

676
26

ESTUDIO DOGMATICO
DEL DELITO DE ROBO DE FRUTOS
EN EL CODIGO PENAL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL

TESIS QUE PRESENTA
HUMBERTO MANUEL ROMAN FRANCO
PARA OSTENTAR LA LICENCIATURA EN DERECHO

U. N. A. M.
FACULTAD DE DERECHO
1 9 8 2



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

INDICE

	PAGINA
INTRODUCCION	
CAPITULO PRIMERO: DEFINICION, PRESUPUESTOS, CONDUCTA Y SU AUSENCIA.	1
1.1 DEFINICION	1
a) El que	2
b) Se apodera	2
c) De una cosa	14
d) Ajena	15
e) Nueble	17
f) Sin derecho	21
g) Y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.	23
1.2 PRESUPUESTOS	24
1.3 CONDUCTA O HECHO	26
1.3.1 SUJETOS DE LA CONDUCTA	28
1.3.1.1 SUJETO ACTIVO	29
1.3.1.2 SUJETO PASIVO	29
1.3.1.3 SUJETO OFENDIDO O AGRAVIADO	29
1.3.2 CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA.	29
1.3.2.1 ACCION	30
1.3.2.2 OMISION	30

	PAGINA	
1.3.2.2.1	OMISION SIMPLE	30
1.3.2.2.2	COMISION POR OMISION	31
1.3.2.3	UNISUBSISTENTE	31
1.3.2.4	PLURISUBSISTENTE	32
1.3.3	CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL RESULTADO.	32
1.3.3.1	FORMAL	32
1.3.3.2	MATERIAL	32
1.3.3.3	DE PELIGRO	33
1.3.3.4	DE DAÑO O DE LESION	33
1.3.3.5	INSTANTANEO	33
1.3.3.6	INSTANTANEO CON EFECTOS PERMANENTES	34
1.3.3.7	PERMANENTE	35
1.3.3.8	CONTINUADO	37
1.3.4	ELEMENTOS DE LA CONDUCTA	38
1.3.4.1	ELEMENTO PSIQUICO	38
1.3.4.2	ELEMENTO FISICO	38
1.3.4.3	RESULTADO	39
1.3.4.4	NEXO CAUSAL	39
1.4	AUSENCIA DE CONDUCTA	41
1.4.1	CASOS DE AUSENCIA DE CONDUCTA	42
1.4.1.1	VIS MAYOR O FUERZA MAYOR	42
1.4.1.2	VIS ABSOLUTA O FUERZA FISICA	43
1.4.1.3	SUENO	48

	PAGINA
1.4.1.4 SONAMBULISMO	51
1.4.1.5 HIPNOTISMO	52
1.4.1.6 ACTOS REFLEJOS	54
1.4.1.7 ACTOS INSTINTIVOS	55
1.4.1.8 ACTOS AUTOMATICOS	55
 CAPITULO SEGUNDO: EL TIPO, LA ATIPICIDAD, LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.	 66
2.1 EL TIPO	66
2.1.1 TIPICIDAD	73
2.1.2 CLASIFICACION DE LOS TIPOS	74
2.1.3 ELEMENTOS DEL TIPO	86
2.2 LA ATIPICIDAD.	103
2.3 LA ANTIJURIDICIDAD	119
2.4 LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.	132
2.4.1 LEGITIMA DEFENSA	144
2.4.2 ESTADO DE NECESIDAD	158
2.4.3 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	167
2.4.4 EJERCICIO DE UN DERECHO	173
2.4.5 IMPEDIMENTO LEGITIMO	179
2.4.6 OBEDIENCIA JERARQUICA	182
2.4.7 CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO.	187
 CAPITULO TERCERO: LA IMPUTABILIDAD, LAS CAUSAS DE IMPUTABILIDAD, LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD.	 209
3.1 LA IMPUTABILIDAD.	209
3.1.1 ACCIONES LIBARAE IN CAUSA.	215

	PAGINA
3.2 LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD	218
3.2.1 MINORIA DE EDAD	219
3.2.2 MIEDO GRAVE	224
3.2.3 TRASTORNOS MENTALES	226
3.2.4 ESTADOS DE INCONSCIENCIA	228
3.3 LA CULPABILIDAD	236
3.3.1 FORMAS DE CULPABILIDAD	246
3.3.1.1 EL DOLO	249
3.3.1.2 LA CULPA	255
3.3.1.3 LA PRETERINTENCION	272
3.4 LA INCULPABILIDAD	281
3.4.1 EL ERROR	284
3.4.2 LA OBEDIENCIA JERARQUICA	295
3.4.3 EXIMENTES PUTATIVAS	295
A) LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA	296
B) LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA RECIPROCA	298
C) LEGITIMA DEFENSA REAL CONTRA LA PUTATIVA	298
D) ESTADO DE NECESIDAD PUTATIVO	299
E) DEBER Y DERECHOS PUTATIVOS	300
3.4.4 NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA	301
A) TEMOR FUNDADO	302
B) ENCUBRIMIENTO DE PARIENTES Y ALLEGADOS	304
C) ESTADO DE NECESIDAD TRATANDOSE DE BIENES DE LA MISMA ENTIDAD.	305
3.4.5 EL CASO FORTUITO	308

	PAGINA
CAPITULO CUARTO: LA PUNIBILIDAD, LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS, LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y LAS AGRAVANTES.	331
4.1 LA PUNIBILIDAD	331
4.1.1 CONDICIONALIDAD OBJETIVA	335
4.2 EXCUSAS ABSOLUTORIAS	339
4.2.1 FORMAS DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS	340
A) EN FUNCION DE LA CONSERVACION DE LOS VINCULOS FAMILIARES.	340
B) POR RAZONES DE MINIMA TEMIBILIDAD	341
C) EN RAZON DE LA MATERNIDAD CONSCIENTE	341
D) OTRAS EXCUSAS POR INEXIGIBILIDAD	345
4.3 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES	351
4.4 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	358
4.4.1 EN RAZON DEL MEDIO EMPLEADO	361
4.4.2 EN RAZON DEL LUGAR DONDE SE COMETA	368
4.4.3 EN RAZON DE LA RELACION PERSONAL	374
4.4.4 EN RAZON DE LA RELACION PERSONAL Y EL OBJETO DONDE SE COMETA.	337
4.4.5 EN RAZON DEL OBJETO	388
4.4.6 EN RAZON DEL OBJETO Y EL LUGAR DONDE SE COMETA	397
4.4.7 EN RAZON DEL APROVECHAMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS.	397
4.4.8 EN RAZON DEL NUMERO DE PERSONAS	398
4.4.9 EN RAZON DE LAS PERSONAS Y EL MEDIO EMPLEADO.	402
4.4.10 SUSPENSION DE DERECHOS.	402

