del ilícito penal.

A diferencia de ello, la segunda acepción del vocablo exhibe consistencia y prestancia jurídica. Este segundo significado difícilmente pierde la visión de la - unidad del delito. Toma en cuenta las diversas clases de elementos del delito, desde los más abstractos, hasta los más materiales.

Este segundo significado proyecta la concepción di-námica del delito, y a través de él, podemos aludir a - la concurrencia de los aspectos positivos del tipo, y a la concurrencia de elementos negativos que impiden la - integración del tipo. Este sentido de la idea "Elemento" es el idóneo para poder hablar de la interpretación escrita del análisis del delito. En suma, a través de este significado se puede discurrir con toda propiedad acerca de la importancia que tiene la integración de los elementos en el cuerpo del delito en el cumplimiento -- de la garantía establecida en el artículo 19 constitu---cional.

Convengamos pues, en referirnos a la idea de (elemento como requisito, por los motivos anteriormente expuestos, si el analista piensa que el delito se compone de

tres requisitos, para que conforme el ilícito penal. Si piensa en cuatro elementos, deberá demostrar la concurrencia de cuatro requisitos de integración y así sucesivamente.

¿Cuáles son los requisitos del delito?

A nuestro entender son cuatro, aunque muchos autores fuertemente influidos por el significado literal del vocablo "Elemento", mencionan hasta siete. Estos cuatro requisitos básicos son: La culpabilidad, la conducta, la antijuricidad y la tipicidad.

La culpabilidad la entendemos como el querer consciente del sujeto, encaminado a la producción del resultado sancionado por la Ley penal. No hay culpabilidad cuando no existe querer del sujeto dirigido a la producción del resultado. Todos los autores coinciden unánimemente en señalar a la culpabilidad como requisito *Sine Qua Non*, es decir, indispensable.

La conducta es la manifestación del querer consciente de la gente. La conducta es el acto y omisión moralmente imputable, políticamente dañoso, que viola la Ley que el estado promulgó para proteger la seguridad de los ciudadanos. Solo por medio de la conducta, o dicho de otra forma únicamente a través de un obrar lesivo a la sociedad se puede delinquir. El pensamiento.

no delinque, (cogitationis poena nemo patitur), solo - la conducta, y en tal tenor los tratadistas también se pronuncian generalizadamente por la actuación delictiva del sujeto como otro requisito indispensable.

El tipo es la descripción legal de cierta conducta socialmente perjudicial, que debe ser sancionada. El tipo, como anteriormente lo comentamos, no sólo es mero indicio de la antijuridicidad que la conducta que contempla, sino indicador pleno y confiable. La tipicidad también es otro requisito esencial del delito.

Se ha controvertido denodadamente la calidad de requisito de conformación que tiene la antijuridicidad, Particularmente, Antolisei duda que la antijuridicidad sea requisito esencial. Para entender su posición, primeramente debemos considerar el hecho de que Antolisei es afanoso partidario de la "expresión elemento del delito, y no de la de requisito del delito". Argumenta que la noción de "requisito" es simple cuestión de nomenclatura, que no altera la esencia de las cosas. Y con esa plataforma, lanza furiosos ataques a la afirmación de que la antijuridicidad es un requisito imprescindible de conformación. Sus ataques pueden esquematizarse así:

1.- La antijuridicidad es la "esencia misma" del deli -

to, según Antolisei. Esta calidad de esencia obra para - que la antijuridicidad tenga un papel más preferente - que los otros elementos. La antijuridicidad, por consecuencia, no puede ser un simple elemento del delito.

2.- En el momento de la integración del delito, la conducta y la culpabilidad deben ser determinadas por el juez, y en caso de que se comprueben, la integración es tará dada. La antijuridicidad no puede sencillamente in tegrarse porque constituye la esencia del delito, y lo que es esencia siempre está formando parte de la entidad llamada delito.

3.- Antolisei dice que la "antijuridicidad" es un juicio de valor. Ni la conducta ni la culpabilidad son "juicios de valor". La conducta es una manifestación exterior de voluntad y la culpabilidad es una actitud psíquica. El autor concluye que la llamada división tripartita del delito trata de conformar la unidad con cosas de naturaleza muy diversa, que no permiten coordinación.

Estos argumentos de Antolisei son positivos por una parte y negativos por otra. Su positividad la expondremos líneas más adelante. Su negatividad consiste en su insistencia de eliminar la calificación de "requisito fundamental" que recibe la antijuridicidad. Si aceptáramos su postura, los llamados "aspectos negativos del delito que suprimen la antijuridicidad", conocidos también

como causas de justificación, no borrarían el carácter - supuestamente delictuoso de cierta conducta. Las causas de justificación se confundirían con las excusas absolutorias. Y si el robo de famélico es un caso de causas de justificación, también sería tildado de excusa absoluta, como aseveran algunos autores que es. Contra los argumentos de Antolisei podemos oponer estas razones:

a) Una conducta culpable si no es antijurídica no puede ser delictiva.

Si siguiéramos los razonamientos de Antolisei, toda conducta simplemente culpable sería forzosamente delito. No habría distinción alguna entre responsabilidad civil y criminal, y esta indistinción es algo monstruoso y atentatorio del Derecho.

b) Antolisei dice que la antijuridicidad "es un juicio de valor, una cosa completamente disímbola de la conducta y de la culpa".⁽¹⁰⁾ Según él, estos requisitos no permiten una integración coordinada. Pero si lo pensamos bien, la conducta y la culpabilidad son también juicios de valor".

c) Antolisei tiene razón al decir que la antijuridicidad es esencia del delito, pero no está en lo correcto - cuando le niega la calidad de requisito esencial. Es --- esencia misma del delito que motiva al legislador a tipificar cierta conducta. Pero también es requisito cuando el Ministerio Público debe acreditar en forma completa -

(10) Antolisei Fco. Analisis del Delito.

que cierta conducta u omisión que se señala como anti-juridicidad efectivamente lo es. Si la antijuridicidad no fuer requisito, sino simplemente esencia, el imputado nunca podría aspirar a la absolución de todo cargo. A lo más que podría esperar es "la imposición de una pena leve". No siendo requisito la antijuridicidad, lo más importante causa de justificación, la legítima defensa, debiera ser condiderada como algo inútil del artículo 15 de nuestro Código, Penal, lo cual va contra la conciencia jurídica de nuestro actual Derecho y del Derecho de todos los tiempos.

Estos son los contrargumentos que podemos oponer a la tesis de Antolisei. No se crea que esta polémica es redundante. Refleja la importancia misma del estudio de los elementos del delito para nuestro objetivo. Es decir, podemos, y de hecho estamos de acuerdo con la teoría de los cuatro elementos o requisitos del delito. Podemos también estar de acuerdo con la teoría tripartita, que nos habla de tres requisitos, que son la conducta, la culpa y la antijuridicidad. Pero no podemos estar en comunión con la teoría bipartita, que tanto apasiona a Antolisei. Estarlo significaría darle la razón a aquellos que opinan que el robo de famélico es una excusa absolutoria, cosa que es inadmisibile para nuestro propósito de pugnar por su supresión.

Para terminar con nuestras explicaciones de los elementos del delito, es conveniente hablar sobre el exceso de análisis que se suele practicar el concepto jurídico del delito. Este exceso de análisis es inspirado principalmente por el manejo del sentido literal del vocablo "elemento", como apuntamos antes. El exceso de análisis conduce a la formación de las teorías "pentatómicas", "hexatómica" y "heptatómica", inclusive, según se añada a la división cuatripartita la imputabilidad, la pena y las condiciones objetivas de punibilidad. El exceso de análisis ha sido magistralmente criticado por Antolisei, y en eso estriba lo positivo de su labor.

Su crítica se condensa en este pensamiento suyo:

"El exceso de análisis en el concepto de delito es sin duda una de las causas que mayormente ha contribuido a ensanchar más el abismo que existe entre la teoría y la práctica del Derecho Penal". (11).

El fárrago analítico se detecta fácilmente en las teorías pentatómica, hexatómica y heptatómica. La imputabilidad se manifiesta claramente como supuesto de la culpabilidad. Como supuesto que es la imputabilidad de la culpabilidad, resulta obvio que el inimputable no es culpable. No es necesario demostrar que el inimputa-

(11) Antolisei, Francisco. El Análisis del Delito. Página 39.

inimputable es culpable. El delito, dentro de la teoría del acto jurídico, es un hecho jurídico, y como tal, es producido sin la intención de su autor de producir consecuencias jurídicas. Es ilógico pensar que la pena es elemento del delito, ya que eso equivale a decir que el autor del delito quiere que se le imponga la pena. Hablar de que la pena es elemento del delito conduce a un peligroso desvirtuamiento de la teoría del acto jurídico.

Si la pena y la imputabilidad no son requisitos esenciales del delito, máximamente no lo serán las condiciones objetivas de punibilidad. El hecho de que las condiciones objetivas no sean requisitos esenciales magníficamente ilustrado por Villalobos, así:

"Esencia es necesidad; es no poder faltar en uno solo de los individuos de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella; por lo mismo, tener como esenciales estas condiciones de ocasión, que con más frecuencias faltan, que concurren en los delitos, sólo se explica como efecto de un prejuicio arraigado". (12)

El estudio de los elementos del delito sólo aborda la manifestación estática del delito. El estudio sólo -- permite apreciar el delito desde un punto de vista pura-

(12) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Página 206.

mente teórico. La dinámica del delito desborda este estudio, y esa dinámica empieza a plantearse cuando se deben satisfacer exigencias prácticas. Las más importantes exigencias son las que se imponen al Ministerio Público y al juez. Ambos deben comprobar el cuerpo del delito, en la averiguación previa y en el auto de formal prisión, respectivamente. Para ambos es insuficiente el estudio de los elementos del delito. Teniendo en cuenta esto, Sauer nos habla de los aspectos negativos y positivos del delito. En el siguiente apartado de este trabajo nos referiremos a los aspectos positivos.

2.2. Aspectos Positivos del Delito.

La doctrina señala que estos son los aspectos positivos del delito:

- 1.- Actividad.
- 2.- Tipicidad.
- 3.- Antijuridicidad.
- 4.- Culpabilidad.

Los efectos del análisis excesivo agregan:

- 5.- Imputabilidad.
- 6.- Condicionalidad objetiva.
- 7.- Punibilidad.

Estos son los aspectos positivos del delito. Dichos - aspectos no son otra cosa más que los elementos del delito vistos desde el punto de vista dinámico, o sea, aquél que preocupa al Ministerio Público y al juez para el cumplimiento de sus debidos encargos. En el delito de robo, aquél que interesa para los efectos de este trabajo, los aspectos positivos del delito se manifiestan así:

a) La conducta.- Esta, como elemento positivo, se manifiesta en el apoderamiento de una cosa ajena mueble, -- sin derecho y sin consentimiento de la persona. Dicho de otra forma, si el agente no está en estado hipnótico, si el agente no está compelido por la fuerza física, externa si el agente no actuó en movimientos reflejos o instintivos, o si se entregó "concientemente al sonambulismo", y en general, a las llamadas "acciones liberae in causa" (como es la acción de entregarse a los efectos de la droga o el alcohol para darse valor y cometer el delito), entonces se configurará el aspecto positivo del delito que es la conducta.

b) Tipicidad.- Este aspecto positivo del delito se genera cuando se dan todos y cada uno de los elementos del tipo. Es decir, si se registra el apoderamiento, y éstos es efectivamente de una cosa que es ajena, no propia y -- que de alguna manera no estaba en la tenencia del agente

si el apoderamiento se efectúa sin derecho, que no se -
trate de un caso de Derecho de retención y sin el consen-
timiento de la personal que legalmente puede disponer -
de ella, entonces se concreta el aspecto positivo de la
tipicidad.

c).- La antijuricidad.- este aspecto positivo se -
gesta cuando no concurren las llamadas "Causas de justi-
ficación" para desvirtuarlo. Si el apoderamiento, con
todas y cada una de las circunstancias que hemos anota-
do se produce, y no converge causas como la obediencia
jerárquica la legítima defensa, el ejercicio de un dere-
cho, el estado de necesidad o el impedimento legitimo,
se lleva a cabo por el agente, la conducta será plena==
mente antijurídica.

d).- La culpabilidad.- este aspecto positivo se con-
creta cuando el agente realiza el apoderamiento con toda
la intención delictuosa de ~~consumar~~ el ilícito, sin el
amparo de una eximente de la no exigibilidad de otra -
conducta y sin actuar bajo una convicción que él cree -
licítas, pero que en realidad encaja en el tipo legal --
(Como serían la conducta de alguien que robase alguna -
cosa que creyera propia, pero que en realidad es ajena).-
Aunque el tipo del robo no alude expresamente a la cul--
pabilidad, ésta se remata unánimemente por la doctrina -
a tal punto de que es inconcebible pensar que un robo se
haga "sin intención".

e) La Punibilidad.- este aspecto se gesta positivamente cuando la conducta realizada por el agente no constituye alguna de las llamadas "Escusas absolutorias" en el caso de robo para algunos tratadistas son dos, y para otros solamente uno. Para los primeros analistas, la penalidad se suscita cuando la conducta del activo no encaja en el tipo del robo entre parientes, u en el robo de fámelico, lo cual, esto último, para nosotros es inadmisibile. La punibilidad en el concepto que sostenemos -- de que en el robo de famélicos es una causa de justificación, se gesta cuando el agente efectúa el apoderamiento según todas y cada una de las circunstancias del tipo, sin que en su conducta incurra en el caso de robo entre parientes.

f) La imputabilidad.- Este aspecto positivo se da cuando el activo realiza el apoderamiento en las condiciones y en los puntos descritos, sin que el agente obre estando afectado de sus facultades mentales, sea sordomudo, menor o sea ebrio concetudinario o esté actuando bajo el influjo del miedo grave.

Nosotros en estas líneas, a pesar de que dejamos a un lado el punto de vista esencialmente teórico, todavía no proporcionamos una idea de como se presentas al Juez los aspectos del delito en toda su intencidad diná mica. Esta idea la tenemos ilustrada esplendidamente -

te por la siguiente cita:

"Desde el punto de vista cronológico, concurren - a la vez todos esos factores (los aspectos positivos): por ello suele afirmarse que no guardan entre ellos -- prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuridicidad, -- etc.; sino que al realizarse el delito se dan todos -- sus elementos constitutivos. Mas en un plano estrictamente lógico procede observar inicialmente si hay conducta, luego si hay amoldamiento legal, después constatar si dicha conducta está protegida por una justificante, y en caso negativo, llegar a la conclusión de que hay antijuridicidad; en seguida investigar la presencia de capacidad intelectual y volutiva del agente, y finalmente indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad.

Repetimos, entre los factores del delito no existe prioridad temporal, pero sí indiscutible relación lógica".(13)

De la manera descrita por esta cita es como proceden el Ministerio Público y el Juez para realizar sus respectivas labores. El primero de ellos integra las

(13) Castellanos Tena. Op. Cit. Página 132.

elementos suficientes que acreditan el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y así integrar su averiguación previa, para consignar posteriormente, y el otro para dictar el auto de formal prisión, y posteriormente, -- a través del desenvolvimiento del proceso y al fin dictar sentencia.

A veces la labor de ellos no pueden llegar al momento de la confirmación, al auto constitucional o al de la sentencia. Existen circunstancias que impiden la plena integración del delito, y estas circunstancias son los llama--dos aspectos negativos, los cuales trataremos a continuación.

2.3. Aspectos Negativos de los Elementos del Delito.

Estos son los siguientes:

- 1.- Falta de conducta.
- 2.- Atipicidad.
- 3.- Antijuricidad.
- 4.- Inculpabilidad
- 5.- Inimputabilidad
- 6.- Excusas absolutorias
- 7.- Falta de condiciones objetivas de punibilidad.

Estos aspectos se infieren a contrario sensu de los aspectos positivos.

Teniéndose presente la explicación de éstos, se tendrá la de los negativos. Vale la pena, pues, profundizar en el aspecto negativo que más interesa a nuestro trabajo: la antijuridicidad, y particularmente, las causas de justificación.

¿Qué son las causas de justificación?

Para esta pregunta podrían darse múltiples respuestas. Sin embargo, la que nos parece más acertada es la proporcionada por Antolisei:

"Son aquellas situaciones especiales en las que un hecho que normalmente está prohibido por la ley penal, no constituye delito por la existencia de una norma que lo autoriza o lo impone". (14).

En base a esta espléndida concepción de Antolisei, podemos apuntar que las causas de justificación - - -

(14) Antolisei, Francisco. Manual de Derecho Penal. Página 201.

son las siguientes:

- a) El impedimento legítimo.
- b) La legítima defensa.
- c) El Estado de Necesidad.
- d) La obediencia jerárquica.
- e) El cumplimiento de un deber.

De la legítima defensa podemos decir que se trata de la causa de justificación más importante, sobre la cual los teóricos han abundado más. Múltiples razones filosóficas se han articulado en torno a ella. Se dice que la legítima defensa opera en función de la preponderancia de intereses, o sea, en la anteposición del legítimo del que se vale la defensa sobre el ilegítimo del agresor. Se dice también que la legítima defensa opera en base a la necesidad de sustituir la protección y seguridad que debe prodigar el Estado a los ciudadanos. Empero, para fines de este trabajo, nosotros, sin especulación filosófica, podemos decir que la legítima defensa prácticamente es inconcebible en el robo de famélico. Los tratadistas dicen unánimemente que la legítima defensa supone la contraposición de dos intereses dispares, uno legítimo y otro ilegítimo, en forma permanente. La legítima defensa no permite concebir la contraposición de dos intereses que sean legítimos, o-

de dos intereses que sean ilegítimos, En la legítima defensa siempre implica que se sacrifique el interés ilegítimo por el legítimo, y por esta rigidez conceptual, - la causa de justificación que mencionamos no tiene una - cabida lógica para el delito de robo.

La causa de justificación del impedimento legítimo - consistiría en la abstención que cierta persona hace de determinada conducta, cuando está obligada a realizarla, y por ello incurre en el ilícito. El ejemplo clásico se da de impedimento legítimo es el de un individuo que no presta su testimonio por "secreto profesional" que debe guardar.

Para efectos del delito de robo, creemos que esta - causa de justificación tiene trascendencia limitada.

Como causas de justificación del ejercicio de un - derecho o el cumplimiento de un deber se suelen ejemplificar las lesiones cometidas en los deportes o como consecuencia de los tratamientos médico-quirúrgicos. Estas causas sin duda que no podrían ser invocadas por el presunto delincuente del robo, ni siquiera en el sentido de "que cumplía con el deber de robar a los ricos para ayudar a los pobres", pues como bien dicen los autores consultados, no se debe confundir "causas del delito con --

los móviles que inspiraron al mismo".

Quizá la obediencia jerárquica pudiera ser invocada como justificante, y ese justificante indudablemente que tendría más aplicabilidad que las otras. Empero, la íntima filiación que esta justificante mantiene con la culpabilidad le hace también poco viable para el agente del delito, en su intención de demostrar que su conducta, aparentemente ilícita, estuvo en todo momento acorde con el Derecho.