	PAGINA
CAPITULO QUINTO: EL INTER CRIMINIS, EL CONCURSO DE DELITOS Y CONCURSO DE PERSONAS.	418
5.1 EL INTER CRIMINIS.	418
5.1.1 FASES DEL INTER CRIMINIS	419
5.1.1.1 FASE INTERNA	420
a) Ideación o idea criminosa	420
b) Deliberación	420
c) Resolución	420
5.1.1.2 FASE EXTERNA	425
a) Manifestación	425
b) Preparación.	425
b.1 Actos Unívocos	425
b.2 Actos Equívocos	425
c) Ejecución	425
5.1.1.3 TENTATIVA	431
a) Formas de Tentativa	433
a.1 Acabada	433
a.2 Inacabada	433
5.1.1.4 DELITO IMPOSIBLE	436
5.2 CONCURSO DE DELITOS	450
5.2.1 REAL O MATERIAL	450
5.2.2 IDEAL O FORMAL	450
5.3 CONCURSO DE PERSONAS	463
5.3.1 AUTOR INTELECTUAL	482

	PAGINA
5.3.2 AUTOR MATERIAL	482
5.3.3 COAUTORES	482
5.3.4 AUTOR MEDIATO	485
5.3.5 COMPLICES	486
5.3.6 ENCUBRIDORES	493
CAPITULO SEXTO: REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.	516
6.1 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	516
6.1.1 LA DENUNCIA	517
6.1.2 LA ACUSACION	519
6.1.3 LA QUEJELLA	522
CONCLUSIONES	536
BIBLIOGRAFIA	539

INTRODUCCION

Al llegar el momento de la elaboración de la tesis para ostentar la Licenciatura en Derecho, y una vez elegido el tema, consideré conveniente elaborar en seis capítulos el presente estudio, posteriormente dividir el estudio de cada uno de los elementos del delito en tres partes: primero mencionando el concepto y características que se dan de él; segundo lo que los tratadistas mencionan de su aplicación al robo; y por último adaptarlo al "robo de frutos".

En este punto se enfrenta, entre otros obstáculos, a los diferentes criterios e ideas, que cada uno de los estudiosos de la materia, tienen.

Ante este y otros obstáculos, opté por seguir el método que aprendí del maestro Ricardo Franco Guzmán al tomar el curso que imparte de la materia Derecho Penal II (Delitos en particular), y tratar de conciliarlo con las ideas de los otros tratadistas.

Ya en este punto consideré que mi tesis fuera un trabajo de investigación, en el que recopilara textualmente, lo más importante --a mi criterio-- que sobre cada uno de los temas, ha escrito cada uno de los maestros consultados, ya sea acerca de la idea general o sobre la aplicación al robo, para posteriormente tratar de adaptarlo al presente tema.

Aun cuando el robo de frutos visto a la ligera, puede considerarse como un simple robo, por ser éstos un bien mueble, estimo, que ante la cada vez más difícil situación por la que atravieza nuestro país, este será uno de los lícitos que más frecuentemente se presentará, ante la necesidad imperante del ser humano, de allegarse satisfactores para su sobrevivencia.

CAPITULO PRIMERO
DEFINICION, PRESUPUESTOS, CONDUCTA Y SU AUSENCIA

1.1. DEFINICION

- a) El que
- b) Se apodera
- c) De una cosa
- d) Ajena
- e) Mueble
- f) Sin derecho
- g) Y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

1.2 PRESUPUESTOS

1.3 CONDUCTA O HECHO

1.3.1 SUJETOS DE LA CONDUCTA

- 1.3.1.1 SUJETO ACTIVO
- 1.3.1.2 SUJETO PASIVO
- 1.3.1.3 SUJETO OFENDIDO O AGRAVIADO

1.3.2 CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA

- 1.3.2.1 ACCION
- 1.3.2.2 OMISION
 - 1.3.2.2.1 OMISION SIMPLE
 - 1.3.2.2.2 COMISION POR OMISION

- 1.3.2.3 UNISUBSISTENTE
- 1.3.2.4 PLURISUBSISTENTE

1.3.3 CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL RESULTADO

- 1.3.3.1 FORMAL
- 1.3.3.2 MATERIAL
- 1.3.3.3 DE PELIGRO
- 1.3.3.4 DE DAÑO O DE LESION
- 1.3.3.5 INSTANTANEO
- 1.3.3.6 INSTANTANEO CON EFECTOS PERMANENTES
- 1.3.3.7 PERMANENTE
- 1.3.3.8 CONTINUADO

1.3.4 ELEMENTOS DE LA CONDUCTA

- 1.3.4.1 ELEMENTO PSIQUICO
- 1.3.4.2 ELEMENTO FISICO
- 1.3.4.3 RESULTADO
- 1.3.4.4 NEXO CAUSAL

1.4 AUSENCIA DE CONDUCTA

1.4.1 CASOS DE AUSENCIA DE CONDUCTA

- 1.4.1.1 VIS MAYOR O FUERZA MAYOR
- 1.4.1.2 VIS ABSOLUTA O FUERZA FISICA
- 1.4.1.3 SUEÑO
- 1.4.1.4 SONAMBULISMO
- 1.4.1.5 HIPNOTISMO
- 1.4.1.6 ACTOS REFLEJOS
- 1.4.1.7 ACTOS INSTINTIVOS
- 1.4.1.8 ACTOS AUTOMATICOS

CAPITULO PRIMERO

DEFINICION, PRESUPUESTOS, CONDUCTA Y SU AUSENCIA

1.1 DEFINICION

En el código sustantivo penal vigente para el Distrito Federal, - no existe una definición sobre la conducta denominada ROBO DE FRUTOS, debido a que no puede ser casuístico y por lo mismo se tiene que recurrir a la definición existente de robo genérico, - ante lo cual primero mencionaré el robo genérico, para posteriormente definir el robo de frutos.

Osorio y Nieto define al robo como el apoderamiento ilícito de un bien mueble, en desapoderar, en despostrar de la cosa a quien la tiene en su poder a título de dueño y poseedor para trasladar la a la esfera material del poder del activo; el apoderamiento puede ser directo y personal por aprehensión directa, por fuerza muscular, puede ser indirecto -caso menos frecuente- cuando se emplean terceros o medios mecánicos; es de especial importancia precisar el apoderamiento, dominio de la cosa, poder material sobre ella porque el apoderamiento es el momento consumativo del robo y el núcleo del mismo tipo. (1).

La definición legal la encontramos en el numeral 367 del código sustantivo penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra dice:

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

El artículo antes transcrito se encuentra en el Libro Segundo, - Título Vigésimo Segundo, bajo el rubro de los delitos en contra de las personas en su patrimonio, Capítulo Primero; dicho capítulo comprende del artículo 367 al 381 Bis inclusive; siendo -- aplicables al robo también lo previsto en el numeral 399 bis párrafo primero, y los artículos comprendidos en el Libro Primero, referentes a las reglas generales.

Utilizando el sistema exegetico, al desglosar el artículo antes-transcrito, encontramos lo siguiente:

a). "..... EL QUE"

Indicación que hace referencia a cualquier persona que pueda realizar la conducta típica, descrita posteriormente.

b) "..... SE APODERA"

El apoderamiento es la aprehensión de la cosa, por la que se entrega en su posesión o sea que se "ejerce sobre ella un poder de hecho", ... la aprehensión puede efectuarse por cualquier procedimiento: personal e inmediato, mediato ... por medio de cosas inanimadas, ... o de la fuerza bruta, ..." ⁽²⁾. Apoderamiento es el acto por el cual la cosa ajena pasa a poder del ladrón. ⁽³⁾; Apoderamiento es el acto de hacer llegar una cosa a nuestro poder, por este término poder se entiende la facultad de disposición sobre la cosa para fines propios, siendo ante todo, la facultad de disponer un acto de la voluntad por la que actuamos sobre la cosa deliberada y conscientemente. ⁽⁴⁾. El apoderamiento en el robo, no es sino la acción por la cual el agente activo -- del delito toma la cosa que no tenía, privando así del objeto a su propietario o detentador legítimo. ⁽⁵⁾; El apoderamiento es acción constitutiva del delito de robo, al disponer al ofendido de un objeto de su propiedad. ⁽⁶⁾; Dos son los elementos integrantes del apoderamiento en el delito de robo; el material o externo, que consiste en la aprehensión de la cosa, y el moral o interno, consistente en el propósito del activo, en efecto, siendo el delito un acto humano, no se le puede considerar desligado del elemento moral (conocimiento y voluntad) que es de su esencia, tan cierto es esto, que nuestra legislación penal, clasifica los delitos en intencionales o no intencionales o de imprudencia, precisamente atendiendo a este elemento interno, de lo contrario, no tendría razón de ser las circunstancias excluyentes de responsabilidad, ni tendrían existencia jurídica algunos delitos, como el parricidio, uno de cuyos elementos es el conocimiento del parentesco por parte del activo, conocimiento que lleva -

inherente la voluntad (o el propósito) de dañar al pasivo, sin el cual dejaría de ser parricidio, así pues, en el delito de robo, - el acto material consistente en el apoderamiento, lleva el elemento moral o subjetivo que consiste en el propósito (conocimiento y voluntad) de apoderarse de lo que es ajeno por parte del activo. (7).

El apoderamiento, presupone un desplazamiento, generalmente real, aunque a veces quepan apoderamientos ideales de la cosa o bien sobre que versan, por lo que constituye una relación complementaria, y en cierto modo sinalagmática, del enriquecimiento propio y empobrecimiento ajeno, entendidos ambos en sentido lato y no circunscrito a lo estrictamente personal, que puede muy bien no acreditarse en el aspecto económico real, el apoderamiento o desplazamiento del bien, tenido por otro en propiedad o posesión, y aún meramente en precario, es signo dinámico que distingue prima facie un crecido número de infracciones lucrativas de otras que no lo son, y que consistiendo en una disminución del patrimonio, no implican el correlativo lucro, como es el caso en las de daño., - el término apoderamiento ha de ser interpretado como sinónimo de los verbales empleados por el código de tomar, sustraer, usurpar, defraudar y distraer, comprensivos de desplazamientos reales o ideales de bienes ajenos, muebles, inmuebles, fluidos e inmateriales, en tanto que constituyan una separación de una determinada esfera de dominio u otra. (8).

Apoderarse significa poner la cosa bajo nuestro poder, hacerla entrar dentro de nuestra esfera de actividad., no expresa una simple acción material, sino que va unido íntimamente un elemento subjetivo-finalista. (9).

El núcleo del tipo de robo radica en el apoderamiento que ha de realizar el sujeto activo. Apoderarse uno de alguna cosa tanto significa, según el Diccionario de la Academia Española, como "poner bajo su poder". Empero, como para la configuración del delito de robo se precisa que la cosa esté previamente en posesión ajena, esto es, en poder de otra persona, necesario es determinar cuándo previo quebrantamiento de dicha posesión, la cosa queda en

poder del agente. Esta determinación tiene importancia capital, pues ella pende, presupuesta la concurrencia de los demás elementos típicos, la perfección del delito. Existen de antiguo diversos criterios para determinar en qué consiste y cuándo se integra el "apoderamiento" enraizado en la conducta o comportamiento ejecutivo del delito, en puridad, las diversas teorías elaboradas en el problema fincan sus pilares en los diversos momentos del proceso ejecutivo. Vamos a exponerlas a continuación, absteniéndonos de mencionarlas con los nombres latinos con que son conocidas, -- pues, como a dichos nombres no se acuerda por los escritores igual significación, su empleo es proclive a confusionismos y equívocos. Según la más antigua teoría, el robo se perfecciona por el hecho de tocar al sujeto activo la cosa en la mano. Esta teoría está impregnada del sacramental simbolismo del primigenio Derecho Romano. En la actualidad es insostenible, pues el solo hecho de tocar la cosa no implica un apoderamiento de la misma, -- habida cuenta de que no quebranta la posesión o poder de hecho -- que sobre la cosa tiene el sujeto pasivo. (Algunos escritores denominan teoría de la apprehensio rei el criterio expuesto. -- Otros, en cambio, consideran que dicho criterio es el que forja -- la teoría de la contractatio, voz latina que significa tocar la -- cosa con la mano). Extraordinaria importancia ha tenido y tiene la teoría de la remoción. Carrara sostiene que el robo se consuma cuando la cosa ajena ha sido desplazada del sitio en que se hallaba y no ya por el acto de ponerse la mano sobre ella, pues sólo cuando acaece aquel desplazamiento surge la violación de la posesión ajena. Si se prescinde del momento de la remoción, el -- cual implica en sí mismo una violación completa de la posesión, -- no se podría encontrar un criterio exacto para determinar el momento consumativo del robo, pues, incluso, entre los que niegan -- que la esencia del delito radica en la remoción de la cosa, se advierte una fluctuación ineludible. Unos sostienen que se consuma cuando el objeto robado es sacado de la cámara en que se encuentra; otros, de la casa; otros de la adyacencias; y, finalmente, otros, cuando el ladrón ha llevado al lugar a que la destinaba. (programa, parágrafos 2018 y 2019. Esta doctrina es llama