Así pues podemos concluir que aparte de la obediencia jerárquica, ninguna de las otras justificantes que mencionamos cuentan con peso específico para desvirtuar la ilicitud de "un sediente robo". podrían invocarse con mas propiedad causas de inculpabilidad, de inimputabilidad o excusas absolutorias. Sin embargo, de entre todas las causas de justificación sobre sale una con bastante peso para desdecir la virtual ilicitud de la conducta,-- y esa justificante es el estado de necesidad, de cuya explicación nos ocuparemos en el siguiente capítulo..

C A P I T U L O III.

EL ESTADO DE NECESIDAD

3. El Estado de Necesidad.

Esta causa de justificación sin duda es la que - más problemas de apreciación y de criterio acarrea. Para empezar a explicar estos problemas, es necesario - sentar dos definiciones acerca de lo que es el estado de necesidad:

"Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvar un bien de mayor o de igual entidad jurídica tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley". (15)

"Es una situación de peligro para un bien jurídico, que solamente puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico". (16)

De estas definiciones se desprende el primer problema que acarrea la noción de estado de necesidad: la contraposición de dos intereses jurídicamente protegidos.

Muchos tratadistas coinciden en señalar que el estado de necesidad se gesta cuando hay el "sacrificio - de un bien menor por un bien mayor".

Si el sacrificio implica la pérdida de un bien mayor -

(15) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. cit. Página 539.

(16) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. Página 203.

por un bien menor, los tratadistas dicen que estamos - en presencia de cualquier otra causa de inincrimina- ción, menos del estado de necesidad. Sostienen similar punto de vista cuando explican el choque de dos intere- ses de importancia teóricamente idéntica. Si el inte- rés sacrificado es ilegítimo y el interés salvado es - lícito, los expertos aclaran que no hay estado de nece- sidad, sino legítima defensa.

El problema radica básicamente en esta "clasifica- ción de intereses".

Nadie duda que dicha clasificación de intereses sea cru- cial para la mecánica de la teoría especial de los de- litos. Esta clasificación sirve para delinear los di- versos capítulos y apartados del Código Penal. Esta - "jerarquía de bienes" es importante para explicar la - distinción entre los tipos que son básicos, y los ti- - pos que son derivados de los mismos.

Esta "jerarquía de bienes" funciona para que anteponga- mos a la vida sobre cualesquier otro bien jurídicamen- te tutelado. Empero, esta jerarquía de bienes no opera para la mejor comprensión del estado de necesidad. For- zosamente limita la teoría de este estado al sacrifi- cio de un bien menor por uno mayor, y escapa a su con- sideración que el estado de necesidad pueda implicar - un sacrificio de bienes idénticos. Este estrecho marco

de la teoría preponderante sobre el estado de necesidad motiva a algunos especialistas a tratar de "salvar los moldes", y dicen que el estado de necesidad en ocasiones es causa de ilicitud, en otras ocasiones es causa inculpabilidad. A este respecto, hay que señalar - lo siguiente:

Es posible admitir en la teoría del estado de necesidad el choque de dos intereses iguales, y el sacrificio consecuente de ellos, si pensamos en que la llamada "jerarquía de intereses" se basa en juicios de valor, y por lo tanto, juicios que de ninguna manera - cuentan con un valor absoluto e incontrovertible, que nos pueda decir en forma indefectible que "tal bien es mayor que éste, menor que otro, etc..."

Para ciertas personas el "pudor sexual" puede ser la -- culminación de los bienes que deben estar jurídicamente protegidos. Para los analistas, la apoteosis puede radicar en los "atentados contra el patrimonio de las personas". Para otros analistas, la máxima exponencia de los delitos puede consistir en los crímenes contra la - humanidad". Y así sucesivamente podríamos seguir, sin - llegar a ningún acuerdo. En el caso particular que nos ocupa, el del robo de famélico, la incredulidad de - ciertos especialistas para considerarlo como estado de necesidad estriba precisamente en que no pueden conce--

bir que el robo por indigencia "tenga mayor jerarquía" que el bien jurídicamente tutelado, presuntamente afectado por el indigente y su conducta, que es el Patrimonio. Para estos especialistas, a regañadientes se puede aceptar que "el derecho del indigente" sea de igual jerarquía que el derecho de propiedad. En esa situación, ellos aplican la estrecha teoría del estado de necesidad y concluyen que se trata de "una excusa absoluta".

Estos especialistas olvidan la relatividad de la "jerarquización de bienes", y le confieren un valor absoluto. Para algunos, como nosotros, la indigencia tiene un valor superior al del derecho de propiedad. Para otros, la necesidad de eliminar la indigencia es de menor rango que el derecho de propiedad. ¿Cuál será la postura a la que le asista la razón?

Para proporcionar una respuesta a esta pregunta, debemos recurrir a la idea "del sacrificio", idea a la cual no recurren los especialistas en el temor de hacer la confundir con la de "la no exigibilidad de otra conducta". La idea del sacrificio implicaría suponer una situación o circunstancia hipotética que no está obligada a soportar una persona normal, muy diferen

te a la de la "no exigibilidad de otra conducta", idea que implica el constreñimiento de la voluntad de un individuo a obrar ineludiblemente en una sola opción, - por influjo de alguna presión o violencia irresistible. A ninguna persona se le puede exigir que permanezca en un sitio de desastre, con riesgo de que pierda su vida, salvo que se trate de un individuo que deba cumplir con su deber. A ninguna persona se le puede exigir que no satisfaga sus necesidades vitales en circunstancias "especialmente calificadas o anormales". Nadie está obligado a ser héroe, nadie está obligado al sacrificio (a menos, claro está, que se lo imponga su ocupación o profesión habitual), y en función de estas consideraciones, puede resolverse el dilema que planteamos líneas arriba. Utilizando la idea del sacrificio, se puede concluir válidamente que el interés que predomina es el del indigente, y por lo tanto, el derecho de propiedad debe ser sacrificado. No utilizando esta idea, el dilema queda sin solución, y el derecho del indigente a satisfacer sus necesidades es equiparado de mala gana como "idéntico al de propiedad". Con ello, la figura que es eje de nuestro trabajo es catalogada como cualquier cosa, menos como justificante.

Los tratadistas que no aceptan que el robo de fa-

médico sea estado de necesidad, lo colocan en un plano de igualdad con el derecho de propiedad. En ese plano de -- igualdad, la justificante es concedida como causa de in-- culpabilidad. ¿Estarán en lo cierto el ver al robo de -- famélico como causa de inculpabilidad?

No, por la razón de que la causa de inculpabilidad, - elimina la convicción que debe tener el agente de que es-- tárealizando una conducta delictuosa, como es el caso del error escencial, donde una persona cree que dispone de un objeto propio, sinedo que en realidad se ha apropiado de uno ajeno. En el robo de famélico no es posible conseguir que el indigente "no tiene conciencia delictuosa de lo que hace". El indigente actua con plena conciencia, y lo hace en tal sentido que sabe que si no roba no satisface sus nec-- cesidades más apremiantes. El indigente sabe perfectamente que esta robando y que esa acción la castiga la Ley. Lo -- único que no saben es que la Ley ampara la acción que esta realizando y la considera acorde a derecho. La plena conciencia, pues, del indigente sabiendo lo que hace es prue-- ba nuestro entender contundente de que el hurto de indigen-- te no es causa de inculpabilidad.

Estos son los problemas más agudos que proyecta - - -

la doctrina acerca del estado de necesidad para la mesa de las discusiones. Cabe ahora mencionar los llamados "presupuestos de esta justificante". Dichos presu
puestos son:

a) La existencia de un peligro real, grave e inmi
nente.

b) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien ju
rídicamente tutelado.

c) Que no haya otro medio practicable y menos per
judicial.

d) Que la persona que se encuentra en estado nece
sario genere un ataque.

Estos elementos son señalados unánimemente por --
los autores como constitutivos del estado de necesi- -
dad. En esta puntualización hay menos polémica que en
los problemas planteados anteriormente. Cabe apuntar--
que el estado de necesidad se encuentra previsto en la
fracción IV del artículo 15 del Código Penal capitali-
no. No hay que perder de vista al tercer elemento cons
titutivo del estado de necesidad. Como veremos más ade
lante, algún autor se aprovecha de él para enfatizar -
que como no "se presenta" en la fórmula del robo de fa
mélico, éste no puede ser un caso de estado de necesi-

dad.

Hay algunos autores que niegan que el estado de - necesidad sea una justificante. No aseveran que sea u na causa de inculpabilidad, como anteriormente lo co-- mentamos, sino que señalan el carácter "netamente ex-- trajurídico" de la justificante para desvirtuar su va lidez legal. Entre estos especialistas encontramos a Alimena, quien es muy ilustrativo a este respecto:

"Por consiguiente, el estado de necesidad, a dife^rencia de la ejecución de la ley, de la obediencia je-- rárquica, de la legítima defensa, no consiste en la ac tuación conforme a Derecho. Tiene pues, el último lu-- gar de las causas de justificación, porque no está ín-- timamente justificado; pero, como se refiere a lo que el Estado no puede pretender, está más allá de los lí-- mites del Derecho Penal". (17)

Estos reparos de Alimena van directo a ocasionar estragos en nuestro planteamiento de que el robo de fa mélico es un caso de estado de necesidad. Para contra-- rrestar los argumentos de Alimena, podemos oponer las siguientes razones:

a) El estado de necesidad no es "la última de las cau

(17) Alimena. Crítica a la Dogmática Jurídico-Penal. - Páginas 184-185.

sas de justificación ni mucho menos". Es aquella sobre la cual abundan las disquisiciones filosóficas. Los teóricos han "desparramado ríos de tinta" sobre esta justificante, ríos de tinta tanto o más abundantes que la misma legítima defensa, y obviamente, más copiosos que los de las otras justificantes.

Además, si uno observa la disposición de las excluyentes de responsabilidad penal, se verá, en el artículo 15 del Código Penal, que la primera justificante que se menciona es la legítima defensa y la segunda es el estado de necesidad. Son relegadas justificantes como el deber legal, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo. Este impedimento ocupa "el último lugar" que Alimena depara al estado de necesidad.

b) Alimena dice que el estado de necesidad está "allende de los límites del Derecho Penal", que tiene un carácter extrajurídico. A este argumento de que el estado de necesidad es "extrajurídico", se puede responder con estas importantes consideraciones sobre la antijuridicidad, que transcribimos a continuación:

"Estas referencias a la cultura que hemos traído a colación, nos dan la pauta para la calificación de la existencia de una ofensa a la norma, siguiendo el orden lógico que ahora formularemos; para llegar a la necesidad de resolver en orden a la antijuridicidad se

tiene que dar previamente una conducta típica; la tipicidad nos aporta el elemento indicario de la antijuridicidad que se ve robusteciendo cuando aparece la -- lesión a un interés jurídicamente tutelado" (18)

La legítima defensa y el estado de necesidad tienen un íntimo parentesco de "importancia" para entender lo es necesario que destaquemos las diferencias que los expertos apuntan como distintivas de una figura y otra:

1.- Se dice que el estado de necesidad es una acción o ataque, en tanto que la legítima defensa es reacción contra el ataque.

2.- Se dice que el estado de necesidad implica el choque de dos intereses legítimos, en tanto que la legítima defensa supone la contraposición de un interés legítimo con un ilegítimo.

3.- La fórmula legal del estado de necesidad, en nuestro Derecho Positivo, es más amplia que la de la legítima defensa, restringida a hipótesis específicas, - aunque desde un punto de vista teórico, la legítima defensa tiene una horma conceptual más flexible que el estado de necesidad.

(18) Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y Justificación. Páginas 146 - 147

Para finalizar esta explicación del estado de necesidad, es necesario advertir que al igual que sucede con el robo de famélico, al llamado "aborto terapéutico" también se le considera por algunos especialistas como excusa absolutoria, y por otros como causa de justificación. ¿Cuál es la importancia de precisar que la naturaleza de estas figuras sea la de la justificante? Esa importancia se puede precisar en los siguientes -- puntos:

1.- Siendo causas de justificación, el robo de -- famélico y el aborto terapéutico no constituyen delitos.

2.- Como justificantes, ambas figuras aprovechan -- a todos aquellos individuos que intervinieron en ellas.

3.- Como causas de justificación, ambas figuras se contemplan en razón del hecho que envuelven, y no de -- los sujetos.

4.- Como justificantes, ambas figuras no dan lugar a que se exija responsabilidad civil, por "los aparentes daños causados".

CAPITULO IV

LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

4.1. Concepto de delitos contra el patrimonio de las personas y bien jurídico tutelado.

Para obtener un concepto de lo que son los delitos contra las personas y su patrimonio, es pertinente que examinemos primero lo que es el "bien jurídicamente tutelado".

¿Qué es el bien jurídicamente tutelado? No podemos obtener una definición general e incontrovertible de lo que es el bien jurídicamente tutelado. Son tantos y tan disímolos los bienes que se tutelan, que sólo estudiando cada uno de los diversos tipos de delitos podría obtenerse el concepto de bien jurídico, y claro, que el concepto que se obtenga estaría afectado de relatividad. Ni siquiera un acercamiento a los llamados tipos básicos sería ilustrativo, porque hay algunos de ellos tan dispares, como lo son el homicidio y el robo, tuteladores de la vida y el patrimonio, respectivamente. Un acercamiento tentativamente óptimo al concepto de bien jurídico lo tenemos examinando el de "presupuestos del delito".

Los expertos señalan que los presupuestos del delito son:

- 1.- La norma penal.
- 2.- La imputabilidad.

- 3.- El bien tutelado.
- 4.- El sujeto activo y pasivo.
- 5.- El instrumento del delito.

Como se ve, resulta sumamente valioso el acercamiento al concepto de "presupuestos del delito" para obtener el del bien jurídicamente tutelado:

"Los presupuestos del delito son aquellos antecedentes jurídicos, previos a la realización de la conducta o hecho descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título o denominación del delito -- respectivo". (19)

Este concepto, se puede aplicar a los fines de nuestro trabajo, de tal manera, que podemos decir que el bien jurídicamente tutelado es el antecedente previo a la realización de la conducta o hecho descritos en el tipo más importante, que sirve de manera casi invariable para imponer la denominación o nombre del delito respectivo.

En base a este concepto que deducimos, tenemos perfilada ya la importancia del bien jurídico tutela-

(19) Porte Petit Candaudap, Celestino. op. cit. p.258

do, conceptualmente hablando: es un antecedente dogmático que sirve al juzgador, al litigante, al estudioso y al profano, preocupado por los asuntos jurídicos, -- para fijar la localización precisa del delito que se pretende comprobar o desvirtuar en el contexto del Código Penal. El bien jurídicamente tutelado es el índice que le permite al juzgador saber cual es la pena -- aplicable al delito que se imputa. Como afirman los -- tratadistas, si faltan los presupuestos del delito no hay punibilidad de éste, con mucha más razón, si falta el bien jurídico tutelado, pues no existiría el delito.

Hasta esta línea sólo hemos tratado el concepto de bien jurídico desde un punto de vista formal. Desde un punto de vista material, tenemos que ocuparnos de la idea de patrimonio, o sea, el eje central de la serie de delitos que abordaremos más adelante. ¿Qué es el patrimonio?, sería la pregunta a resolver para clarificar este punto de vista material.

Se dice habitualmente que el patrimonio es el conjunto de bienes y derechos pertenecientes a una persona, valuables en dinero. A su vez, el patrimonio se divide en pasivo y activo. El activo es el conjunto de bienes y derechos que pertenecen a una persona, o que pueden ser exigidos por ésta de otra u otras personas, en virtud de una relación jurídica que le confiere tal derecho. El pasivo es el conjunto de bienes o derechos

que pueden ser exigidos, en virtud de una obligación-
previamente contraída.

Respecto a estas ideas generales del patrimonio, podemos decir que el concepto de bienes y el de derechos tienen amplia cabida en el rubro de los delitos-
contra el patrimonio. Particularmente, los delitos de robo son especialmente "cerrados", y no admiten la -
posibilidad de que se hable de "robo" de derechos. Em
pero, los delitos de despojo y daños en propiedad aje-
na sí son permeables a la idea de "vulneración de de-
rechos". Estos mismos delitos también son permeables-
a la amplia concepción de patrimonio, en el sentido -
del activo y del pasivo. En el delito de despojo se -
habla del individuo que "de propia autoridad y haciendo
uso de los medios indicados en la fracción ante- -
rior, ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos
en que la ley no lo permita por hallarse en poder de-
otra persona, o ejerza actos de dominio que lesionen de
rechos legítimos del ocupante".

En conclusión, el concepto rutinario de patrimo--
nio es válido para ayudar a definir a los delitos que-
atentan contra este bien jurídico. Por ello, podemos-
proporcionar nuestra noción de lo que son los delitos-
contra el patrimonio de las personas:

Son aquellas conductas ilícitas penales que conculcan el conjunto de derechos y bienes pertenecientes a los pasivos, valuables en dinero, y que se encuentran previstas y reguladas por varios documentos entre ellos: el título del Código Penal, correspondiente a los delitos en contra de las personas en su patrimonio.

Para concluir con estas consideraciones preliminares sobre los delitos contra las personas en su patrimonio, cabe destacar lo inapropiado de la titulación del Código Penal. Esta titulación dice "delitos en contra de las personas en su patrimonio". La titulación propicia la confusión de cuál es el exacto bien jurídico tutelado por estos delitos, o mejor dicho, por la previsión y regulación de estos delitos. Según la titulación, el bien jurídico afectado parecería serlo "la persona". Pero establecer esto es algo tan vago, que no se sabe si se protege a la persona física en sí, o al individuo como titular de derechos y obligaciones.

Si la intención es proteger a la persona física en sí, para ese efecto operan las regulaciones de delitos como el homicidio y las lesiones.

Si la intención es la protección del individuo como titular de derechos y obligaciones, obviamente que esta clase de delitos no protegerán todas las manifestaciones o atributos de la personalidad jurídica, sino úni-

camente el patrimonio. Por lo tanto, la titulación correcta debe ser delitos "contra el patrimonio de las personas". El Código Penal de la legislación mexicana establece que estos delitos son: robo, abuso de confianza, fraude, extorsión, despojo de cosas inmuebles o de aguas y daño en propiedad ajena. Ahora es tiempo de analizar algunos de ellos.

4.2. Fraude.

Es obvio señalar que el delito de fraude atenta contra el patrimonio de las personas. Y atenta contra el patrimonio en una forma tan amplia, que las manifestaciones materiales del ilícito son incontables: obtención de dinero, valores, etc., ofreciendo servicio de "defensoría", enajenación de cosas sobre las cuales no se tiene derecho propio, aprovechamiento "fantasma" de servicios en un centro comercial, simulación de actos-jurídicos, etc...Comentar todas y cada una de las enormes posibilidades del fraude específico es una tarea - que nos desvía de nuestro objetivo principal: el robo-famélico. Concretémonos a señalar el tipo de delito de fraude, en su esencialidad de fraude genérico:

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

- 1.- Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad.
- 2.- Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de diez pero no de quinientas veces el salario;--
- 3.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces de salario si el valor de lo defraudado fué mayor de quinientas veces el salario.

Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no solo del daño, sino de maquinacioones o artificios que para obtener esa entrega se haya empleado, la peña señalada en los incisos superiores se aumentará con prisión de tres días a dos años.

De este tipo, contenido con el 386 del Código Penal, se desprenden los siguientes caracteres.

- 1.- Se trata de un delito de daño, porque el fraude provoca la disminución (por alguno de sus múltiples conductos de comisión) del patrimonio de las personas.
- 2.- Se trata de un tipo anormal, porque la regulación del fraude habla de factores subjetivos y normativos, como son la confianza, "La enajenación a título oneroso - - - - -"

El ofrecimiento de servicios de "defensoría", etc.

3.- Se trata de un tipo básico, porque constituye la esencia de otros tipos.

4.- Se trata de un tipo autónomo o independiente, que tiene vida propia y que no depende de otro u otros para su existencia.

5.- Se trata de un delito doloso, ya que supone la voluntad conciente de la gente por realizar el delito, utilizando incluso los medios más sofisticados para ello.

6.- Al igual que el abuso de confianza, el fraude es un delito formal. El tipo se colma con la acción en sí misma, independientemente del resultado material que produzca.

7.- Es un tipo casuístico, porque prevee varias hipótesis de realización.

De los caracteres mencionados, destaca el de "la naturaleza dolosa" del fraude. Es clave entender lo que es el engaño, y para tal efecto, la siguiente cita es ilustrativa:

"El engaño constituye una mentira dolosa cuyo ob-

jeto es producir en la víctima una falsa representación de la verdad. Debe ser idóneo para producirla en personas del tipo media intelectual, o sea que debe ser bastante para vencer la incredulidad del pasivo y embaucarlo. El engaño debe ser la causa del error en el pasivo. Por último, debe estar dirigido a obtener la prestación voluntaria del pasivo. Si por ignorancia, autosugestión, etc., del pasivo hiciera ésta la prestación, no habría relación de causalidad entre ésta y el engaño. Tampoco habría fraude sino robo en el caso de los empleados de un comercio que por medio de maniobras eludieran el control de las existencias y se apoderaran de las mercancías.

El engaño puede ser verbal o escrito, consistir en hechos o versar sobre la causa, el presupuesto, las condiciones, etc., de la prestación, o ser simple o calificado". (20)

Esta cita refleja la esencia misma del delito de fraude. Este ilícito es la degeneración del llamado "dolo bueno". A diferencia del delito de robo, está clara la inserción del elemento "culpabilidad" en el fraude.

Esta claridad de resaltar el elemento de "culpabilidad"

(20) Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Páginas 716-717.

en el fraude hace que este delito adquiriera manifestaciones tan variadas, que lo convierten quizá en el ilícito más "dinámico y variado" de todos aquéllos que a tentan directamente contra el patrimonio de las personas. Este elemento de "la culpabilidad" obra para convertir al fraude en un tipo casuístico, con hipótesis de varias realizaciones, y no amplio, con una hipótesis de única verificación, como el robo. Este "engaño" sin duda convierte al fraude en un delito básico, y no subordinado. Y finalmente, está claro, especificación del elemento culpabilidad marca la diferencia plena - con el delito de robo, ya que la graduación de la pena en ambos delitos gira en torno al valor de las cosas o derechos patrimoniales afectados, y dicha graduación - constituye un fuerte enlace entre ambos tipos.

4.3. Abuso de Confianza.

Este delito siempre ha sido "opacado" en el cuadro de los ilícitos contra el patrimonio de las personas. Se le subsume frecuentemente en el contexto legal y conceptual del delito de robo. Las razones de "relegamiento" se resaltan perfectamente por estas palabras:

"En la antigüedad no se distinguía entre abuso de confianza y robo por un riesgo común: apropiación in--

justa del bien ajeno. Poco interesaba que este resultado ilícito se obtuviera por la vía de la toma no consentida de la cosa, o por el abuso de la posesión material. En el Derecho Romano, según Monser, en materia de hurto, se reputaba apropiación de una cosa no sólo cuando se apoderaba alguno de la que se hallaba en posesión legítima de otro, sino también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho de usarla cuando le correspondía, sobre todo cuando el propietario hubiera concedido a otro la posesión o tenencia de la cosa y el poseedor no hiciera de ésta el uso que se hubiera fijado o el que debiera hacer". (21)

A través de esta cita, se puede comprobar cómo la razón poderosa del "relegamiento" es el concepto tradicional romanista. Afortunadamente, este concepto se ha venido superando paulatinamente, y ahora se establecen por los autores las siguientes diferencias entre los delitos de robo, fraude y abuso de confianza:

1.- Se dice que en el robo el agente "busca" conseguir el objeto material del delito, o dicho de otra forma, la necesidad del apoderamiento es imperiosa. En el fraude, el agente se "atrae a sí" la cosa o derecho afectable mediante la utilización del sofisticado me--

(21) Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de la Parte Especial. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Página 85.

dio del engaño. En el abuso de confianza, el agente - lleva a cabo el ilícito con "facilidad relativa", ya - que tiene en su recaudo la cosa material, objeto del - delito.

2.- En el robo no encontramos ningún elemento de los llamados "subjetivos" que le caracterice en forma distintiva. La descripción del tipo de robo es de las más objetivas que puedan presentarse en el Código Penal, - junto con la del homicidio. En cambio, el fraude y el abuso de confianza están marcados con un factor subjetivo que les identifica. En el caso del fraude, ese valor subjetivo es "el engaño". En el caso del abuso de confianza, el factor subjetivo en cuestión es "la confianza" que el pasivo depositó en el activo.

3.- Es imposible confundir fraude con abuso de confianza. Si el abusador tiene la cosa objeto del delito en su poder, resulta ilógico que deba utilizar maquinaciones, artificios, engaños, etc., para "allegarse de e-lla".

Destacadas estas importantes diferencias, que confieren unidad básica e identidad, sobre todo, al delito de abuso de confianza, es menester consignar cuál - es el tipo genérico del delito:

"Al que con perjuicio de alguien disponga para sí

o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se haya transmitido la tenencia y no el dominio, que le sancionará con prisión hasta de un año y multa de cien veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de doscientas veces.

Si excede de esa cantidad, pero no de dos mil, la prisión será de uno a seis años y multas de cien hasta ciento ochenta veces el salario.

Si el monto es mayor de dos mil veces el salario, la prisión será de seis a doce años y la multa de ciento veinte veces el salario".

De este abuso generico de abuso de confianza, podemos desprender los siguientes caracteres:

- 1.- El tipo del abuso de confianza es obviamente un anormal porque influye el factor subjetivo de la confianza".
- 2.- Es un tipo amplio, porque describe una hipótesis única que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.
- 3.- Es un tipo autónomo, porque elemento subjetivo de la -- confianza le confiere identidad propia y no depende en forma alguna de otro u otros tipos de delitos contra el patrimonio de las personas. Sostener esto- - - - -

significaría reafirmar la obsoleta tradición romanis--
ta.

4.- Es el abuso de confianza un delito de daño, pues--
to que supone el menoscabo del patrimonio del pasivo.

5.- Es un delito netamente doloso, ya que la voluntad
del agente se encamina hacia la realización del ilícito,
previsto por el artículo 382 del Código Penal.

6.- Se trata el abuso de confianza de un delito de re
sultado, ya que no se colma con la simple conducta del
agente, sino que requiere para su realización de un -
"perjuicio" que se cause al pasivo.

Con la puntualización de estos caracteres, cree--
mos haber consignado una visión suficiente de lo que -
es el delito de abuso de confianza, para los efectos -
de este trabajo. Cabe apuntar que hasta el momento, el
somero examen que hemos practicado a la conformación -
legal y conceptual de los delitos de fraude y de abuso
de confianza nos permiten obtener una conclusión que -
estimamos válida: en ambos delitos podrán invocarse o
tras justificantes, alguna causa de inculpabilidad o -
alguna excusa absolutoria, para desvirtuar la probanza
del ilícito, pero resulta inconcebible la invocación -
del estado de necesidad. Este, en el contexto de los -
delitos contra el patrimonio de las personas, parece -

ser una justificante privativa del delito de robo. Ahora prosigamos con el análisis del delito de despojo.

4.4. Despojo.

Este tipo del delito de despojo exhibe características muy singulares. La más importante de ellas, a nuestro entender, es la visión dinámica que introduce en el concepto de patrimonio que manejamos antes. Este concepto, un tanto estático, muy convencional, aunque efectivo, suele enclaustrarse en los límites estrechos del derecho de propiedad, y descuida la posesión, derecho real que es cimiento indispensable del primero. El tipo de despojo nos introduce en la amplia concepción de patrimonio, manejada por el artículo 16 constitucional, y que nos habla: "Nadie puede ser molestado en su familia, domicilio, papeles, posesiones, derechos, etc."

Este delito de despojo afecta a las cosas inmuebles o a las aguas. Así que independientemente de que se pueda decir que este delito vulnera el patrimonio de las personas, específicamente atenta contra la posesión de inmuebles y de aguas. ¿Qué se debe entender por aguas para los efectos de este delito? La siguiente cita ilustra a este respecto:

"Las aguas objeto del delito son las que forman parte del inmueble: arroyos, cauces, canales, presas, depósitos, aguajes, etc.; estando destinadas al servicio de dicho inmueble, y no lo son las que están entubadas, las que pudieran ser objeto del robo. Pueden ser corrientes o estancadas, continuas o intermitentes, perennes o temporales, superficiales o subterráneas". (22)

El concepto de inmueble, aplicable al tipo del despojo, es el mismo que maneja el Código Civil. Para el efecto, es pertinente consultar lo que dispone este ordenamiento al respecto. Consignar la larga lista de los bienes considerados como inmuebles es una tarea que se aparta de los fines de este trabajo.

Sobre este delito, es pertinente que puntualicemos los requisitos de su configuración o integración:

- 1.- Que el inmueble ocupado o el derecho real, del que se haga uso, no pertenezca al agente del delito.
 - 2.- Que el autor del delito obre de propia autoridad.
 - 3.- Que el agente tenga el ánimo de apropiación de la posesión del inmueble.
 - 4.- Que el autor se valga de la violencia física o moral
- (22) Carrancá y Rivas, Raúl. Op. cit. Página 738.

ral sobre las personas.

5.- Que el autor se valga de amenazas o engaños.

A estos requisitos de configuración del delito, - podemos agregar los caracteres que la distinguen:

A) Se trata de un delito de daño, porque causa detrimimento en el patrimonio de las personas.

B) Se trata de un tipo casuístico, porque prevee varias hipótesis de realización, ya que habla del empleo de la violencia, o de las amenazas, o de los engaños, etc.

C) Es un delito anormal, porque contiene en su tipo varios factores de carácter subjetivo, como son el empleo de "amenazas", "engaños", "violencia", etc.

D) Es un tipo autónomo o independiente, que tiene vida por sí y no depende de otro.

E) Es un tipo material, porque requiere la produc---ción de un resultado externo o material, y no simple---mente se colma con la realización de la conducta des---crita en el tipo.

Para culminar con esta explicación del delito de despojo, cabe volver a remarcar que el mismo concibe los dos aspectos conformantes del patrimonio, o sea el

activo y el pasivo, cuando habla de que el "pasivo de una obligación no puede ocupar un inmueble de su propiedad cuando se halle en poder de otra persona". La diferencia esencial entre el despojo y el robo sin duda estriba en el objeto de apropiación, que en el robo es una cosa mueble y en el despojo son inmuebles o aguas.

4.5. Daños en Propiedad Ajena.

He aquí el tipo del delito de daño en propiedad ajena:

"Se impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos, a los que causen incendio, inundación o explosión, con daño o peligro de:

- 1.- Un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona.
- 2.- Ropas, muebles u objetos en tal forma que puedan causarse graves daños personales.
- 3.- Archivos públicos o notariales.
- 4.- Bibliotecas, museos, templos, escuelas o edifi---cios y monumentos públicos.
- 5.- Montes, bosques, selvas, pastos, mieses o culti--

vos de cualquier género".

Este es el tipo de daño en propiedad ajena, contenido en el artículo 397 del Código Penal. En el delito de daño, es importantísimo el elemento de culpabilidad. La importancia de este elemento podemos constatarla - por la siguiente cita:

"Tanto en cuanto a esta primera fracción como a - las siguientes el conocimiento por parte del agente de que se "encuentra alguna persona" o se pueden causar - graves daños personales, es decir, a la integridad per- sonal o se trata de ropas, archivos, bibliotecas, mon- tes, etc., por medio del incendio, la inundación o la explosión, configura un dolo específico, caso en el - cual el delito sólo puede ser doloso. Sin ese conoci- miento y sin que sea dolosa la causación del incendio, la inundación o explosión, el delito será impruden- - - - cial, sancionándose conforme al artículo 60 del Código Penal". (23)

De este resaltamiento de la importancia del dolo en el delito de daño en propiedad ajena, se pueden ex- traer algunas diferencias con respecto al robo, frau- - de y demás delitos contra el patrimonio de las perso- - nas:

(23) Carrancá y Rivas. Código Penal Anotado. Página - 741.

A) En el fraude y en el abuso de confianza, el elemento de la culpabilidad tiene proyecciones distintas. En el fraude se manifiesta a través del factor del "engaño". En el abuso de confianza por el valor de "la confianza". En el caso del daño en propiedad ajena, aflora en la intención de causar daño a los objetos o inmuebles afectables "encontrándose alguna persona".

B) Con respecto al robo, podemos decir que en éste el afán de "apoderamiento y obtención de la cosa" es vital, móvil clave para que el agente lleve a cabo la acción de hurto. En el daño a la propiedad ajena, ese afán de apoderamiento aflora minúsculamente, y es sustituido claramente por el propósito de causar un daño al patrimonio del pasivo, daño que se causa en forma relativamente indirecta por los otros delitos contra el patrimonio.

C) Los otros delitos contra el patrimonio son genéricamente hablando delitos de lesión. El ilícito que comentamos también puede ser delito de peligro, en el sentido de que su verificación puede no llegar a consumar daño en el patrimonio afectado.

D) En los otros delitos contra el patrimonio, sobre todo en el robo, los medios comisivos son un tanto irrelevantes. En este delito, cobran inusitada importancia

cia, dada la regla genérica de que si el ilícito se ve rifica por cualquier otro medio que no sea alguno de los específicamente señalados por el artículo 397, se aplican las reglas del robo simple.

Llegados hasta este punto del análisis de los delitos contra el patrimonio de las personas, podemos concluir válidamente, como lo hicimos en líneas anteriores, que la justificante del estado de necesidad parece ser muy privativa del delito de robo. En ninguno de los tipos que hemos venido mencionando tendría cabida. Por ello, es menester que empecemos a introducirnos en la teoría del delito de robo.

4.6. Robo.

Hemos llegado al análisis del más importante de los delitos contra el patrimonio de las personas. Este delito es el que alberga con plenitud la justificante del estado de necesidad. Empecemos por consignar el tipo básico del delito de robo, en el artículo 367 del Código Penal:

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

De este tipo, podemos obtener los caracteres del delito de robo:

a) Se trata de un tipo amplio, porque está concebido en una hipótesis única que admite varios medios de realización.

b) Se trata de un tipo básico, ya que de él se desprenden otros tipos especiales o complementados, tales como el robo con violencia, el abigeato y el daño en propiedad ajena, cuando éste no se lleva a cabo por los medios señalados en el tipo correspondiente.

c) Se trata de un delito de daño, por el detrimento que causa en el patrimonio de las personas, y nunca puede ser de peligro, como es el caso del daño en propiedad ajena.

d) Es un delito material, porque no se agota con la mera realización de la conducta descrita en el tipo.

e) Se trata de un delito, o mejor dicho, de un tipo típicamente normal, porque no abunda en su formulación sobre detalles o factores de los llamados subjetivos.

f) Es uno de los tipos calificados clásicamente como "instantáneos", porque la afectación que provoca al bien jurídicamente tutelado se produce en un momento.

Esta es, lo que podríamos llamar, la "radiografía del delito de robo".

Este delito se enseñorea sobre los demás que afectan el patrimonio de las personas por razones tales como la que expusimos en líneas anteriores, de que histórica y tradicionalmente los delitos de abuso de confianza y fraude se subsumieron en el cuerpo conceptual del hurto, en vista del elemento común del ánimo de apropiación. Este delito es el "señor de los ilícitos que atentan contra el patrimonio" en vista de que algunos de éstos, como el daño en propiedad ajena, tienen que recurrir a las reglas del robo simple cuando no se utiliza los medios comisivos privativos de este ilícito. El robo ocupa lugar primordial en el conjunto de estos ilícitos porque es sinónimo de "contraposición por excelencia" de uno de los valores más sagrados de la comunidad: la propiedad. El robo es el más importante de los delitos contra el patrimonio por las personas por la cantidad de disquisiciones sociológicas, políticas, filosóficas y jurídicas que se han vertido sobre él. Los antecedentes históricos del robo son de significativo abolengo, y siendo de especial trascendencia para los efectos de este trabajo, nos ocuparemos de su estudio en el principio del próximo capítulo. Concluyamos, pues, que nuestra revista por los diferentes delitos contra el patrimonio nos lleva a concebir que sólo en

el robo opera plenamente la justificante del estado de necesidad, y por ello, pasamos a su estudio pormenorizado.

C A P I T U L O V .

ESTUDIO GENERAL DEL DELITO DEL ROBO

5.1. Antecedentes Históricos del Robo.

Empezamos el análisis de estos antecedentes históricos con el propósito de demostrar que siempre ha coexistido la figura del robo de famélico con la evolución que ha tenido la regulación legal del delito de robo. Algunos periodos históricos han sido particularmente propicios para aceptar la figura del robo de famélico. Otros no lo han sido tanto, pero nota común en ellos es que la idea de considerar perfectamente lícita la conducta del indigente en este caso ha sido pujante, perseverante para vencer las barreras que se oponen a su aceptación. Comencemos con el primer periodo que elegimos para la realización de este estudio: el de la cultura egipcia.

Pocos testimonios, desde un punto de vista cultural y no meramente arquitectónico o arqueológico, han llegado a nosotros de la civilización egipcia. Algunos de ellos, crónicas, relatos, cuentos, etc., han llamado poderosamente la atención de los expertos, y dos de ellos nos interesan particularmente: Las protestas del aldeano elocuente y Las admoniciones de Ipwer.