da, por unos, de la contractatio, en tanto que la mayoría la denomina teoría de la amotio. Un tercer criterio estima insuficiente la simple remoción de la cosa, por quedar impreciso el sitio al que se desplaza, y exigen que la cosa sea transportada por el ladrón a otro lugar fuera de la esfera en que estaba colocada y en la acción del culpable. (en tanto que unos escritores llaman a esta teoría de la apprehensio, la mayoría la denomina de la ablatio.). Finalmente, una cuarta teoría -de la illazione- considera que sólo puede considerarse integrado el delito, cuando la cosa ha sido transportada por el ladrón al lugar seguro donde se propuso, antes del robo, ocultarla. El Código Penal estatuye -- que "para la aplicación de la sanción se dará por consumado el robo desde el instante en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella". Empero, como el precepto que acaba de transcribirse deja sin resolver la cuestión, pues silencia las bases materiales que deben concurrir para que deba concluirse que el ladrón tuvo en su poder la cosa, compete a la interpretación esclarecer el problema. El sujeto activo del robo tiene en su poder la cosa robada cuando, en cada caso concreto, concurren aquellas circunstancias fácticas -- precisas para que lógicamente y jurídicamente pueda afirmarse que ha quebrantado la posesión ajena y que, la cosa, de hecho, ha quedado, aunque sólo fuera momentáneamente, bajo su potestad material. Esta situación fáctica se produce, evidentemente, cuando el ladrón desplaza del lugar en que su poseedor la tenía, siempre, naturalmente, que concorra, además, el elemento subjetivo que, como luego veremos, se precisa para la configuración de este injusto tipo. Empero,erraría todo aquel que creyera que el apoderamiento presupone rígidamente que el ladrón aprehenda materialmente la cosa con sus manos, pues, como vamos a demostrar en seguida, también puede existir apoderamiento cuando la cosa ya estaba en manos del sujeto activo. Existen, en efecto, determinadas situaciones fácticas, en las que el sujeto activo se apodera de la cosa y quebranta la posesión ajena, en ocasión o aprovechando la circunstancia de tener la cosa en sus manos, en virtud de la posi

ción personal de dependencia en que se encuentra respecto al poseedor. El artículo 793 del Código Civil valora jurídicamente estas situaciones fácticas, en las que ni tan siquiera puede hablarse de una posesión precaria ya que quien tiene contacto físico con la cosa obra como *longa manus* del poseedor: frecuentemente, bajo su propia custodia, pues establece que "cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste, en cumplimiento de las órdenes o instrucciones que de él ha recibido, no se le considerará poseedor". Entrarían aquí las conductas del criado que tiene en sus manos para limpiarlos los objetos poseídos por su patrón; del dependiente del comercio que toma los objetos del establecimiento donde trabaja para ser exhibidos al posible comprador; del maletero que transporta el equipaje que el viajero pone en sus manos para que, bajo su vigilancia, lo cargue al autobús o al ferrocarril; y todas aquellas otras situaciones que pueden presentarse, en las que en vez de estar colocada la cosa, por voluntad de su poseedor, permanentemente en un lugar determinado, puede, por su propio destino y voluntad de su poseedor, ser trasladada por el criado o el dependiente, de un lugar a otro de la casa o del establecimiento comercial o transportarla de un lugar a otro de la vía pública por la fuerza física de la persona a quien se contrataba con dicho fin. El apoderamiento de la cosa no puede, en estas situaciones, considerarse efectuado por la simple remoción del lugar o mutación espacial del objeto, habida cuenta de que dicha remoción o cambio no quebranta la posesión ajena, pues quien la realiza actúa, en relación con el poseedor, en una situación de dependencia que le faculta remover la cosa sin quebrantar la posesión, esto es, el poder de hecho que el poseedor tiene sobre ella. Estos desplazamientos estrictamente materiales o naturalísticos, no implican un apoderamiento de la cosa, ya que no quebrantan la posesión que sobre la misma existe. Sólo las remociones o desplazamientos que quebranten la posesión ajena, constituyen, en pluralidad, el apode

ramiento que configura el delito de robo. El criado que toma en sus manos la bandeja de plata de su patrón y la lleva a la cocina para limpiarla, no efectúa una remoción o desplazamiento que quebranta la posesión que sobre ella tiene el dueño de la cosa; mas si en vez de devolverla a su lugar la saca de la casa para apropiársela o, con el mismo fin, se la entrega por la ventana a su cómplice, realiza un apoderamiento típicamente antijurídico. El dependiente de comercio que coge el reloj que se exhibe en el escaparate para que lo examine un cliente, no realiza una remoción o desplazamiento que quebrante la posesión existente sobre el objeto indicado, pues por razón de su cargo está autorizado para -- efectuar estos cambios de espacio y lugar; pero si en vez de -- reinstalar el objeto en el lugar que le corresponde, lo introduce, con ánimo de apropiación, en su bolsillo o, con el mismo fin, lo saca del establecimiento, efectúa un apoderamiento antijurídico, -- pues esta sustracción quebranta la posesión ajena. El maletero de la estación que carga la maleta que el viajero ha puesto en -- sus manos para que con su fuerza física la conduzca al autobús, -- no efectúa un desplazamiento o remoción antijurídica de dicho objeto, en tanto que camina junto al viajero poseedor de la maleta; pero la posesión que éste tiene sobre dicho objeto, antijurídica -- mente se quebranta en el mismo instante en que el maletero con -- ánimo de apropiarse del objeto que porta, se aleja, aprovechando la aglomeración o el tumulto, de la compañía del viajero, pues a partir de ese preciso instante su actividad ambulatoria deviene típicamente antijurídica, ya que quebranta la ajena posesión. Finalmente, existen otras situaciones en las que el sujeto activo -- se apodera de la cosa ajena aprovechando también la ocasión de tenerla físicamente en sus manos, aunque no por razón de dependencia sino por cualquier otra de la vida social, como, por ejemplo, acontece cuando un comerciante entrega a su eventual comprador -- una joya para que la examine y éste huye con ella o la esconde, o cuando el dueño del restaurante pone sobre la mesa el cubierto para uso de su cliente y éste huye con él. El apoderamiento anti-

jurídico se efectúa en estos casos, precisamente, cuando quien -- mantenía contacto físico con la cosa, aprovecha esta circunstancia fáctica y huye con ella o la hace desaparecer. Por tanto, -- son científicamente inexactas y didácticamente erróneas las frases de que se vale González de la Vega para sintetizar la diferencia conceptual que existe entre el delito de robo y el de abuso -- de confianza, consistente en que en el primero "el infractor va -- hacia la cosa" y en el segundo "la cosa va hacia el infractor". (10)

El Diccionario dice: "Apoderar: hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, PONERLA BAJO SU PODER". Por apoderamiento debe entenderse no solamente la APREHENSION REAL DE LA COSA; sino también la acción de PONERLA BAJO SU PODER, bajo su control personal. Habrá actos en que el ladrón, por medio de su acción, del movimiento que lleva a cabo, tome la cosa en sus manos: El que se apodera de una cartera, sacándose la del bolsillo a su dueño. Pero en otras ocasiones, la podrá bajo su poder por el empleo de medios indirectos: El robo de gallinas, el empleo de animales -- amaestrados, de instrumentos de aprehensión de instrumentos colocados en forma y condiciones especiales, el empleo de imanes, -- etc. La acción consumativa en el delito de robo es EL APODERAMIENTO DE LA COSA MUEBLE. El elemento subjetivo del delito, -- constituye por la intención delictuosa del agente. El "dolo específico" de este delito es el "animus lucrandi". De acuerdo -- con el artículo 9 del Código Penal, la intención dolosa se presume, salvo prueba en contrario. Y salvo también que el tipo del delito exija para su configuración la prueba de la intención delictuosa del "Animus" específico. En el caso del robo el "ANIMUS", la intención delictuosa del agente del delito, se manifiesta con la acción de apoderarse de la cosa. De manera que el delito de robo no puede padecer la modalidad culposa. No puede -- pensarse en un apoderamiento de la cosa mueble por imprudencia, -- imprevisión, negligencia, falta de reflexión o de cuidado. El tipo del delito de Robo de uso, requiere, como veremos después, -- romper, precisamente con la presunción juris tantum que establece

el artículo 90. del Código Penal, además de lleno de otros requisitos, demostrando el agente del delito que se apoderó de la cosa no para hacerla entrar en su patrimonio, sino simplemente para usarla. El artículo 369 del Código previene se tenga por consumado el robo, para la aplicación de la pena, desde el momento en que el ladrón tiene la cosa en su poder, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella. Para evitar confusiones se modificó el artículo 370 del ordenamiento de 71, que decía: Para la imposición de la pena se da por consumado el robo, al momento en que el ladrón tiene en sus manos la cosa robada.....". Esto condina lo expuesto acerca de la acción consumativa del delito. No solamente para la aplicación de la sanción se tendrá en cuenta esa circunstancia, sino para todos los efectos penales en relación con el delito de que se trata. En el Derecho Francés la acción consumativa del delito es la SUBSTRACCION FRAUDULENTA de la cosa. Necesita, no sólo el apoderamiento de la cosa, sino que la misma queda bajo el control o la esfera de acción del sujeto activo del delito, y absolutamente substraída a la de su legítimo propietario. (11).

Son cuatro las teorías que sehan elaborado para determinar el momento consumativo en el robo: a) Teoría de la contractatio o del tocamiento. Para esta teoría, el robo se consuma apenas el ladrón toca la cosa ajena mueble, es decir, cuando hay aprehensión de ella. Quintano Ripollés considera que el elemento formal del apoderamiento diríase que se perfecciona, por la dinámica misma de la acción, en el instante de la material aprehensión de la cosa, y sin embargo, como quiera que el delito contra la propiedad o contra la posesión, que para el caso es lo mismo, requiere una cierta efectividad de disposición, siquiera sea en potencia, el episodio de mera "contractatio" no es bastante eficiente para la perfección total. Comentando el artículo 514 del Código Español, Puig Peña afirma que el verbo "tomar", al decir de Carra ra, "era el que mejor expresaba la significación de la palabra --

'contractatio', que no era el simple tocar la cosa, sino la aprehensión de la misma. Este apoderamiento significa traer hacia nuestro poderío la cosa, sacándola de la disponibilidad del titular". De lo anterior infiere el autor que "el hurto queda consumado desde que el culpable toma la cosa, quedando ésta a su disposición, aunque sea por breves momentos, siendo indiferente para determinar el momento consumativo del hurto que el autor se apropie de la cosa sustraída". Con justicia se ha puesto de relieve, por la doctrina, la exagerada extensión y rigor de la teoría de la aprehensión, la cual, si se justificó en el Derecho romano por la inexistencia de la noción de la tentativa, ahora resulta formal y fuera de realidad al anticipar la consumación a un acto que por sí mismo, no perfecciona materialmente el delito. De allí que en la actualidad sólo se le otorgue un relativo valor histórico.

b) Teoría de la amotio. Esta doctrina, dice Núñez, hace consistir la acción material del hurto en la amotio de la cosa ajena, esto es, en su remoción del lugar donde se encuentra y requiere el resultado, consecutivo a la acción del ladrón, de que la cosa sea removida de un lugar a otro. Para Carrara, su principal sostenedor, el acto consumativo no radica ya en llevar la mano sobre la cosa ajena sino en el evento ulterior, en la consecuencia de la acción, la cual constituye el resultado en el delito, esto es, la remoción de la cosa de un lugar a otro, integrante de la violación del derecho de posesión. Argumenta el célebre jurista que si el delito se consuma, ya no con el acto señalado de llevar la mano sobre la cosa ajena, sino con el resultado de esa acción y que es consecutivo de ella, consistente en que la cosa haya sido removida de un lugar a otro, remoción que constituye el evento consumativo, el hurto deja de ser un delito formal y se transforma en un delito material, radicando su esencia en ser una violación a la posesión ajena.

c) Teoría de la ablatio. Esta Teoría, para algunos, viene a completar la teoría de la amotio, por considerarse que ésta era insuficiente por no determinar el lugar ad quem de la remoción, exigiéndose que la cosa fuera quitada a su poseedor, vale decir, la ablatio de ella. Parte de la -

consideración de que deben distinguirse dos momentos en la remoción de la cosa: 1° La aprehensión de ella, y 2° Su traslado del lugar en que se hallaba a otro diverso (terminus ad quem), resultando que sólo puede configurarse la ablatio o sustracción -- cuando se satisfagan tales elementos de ella. La doctrina de la ablatio es, dice Fontán Balestra, una variante de la teoría de la amotio, en cuanto agrega a la exigencia de la remoción de la cosa, el que ésta implique su traslado "fuera del lugar de la aprehensión" o de la "esfera de custodia" de su tenedor, según las diversas opiniones doctrinales. A Etchebarría le parece que la legislación chilena es "un poderoso argumento en favor de la teoría de la ablatio", pues la expresión apropiarse, cuya significación -- equivale a la adquisición de hecho de un poder de uso, goce y disposición de la cosa, sólo se da íntegramente cuando la cosa sale de la esfera de custodia del titular, lo que no siempre ocurre -- cuando existe el mero desplazamiento de ella. Por eso, si bien la teoría de la amotio tiene utilidad en ciertos casos, en la mayoría no es posible establecer la existencia de un poder de hecho sobre la cosa con su simple remoción, máxime cuando la ley no se refiere al solo tomar sino al apropiarse. d) Teoría de la -- illatio. Por último, esta teoría, de antiguo origen, estima con sumado el delito cuando el agente la ha trasladado al lugar que previamente le tenía designado, poniéndola en seguridad. ¿Cuál es el criterio correcto?. Nosotros creemos que existe apoderamiento cuando la cosa sale de la esfera de poder del dueño o del poseedor para entrar en la esfera de acción del ladrón, o como dice Núñez, hay consumación de apoderamiento del ladrón, este es, -- del hurto, cuando hay desapoderamiento del perjudicado. Una -- vez que el apoderamiento otorga la potestad dominical al aprehensor, la perfección consumativa, es total, expresa Quintano Ripo -- llés, aunque el tiempo de la posibilidad del disfrute sea exigua y aunque falte la utilización subjetiva que integraría ya formas de agotamiento, intrasendentes en Derecho Penal, aunque pudieran serlo a efectos de la responsabilidad penal. Confirmando tal --