En estos dos testimonios, se contiene la concepción que los egipcios contaban acerca del robo, concepción que se desenvuelve a manera de relato. Se dice -

que los latrocinios eran frecuentes en el Imperio Medio de parte de los personajes palaciegos y cortesanos contra la gente del pueblo. En una ocasión, un aldeano no soportó más la terrible situación que padecían las personas de su misma condición, y decidió denunciar al cortesano que le había robado su ganado. El caso llegó ante el mismo faraón, que contrario a lo que podía esperarse, escuchó atentamente la exposición que hizo el aldeano de su situación, y fue tan elocuente, de ahí - "el nombre del Aldeano Elocuente", que el rey comprendió y aceptó los reclamos del demandante, y condenó al cortesano para que restituyese lo que había robado. Es te caso, si se le puede llamar así, sentó un "precedente".

Estableció los parámetros que habrían de regir - los sucesivos casos de robo, pero sobre todo "suavizó" la rígida visión de la justicia que se hubo labrado en el Imperio Antiguo, o dicho de otra forma, la concepción de "justicia social", necesario fermento para que se acepte la figura del robo de famélico, estaba dada en el Egipto faraónico.

Prosiguiendo con estos antecedentes históricos, - es muy importante referirse al período cultural que cu brieron los hebreos. La visión acerca del delito de ro bo que ellos tenían, y que siguen teniendo en cierta -

forma, llega hasta nosotros a través, por supuesto, de la Biblia. Particularmente en el libro del Exodo, capítulo 22, referente a las leyes civiles, encontramos especificadas las reglas acerca del delito de robo.

El abigeato cometido, que se detectara en forma in fraganti, era penado con el pago del duplo de lo robado, no importando que se tratara de buey, asno u oveja. El abigeo que robare para luego degollar el ganado que obtuvo, pagaba con cinco bueyes, si lo que había robado era un buey, y con cuatro ovejas, si lo que había sustraído era precisamente una oveja. El robo perpetrado con las condiciones furtivas que nosotros conocemos como propias de la legítima defensa, daba pie a ésta, siempre que el matador hubiera ultimado al ladrón antes de salir el sol, porque en caso de no ser esto así, la legítima defensa no procedía. El ladrón, sorprendido en estas condiciones furtivas del latrocinio, era condenado a la restitución de lo robado, pero si no podía hacer esto, la pena que procedía era su "venta" como esclavo.

También el libro de libros señala el caso específico del depositario, según haya sufrido el robo de la cosa depositada o lo haya verificado el mismo. Si sucedía lo primero, él estaba librado de culpa, y si hubiera sido posible detener al ladrón, éste era condenado

a la restitución. En caso de que el depositario fuera el responsable del robo, a éste se le inflingía la pena de restituir lo que hubiese sustraído de mala fe, - máxime si se toma en cuenta que él tenía a su cargo la custodia de lo que se robó.

Estos casos demuestran plenamente la severidad - con la que la conciencia jurídica hebrea juzgó al delito de robo. Empero, esta severidad no era obstáculo para que dicha conciencia fuera permeable a las ideas de justicia social, ideas que necesariamente impulsan la concepción del robo de famélico. Así, tenemos que el capítulo 23 del mismo libro del Exodo establece excepciones, salvedades y "consideraciones especiales" para interpretar estas reglas. Una de ellas se refiere especialmente al pobre, y dice que "no seguirás a los muchos para mal hacer, ni responderás en litigio inclinándote a los más para hacer agravios, ni al pobre distinguirás en su causa". En el libro de los Proverbios también hay otra consideración especial respecto al pobre, ya que dice que "no robes al pobre porque es pobre, ni quebrantes en la puerta al afligido". Interpretada la regla en sentido contrario diría que "el pobre roba porque es pobre", exacto cimiento conceptual que podemos detectar en la conciencia del pueblo hebreo para afirmar que independientemente de su dureza para -

juzgar la delincuencia por robo, sus muy singulares - consideraciones acerca de la ética y el trato para con los desvalidos lo hacen propenso para la aceptación de la figura del robo de famélico, aunque ésta no la encontramos explícitamente marcada en el contexto de su tradición, contexto reflejado a través de la Biblia.

Siguiendo con nuestra marcha por los antecedentes históricos del delito de robo, podemos decir que en Roma encontramos serios obstáculos para la aceptación y el florecimiento de la figura del robo de famélico.

El primer gran escollo con el que nos enfrentamos es que para el viejo Derecho Romano sólo la inimputabilidad es causa de exclusión de la responsabilidad penal. Ninguna de las otras causas que nosotros conocemos, sean de justificación, de inculpabilidad, excusas absolutorias, etc., eran para ellos razón poderosa para absolver al inculpado por un delito, como lo demuestra la siguiente cita:

"Las únicas personas que no pueden obligarse por delito son las que no pueden responder de sus actos. Son primero, los locos: no se obligan por sus delitos mas que si han obrado en un momento lúcido; luego, los impúberos en infancia, cuya inteligencia no está aún - desarrollada. En cuanto a los que habían salido de la

infancia, pero que aún no eran impúberos, se apreciaba en el hecho del desarrollo de sus facultades. Sólo se obligaban aquellos que, por su razón, se acercaban a la pubertad, o sea, los pubertati proximi. Los otros, los próximos a la infancia o infanti proximi, no eran más responsables que los infantes". (24)

Con este grave escollo para que germinare la idea del robo de famélico en el Derecho Romano, veamos algunos detalles de éste acerca del delito de robo.

El castigo que se imponía a los que cometían el hurto es parte "eternamente atractiva" para los estudiosos del tema, y los mismos nos señalan que la sanción era extremadamente rígida. Cabe hacer, a este respecto, la distinción entre hurto manifiesto y hurto que no es manifiesto.

El hurto manifiesto conllevaba la pena capital para quien lo llevase a cabo, entendiéndose por pena capital no el significado estrecho y vulgar de la misma (pena de muerte), sino el amplio, que representaba para los romanos aparte de la muerte impuesta por condena, la pérdida de todos los derechos civiles y ciudadanos que tuviera el romano. En esta perspectiva, si era un hombre libre el que robaba "manifiestamente", era azotado y atribuido como esclavo al hombre libre que hu
 (24) Porte Petit, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano. Página 457.

biera sido la víctima del robo; si el agente del delito era un esclavo, su suerte era la decapitación, aparte de que era llevado a la roca de Terpeya para sufrir ahí la pena capital. Cosa distinta para los inculpados era el robo no manifiesto, ya que éste no conllevaba la pena capital, sino únicamente la imposición de la condena pecuniario del doble de lo robado.

En épocas posteriores, el derecho de los pastores vino a suavizar un poco la situación de quienes fueran hallados en robo manifiesto, y también se estila imponerles condena pecuniario, aunque ésta incrementada al doble de la condena por robo no manifiesto.

Estos eran los principales aspectos de la condena por robo en el Derecho Romano. Aparte de estos principales aspectos, cabe apuntar que en Roma también se tenía plena conciencia ya de que el objeto del hurto debía ser una cosa mueble. Los romanos no concebían el robo de inmuebles, aunque los sabinianos, los siempre controvertidos sabinianos, sí aceptaban que el hurto podía configurarse con el apoderamiento de un inmueble.

Tampoco los romanos admitían que el robo se consumara sobre cosas incorpóreas, ni sobre cosas que no fueran susceptibles de propiedad privada, como las cosas sagradas, lo que da idea de cómo los romanos hacían una

distinción, aunque no explícita, del delito de robo - con respecto al de daño en propiedad ajena, delito que sí admite la posibilidad de causación de daño a ese tipo de cosas que no pueden ser objeto del robo.

Los romanos poseían ya una noción exacta de cuáles eran, o mejor dicho son, los elementos del delito de robo. Denominaban *contrectatio rei* al hecho de apoderamiento de la cosa. Ellos, a diferencia de nuestro Derecho Positivo, marcaban claramente a la intención delictuosa como elemento constitutivo del delito, intención que denominaban como "*efectus furandi*". La circunstancia de que el apoderamiento se realice sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente puede disponer de la cosa, lo conocían como "*invito domini*". A los elementos del delito que tradicionalmente nosotros conocemos, agregaban uno más, y que era la intención de sacar provecho de la cosa robada, hecho que para nosotros en nuestro Derecho Positivo, es irrelevante, pero que sin duda para ellos era un buen pábulo para el juicio "con equidad" del ilícito. Este hecho lo conocían con el nombre de *lucri faciendi gratia*.

Debemos apuntar complementariamente que los romanos contemplaban modalidades especiales del robo, como el de uso, cuando se hace uso ilícito de la cosa, o el

robo de posesión, cuando el depositario se servía -
fraudulentamente de la cosa que estaba bajo su custo--
dia.

Todas estas reglas del robo se desprenden de la -
definición que patentó Ulpiano para el imperio, y que
a saber versa así:

"El hurto es el manejo fraudulento de una cosa -
contra la voluntad de su propietario, con intención de
sacar beneficio de la cosa misma, de su uso o de su po
sesión," (25)

Creemos que los puntos anotados en líneas anteriores
dan una idea global y completa de lo que era la -
concepción del robo. Como es fácil observar, muchos as
pectos de la tradición romana han perdurado hasta nuestro
Derecho Positivo. Los más capitales incuestionablemente
son la precisión de la calidad de la cosa, objeto
del robo, y la noción de cuáles son los elementos -
del delito de robo. También salta a la vista la extrema
rigidez e impermeabilidad del Derecho Romano para
acoger la figura del robo de famélico. Aún cuando en -
el ocaso del Imperio se introdujo el cristianismo y su
visión del "trato humanitario", el Derecho Romano siguió
siendo hosco e impenetrable con respecto a la po-

(25) Porte Petit, Eugenio.Op. cit. Página 456.

sible licitud de la conducta del indigente, que roba - para subsistir. En función de esto, resulta sumamente raro que nuestro Derecho Positivo, y en general todo - el Derecho moderno, prodigue un buen trato para la actitud del indigente, ya que por regla general la tradición romana impone condiciones en la mayoría de los casos. La interrogante a resolver sería: ¿Por qué se da este 'divorcio', con respecto a este punto, entre la tradición romana y el Derecho Positivo?

A nuestro entender, el divorcio se produce por - las siguientes razones:

1.- En el Derecho Romano se carecía de la idea de que es necesario que el Estado se haga cargo de la averiguación y persecución de los delitos, no sólo a petición de parte, sino también de una forma oficiosa. En el Derecho Positivo es diáfano pensar sobre esta necesidad.

2.- El hecho de que no sólo quien tuviera interés legítimo en el castigo del hurto, sino también el poseedor de buena fe, el detentador de la cosa por contrato y el depositario pudieran ejercer la acción furti, o - acción de robo, no demuestra que la concepción de la - persecución de los delitos que tenían los romanos no - fuera estrecha. Esta posibilidad del ejercicio de la -

acción de hurto responde a la concepción netamente patrimonial del Derecho Romano, que imponía en forma rigurosa a esas personas señaladas el deber de conservar la cosa que tuvieran, a como diera lugar, ejerciendo - para ello todas las acciones y recursos legales que es tuvieran a su alcance.

3.- La concepción del delito de robo, manejada por - los romanos, adolecía del defecto primordial que comentamos en el capítulo anterior: la confusión entre los delitos de robo, fraude y abuso de confianza.

Los romanistas nos dicen que el llamado *furtum* no sólo comprende el robo propiamente dicho, sino también el a buso de confianza y la ocultación. En base a ello, se puede explicar el analista cómo no prosperaba la figura del hurto de indigente en el Derecho Romano. Si pa ra los antiguos itálicos robo, abuso de confianza y - fraude representaban la misma esencia, la poca susceptibilidad que tienen los dos últimos delitos para admi tir al estado de necesidad como justificante, era - transmitida al robo, y se cancelaba la posibilidad de contemplar como lícita la conducta del indigente, considerándose sólo a los inimputables, como ya se vió, - como los únicos a quienes no se les podía endilgar res ponsabilidad penal.

4.- La última razón que podemos catalogar como expli-

cativa del divorcio que comentamos es el hecho de que a pesar de la fuerte tradición romanista, nuestro Derecho Positivo ha adquirido cierta identidad propia a través de otras influencias. Los influjos más palpables que se nos ofrecen son el Derecho autóctono de los antiguos mexicanos y el Derecho Colonial. Toca turno de explicación al Derecho autóctono.

En las actuales tierras de México floreció un vasto universo de culturas aborígenes. Todas ellas han legado lo más significativo que aportó su civilización al mundo prehispánico, y por respeto a las mismas, deberíamos estudiar cada uno de sus respectivos "Derechos". Empero, sólo nos limitaremos a las civilizaciones azteca y maya.

Mala fama ganaron los tenochcas por su práctica ritual de los sacrificios humanos. Algunos historiadores afirman categóricamente que el pueblo mexica tenía más "saña y furor de castigo" que los propios romanos. Sin polemizar en el meollo de estas "sabias opiniones" aunque bien valdría la pena hacerlo para darles el lugar que merecen, menester es decir que desde un punto de vista estrictamente superficial efectivamente los castigos que se imponían en el antiguo México-Tenochtilan eran acres.

Para el delito de robo los mexicas tenían la regla genérica de que al ladrón se le castigara con la esclavitud, hasta que no hiciera la restitución de lo que - había robado. La pena de muerte se aplicaba para quien robara materiales preciosos, propios para que los llamados orfebres y los amantecas desarrollaran su labor, o bien, cuando el latrocinio se consumare en pleno camino real. La pena de muerte adquiría la modalidad de la "lapidación" cuando el hurto se concretaba en el - mercado, y en el mercado siempre se encontraban pres--tos los jueces y los corchetes para aplicar la pena corespondiente.

Con estos "brutales castigos", parece lógico imaginarse como imposible la filtración de ideas humanitarias en el trato a los inculpados, y con mayor razón - que el Derecho tenochca acogiera la figura del robo de famélico. Las narraciones sobre el trato inhumano que se daba a los presos, en las prisiones aztecas, confirmaría este planteamiento. Empero, extrañamente sí floreció la figura del robo de famélico en el mundo de - los mexicas, tal como se puede desprender de la si----guiente cita:

"No cometerá el delito de robo el viajero o caminante que durante su viaje y con el deseo de saciar el

hambre, tome menos de veinte mazorcas de maíz de las plantas que se encuentran en la primera ringlera a la orilla del camino". (26)

Esta es la sorprendente muestra de que pese a la severidad de los castigos impuestos a quien fuera sorprendido en robo, la idea de que la conducta del indigente está perfectamente acorde con el Derecho data desde el mundo prehispánico, y particularmente hablando, desde la civilización tenochca, la más importante de aquellos tiempos. Nótese la redacción de esta disposición mexicana. Dice la misma que el viajero o caminante "no cometerá el delito de robo....." Esta redacción compagina estupendamente con la teoría de las causas de justificación, que nos advierte que cuando concurre una de ellas en la realización de una conducta aparentemente delictiva, la conducta es sólo eso, aparente delito, ya que siempre estuvo apegada a Derecho. En este aspecto, el antiguo Derecho de los aztecas supera ampliamente a nuestro Derecho Positivo, que en forma confusa y aberrante habla de que no "habrá sanción para el indigente.....", siendo que técnicamente debería decirnos que "no comete delito el indigente que....."

Esto es por lo que se refiere al antiguo Derecho

azteca. En cuanto a la cultura maya, debemos apuntar - que las penas también eran estrictas.

Toda clase de hurto, por mínimo que fuera éste, era - castigado con la reducción a la esclavitud para quien lo cometiera. Esta reducción a la esclavitud era provechosa socialmente hablando para los mayas, ya que les abastecía de mano de obra para los tiempos difíciles - de hambre. Cuando los ladrones era gente principal, se reunía todo el pueblo para juzgarlos.

La máxima pena que se les imponía a los juzgadores era el labramiento del rostro desde la barba hasta la frente por los lados. Esta pena era signo supremo de infamia entre los mayas para quien la padecía. En este misterioso mundo de los mayas, no tenemos un claro antecedente de la figura del robo de famélico, como el surgido entre los tenochcas. Cosa diferente sucedía entre los tarascos, donde al parecer también existió la figura del robo de famélico, contemplada en el hecho de - que al que robaba por primera vez no se le castigaba.

Esto es lo más importante que podemos comentar acerca de la regulación del delito de robo en el mundo prehispánico. Respecto a la etapa colonial, cabe destacar que pocos detalles claros se pueden obtener de ella, en cuanto a la forma de sancionar los delitos. El 'delito', si así se le puede llamar, que más noticias -

nos legó de aquella época era la herejía. Conocemos en forma casi perfecta cuál era la suerte para los condenados por este delito. Empero, pocos datos nos llegan acerca de la regulación de otros ilícitos, entre ellos el de robo. Una muestra no ejemplificativa de cómo se regulaba el delito de robo la tenemos al examinar las ordenanzas sobre el buen tratamiento que se debía dar a los negros. En estas ordenanzas, se disponía que el negro que fuera hallado con un caballo robado era merecedor de una pena de dos pesos, y era condenado a restituir el caballo robado. El español que no denunciare un robo efectuado en estas condiciones era condenado - al pago de veinte pesos para la cámara, el juez y el denunciador. Este antecedente es uno de los pocos que nos muestran cómo se conceptualizaba el delito de robo en la época colonial.

¿Y la visión de la figura del robo de famélico? No tenía un tratamiento específico en la legislación colonial. Para buscar un antecedente de la figura, resulta indispensable que nos remitamos a los llamados "clásicos españoles", que ejercieron poderoso influjo en la cultura novohispana.

La concepción del robo, para los clásicos, empieza a fraguarse a partir del decreto expedido por Gregorio IV, el pontífice que prescribió:

"Si alguno por hambre extrema o desnudez hubiere hurtado alimentos, vestido o ganado, que haga penitencia durante tres semanas; si lo devuelve, no le abligará el ayuno". (27)

De este decreto de Gregorio IV la doctrina de "ayuda y comprensión de la Iglesia por la causa de los pobres" no estaba todavía bien precisada. El carácter perfectamente lícito de la conducta del indigente permanecía oscuro para las conciencias pías, y sólo hasta la obra de los llamados clásicos se perfila la conciencia de esta licitud. La obra de Suárez, Victoria, Lugo, etc., consolida este punto de vista, y a partir de ella queda completamente claro que el robo de famélico es un derecho pleno y absoluto del indigente, que encuadra perfectamente en lo que conocemos hoy como causa de justificación, particularmente, estado de necesidad, del que ya hablamos. Con la obra de los clásicos españoles no debemos apelar a consideraciones de culpabilidad o excusas absolutorias, sino tan sólo comprobar que la conducta del indigente se ha ajustado a los patrones establecidos de figura del robo de famélico. La concepción de los clásicos aprovechó muy bien el dogma que siempre ha flotado en la historia del Contrato Social, al decirnos que los bienes que habían sa

(27) Cárdenas, Raul F. Derecho Penal Mexicano del Robo
Página 244.

lido del patrimonio de la colectividad para constituir los "intereses privados" de la sociedad deber retornar válidamente a dicho patrimonio para que el indigente - pueda satisfacer sus necesidades. Y así, tenemos traza do el principal cariz de lo que es la aportación de - los clásicos.