punto de vista la H. Suprema Corte de Justicia ha sostenido: --
 "El apoderamiento en el robo, no es sino la acción por la cual -
 el agente activo del delito toma la cosa que no tenía, privando
 así del objeto a su propietario o detentador legítimo; y la - -
 afirmación del inculpado de que el apoderamiento no lo realizó -
 con el ánimo de apropiarse de las cosas, sino que lo hizo para -
 garantizar una deuda, es inadecuada por cuanto ninguna persona -
 puede hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para re-
 clamar su derecho. (Semanario Judicial de la Federación. Tomo
 XXX pp. 1745-1746, 5ª Epoca.). (12).

En nuestro Derecho el apoderamiento es la acción consumativa del
 delito de robo. Para la aplicación de la sanción, se dará por
 consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su
 poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de
 ella (art 369 del Código Penal). Al redactarse el anterior pre-
 cepto del Código vigente, se mejoró técnicamente el viejo artícu-
 lo 370 del Código de 1871, que daba por consumado el robo en el
 momento en que el ladrón "tiene en sus manos la cosa robada". -
 Como esta última disposición limitaba literalmente el robo a - -
 aquella forma de apoderamiento directo y físico en que el ladrón
 así la cosa con sus propios órganos corporales de aprehensión, -
 el Código Vigente, con mejor técnica, substituyó esa frase por la
 de "tiene en su poder la cosa robada", que permite incluir los -
 apoderamientos desviados o indirectos. La redacción del artícu-
 lo 369, anteriormente transcrito, revela sin lugar a dudas que -
 basta el manejo sobre la cosa, la aprehensión de la misma, para
 que se consuma el delito, por supuesto, siempre que estén reuni-
 dos los demás elementos de la infracción. Este sistema Mexica-
 no es diferente, según expresamos en párrafos precedentes, al --
 del Código francés, en el que el elemento sustracción fraudulen-
 ta, según la doctrina y la jurisprudencia, se descompone en dos
 movimientos sucesivos: la aprehensión o apoderamiento de la co-
 sa y el enlèvement, o sea el desplazamiento o movilización de la
 cosa que trae como consecuencia hacerla salir materialmente de -

la esfera de acción del legítimo tenedor, para hacerla integrar dentro de la esfera de acción del autor. Usando el lenguaje jurídico francés, por desplazamiento no debe entenderse cualquier movimiento físico sobre la cosa ligado directamente a su aprehensión, sino aquel movimiento mecánico que retira la cosa del alcance material en que la tiene su dueño o poseedor legítimo, para llevarla al pleno dominio ilícito del ladrón. Según Garraud, la substracción fraudulenta es la maniobra por la cual un individuo quita o se lleva un objeto cualquiera contra la voluntad de su legítimo propietario; la substracción es, pues, a la vez, -- una aprehensión y un desplazamiento. En otras palabras, "la aprehensión no es una manifestación completa de la voluntad del ladrón sino hasta que por el desplazamiento se consuma el acto material incriminado". La solución francesa tiene el grave inconveniente de sembrar dudas en gran número de casos sobre el momento preciso en que se consuman determinados robos; los límites entre la tentativa y el delito completo son imprecisos por la ambigüedad del criterio de enlèvement. Nuestra legislación, -- desde 1871, tuvo gran fortuna al precisar en un acto único el momento consumativo del robo, el apoderamiento ilícito y no consentido, estableciéndose así delimitación clara entre la forma incompleta y la completa de la infracción; por eso, de acuerdo -- con la parte final del precepto que comentamos, el abandono o el desapoderamiento inmediato de la cosa no destruye la consumación del delito. Si apoderarse es desposesionar a otro de la cosa, tomarla para sí, privarle de ella, claro está que la mecánica de la acción implica cierta movilización, por mínima que sea, del objeto; no basta que se toque con las manos la cosa, ya que la aprehensión indica la necesidad de tomarla; pero este movimiento de posesión en nuestro derecho no requiere llegar a un total substracción o alejamiento del bien. En resumen, daremos por consumado el robo en el preciso momento de la aprehensión directa o indirecta de la cosa, aún en los casos en que el ladrón, por temor a ser descubierto, la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar de donde la tomó, o en que,

al ser sorprendido en flagrante delito, se vea al mismo tiempo desahogado del objeto antes de todo posible desplazamiento. - Esta conclusión está más de acuerdo con las doctrinas modernas del Derecho Penal, para las que importa principalmente, más que el daño final, la estimación de la peligrosidad en las acciones delictivas. (13).

De todo lo expuesto debe concluirse, que el delito de robo se consuma, cuando el agente del delito tiene previa desposesión bajo su radio de acción, la cosa a que se refiere la ley penal, y por tanto, fuera de la del sujeto que puede disponer de ella con arreglo a la ley. (14).

Ricardo Franco Guzmán, considera que es incorrecto el vocablo en virtud de que hay veces en que se les de la cosa y lo tienen en las manos el sujeto activo, y considera que el momento consumativo del delito en esos casos es cuando se le da un destino diverso al fin que tenía. Indica que nuestra ley utiliza la teoría de la contraeactio o del tocamiento merced a lo dispuesto en el artículo 369 del Código vigente, al disponer que se consuma desde el momento en que se apodera -aprehende- de la cosa. Manifiesta también que no necesariamente el sujeto activo aprehende la cosa con sus manos, ya que puede valerse de instrumentos, án malos amaestrados, u otras personas, como si fuera una extensión de sus manos una longa manus. (15).

c) "... DE UNA COSA ..."

Por cosa se entiende un objeto corporal susceptible de tener un valor, el cual no debe ser necesariamente económico, pudiendo ser documental o meramente moral o afectivo, las cosas pueden ser sólidas, líquidas o gaseosas, sobre el fluido eléctrico, en tendido como cosa susceptible de apropiación. (16).

Es la realidad corpórea o incorpórea susceptible de ser materia considerada como bien jurídico. (17).

Toda entidad material individualizada y susceptible de deten ción, teniendo cualquier valor que la caracteriza como un bien

patrimonial. (18).

Todo objeto corporal del mundo externo que tiene cualquier utilidad económica y que puede ser sujeto al poder del hombre. (19).

Todos los objetos corporales u otras entidades naturales que tengan valor económico y sean susceptibles de apropiación o utilización. (20).

Cosa jurídicamente es toda sustancia corporal, material, susceptible de ser aprehendida que tenga un valor cualquiera. (21).

Las cosas consideradas en sí mismas se han dividido en corporales e incorpóreas, las que pueden tocarse o se hallan en la esfera de los sentidos, e incorpóreas, las que no existen sino intelectualmente o no caen en la esfera de los sentidos, como las obligaciones, las servidumbres y todos los derechos. (22).

Desde el punto de vista filosófico, cosa es todo aquello que tiene entidad, que puede ser concebido por la mente, que existe aún cuando sea en forma abstracta, físicamente, cosa es todo aquello que tiene una naturaleza corpórea, que puede ser aprehendida por los sentidos, económicamente es todo aquello que sirve, físicamente, para satisfacer una necesidad o permitir su cambio por otro satisfactor, jurídicamente las cosas son bienes, como afirma Platon, no cuando son útiles al hombre, sino cuando son apropiables. (23).

d) "..... AJENA"

Esta palabra de la definición no expresa de modo bastante claro el concepto que quiere indicar, pues más bien expresa una idea negativa que una idea positiva, no quiere significar que sólo puede quejarse de hurto el que demuestre ser dueño de la cosa robada, sino únicamente que el ladrón no debe ser el poseedor de ella, el primer concepto sería falso, pues vale el principio opuesto de que el ladrón no podrá nunca defenderse impugnando en el que

llante el dominio de la cosa robada, para el delito basta que no tenga derecho el que se la lleva. (24).

Para la configuración del delito previsto por el artículo 349, del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, no es requisito indispensable el que se sepa con certeza quien es el propietario o poseedor del bien mueble objeto del apoderamiento, ya que basta para ello, con que se llegue a la certidumbre jurídica de que los objetos muebles materia del delito, no correspondían legalmente al detentador. (25); para que exista el delito de robo, no es preciso que la cosa robada sea de la propiedad de la persona que funge como acusadora, sino que es bastante que no sea de la propiedad del acusado. (26); la falta de prueba sobre que la cosa robada pertenece a determinada persona, no basta para tener por inexistente el delito de robo, ya que ese delito puede existir aun cuando se ignore quien es el dueño del objeto robado. (27); de acuerdo con la interpretación que se ha dado al término cosa ajena, contenido en el precepto 367 de la Ley Sustantiva del Distrito Federal, idéntico al artículo 324 del Código Punitivo del Estado de Guanajuato, la locución significa exclusivamente que la cosa objeto del ilícito, no pertenece al sujeto activo, sin importar quien es su legítimo propietario o poseedor. (28); en cuanto a que el verdadero dueño no acreditó la preexistencia, propiedad y falta posterior de lo robado, cabe decir, que para que se integre el robo, basta que se compruebe que el acusado se apoderó de lo que no le pertenecía, sin derecho a ello. (29); este delito se comete aunque el inculpada ignore quien sea el dueño de la cosa materia de la infracción penal. (30); tratándose del delito de robo, no es menester acreditar la propiedad en favor de determinada persona, cuando por la comprobación de los elementos del delito no hay duda de que el apoderamiento se comete en cosa ajena. (31); aún en el caso de que el ofendido no hubiere probado plenamente la propiedad del objeto robado, no es indispensable ese dato para tener por comprobado el robo, si ese objeto, como lo confesó el quejoso, no era de su propiedad y,

por lo mismo, carecía de derecho para disponer de él. ⁽³²⁾; Si bien la creación de la figura castigada como delito de robo, es considerada como tuteladora del patrimonio, sin embargo, no precisa el tipo que lo describe que el afectado demuestre la propiedad de la cosa mueble, sino que basta que ésta sea ajena al agente, o, en otros términos, que dicha cosa no pertenece al acusado, por lo que, si éste se apodera de ella consume la usurpación que se menciona. ⁽³³⁾; basta que se trate del apoderamiento de una cosa ajena, es decir, de una cosa que no le pertenezca al ladrón, para que se integre el delito de robo, con independencia de que la víctima del apoderamiento, posea legal o ilegalmente el objeto. ⁽³⁴⁾; la circunstancia de no haberse identificado a la persona dueña del objeto robado, no es necesario para considerar cometido el delito de robo, toda vez que la definición de este acto delictuoso, sólo se contrae en este respecto a que el objeto sea ajeno, por tanto si en autos está probado esto, ello basta para tener por comprobado el cuerpo del delito, y más aún, si el acusado no demuestra la legal procedencia de dicho objeto. ⁽³⁵⁾; el cuerpo del delito de robo se justifica por la confesión del indiciado, aún cuando se ignore quien es el dueño de la cosa materia del delito. ⁽³⁶⁾.

c) "..... MUEBLE"

Dícese de los bienes que se pueden trasladar de un lugar a otro. ⁽³⁷⁾.

En virtud de que el código sustantivo penal vigente para el Distrito Federal no define lo que es un mueble, se debe recurrir al ordenamiento civil vigente para el Distrito Federal, y en el título Segundo del libro segundo, en el capítulo I hace referencia a los bienes inmuebles y en el capítulo II menciona a los inmuebles, sin embargo no todos los bienes que considera inmuebles -- son también considerados de tal manera para el derecho penal en virtud de su naturaleza locomovil, el artículo 750 del código ci_

vil a la letra dice:

Artículo 750.- Son bienes inmuebles:

- I. El suelo y las construcciones adheridas a él;
- II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas, mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares;
- III. Todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro del mismo inmueble, o del objeto a él adherido;
- IV. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredes por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos a la finca de un modo permanente al fundo;
- V. Los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente;
- VI. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca, directa o exclusivamente, a la industria o explotación de la misma;
- VII. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse, y las semillas necesarias para el cultivo de la finca;
- VIII. Los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario;
- IX. Los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua, así como los acueductos y las cañerías de cualquier especie que sirvan para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella;
- X. Los animales que formen el pie de cría en los pre-

dios rústicos destinados total o parcialmente al -
ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo
indispensables para el cultivo de la finca, mien__
tras están destinadas a ese objeto;

- XI. Los diques y construcciones que, aún cuando sean -
flotantes, estén destinados por su objeto y condi__
ciones a permanecer en un punto fijo de un río, la
go o costa;
- XII. Los derechos reales sobre inmuebles;
- XIII. El material rodante de los ferrocarriles, las li__
neas telefónicas y telegráficas y las estaciones -
radiotelegráficas fijas.

Con el estudio de las diversas fracciones se aprecia que a excep__
ción hecha de las fracciones I, IX y XII, las demás son conside__
radas por el derecho penal como bienes muebles; en virtud de po__
der ser trasladados de un lugar a otro, por sí mismos o a conse__
cuencia de una fuerza externa.

El artículo 752 del ordenamiento civil indica cuáles son los bie__
nes muebles, numeral que a la letra dice:

Artículo 752.- Los bienes son muebles por su naturaleza
o por disposición de la ley.