A través de ella es como llega con firmeza a las entra ñas de nuestro Derecho Positivo la concepción de la fi gura del robo de famélico. De esta concepción obtene-- mos una primera "muestra legal", en nuestro país, del Código Penal del Estado de Veracruz de 1831, artículo 714, que nos decía:

"Se exime de pena al reo de hurto, siempre que - probare haber concurrido copulativamente las siguien-- tes circunstancias: 1.- Haberse hallado en absoluta ca rencia de lo estrictamente necesaria para vivir él y - su familia el día mismo en que se verifique el robo; - 2.- Haber agotado antes todos los medios de adquisi-- ción honesta con que cubrir sus necesidades; 3.- Haber limitado el robo a sólo lo indispensable para cubrir - la necesidad del día; 4.- No haber inferido lesión al guna a la persona robada; 5.- Ser hombre de buena vida y reputación". (28)

(28) Barrera y Montañez, Ernesto. Op. cit. Página - 110.

De este antecedente podemos saltar al Código de 1871, obviamente el Código del Distrito, ordenamiento que no prodiga un trato especial a la figura del robo de famélico. Este Código engloba a la figura en el cuadro general del estado de necesidad, y nos habla que dentro de la perspectiva del que trata de evitar un mal inminente y actual, además de grave, se encuentra el indigente que sin engaño ni violencia, se apodera una sola vez de lo que es estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades patrimoniales o familiares. Este modelo del Código de 1871 sirvió al Código de Almaraz, de 1929, para que también dispusiera del tratamiento de la figura del robo de famélico en la amplia fórmula del estado de necesidad. Esta secuela de los códigos de 1871 y 1929 es rota por el actual Código, que data de 1931, el cual retoma el ejemplo del Código Veracruzano que mencionamos primeramente, y en su artículo 379, en forma infortunada, consigna la fórmula del robo de famélico, en vez de seguir el sano ejemplo y práctica de ubicarle en el rasero del estado de necesidad.

Creemos haber abarcado ya lo más indispensable que se necesitaba consignar de los antecedentes históricos del delito de robo. A través de ellos, como lo señalamos en la parte inicial de este apartado del tra

bajo, se puede comprobar en forma evidente como la figura del robo de famélico ha acompañado constantemente a la regulación del delito de robo a lo largo de la Historia. En forma intermitente y con conciencia nebulosa en algunas épocas, en forma patente en otras, pero siempre ha germinado la idea de que la conducta del indigente es lícita y enteramente acorde a Derecho. La calificación que algunos doctinarios modernos le han - endilgado al hurto de famélico como excusa absolutoria no tiene resonancia histórica, como se vió. En forma - estupenda, el Derecho Azteca nos habla que la conducta del indigente no constituye delito. En vista de estos antecedentes, nosotros opinamos que los que aseveran - que el robo de famélico es una excusa absolutoria se - empeñan tercamente en el argumento gramatical de que - el artículo 379 habla de que no se "sancionará....." y la sola palabra sanción les obliga a pensar en una excusa absolutoria. Los antecedentes vistos no les dan - la razón, además de otras razones que comenzaremos a - ver en el próximo capítulo. Por el momento pasemos al análisis del siguiente apartado.

5:2. Elementos del Delito de Robo.

En forma esquemática, podemos señalar que estos - son los elementos del delito de robo:

- 1.- El apropiamiento.
- 2.- La intención delictuosa.
- 3.- La cosa objeto del robo.
- 4.- La intención de sacar provecho del robo.
- 5.- El no consentimiento de la persona que pueda disponer de la cosa objeto del robo con derecho y con poder para ello.

Sobre el primer, el apoderamiento o apropiamiento de la cosa, sabemos que se trata del acto por medio del cual el ladrón puede ejercer poder de hecho sobre la cosa que sustrajo. El apoderamiento es el elemento del delito de robo que le da a éste el carácter de clásico delito de conducta y no de omisión. El apoderamiento es el pábulo que permite al agente allegarse la posesión de mala fe, posesión que se consolida jurídicamente hablando al pasar diez años, en vez de los cinco establecidos para la posesión de buena fe. El apoderamiento en el robo, como se dijo en el capítulo pasado, tiene una significación más estrecha en nuestro Derecho Positivo que en el antiguo Derecho Romano, ya que sólo comprende el acto de sustracción de la cosa mueble del patrimonio del afectado, y no la mala fe del depositario de determinada cosa, mala fe también englobada como hurto para los romanos. El apoderamien-

to en el robo puede llevarse a cabo por cualquier medio imaginable e idóneo para el efecto. Esta multiplicidad de medios para verificar el apoderamiento hace del robo un típico delito de formulación amplia. Esta multiplicidad de medios para la comisión del apoderamiento marca la diferencia del robo con respecto al abuso de confianza, delito donde sí son importantes y específicamente señalados los medios de comisión (incendio, explosión o inundación).

2.- La intención delictuosa es otro de los elementos claves para la configuración del delito. Dicha intención no aparece diáfananamente contenida en la formulación del tipo de robo, y es obra de la lógica jurídica y de la doctrina su inclusión en el cuerpo del ilícito que estamos comentando. La intención delictuosa hace del delito un ilícito penal esencialmente doloso, donde el propósito del agente es allegarse de la cosa mueble, causando daño al patrimonio del pasivo. Los teóricos coinciden unánimemente en señalar que el delito de robo no se configura cuando el agente se apodera de la cosa teniendo la convicción de que es suya, y este detalle consiste en la suprema demostración que esgrimen del carácter eminentemente doloso del robo.

3.- La cosa objeto del delito debe ser siempre un mueble, y por cosa mueble hay que entender, genéricamente

hablando, aquel objeto o bien que puede o permite su desplazamiento por parte del individuo que lo ostente o detente, sea por su misma naturaleza, sea por disposición de la ley.

Para entender en forma pormenorizada lo que es mueble, para los efectos del robo, resulta necesario remitirse a los artículos 752, 753, 754, 755, 756, 757, 759 y 761 del Código Civil. Tener presente que sólo una cosa mueble puede ser objeto del robo resulta positivo para efectos de discernir a éste del depojo y del daño a propiedad ajena.

4.- La intención del agente de obtener un provecho del delito también resulta clave en la conformación de éste. Dicho elemento no es incluido por la teoría moderna en el andamiaje legal del tipo de robo, porque se dice que los propósitos del agente en nada afectan el grado de daño causado por el hurto. Se dice que tanto es hurto el hecho de robar "a los ricos para dar a los pobres", como también es robo el apoderamiento de una simple cartera perteneciente a cualquier ciudadano. Sin embargo, esta tendencia moderna no opaca la vieja tradición romana. Esta puntualiza a la intención del provecho como elemento del delito, y nosotros creemos que es vital afirmar esto al momento de valorar las circunstancias del robo, ya que permite introducir

al juicio consideraciones de equidad, pero sobre todo, permite la proyección vigorosa de la figura del robo - de famélico. Con la intención del provecho considerada como elemento, no nos cabe la menor duda de la obligación que debiera tener el juzgador de ponderar todas y cada una de las circunstancias que impelieron al robador a robar, y ese juicio por supuesto debiera de abarcar las condiciones "de estricta pobreza que lo llevaron e allegarse de ciertas cosas, sin engaño, ni violencia". Así pues, nosotros consideramos como teórica y legalmente indispensable la mención de la intención del provecho. Esa sola mención en el tipo genérico del 367 convertiría en plenamente redundante y ocioso al artículo 379, y por ello consideramos a la intención de sacar provecho como un elemento del delito de robo. Los romanos señalaban estas importantes consideraciones de la siguiente manera:

"En fin, es preciso que el autor del acto tenga intención de sacar provecho, *lucri faciendi gratia*. Si ha querido perjudicar a otro, pero sin lucrarse, puede hacerse culpable de otro delito, pero menos el de hurto". (29)

5.- El no consentimiento de la persona que con arre-

(29) Porte Petit, Eugenio. Op. cit. Páginas 456-457.

glo a la ley puede disponer de la cosa es el último ingrediente esencial del delito de robo. Este no consentimiento de la persona que tiene la titularidad jurídica sobre la cosa está bien ilustrado por la siguiente cita:

"Sin derecho: elemento normativo del injusto. Comprende el derecho mismo y la capacidad para ejercitarlo. No es ilegítimo el apoderamiento si se efectúa en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber legal (artículo 15, fracción V), como pudiera ser, por ejemplo, el apoderamiento que resulta cuando el ejecutor de una resolución del Departamento de Previsión Social, en cumplimiento de una sentencia judicial que condena al pago de la reparación del daño o de la multa, se apodera de los bienes del delincuente" (30).

El no consentimiento es otro de los elementos que distinguen al delito de robo de los demás ilícitos penales que afectan el patrimonio. Podemos decir que este elemento del no consentimiento es el que convierte al robo en el más importante de los delitos contra el patrimonio, ya que incide directamente sobre el eje primordial de lo que es el patrimonio, o sea, la disposición única y exclusiva de éste por parte del titular. (30; Carrancá y Rivas, Raul. Op. cit. Página 692.

A tal punto es crucial esta consideración, que los expertos nos señalan que no constituye robo el apoderamiento que se hace de la cosa, si éste es consentido por el dueño. Debe tenerse especial cuidado en este punto, porque el consentimiento puede ser expreso o tácito. Con el consentimiento tácito, el juzgador debe tener especial cuidado, dada la dificultad para precisarlo. Es también trascendente recalcar que el consentimiento del titular debe darse antes de efectuarse el delito, en vista de que en la representación civil puede darse un consentimiento posterior, que confirme el acto realizado por quien se excedió en su obrar. Aquí, para los efectos del robo, no procede ese "consentimiento posterior", y aunque se diera éste, el hecho de la consumación del delito resulta irreversible.

Estos son los elementos principales que constituyen el delito de robo.

Ahora es necesario que examinemos las diferentes clases de robo que podemos encontrar en nuestra legislación.

5.3. Clases de Delito de Robo.

Podemos aseverar que hay las siguientes clases del delito de robo:

- 1.- Robo simple.
- 2.- Robo con violencia
- 3.- Robo de uso, o más técnicamente llamado, apropiación indebida con carácter temporal.
- 4.- Robo de ganado o abigeato.

Del robo simple, podemos comentar que es aquél - donde se centraba la regla genérica de graduar la pena aplicable con respecto al valor de lo robado. El robo simple es la modalidad de este ilícito penal que recoge el "ánimo de mayor castigo para quien roba lo más - cuantioso", y no simplemente sancionar la mera intención de robar. El robo simple es aquél que se refiere al tipo genérico del artículo 367, sin ninguna circunstancia modificativa especial, como puede ser el caso - de la violencia, y sin la especificación de alguna calidad especial del objeto robado, como puede ser el caso del ganado en el abigeato. En el robo simple tam-
bién se concentra la regla genérica de estimar la cuantía de lo robado en proporción al valor intrínseco del objeto.

El robo con violencia agrega a la pena del robo - simple de seis meses a tres años de prisión. En el caso del robo con violencia hay que estar atentos con una cuestión fundamental. El Código Penal habla de la -

hipótesis de que la violencia "puede constituir otro - delito, y entonces se aplicarían las reglas de la acumulación". Esta posibilidad suscita una seria duda: - ¿Cómo se puede saber cuándo la violencia constituye u na circunstancia agravante del robo y cuándo la violen cia da pábulo para otro delito?

La cita que a continuación transcribimos nos ayuda a despejar la duda:

"Dicho robo calificado se integra con el elemento "violencia". La ley no hace referencia a la fuerza en las cosas ni en el artículo ni en el siguiente, el que tan sólo se refiere a la violencia en las personas. Pe ro cabe interpretar que también está comprendida, como calificativa, la fuerza en las cosas, que es constitutiva así mismo de "violencia".

La fuerza en las cosas es la que se ejerce para - vencer los medios materiales defensivos del objeto del delito, con el empleo de medios contrarios a los norma les y propios para que actúen sobre dichas defensas, a fin de que, vencidas éstas, pueda obtenerse la libre - disposición de la cosa, por ejemplo, fracturar los fle jes que aseguran el aparato de radio de un automóvil, fracturar el vidrio de un ventanal, romper la cadena, etc.) Por recaer sobre las cosas, vis in re, la vio--

lencia quebranta la protección que el propietario o poseedor dispensa a las cosas de su propiedad o que es tán en su posesión, encerrándolas, guardándolas, rodeándolas de obstáculos materiales que las defiendan; conducta con la que demuestra claramente que su voluntad es contraria a todo género de actos encaminados a sacarlas del lugar donde se encuentran y a privarle de su dominio o posesión". (31)

Pudiera parecer farragosa la cita que transcribimos, pero sin duda es necesaria tenerla muy presente para saber que la violación agravante en el robo es la que se ejerce sobre las cosas, y la moral infringida sobre las personas. Definitivamente debemos descartar la violencia física que se endilgue a las personas, porque dicha violencia física necesariamente debe representar la comisión de otro delito distinto, como el de lesiones o el de homicidio. En este sentido, es pertinente la distinción que nos hace el Código Penal, referente a que la violencia física es la fuerza material que se asesta a una persona para cometer el delito, y la violencia moral es el amago que hace el ladrón a la víctima con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarle.

Hay que apuntar también que la violencia es ele-
 (31) Carrancá y Rivas, Raúl. Op. cit. Página 698.

mento fundamentalísimo para la determinación de la procedencia de la figura del robo de famélico. Así es que si no existe violencia ejercida sobre las cosas, en - los términos que anotamos anteriormente, la violencia moral proyectada contra las personas, una de las primeras condiciones para que el robo de famélico opere está dada. En base a la legítima defensa, por lo que se refiere a las circunstancias de operatividad suya, es válido concluir que el robo presumiblemente se efectuó con violencia si su realización evidencia el escala--- miento de paredes, cercados o entradas de la casa de - la víctima.

Estas son las consideraciones más trascendentes que podemos vertir acerca del robo con violencia.

Respecto al robo de uso, o apropiación indebida - con carácter temporal, cabe destacar en primer término, para efectos de nuestros objetivos, que su configura--- ción en el Código supone una reafirmación de un delito que destacamos en el apartado anterior de este capítulo: para el Derecho Positivo es irrelevante si el sujeto tiene propósito de sacar provecho o no de su robo, contando únicamente el hecho franco y llano del apode--- ramiento.

Este desdén que nuestro Derecho Positivo hace del propósito de obtener provecho se debe en buena parte a

no desligar el hecho de la apropiación con el de obtener provecho. No desvinculando estos dos factores no hay que recurrir a artículos "ociosos y aparentemente complementadores" de las reglas generales de interpretación, como lo son el artículo 380 del Código Penal y el 379, preceptos que deberían suprimirse.

Esto es lo más importante que podemos anotar del robo de uso con respecto a los objetivos que nos proponemos. Es menester destacar también que el Código Penal "agrava" la penalidad del robo de uso de acuerdo a seis hipótesis específicas que el mismo prevee.

Sobre el abigeato o robo de ganado, cabe decir, - que en verdad constituye una modalidad del delito de robo, dada la calidad del objeto que se afecta con la conducta del abigeo y los posibles lugares donde se puede verificar el ilícito. Efectivamente, el ganado, sea que se le considere en conjunto, sea unitariamente, es bien mueble, un bien que por su naturaleza puede desplazarse de un lugar hacia otro. Pero esa calidad de mueble puede diluirse cuando entra el ganado a formar parte de manera permanente de un inmueble, por disposición de la ley. Así que en forma atinada, el Código Penal en su artículo 381 marca como lugares de comisión del delito el "campo abierto o el paraje solitario", lugares donde no cabe la posibilidad de conside-

rar al ganado como bien inmueble por disposición de -- la ley. Pensar en la eventualidad de que el ilícito se verifique en un inmueble, o en algo que por disposi--- ción de la ley debe estimarse como un inmueble, no es propio del delito de robo. Es importante el abigeato, para efectos de nuestro propósito, en el sentido de - que a través de él se ha gestado jurisprudencia refe-- rente al estado de necesidad, y particularmente hablando, el robo de famélico. La jurisprudencia que mencio-- namos es la siguiente:

"Si los inculpados en sus confesiones admiten haberse apoderado de un becerro, el cual sacrificaron ante la urgencia de satisfacer una necesidad vital pro-- pia y de sus familiares, y si tales confesiones no se encuentran desvirtuadas por algún elemento de convic-- ción, sino corroboradas afectados, en el sentido de - que los inculpados tenían hijos pequeños y se encontraban sumamente pobres, no existe delito, por eliminarse la antijuridicidad de la conducta típicamente demostrativa del estado de necesidad, empleada específicamente por el artículo 401 del Código de San Luis Potosí". -- (32)

En otras palabras, lo que nos da a entender esta jurisprudencia es que el robo de ganado es la modali-- (32) Vela Treviño. Op. cit. Página 387.

dad o clase de robo que admite propiciamente la figura del robo de famélico, a diferencia de las otras clases.

El robo simple, dada la cruda objetividad de su tipificación y de su realización, no admite con facilidad el caso del estado de necesidad. El robo de uso repele la eventualidad del estado de necesidad por las razones antes expuestas. Y el robo de violencia es la franca antitesis de lo que constituye el robo de famélico. Por ello, el abigeato ofrece mayores posibilidades de encontrarse con casos de estado de necesidad en su verificación. Además, debemos consignar que la jurisprudencia transcrita representa un valioso testimonio de cómo, desde el punto de vista jurisprudencial, no hay inconveniente para considerar al robo de famélico como una justificante, y no como una excusa absolutoria, como afirman algunos empecinados teóricos.

En esta exposición que hemos realizado de las diferentes clases de robo, se nos podría recriminar el hecho de no apuntar al robo entre parientes y al mismo robo de indigente como otras dos clases del ilícito penal. Esa omisión responde al objetivo que nos hemos trazado en este trabajo, y sería absurdo que nosotros comentáramos que el robo de famélico es una clase de robo. Puntualizar esto equivaldría a otorgar la razón

a quienes opinan que se trata de una excusa absoluta--
ria, y eso no lo podemos hacer. Así que omitimos in---
cluir al robo de famélico como una clase del delito de
robo. Esta figura no es un delito, no debe estar con--
signada en el Código Penal, y ello lo vamos a demos---
trar en el capítulo próximo.

C A P I T U L O VI.

ANALISIS DEL ARTICULO 379 DEL CODIGO PENAL DE 1931.

6. Análisis del Artículo 379 del Código Penal.

A lo largo de los anteriores capítulos nos hemos esforzado en extraer los elementos suficientes de la teoría general del delito que nos den la razón a nuestro propósito de suprimir el artículo 379 del Código Penal.

En este capítulo pondremos en práctica dichos elementos para lanzar nuestro ataque frontal a la consignación en el Código de la fórmula del robo de famélico.

Antes de empezar el desarrollo pormenorizado de este capítulo, vamos a anotar los planteamientos genéricos que aconsejan la supresión del artículo 379. Estos son:

A) El robo de famélico es un caso de estado de necesidad, y al ser un caso de estado de necesidad es una justificante, y al ser justificante es una conducta acorde a Derecho, y las conductas acordes a Derecho jamás deben tipificarse en el Código Punitivo.

B) La fracción IV del artículo 15 del Código Penal registra la amplia fórmula del estado de necesidad. Todos los casos de estado de necesidad forzosamente deben estar comprendidos en ella, y no hay necesidad de crear "artículos aparte" para especificar tal o cual manifestación del estado de necesidad.

C) Todas las causas que excluyen la incriminación, a pesar de que adquieren existencia práctica, son de carácter esencialmente conceptual. Esto es, forman parte del bagaje de conceptos y presupuestos teóricos que el juez debe tener siempre presente en el momento de emitir sus veredictos. Por explicarlo en mejor forma, podemos decir que todas las causas excluyentes de incriminación, incluyendo las de justificación, no son obra del legislador, sino del esfuerzo y aportación de los teóricos, que las incluyen en las reglas de interpretación del Derecho, para que el estudioso las analice y el juez las tome para sí, las incorpore a su criterio jurídico y las aplique a los casos prácticos, cuando corresponda. Un dogma fundamental de la Ciencia del Derecho es que el legislador no debe ni tiene por qué incluir en los textos legales apreciaciones de naturaleza eminentemente doctrinal, y rompiendo con ese dogma, el artículo 397 nos habla del robo de famélico. Es to constituye un craso error, que hace pensar que el legislador estimó al juez "como incapaz" de aplicar la fórmula del robo de famélico a la realidad, y por ello la contempla en su artículo 379.

Estos son los planteamientos generales que aconsejan la necesidad de suprimir el artículo 379. Más adelante los desarrollaremos con más detalle.

Sabido es por el lector de estas líneas que nuestra tesis principal es demostrar la necesidad de derogar el artículo 379 del Código Penal.

Sabido es que hemos encontrado en los capítulos anteriores elementos conceptuales que nos ayudan a nuestra intención. Y fácil sería ya a estas alturas del trabajo entrar en la explicación de los planteamientos generales que enlistamos en los párrafos pasados. Empero, hacer esto eliminaría objetividad de nuestro trabajo. Mucho hemos hablado de que hay quienes opinan que la fórmula del robo de famélico es una excusa absoluta, y como tal, está bien que la consigne el Código Penal en su artículo 379. Ellos dicen que el defecto no estriba en la existencia misma del artículo, sino en ciertos detalles de su redacción que deben ser mejorados, para "perfeccionar técnicamente la excusa absolutoria y tornarla más humana". En esta razón, vamos a darle una repasada a los argumentos que ellos esgrimen para aseverar que el robo de famélico es una excusa absolutoria, y no una justificante, en aras de darle más objetividad a nuestro trabajo.

El primer argumento que ellos esgrimen, y casi lo hacen en forma instintiva, es el de carácter gramatical. Ellos nos dicen que el artículo 379 expresa claramente que al indigente "no se le castigará", y la con-

junción en futuro del verbo castigar les obliga a suponer que estamos en presencia de una excusa absoluta---ria, porque la excusa elimina la pena o castigo, aunque no el carácter delictuoso de la conducta u omisión penal, según sea el caso.

Contra este argumento podemos objetar lo siguiente: cierto es que la expresión de "no se castigará" es un argumento gramaticalmente poderoso que invita a pensar en la existencia de una excusa absolutoria, y no de una justificante. Pero el peso específico de esta demostración sólo es aparente, porque el afán del análisis gramatical no se llevó hasta las últimas consecuencias. Si se hubiera hecho así, los sesudos analistas que opinan que el robo de famélico es una excusa absolutoria, debían haber hilvanado el análisis del artículo 379 con el del 377, en aras de obtener un "límpido contraste gramatical". El artículo 377, que en nuestro criterio sí refleja una clara y manifiesta excusa absolutoria, nos dice que el robo cometido por un ascendiente contra un descendiente, o de éste contra a quél, no produce "responsabilidad penal", y esta expresión resulta clave. El artículo 379 carece de ella, lo que indica que el legislador estimó, aunque no en forma contundente, que la conducta del indigente no produce por sí responsabilidad penal. Y todavía más. El ar-

título 377 aclara que a los que no son parientes no les "aprovecha esta excusa absolutoria", aclaración que permite entender, sin lugar a dudas, que el robo entre parientes es una excusa absolutoria. En el artículo 379 no encontramos mención similar, lo cual, a nuestra opinión, refleja el hecho de que el legislador no tuvo conciencia de que el robo de famélico fuera una excusa absolutoria. Bajo este enfoque, la expresión "no se castigará" aparece ante nosotros no como el indicador de una excusa absolutoria, sino como el único recurso que tuvo el legislador para congeniar con la esencia individualista de nuestra sociedad, que en muchas ocasiones cataloga a la riqueza patrimonial como "lo más valioso y preciado" que preservar, y por ende, toda conducta, por mínima que sea, atentatoria de ese "sacrosanto" bien, debe ser reprimida. Por esta razón encontramos en el artículo la expresión "no se castigará", que da a entender a muchos la existencia de una excusa absolutoria. Pero el silencio que guarda el mismo artículo acerca de las expresiones "responsabilidad penal" y "excusa absolutoria" los desdice plenamente, según nuestro criterio.

Otro argumento favorito de ellos, y que siempre sacan a relucir, es la existencia de jurisprudencia, que cataloga al robo de famélico como una excusa abso-

lutoria. Dicha jurisprudencia es la siguiente:

"Para que el robo necesario integre una excusa absolutoria, es indispensable la reunión de varios requisitos:

- 1.- Que el hurto sea ordinario, sin violencia y sin engaño.
- 2.- Que se haga una sola vez.
- 3.- Que se haga con el fin de satisfacer las necesidades apremiantes del agente y de su familia". (33)

La jurisprudencia, se dice, es una fuente de Derecho, una fuente que pesa más que la opinión de todos los doctrinarios y tratadistas juntos.

Se puede pensar que si hay polémica doctrinal, la jurisprudencia la viene a resolver, y su punto de vista dará la razón a tal o cual parte en la disputa conceptual. Aquí parece darle la razón a quienes opinan que el robo de famélico es una excusa absolutoria. Sin embargo, nosotros creemos que el valor de la jurisprudencia debe ser medido con cuidado, porque muchas veces es relativo, llegando en ocasiones hasta la veleidosidad. El valor relativo de esta jurisprudencia ya lo notamos en el capítulo anterior, cuando hablamos de la relativa al caso del robo de indigente en el abigeato.

(33) Vela Treviño. Op. cit. Página 388.

La "veleidad" de la jurisprudencia se puede notar en otros diversos planteamientos, no necesariamente penales, que se han hecho famosos en la Historia de nuestro Derecho, como el relativo a cuando una ley debe considerarse autoaplicativa y cuando heteroaplicativa. 16 veces se cambi6 el criterio, por parte de la Suprema Corte, sobre el escabroso planteamiento que citamos como ejemplo! Queda demostrado que la jurisprudencia no puede otorgar la raz6n a alguna de las partes en disputa, porque la misma jurisprudencia a veces no encuentra "su raz6n de ser" y porque la jurisprudencia nos encierra en un c6rculo vicioso, al percatarnos que se nutre de las opiniones de los te6ricos en disputa, a los que pretende conciliar.

Otro argumento favorito de los que piensan que el robo de fam6lico es una excusa absolutoria es la necesidad que se tiene de que no cualquier individuo, que se encuentre m6s o menos necesitado de recursos materiales, pueda aprovechar la potencial justificante, del robo de fam6lico. Alegan que la amplia f6rmula del robo de necesidad, aplicable al robo de fam6lico, originar6a m6ltiples conductas destinadas a socavar el respeto que se debe guardar al bien jur6dico del patrimonio, so pretexto, seg6n ellos, de la "satisfacci6n de las necesidades m6s urgentes que tuviera el agente".

Nosotros consideramos que la fórmula del robo de famélico no es amplia, ni mucho menos. Es de lo más restricta que uno pueda imaginarse, a tal grado de que pocos individuos pueden llegarse a beneficiar con ella, dado el conjunto de condiciones que necesariamente se deben cumplir. Se debe comprobar, por parte del agente que no se hubieron empleado ni engaños ni medios violentos. El agente no debe ser reincidente, sino "aparentemente delinquir" por primera vez. El agente debe comprobar que se apoderó de los objetos "estrictamente indispensables" para satisfacer sus necesidades personales y familiares del momento. Visto este cúmulo de condicionantes, ¿se puede pensar que la fórmula del robo de famélico sea irrestricta y que aproveche a todo mundo? No lo creemos. Otro punto en contra de la demostración de los que opinan que el robo de famélico es una excusa absoluta.

Otro argumento favorito de ellos lo encontramos expresado en la opinión de Carrancá y Trujillo, que nos dice:

"El robo de famélico es una causa de impunidad fundada en la utilidad social, que se revela en la presencia de un estado de necesidad específico. De allí que veamos al artículo 379 como una real excusa absoluta, de círculo más restringido que la amplísima fó

mula del estado de necesidad, previsto por la fracción IV del artículo 15. La naturaleza excusante del robo - salta a la vista con sólo adentrarnos en las circunstancias del 379: ser la primera vez que se está en la situación del precepto, no emplear engaños, ni medios violentos, robar los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades propias del agente y de su familia, cuyo imperio monetáneo y perentorio representa peligro para él, etc.

Valoradas ampliamente estas circunstancias, no cabe duda de que fundan ampliamente la impunidad del implicado, toda vez que el indigente no exhibe peligrosidad, pero desaparecida la circunstancia de la primera vez que se comete el robo por medios pacíficos, para - los fines que emanan del artículo 379, o cuando se emplee engaño o violencia, o cuando el robo sea para satisfacer necesidades no estrictamente indispensables, o si no existiere otro medio practicable y menos perjudicial, entonces la excusa absolutoria desaparecería - para dar paso a la amplia fórmula del estado de necesidad". (34)

Este punto de vista de los sostenedores de la tesis contraria a la nuestra nos parece sumamente criti-

(34) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Página 94.

cable. Es criticable, primeramente, porque nos dice que el robo de famélico es una causa de impunidad que se "revela en la presencia de un estado de necesidad específica". Sobre esta observación cabe preguntar: ¿El robo de famélico es una excusa absoluta? ¿Es un caso de estado de necesidad? Debemos pedir muy sinceramente que nos aclaren este punto, porque pensamos por lógica que debe ser una cosa o la otra, pero no un "híbrido". Igual confusión surge respecto al llamado aborto terapéutico. El Código Penal cataloga a éste como excusa absoluta, y ciertos autores, como Castellanos Tena, opinan que es justificante, pero luego retroceden en su opinión, y dicen que el aborto terapéutico siempre es una excusa absoluta. En esta misma tendencia, se nos dice que el robo de famélico es una excusa absoluta que manifiesta en un caso de estado de necesidad. ¿Qué es el hurto de indigente señores? ¿Qué es una excusa o una justificante? ¡Defínanse, señores!

Según esta opinión, la enumeración de las circunstancias del robo de famélico es la razón que lo convierte en una excusa absoluta, y que desaparecida ésta, y sólo enfrentando el agente ante la disyuntiva de no encontrar otro medio practicable y menos perjudicial, entonces sí procedería la aplicación de la fórmula del estado de necesidad. A esta opinión pode--

mos calificarla de "aliada inconciente de nuestra tesis". ¿Por qué?

Porque está diciendo que desaparecidas las circunstancias contempladas en el artículo 379, nos encontraríamos en ese caso ante un planteamiento práctico del estado de necesidad. Esa "desaparición" la supone esta opinión como "la no realización de las circunstancias establecidas en el 379, pero sin llegar a concluir que éste desaparezca, sino que simplemente no se dió en la práctica". Nosotros pensamos que la desaparición de las circunstancias acarrea la desaparición de la fórmula del robo de famélico, en vista de que si no se presentan éstas, el agente no sería un indigente, no se podría demostrar que tiene necesidades apremiantes que debe cubrir perentoriamente, etc. Esta opinión está reconociendo veladamente que el robo de famélico sólo es excusa absolutoria por su contemplación en el 379, pero no por el hecho de que esencialmente lo sea, ya que desaparecida la fórmula legal, el robo de famélico clara y automáticamente se muestra ante los ojos del analista como una manifestación del estado de necesidad. Esta opinión sin duda que no concibe la extinción de la fórmula legal, en base a su afiliación al argumento gramatical que ya hemos visto. Empero, trayendo a colación la crítica que hicimos de dicho argu-

mento, no cabe la menor duda de que esta opinión, aunque parezca lo contrario, sostiene inconscientemente - que el robo de famélico es una expresión del estado de necesidad, y no una excusa absolutoria.

Otro argumento favorito de estos teóricos es el - consistente en la "especial colocación" que el Código prodiga a la figura del robo de famélico. Ellos razonan que si antes del actual Código, en el del 29, estaba la fórmula del robo de famélico en la genérica del estado de necesidad, y si ahora se encuentra especialmente consagrada en el capítulo de robo, eso quiere decir que el legislador dispuso que "no se aplicara" la fórmula del estado de necesidad al robo de famélico, y que éste fuera una especial excusa absolutoria del delito de robo. Para 'solidificar' su opinión, algunos de estos especialistas sostienen que la especial colocación del robo de famélico en el Código, con respecto a la amplia fórmula del estado de necesidad, es otro de tantos casos en que "una disposición general se ve derogada por una particular". A este argumento podemos responder que es inaplicable aquí la regla de la derogación, ya que ella opera entre ordenamientos de diversa índole, con disposiciones contrapuestas, aunque interrelacionadas, pero no en un mismo ordenamiento. Todos los artículos de un mismo ordenamiento deben interpre-

tarse en forma conjunta, interrelacionada, sin aislar unos de otros, y sin que haya incongruencias entre ellos. Más que demostrar un "tratamiento especial", esa colocación "aparte" del artículo 379 refleja una integración incoherente del articulado del Código Penal. Quizá los legisladores le depararon un destino aparte al robo de famélico porque quisieron apartarse de la tendencia positivista a ultranza del Código de Almazara, quizá por otra razón, pero lo que sí es seguro es que se les olvidó que el Derecho es un todo organizado, y cada una de sus partes, por muy disímolas y desconectadas que estén con respecto a otras, siempre deben ser interrelacionadas.

Otro argumento favorito de estos teóricos es el consistente en señalar, ufanamente, que el artículo 379 no contiene ninguna pista, "rastros", o indicio que nos pudiera indicar que se trata de una justificante, y no de una excusa absoluta. Ellos advierten que en el artículo en ningún momento se habla del "cierre de alternativas" que debe tener el agente del estado de necesidad, o sea, la imposibilidad de encontrar otro medio practicable y menos perjudicial. Ciertamente es lo que dicen. No encontramos la mención de esta imposibilidad en el 379, porque no era necesario que éste la registrase, en primer lugar porque la mención del robo

de famélico fue desprendida del artículo 15, fracción IV, desprendimiento que lógicamente originó la omisión que tanto sorprende a estos teóricos, y en segundo lugar porque la problemática en donde se supone implicado el indigente implica automáticamente que éste "no encuentra otro medio practicable y menos perjudicial". Si el artículo 379 efectuara esa mención sin duda sería más redundante y perogrullo de lo que ya de por sí es, y caería en el peor de los ridículos, a la manera de como cae el artículo 17 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, cuando nos habla de las condiciones necesarias para que prospere la acción de lesión, y en el colmo de la exageración y el absurdo, prescribe que el lesionado debe encontrarse en "profunda miseria, extrema ignorancia, notoria inexperiencia" haciendo que sólo los individuos de "infrachumanas" condiciones como éstas tengan derecho a esta acción. Hubiera sido el acabóse de este infortunado artículo mencionar el detalle que estamos comentando, detalle que carece, carencia que estos teóricos señalan como altamente "ilustrativa" de la incompatibilidad entre el estado de necesidad, comprendido en el artículo 15, fracción IV, y el robo de famélico.

A grandes rasgos estos son los argumentos predictos de los teóricos que opinan que el robo de famé-

lico es una excusa absolutoria.

Exponiéndolos creemos que cumplimos con el ingrediente de objetividad que debe contener toda crítica, al proponer los argumentos propios, atendiendo primeramente a los que la otra u otras partes le antepongan. Hemos visto cómo sus argumentos exhiben en forma constante un punto flácido, del cual nos hemos aprovechado. Ahora debemos desenvolver con pleno detalle los planteamientos genéricos que establecimos al principio de este capítulo.

El primero de ellos habíamos dicho que era la afirmación de que el robo de famélico es un estado de necesidad. Efectivamente, todo mundo coincidimos que el robo de famélico es un caso de estado de necesidad, incluso los mismos antagonistas teóricos, que se refieren al robo de famélico como una causa de impunidad, que se manifiesta en un caso de estado de necesidad. No cabe la menor duda de que se trata de un caso de estado de necesidad, porque se presenta el choque de dos bienes en conflicto, bienes que son el patrimonio de quien sufre "el ataque del indigente" y el derecho que tiene el indigente a satisfacer sus necesidades familiares y personales más apremiantes. A nosotros no nos cabe la menor duda de ello, pero a los teóricos antagonistas sí, por el hecho de que ellos no conciben que -

el estado de necesidad pueda representar el choque de dos bienes aparentemente iguales, y el sacrificio de uno de ellos. Ya explicamos en ocasión anterior que esa "apariencia de igualdad" se debe a la relatividad de los diferentes bienes jurídicamente tutelados. Para algunos el bien más importante es el patrimonio, para otros el pudor, para otros el honor, etc. En esa relatividad, los que erigen al robo de famélico como excusa absoluta inquestionablemente entronizan al patrimonio como bien máximo sobre el derecho del indigente a satisfacer sus necesidades patrimoniales y familiares más apremiantes. Por ello, sostienen y vuelven a sostener que el robo de famélico es una excusa absoluta, pero la voz de nuestra conciencia se levante contra su argumento, y también la voz de la conciencia social, y así es posible que pensemos que el derecho del indigente es más importante que el derecho patrimonial del - dizque afectado con "el robo". La voz de la conciencia social se levanta, y califica al derecho del indigente como superior, respecto al derecho patrimonial. En el robo de famélico chocan estos dos derechos, y como el derecho del indigente es el más importante, por consideraciones sociales y éticas, su preservación debe seguirse, con el consecuente sacrificio del interés patrimonial. El robo de famélico es, pues, estado de necesidad.

Si es estado de necesidad, se supone que es una - conducta acorde a Derecho. Esta concordancia del ac---tuar del indigente con el Derecho puede apreciarse en forma estupenda mediante la siguiente cita:

"Mientras las justificantes, por ser objetivas, a provechan a todos los copartícipes, las otras eximen--tes no. Las causas de justificación son reales, favo--recen a cuantos intervienen, quienes en última instan--cia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho. Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a incriminación, sí puede ser procedente la responsabilidad o repara---ción civil; en cambio, tratándose de las justifican---tes, por ser la conducta apegada a Derecho, no acarrea--an ninguna consecuencia ni civil ni penal, pues como - dice Cuello Calón, de quien obra conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídi--cos ajenos.

Sin embargo, Carrancá y Trujillo anota una excepción - que señala el Código Civil en su artículo 1911: "Cuan--do al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el Dere--cho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin uti--lidad para el titular del Derecho". (35)

(35) Castellano's Tena, Fernando. Op. cit. Página 183.

Como una conducta acorde a Derecho, la del indigente no debe ser incluida en el Código Penal. Es dogma importante de nuestra vida, y del régimen de legalidad entero, que los particulares pueden hacer lo que no les está expresamente prohibido, pero no pueden hacer lo que expresamente les está prescrito. Alguna conducta que se encuentre contemplada en el Código Penal da a entender que quien presuntamente la realice legalmente no la puede ejecutar, y ese es el caso del robo de indigente.

¿Cómo es posible, pues, que el artículo 379 pueda romper el dogma de que sólo lo expresamente prohibido puede ser objeto de la tipificación legal, y que tipifique una conducta que no está expresamente prohibida, - por ser un caso de estado de necesidad, y por ende una justificante?

No lo podemos explicar. He aquí una gran incongruencia en nuestro Derecho Positivo, en nuestro sistema, que siempre se ha llamado un "sistema acorde a Derecho".

Otro de los planteamientos generales que consignamos es el que estriba en la absorción del robo de famélico por la fórmula genérica del estado de necesidad. A nuestro entender, basta con el artículo 15, fracción IV, para que el Código Penal pueda proyectar a todos los casos prácticos posibles la fórmula del estado de

necesidad. No se requieren artículos de "complemento", y esta opinión que nosotros emitimos es compartida por algunos expertos, como lo muestra la siguiente transcripción:

"Ninguna falta hace que los Códigos prevean en un artículo especial este particular problema del hurto - por hambre, ya que basta con que se consagre un precepto amplio al estado de necesidad para que dentro de él se incluya el robo de pobre, que ya no es el tipo característico de los actos de necesidad, sino una de - las muchas hipótesis de la vida que pueden presentar-- se.

No hay, pues, por lo tanto, razón técnica para dedicar una reglamentación especial a una situación cuyo origen y linaje encaja perfectamente en el artículo - 15, fracción IV, ni la hay tampoco para que la ley, - con prejuicios y desconfianza a sus propios preceptos limite con requisitos la plenitud de angustia que representa el estado de necesidad". (36)

Esta cita pone el dedo en la llaga. Prejuicios y desconfianza en sus propios preceptos obligaron a que se dedicara un artículo especial al robo de famélico. El prejuicio sobre el Código de Almaraz provocó que no se siguiera su sano ejemplo, de colocar la fórmula del

robo de famélico entre las excluyentes de incriminación. Desconfianza en la misma fracción IV del artículo 15 obligó a los legisladores a la creación del artículo especial. Es sumamente irónico el hecho de que el dogma positivista de graduar la pena o la necesidad de la legítima defensa, en base a la peligrosidad del delincuente, impere constantemente en nuestra legislación, y una excelente influencia positivista, también, por cierto, como la que comentamos del Código de Almaraz se vea desdeñada.

También hicimos el planteamiento de que todas las causas excluyentes de incriminación, incluyendo las de justificación, tienen una naturaleza eminentemente conceptual y no legal, lo que lleva a concluir que no es adecuada su contemplación o encuadramiento en determinado artículo del Código Penal. Ciertamente es que en los anteriores párrafos a éste la cita decía que el robo de famélico es una de las muchas hipótesis que se pueden presentar en la vida. Empero, eso no significa que su naturaleza deje de ser esencialmente conceptual o doctrinal, como se le quiere llamar. Esta naturaleza conceptual se demuestra en el hecho de que la figura del robo de famélico se cimenta en profundas consideraciones de tipo social, histórico y jurídico, que le confieren su dimensión exacta.

La figura del robo de famélico es producto de la investigación, que la ve como una constante histórica a través de las diversas sociedades que se han sucedido en el tiempo. La concepción del robo de famélico es producto de la obra de los clásicos españoles, que estiman que los bienes objeto del hurto retornan al patrimonio de la colectividad, para satisfacer las necesidades que agobian al indigente. El robo de famélico es un concepto que pertenece a las reglas de interpretación del Derecho, y como tal, es analizado por el estudioso y tomado por el juez para formar su criterio, - templarlo y absolver al agente en las condiciones que se establecen para el robo de famélico. El legislador no tiene el por qué entrometerse en doctrina, y ese imperativo es demostrable con la misma definición de delito que proyecta el Código Penal, una definición objetiva, que se aparta de cualquier tendencia doctrinal o escuela que pueda inclinarlo. El Código Penal no consignó la definición de Carrara, por muy maravillosa e infalible que denota ser, ni la de Garófalo, por mucho "altruismo y probidad" que derroche. Si se hizo esto - con la definición del delito, ¿por qué no hacerlo con la fórmula del robo de famélico? No lo sabemos. Lo único que podemos conjeturar es lo que conjeturamos cuando atacamos el argumento gramatical de los antagonistas de nuestra tesis: la necesidad de "quedar bien" -

con el más sacrosanto bien jurídico de nuestra sociedad, el patrimonio, orilló al legislador a plasmar un artículo referente al robo de famélico, para dar constancia de la represión que se le debe seguir a toda conducta que atente contra el patrimonio, por mínima que sea.

El artículo 379 refleja tristemente una consideración que seguramente pasó por la mente del legislador: "Los jueces tienen poco tacto para resolver situaciones tan delicadas que plantea la vida real, como la del robo de famélico. Pongámosles la indicación que necesitan en un artículo especialmente designado para el efecto". Vuelve a cernirse aquí la sombra de la desconfianza del legislador sobre sus mismos preceptos. No sólo es perceptible la desconfianza al planteamiento de la fórmula del estado de necesidad, sino también a los artículos 52, 53 y 54, preceptos alusivos a la plena facultad que tiene el juez para evaluar todas las circunstancias personales y psicológicas del inculpado. Es decir, que el artículo 379 no sólo es una excepción del artículo 15, fracción IV, sino también de los preceptos 52, 53 y 54. Estos convierten al juez en un dechado de "psicólogo", y especialmente es atractivo el tercer párrafo del artículo 52, que nos dice:

"En la aplicación de las sanciones penales se ten

drá en cuenta las consiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

El juez debe tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para el caso".

En vista de este párrafo tercero del artículo 52 cabe preguntarse: ¿era necesario consignar el robo de famélico en el artículo 379? Creemos que no, pero el legislador no lo estimó así, y estableció el 379, con todas las implicaciones negativas que conlleva, y que estamos comentando. Así, podemos señalar que la fórmula del robo de famélico debería ser un supuesto de juicio, únicamente enclavado en el criterio del juzgador, pero no plasmado en un artículo. Llevada nuestra tesis hasta el máximo posible, es válido afirmar que el legislador hizo las veces de "juez", al plasmar el artículo 379. El legislador interfirió con la competencia del juez al señalarle una regla de interpretación y no un artículo que debiera acatarse y cumplirse.

¿Hay argumentos que apoyen la necesidad de inclusión del robo de famélico en un artículo especial? Si los hay y a saber son éstos:

"Entre el lícito y el ilícito jurídico es configurable la indiferencia jurídica. Tratándose de conceptos eminentemente relativos, la respuesta depende del punto de referencia que se tome. Si se toma en cuenta como referencia una explícita relevancia para el Derecho, expresando un mandato o prohibición, puede bien llamarse indiferente jurídico todo hecho o comportamiento no directamente regulado por el Derecho, es decir, no impuesto, no autorizado, no prohibido explícitamente por normas a propósito. Pero puesto que ha de tenerse presente también una indirecta relevancia para el Derecho, y considerar jurídicamente relevante no sólo el hecho impuesto, sino también el hecho no prohibido por ninguna norma, en cuanto a que viene a ser la manifestación de un hecho genérico de libertad, se ha de concluir que no es concebible la existencia de comportamientos humanos indiferentes para el Derecho, y que no existe el indiferente jurídico". (37,

"Toda antijuridicidad se descompone en un contenido material o sociológico de oposición al orden, de inconveniencia para la vida colectiva y en una declaración (37) Petrocelli Braccio. Op. cit. Página 16.

ción expresa hecha por el Estado que constituye la -
antijuridicidad formal y que no puede ser eliminada si
no por otra manifestación del mismo género legal. Esta
antijuridicidad formal no puede ser destruída sino por
otra declaración legal, de suerte que, aún cuando ima-
gináramos la desaparición del contenido material de an
tijuridicidad en un acto, éste continuaría siendo anti
jurídico formalmente mientras la ley no admitiera y de
clarase formalmente también, aquella desaparición de -
antijuridicidad, subsistiendo con ello el carácter de-
lictuoso del acto descrito en el tipo. La eliminación
total (material y formal) de la antijuridicidad requiere
re, pues, una declaración legal que no se exige respecto
to de ninguno de los elementos del delito". (38)

En base a los anteriores planteamientos, pudiera
defenderse la existencia del artículo 379 diciendo que
viene a desempeñar la función de "eliminar la antijuridi
didad formal". También puede alegarse que resultaba
necesario plasmar el artículo 379, en vista de que la
declaración legal se estila para las causas de justifica
ción, y no para los otros elementos del delito. Por
último, podría alegarse que el artículo 379 responde a
la necesidad de regular todo comportamiento social, -
aún cuando no sea esencialmente prohibido. Todas estas

(38) Villalobos, Ignacio. Op. cit. Página 325.

consideraciones aparentarían ser más válidas incluso - que los otros argumentos que presentamos anteriormen-- te, como propios de los que piensan que el robo de fa mélico es una excusa absolutoria.

No aceptamos dichos argumentos. El consistente en que "las causas de justificación" requieren una declara-- ción legal, a diferencia de lo que sucede con otros elementos, es falso en el sentido de que sólo conduc-- tas que constituyan un delito pueden ser objeto de ti-- pificación penal.

Los expertos coinciden en señalar que cuando se presen-- tan las causas de justificación, se puede aseverar ca-- tegóricamente que no hay delito, hay delincuente, pero no se aplica la pena por ciertas consideraciones socio-- lógicas o jurídicas muy especiales. Lo mismo sucede - con las causas de inimputabilidad, en las cuales queda bien consumado el delito, pero no hay delincuente en - vista de la afectación a las facultades mentales del a gente, a sus condiciones de infante, etc. En suma, po-- demos señalar que de todas las causas excluyentes de - incriminación, las que menos merecen, o mejor dicho, - no deben estar incluidas en el Código, son las justifi-- cantes. En base a que no sería posible la plena, ideal y aconsejable eliminación de la mención de las justifi-- cantes, dada la naturaleza compleja de algunas de e--

llas, como lo son el estado de necesidad y la legítima defensa, para resolver algunos problemas principales - que se desencadenaran por la interpretación del estado de necesidad, y por ende, del robo de famélico, debería ensancharse y hacerse más completa la fórmula del estado de necesidad contenida en la fracción IV del ar tículo 15. Así que por cualquier ángulo que se le vea, no detectamos razón alguna poderosa que hiciera impe- riosa la mención de un artículo como el 379.

Se dice, en los planteamientos que transcribimos, que la declaración legal es necesaria para la eliminación de la antijuridicidad formal.

Se alega que sin esta eliminación no puede hablarse de un desvanecimiento íntegro del elemento antijuridici- dad. A esto respondemos que el planteamiento no es con- secuentemente con la teoría de Binding, que nutre en - forma medular toda la teoría de la antijuridicidad.

Biding dejó bien claro, y esa puntualización la com- partimos plenamente, que el delito no es lo contrario a la ley, o dicho de otra forma, no es la infracción - a la ley del Estado, como lo aseveraba rotundamente el ilustrísimo Carrara. Extrañamente a lo que podría espe- rarse, él nos advierte que el delito es precisamente - todo lo contrario, o sea, la plena adecuación de la - conducta con respecto al tipo. Esta observación de Bi-

ding es inobjetable, en función del dogma de que no hay delito si la ley no lo establece como tal. Y su lógica impecable la lleva a concluir que lo que se viola es la norma, el valor cultural, y no la ley. La ley nunca se viola, su imperio siempre permanece, y por ello, concluye que la ley sólo tiene un significado esencialmente declarativo, creando la acción penal, la pretensión punitiva del Estado, y la norma tiene un significado más trascendente, porque valoriza. En suma, se puede decir que como la ley cuenta sólo con una misión esencialmente declarativa, prescindir de ella no afecta para nada la dimensión del elemento antijuridicidad, considerado en sí mismo, y que por lo tanto, resulta falsa la afirmación de "la absoluta declaración legal para la eliminación de la antijuridicidad". Si se duda de que el aspecto formal de la antijuridicidad es secundario en la conformación de este elemento, plasmamos aquí una opinión muy elocuente a este respecto:

"El contenido último de la antijuridicidad que interesa al juspenalista (téngase presente esto, al juspenalista y no al sociólogo), es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales. En el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder pu-

nitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente". (39)

Incluso, los racionios que nosotros estamos proponiendo pueden estar más reforzados si consideramos - que interpretando adecuadamente los dogmas que nos legó Carrara, se puede llegar a la misma conclusión que nos arroja el estudio del núcleo de la antijuridicidad que estamos practicando. Así, tenemos lo siguiente:

"Para Sebastián Soler no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere en cada caso examinar si el hecho analizado, además de cumplir este requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad como organismo unitario.

El profesor argentino textualmente dice: "Nadie ha expresado con más elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al Derecho, cuando dice que el delito es una disonancia armónica, pues en la frase se expresa, en el más preciso - de los modos, la necesidad doble de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora". (40)

(39) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. Página 175.

(40) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. Página 176.

Creemos que con esta última cita queda bien comprobada la inutilidad e inobservancia de la antijuridicidad, y por ende, del baluarte teórico que pudiera sostener la existencia del artículo 379.

Por último, de esta causa de argumentos descolla el que apuntalaría la existencia del artículo 379, en función de que el Derecho debe preveer o regular toda clase de comportamiento que produzca cierta resonancia o efectos sociales, incluyendo comportamientos que no sean esencialmente antijurídicos. A este argumento respondemos que efectivamente es meta de todo ordenamiento jurídico tener el mayor control posible de las conductas que puedan producir ciertos efectos socialmente trascendentes, empero, ello no significa que esa pretensión deba desplegarse en el ordenamiento punitivo. Si la conducta no es considerada como contraria a los valores culturales de la comunidad, no destilando antijuridicidad material, no es conducente su tipificación en el Código Penal. Ese afán puede manifestarse en el Código Civil, en el Código Sanitario, en los Reglamentos de Policía y buen Gobierno, etc. Y esa pretensión, para ser más lógicos con ella, tiene un carácter medularmente teórico y no práctico. La conveniencia de la tipificación, o de cualesquier otra forma de regulación legal, sólo se manifiesta cuando hay exigencia le

gal, pedimentos explícitos o implícitos de parte de la comunidad entera, o de ciertos sectores de ella. Si no hay pedimiento ni exigencias, la necesidad de regulación languidece. Y es por ello que esa pretensión tiene un carácter puramente teórico. Esa pretensión preocupa e interesa al teórico, a quien busca la perfección de los sistemas normativos pero no a la sociedad, que cuando considera -- que una conducta es perfectamente acorde a los valores culturales previamente establecidos por ella, no requiere de regularización legal alguna. Con esto creemos haber concluido la crítica a los argumentos, aparentemente sólidos, que apoyarían la existencia del artículo 379, artículo que debe de desaparecer.

Otro argumento válido que podemos aducir para pugnar por la supresión del artículo 379 de su notoria redundancia, si se relaciona con el artículo 375 del Código. Este artículo describe:

"Cuándo el valor de lo robado no pase de diez veces - del salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague esté todos los daños y perjuicios, antes -- de que la autoridad tome conocimiento, no se impondrá sanción alguna, si no se a ejecutado el robo por medio de la violencia".

Visto este artículo 375 es necesario preguntarse: ¿Tiene razón de ser el artículo 379? ¿No bastaba ya con el 375 para "condenar declarativamente a los "hurtos menores"? Creemos que el artículo 379 no tiene razón de ser, y es redundante con respecto al 375. Al ver el artículo 375, los redactores del Código se debieron percatar que no tenía sentido la inclusión del robo de famélico en el capítulo de robo, toda vez que ya había un precepto que canalizaba la necesidad que tenía la regulación penal de condenar, aunque sea declarativamente, hasta la mínima expresión de conducta que atentase contra el sagrado bien del patrimonio. Se pudiera señalar también que el artículo 375 no se refería a las condiciones específicas que orillan o pueden orillar al indigente a cometer el "robo" y que era necesario registrarlas en un artículo aparte. A este planteamiento cabe decir o contralegar que no había necesidad de este artículo aparte, teniendo bien presente la conexión ligada e imprescindible que debe privar entre los diversos elementos del delito de robo, o sea que tomando el legislador en cuenta que no puede haber robo sin apoderamiento, sin que la cosa objeto del delito no sea mueble, sin que se carezca de consentimiento del que puede disponer de la cosa y sin el ánimo de obtener provecho de la cosa, seguramente no hubiéramos visto aparecer el artículo 379, tal como está plantea-

do, y bastaría, para los efectos que mencionamos de -
 "condena a todo lo que afecte al patrimonio", el 375.

Hemos llegado al punto de exposición complemento de los argumentos que nosotros consideramos como primordiales para que se suprima la fórmula del robo de famélico, y ésta quede subsumida en la global concepción del estado de necesidad. Llegado a este punto, - tal vez no hemos podido dar una visión objetiva del - problema que nos ocupa, y las razones que nosotros catalogamos como persuasivas y concluyentes, probablemente no lo sigan siendo para quienes opinan que el robo de famélico es una excusa absolutoria. En esta disyuntiva, recurriremos ahora a una prueba que puede ser - hasta cierto punto convincente. La prueba consiste en formularnos un cuestionamiento: ¿El artículo 379 está impecablemente armado en su texto gramatical? ¿Encierra contradicciones consigo mismo? ¿Guarda congruencia con las razones y exigencias de tipo humanitario que - mueven a afirmar la licitud de la conducta del indigente, o en su defecto, a abogar porque no se le aplique la pena, según la óptica de quienes afirman que el hurto de famélico es una excusa absolutoria?

El artículo 379 es vulnerable por todos los ángulos por donde se le quiera ver. Ni siquiera luce coherencia interna, ni responde a las exigencias sociales

que demandan comprensión para la situación del indigente. Por principio de cuentas, llama la atención de manera poderosa la expresión de que el indigente se "apodere una sola vez" de los objetos estrictamente indispensables..... Esa expresión nos quiere dar a entender que las siguientes veces que haga eso el famélico entonces sí su conducta será delictiva. Los redactores del Código inventan una exótica condicionante a una causa de justificación, causa de justificación que por definición se supone que es irrestricta, no sujeta a ninguna condición de la cual dependa su existencia u operancia. Es absurdo pensar que una conducta acorde a Derecho sea la primera vez legal, pero ya para la siguiente vez o veces no lo sea. O una conducta está expresamente prohibida por la ley o no lo está, y si se encuentra en este último caso, el individuo puede realizarla no sólo una, sino varias veces, hasta que se redacte, se apruebe y se promulgue una disposición legal que la prohíba expresamente, hipótesis que es descabellada para el caso del robo de famélico, si se piensa en lo que hemos dicho de que la naturaleza de esta figura es eminentemente doctrinal y no creación legal, y que tipificar abiertamente la conducta del indigente implicado equivaldría a desconocer olímpicamente las exigencias sociales que demandan comprensión para la situación del pobre y a un claro y descarado apo

yo a esa tendencia individualista, que hemos visto como impulsora esencial de la "condena declarativa" que el Código Penal hace respecto de los "hurtos menores". Por lo tanto, un primer aspecto de incongruencia radica en la expresión "se apodere una sola vez".

Abundando en esta censura, el artículo 379 marca que el apoderamiento debe hacerse de los objetos "estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales y familiares del momento". La pregunta a plantear es la siguiente: ¿Cuáles son esos objetos "estrictamente indispensables"? ¿La cama, alimentos perecederos, ropa? ¿Cuáles son?

Como anteriormente lo destacamos, el artículo 379 representa un grave cortapisa para la flexibilidad de criterio que debe exhibir el juez a la hora de decidir los casos prácticos. El artículo 379 considera al juez como incapaz de realizar los estudios psicológicos que prescriben los artículos 52, 53 y 54 del mismo Código, y le dice que el indigente debe hallarse en las condiciones que prevee. Pero el artículo no es consecuente con su afán "totalizador y psicologista", y ahora, en la expresión de "los objetos estrictamente indispensables", sí abre paso a la "libertad de criterio del juez", seguramente por la falta de valor que tuvieron los redactores del artículo para llevar hasta sus últi

mas consecuencias las "ínfulas de juzgadores" que se dieron ellos mismos. Lo que procedía era que nos indicaran cuáles son esas necesidades u objetos estrictamente indispensables, pero no lo hicieron, callando, tal vez dándose cuenta que se habían arrogado papeles que no les correspondían, especialmente, el de juzgadores. Incluso en sus exageraciones hubiera resultado positivo el artículo, si se hubiera atrevido a decirnos cuáles son las necesidades estrictamente indispensables, porque hubiera servido de valioso complemento "reglamentario" del precepto constitucional del 123, que nos habla de que el salario debe ser remunerador y satisfactor de las necesidades primordiales del trabajador y su familia, que por supuesto, sólo apunta en términos muy generales.

El artículo 379 culmina su redundancia, incoherencia y redacción perogrullesca cuando nos dice que "esas necesidades personales y familiares que satisfaga el indigente" sean necesidades del "momento". Fije el lector su atención en las expresiones "objetos estrictamente indispensables" y "del momento". ¿Qué no la idea de objetos estrictamente indispensables comprende ya la noción de que sean necesidades perentorias, o del momento, como dice el artículo 379? Nosotros creemos que sí, y que fue ocioso incluir la expresión del

"momento" en el artículo 379, lo cual indica que además de "remedo de criterio judicial aplicable a un caso concreto", este artículo es perogrullesco, ya que a firma hechos notorios, hechos que hasta el mismo indigente sabe, aunque la diferencia entre el legislador y el pobre es que éste los siente, aquél no.

Para no ser personalistas en esta apreciación de criticar al artículo 379, por incongruente, demos paso a la madura opinión del autor Villalobos, que también censura, a su manera, la inconsistencia interna de este artículo:

"Podrá hoy cualquier acaudalado, por capricho, - por deporte o por esnobismo, tomar de lo ajeno lo estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales y familiares del momento, al fin aún - los potentados tienen esa clase de necesidades a que se hace referencia.

En el precepto, por ninguna parte apunta exigencia o requisito alguno sobre estado de necesidad propiamente dicho, indigencia o cosa semejante, sino que su redacción significa una mera liberalidad inexplicada; pero absolutamente igual para todos en todas las circunstancias". (41)

(41) Villalobos. Op. cit. Página 369.

Antes de culminar con este trabajo, resulta pertinente dar un vistazo a una opinión ecléctica y bien intencionada, que trata de reconciliar a las dos tesis "irreconciliables" que nos hemos venido enfrentando a lo largo del desarrollo de este trabajo. La opinión es la siguiente:

"Consideramos que no debe aceptarse el criterio unitario, porque no soluciona en forma total el problema, a virtud de que el estado de necesidad funciona como causa de licitud o como de inculpabilidad; afirmación anterior que tiene su base doctrinal en la valuación de los bienes jurídicos en conflicto, pudiéndose originar tres hipótesis: cuando el bien sacrificado es de menor entidad que el salvado, cuando es de igual valor y, por último, cuando el bien sacrificado es de mayor valor que el salvado, debiéndose concluir en la primera hipótesis que se trata de una causa de licitud con base al principio del interés preponderante; en la segunda una causa de inculpabilidad, pues no obstante que la conducta lesiona un bien de igual entidad es antijurídica, no le es reprochable por la no exigibilidad de otra conducta; y en fin, en la tercera, la conducta es delictiva, dado que el bien salvado es de menor valor que el sacrificado. Con exactitud, nos indica Jiménez de Asúa, que corresponde al dogmático deci-

dir que, unas veces cuando el conflicto sea entre bienes desiguales el estado de necesidad es una causa de justificación, mientras que otras, cuando colisionen dos bienes iguales, será una causa de inculpabilidad". (42)

Coincidimos con este punto de vista ecléctico y bien intencionado en el resaltamiento que hace de la naturaleza eminentemente doctrinal que tiene la justificante del estado de necesidad, que de ninguna manera puede ser una creación legal, como lo denota el artículo 379. No estamos de acuerdo con esta opinión en su a severación de que algunas veces el estado de necesidad es una justificante, y en otras una causa de inculpabilidad, por dos razones:

1.- Dicho planteamiento, en forma indirecta, nos está proponiendo lo que nos propone el artículo 379, cuando éste nos habla del "apoderamiento por una sola vez", o sea, la afirmación de que las justificantes pueden estar condicionadas. Sabemos que una justificante no puede estar condicionada, por los mismos efectos expansivos y benéficos que prodiga a quienes se acogen a ella. No podemos aceptar que una justificante sea a la vez causa de inculpabilidad o excusa absolutoria. O es

(42) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Páginas 540-541.

justificante o no lo es.

2.- Definitivamente el robo de famélico no puede ser una causa de inculpabilidad, porque el agente siempre tiene la intención de realizar la conducta "que está prevista en la ley". El indigente es conciente de su situación, vive desesperadamente las condiciones urgentes y dramáticas de su pobreza, y por ello se decide a sustraer los objetos indispensables para calmar sus necesidades familiares y personales. Sin esta conciencia de las circunstancias, "y su intención de delinquir", tal vez el agente moriría de inanición, por no haber emprendido el acto que le hubiere significado el alivio de la situación vital que lo agobia.

Hemos llegado al término de este trabajo. Es el momento de expresar nuestras conclusiones. Antes de pasar a ello, hagamos votos porque la legislación penal siga el ejemplo del Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, y suprima la fórmula del robo de famélico. Hagamos votos porque los redactores del ordenamiento punitivo, y quienes lo aprueban, recapaciten, examinen los errores que les hemos destacado, y tomen, por lo menos en el momento de sus reflexiones profundas, en cuenta nuestra tesis de que se suprima el 379, y se englobe al robo de famélico en la fórmula del estado de necesidad. Ojalá y los legisladores hagan el firme propósito

de enmienda de que pugnarán porque desaparezca del Código Penal la conseja popular de que el "ordenamiento punitivo sólo es para los pobres, pero no para los ricos". La persistencia del 379 sin duda confirma, lamentablemente, la conseja popular.

C O N C L U S I O N E S .

CONCLUSIONES

1.- La aportación más importante de la teoría de la Escuela Clásica, para los objetivos trazados en nuestro trabajo, es la calificación que hace Carrara del delito como "una disonancia armónica". Con esa expresión, puntualiza tanto el aspecto material como el formal de la antijuridicidad, pero sobre todo hace el reconocimiento que aún desde el punto de vista de la antijuridicidad formal (que se puede detectar muy bien en su famosa definición del delito), la antijuridicidad es definida en forma esencial y contundente por su aspecto material, aspecto que confirma que el estado de necesidad es una justificante, y como tal, es una conducta acorde a Derecho, y una conducta apegada a Derecho, como lo es la del indigente, no tiene que estar contemplada en el Código Penal, ordenamiento que sólo contempla las conductas que expresamente están prohibidas.

2.- La aportación más importante de la Escuela Positivista, para efectos de este trabajo, es su dogma de que se debe graduar la pena aplicable a los delincuentes según el grado de peligrosidad que muestren. Este dogma es el presupuesto fundamental del robo con violencia, que se castiga más severamente por la "peligro

sidad del robador", y es el dogma fundamental que inspiró a los legisladores a "eximir de castigo" al indigente, cuando "roba" en las condiciones previstas por el Código.

3.- Opinamos que la tesis de Antolisei, en el sentido de que la antijuridicidad no es elemento de delito es falsa, porque si bien es cierto que medularmente la antijuridicidad es un juicio de valor, cuando valora un juez cierto caso concreto, también es cierto que los demás elementos del delito se reducen a ser juicios de valor, cuando queda al arbitrio del dictaminador su comprobación o no comprobación. Además, si la antijuridicidad no fuera elemento del delito, no tendría sentido la labor de la defensa, porque nunca se podría demostrar que el inculpado no cometió el delito, y a lo más que se aspiraría a acreditar la existencia de una excusa absolutoria o de una causa de inculpabilidad, pero no de una justificante. Opinamos que la antijuridicidad sí es elemento del delito, y que su ausencia reporta para el inculpado la demostración de que no cometió delito. El robo de famélico es un caso de estado de necesidad, y el estado de necesidad elimina la antijuridicidad. Así es que cuando se comprueba el robo de famélico, no hay delito que perseguir.

4.- Las causas de justificación constituyen el aspecto más importante, de los negativos, que impide la integración del delito. Son el aspecto negativo más importante, porque aprovechan a todos los partícipes que se acogen a ellas, y porque su operancia no acarrea ninguna posibilidad de exigencia de responsabilidad civil. Así que el robo de famélico, como causa de justificación, aprovecha plenamente al que se ve implicado en él, y no le acarrea ningún tipo de responsabilidad civil, porque su conducta fue enteramente acorde a Derecho, no lesiva para los intereses sociales. Esta no exigencia de responsabilidad civil viene a diferencia el robo de famélico, del caso en que el agente "roba" un objeto cuyo valor no excede de cien pesos. En este caso, según el Código Penal, sí se le debe exigir "responsabilidad civil" a quien robó cien pesos.

5.- El desarrollo de la historia de la legislación acerca del robo demuestra claramente que siempre ha existido la conciencia de que la conducta del indigente es perfectamente lícita. En algunas épocas se ha manifestado con menos intensidad esta conciencia, en otras con más, pero siempre ha sido una constante en la "lucha contra la delincuencia del robo". La tradición romana, que sólo admite la inimputabilidad como excluyente de incriminación, no trascendió a nuestro Derecho -

Positivo por la poca claridad que tenfa acerca de la - necesidad de que el Estado se haga cargo de la persecu- sión de los delitos, y no solamente éstos sean segui-- bles a petición de parte, y por la concepción "totali- zadora" que tenían los romanos del delito de robo, en el cual englobaban al fraude, al abuso de confianza y al robo propiamente dicho. Resulta un antecedente mara villosos el hecho de que los aztecas ya hayan tenido - conciencia clara de lo que es el robo de famélico, una causa de justificación, un caso de estado de necesi--- dad, conciencia que se demuestra al prescribir su Dere- cho que la conducta del viajero, tomando veinte mazor- cas de la primera ringlera del camino, para saciar su hambre, no constituía delito. En este punto, el anti-- guo Derecho de los mexicanos supera ampliamente a nues- tro actual Derecho Positivo.

6.- El delito de robo tiene cinco elementos que son - indispensable concurrencia para su integración, que - son el apoderamiento, la intención dolosa de cometer - el delito, la cosa objeto del delito que debe ser for- zosamente mueble, y el no consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley y - el propósito de sacar provecho del hurto. El relega--- miento u omisión que se hace de este último elemento - contribuye en gran forma a que no se tenga plena con-

ciencia de la calidad de justificante que ostenta el robo de famélico.

7.- La fracción IV del artículo 15 del Código Penal, con la fórmula genérica del estado de necesidad, debe englobar a la concepción del robo de famélico. La fórmula del 15, fracción IV, torna innecesaria la existencia del artículo 379, que refleja desconfianza y prejuicios del legislador para aplicar a la práctica los propios preceptos que él crea, y que particularmente se refieren a la necesidad de que el juez deba hacer un completo estudio de las circunstancias personales del "delincuente".

8.- Quizá la causa más importante que obligó al legislador a consignar la fórmula del robo de famélico en el 379 fue la necesidad de contemporizar con "la entraña individualista" de nuestra sociedad, que exige condena, "aunque sea meramente declarativa", a toda conducta, por mínima que sea ésta, que atente con el sagrado bien del patrimonio.

9.- El argumento gramatical de quienes piensan que el robo de famélico es una excusa absolutoria no es consecuente hasta su último extremo, ya que no relaciona al artículo 379 con el 377, precepto éste que sí "mencio-

na" gramaticalmente que el robo entre parientes es una excusa absolutoria, y que no produce responsabilidad penal para quienes se ven envueltos en él, mención que no encontramos en el artículo 379.

10.- El artículo 379 es un remedo de valoración judicial y un artículo perogrullesco, porque coarta la libertad de criterio que debe tener el juez para juzgar en la práctica el caso del robo de famélico, y porque en forma redundante afirma que el objeto del hurto debe servir para satisfacer las necesidades "estrictamente indispensables del momento".

11.- La expresión del artículo 379 de que el indigente se apodere "una sola vez" de los objetos estrictamente indispensables, es inaceptable. No se puede concebir que una justificante pueda condicionarse por algún límite, sea temporal, sea jurídico éste. Cuando una conducta no está expresamente prohibida, el particular la puede realizar una, dos, tres, cuatro, las veces que quiera, mientras no haya una norma que expresamente le prohíba esa conducta.

12.- Para ser consecuente con sus "ínfulas de criterio jurisdiccional", el artículo 379 debiera indicarnos cuáles son los objetos estrictamente indispensables de

los que puede allegarse el indigente. Era necesaria esa especificación para que el artículo tuviera alguna consistencia lógica. Esa especificación brilla por su ausencia del artículo, y eso muestra plenamente su incoherencia.

13.- Es inaceptable la tesis conciliadora, que habla de que en algunas ocasiones el estado de necesidad es justificante y en otras es una causa de inculpabilidad. El robo de famélico no puede ser una causa de inculpabilidad y una causa de justificación a la vez, ya que la causa de justificación es plena, extensiva e incondicional. El robo de famélico no puede ser causa de inculpabilidad, porque ello supondría que el pobre no tiene conciencia de cometer "el hurto", y precisamente, la intención de apropiarse de esos objetos indispensables ilumina la acción del indigente, que está conciente de su difícil situación, y sabe que si no se allega de esos bienes no podrá satisfacer sus necesidades.

14.- La legislación penal debería seguir el ejemplo del Código Penal Tipo de 1963, suprimiendo el artículo 379. La fórmula del robo de famélico confirma la conseja popular de que el Código Penal está "perfectamente hormado para los pobres, pero no para los ricos".

B I B L I O G R A F I A .

- 1.- Alimena, Bernardino. Crítica a la Dogmática Jurídico Penal. Editorial Lozada. Buenos Aires. 1965.
- 2.- Antolisei, Francisco. El análisis del Delito. Sin editorial. México. 1963. Traducción del italiano del doctor Ricardo Franco Guzmán.
- 3.- Barrera y Montañez, Ernesto. El robo por Estado Necesario. Estudio Dogmático. Tesis, Facultad de Derecho. -- 1963.
- 4.- Cárdenas, Raúl F. Derecho Penal Mexicano del Robo Editorial Porrúa, S.A. México. 1977.
- 5.- Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa, S.A. México. 1981.
- 6.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México. 1981.
- 7.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales -- del Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México 1981.
- 8.- Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales. No.16 Enero-Junio. 50 Aniversario. México. 1984.
- 9.- Diccionario Jurídico Mexicano. Edit. Inst. de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1984.
- 10.- García Ramírez, Sergio. y Adato de Ibarra, Victoria. -- Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Edit. Porrúa. -- México. 1984.
- 11.- Gómez Robledo, Antonio. Meditación sobre la Justicia. - Edit. Fondo de Cultura Económica. México. 1982.
- 12.- González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Edit. Porrúa. México. 1982.
- 13.- Guerrero, Julio. La Génesis del Crimen en México. Edit. Porrúa. México. 1983.

- 14.- Horgan, John J. Investigación Penal. Edit. CECSA. - México. 1982.
- 15.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomos I, II y III Edit. Porrúa. México. 1982.
- 16.- Jiménez de Asúa, Luis Tratado de Derecho Penal. Editorial Losada. Buenos Aires. 1965. Tomo III.
- 17.- Lozano, José María. Prontuario de Procedimientos Penales. Edit. Porrúa, S.A. México. 1982.
- 18.- Lozano, Mario G. Los Grandes Sistemas Jurídicos. Edit. Debate. Madrid. 1982.
- 19.- Marchiori, Hilda. Personalidad del Delincuente. 3a. - Edic. Edit. Porrúa. México. 1984.
- 20.- Oscar Desfasiaux Trecheulo. Teoría y Práctica sobre - Criminalística. Edit. Colegio Internacional sobre Investigación Criminal. México. 1982.
- 21.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentario de Derecho Penal. Parte General: Robo, Abuso de Confianza y - - Fraude. Editorial Porrúa, S.A. México 1982.
- 22.- Petrocelli, Braccio. La Antijuridicidad. U.N.A.M. - - México. 1963.
- 23.- Porte Petit Candaudap, Eugenio. Apuntamientos de la - Parte General del Derecho Penal. Editorial Porrúa, - S.A. México. 1980.
- 24.- Porte Petid Candaudap, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Epoca. México. 1977.
- 25.- Vela Treviño, Sergio. La Antijuridicidad y su Justificación. Editorial Porrúa, S.A. México. 1981.

- 26.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México. 1981.