El artículo 753 indica lo que debe considerarse como bien mueble
por su naturaleza, numeral que a la letra dice:

Artículo 753.- Son muebles por su naturaleza, los mue__
bles que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se mue__
van por sí mismo, ya por efecto de una fuerza exterior.

El artículo 754 dispone lo que se debe entender por bienes mue__
bles por disposición de la ley, numeral que a la letra dice:

Artículo 754.- Son bienes muebles por determinación de -
la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tie__
ne por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en vir__

tud de acción personal.

Sin embargo, existe una tercera clasificación de bienes muebles, a la cual se les ha denominado "POR ANTICIPACION", los cuales es tán determinados en las fracciones I, II, III, IV, V, VI, VII, - VIII, X, XI y XIII, artículo 750, así como lo establecido por el artículo 757 ambos del Código Civil para el Distrito Federal, és te último que a la letra dice:

Artículo 757.- Los materiales procedentes de la demolición de un edificio, y los que se hubieren acopiado para - repararlo o para construir uno nuevo, serán muebles mientras no se hayan empleado en la fabricación.

En consecuencia debemos entender por cosa mueble, aquélla que es mueble por naturaleza (transportable); la que siendo mueble por naturaleza e inmueble por disposición de la ley, se convierte -- nuevamente en mueble, al desincorporarla del mismo inmueble, y - la que siendo inmueble al desprenderse de éste por el apoderamiento, se convierte en mueble. (38).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto ha establecido: Los objetos que por su propia naturaleza son muebles y que se encuentran adheridos al piso o a las paredes de una finca hipotecada, en tanto lo estén, se consideran inmuebles; pero -- una vez que se desprenden de aquellos lugares, dejan de tener -- tal carácter y si la finca pasa a propiedad del acreedor y el antiguo deudor desprende dichos bienes y los traslada a otro lugar para apropiárselos, comete el delito de robo previsto por el artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal, si no acredita que los propios objetos no quedaron comprendidos dentro de la hipoteca. (39); La apreciación de que la cosa robada no podía considerarse como bien mueble, por haber estado en servicio de - un inmueble, cuando fue levantada y llevada por los procesados, - es indebida, ya que desde el momento en que fue levantada o separada, no formaba ya parte de dicho inmueble, y al haberse apoderado de la misma sin derecho y sin consentimiento de su dueño, cometieron el delito de robo. (40); para clasificar los bienes muc

bles, tratándose del delito de robo, no debe estarse a las disposiciones que rigen en materia civil, sino a la naturaleza real de la cosa, como sucede si en la legislación civil respectiva, se clasifican como bienes inmuebles las cañerías de cualquier especie que sirvan, ya para conducir líquidos o gases a una finca o ya para extraerlos de ella, caso en el cual dichos bienes de bien reputarse como muebles, si el delito que se le imputa al acusado, se hace consistir en que aquél había quitado cañerías de una propiedad, esta tesis está confirmada por la teoría sustentada en el tratado sobre Derecho Penal de Garcón, que dice: estas razones indican que no es preciso transportar a la materia del robo, los principios que rigen en derecho civil, la distinción de bienes muebles e inmuebles, toda cosa que pueda ser trasladada, es susceptible de ser robada, aún, cuando, desde el punto de vista de la legislación civil, aquella debiera ser clasificada entre los inmuebles, por su naturaleza o por su destino.⁽⁴¹⁾ - las leguminosas pertenecen al inmueble, conforme a la ficción civil, hasta en tanto se encuentran vinculadas a la tierra que les dió origen, pero inmediatamente que son cortadas del tallo, que las sustentaba, para los fines penales, se conceptúa que adquirieron el carácter de bienes muebles, es decir, movilizables por la aplicación de fuerzas extrañas al ser recolectadas por el acusado.⁽⁴²⁾

f) ".....SIN DERECHO....."

Sin -denota carencia o falta.⁽⁴³⁾ derecho -conjunto de las leyes y disposiciones a que está sometida toda sociedad civil.⁽⁴⁴⁾

Elemento normativo del injusto, comprende el derecho mismo y la capacidad para ejercitarlo.⁽⁴⁵⁾

Es de parecer que la mención que hace nuestro código al describir el robo exigiendo su integración que el apoderamiento se realice sin derecho es innecesaria y en cierto sentido, teutológica, puesto que la antijuricidad es una integrante general de to

dos los delitos cualquiera que sea su especie. (46).

El requisito de la ilegitimidad, no es requerido expresamente -- por el artículo 624, por que es propio de todo delito. (47).

El artículo 367, se vale para describir el robo, de una inequívoca alusión a la antijuricidad, contenida en la expresión sin derecho que califica el apoderamiento que constituye el núcleo del tipo. (48).

La expresión sin derecho, es un elemento que consideramos innecesario que se haya incluido en la definición del robo, ya que si se actúa conforme a derecho, legítima o jurídicamente, no existe el delito, éste no es un elemento privativo del robo, sino del delito en general, por lo que resulta, tautológico el mencionarlo, pues la antijuricidad es un elemento integrante de todos los delitos, cualquiera que sea su especie, opinión que ya expresamos al estudiar la definición del homicidio, que en algunas legislaciones se incluye, muerte ilegítima, muerte ilícita, dicen en sus definiciones varios códigos extranjeros, lo que por cierto no hacemos en la nuestra, por lo cual resulta aún más extraño y poco técnico, que si en la definición del homicidio no se menciona, se incluya en la definición del robo, sobre todo, que al aceptar en ésta, una fórmula negativa, sin derecho, nos coloca, más que frente a una ausencia de tipo, frente a una causa de justificación. (49).

Considero que es lógica e innecesaria la inclusión de la expresión "sin derecho", ya que aún cuando el sujeto activo intente recuperar la propiedad o posesión de un mueble, si no lo hiciera en la forma legal que establecen las leyes civiles o penales, su conducta será antijurídica, cometiendo la conducta ilícita denominada robo, incluso el artículo 17 Constitucional entre otras cosas dice:

Artículo 17.- "..... ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su de

recho

- g) "..... Y SIN CONSENTIMIENTO (DE LA PERSONA QUE PUEDE DISPONER DE ELLA CON ARREGLO A LA LEY.".)

Y -conjunción copulativa, que sirve para enlazar dos palabras o dos oraciones con idéntica función gramatical.⁽⁵⁰⁾; sin -dengta carencia o falta.⁽⁴³⁾; consentimiento -permiso, autoriza__ción.⁽⁵¹⁾.

No es ilegítimo el apoderamiento si se hace mediando el consentimiento del propietario o de quien legítimamente puede otorgarlo. el consentimiento puede concederse expresa o tácitamente (p.e., -demostrando tolerancia) o presuntamente (caso del art. 378 c.p.) y sólo excluye el delito si es anterior a la perpetración de éste.⁽⁴⁵⁾.

Empero la frase sin derecho y sin consentimiento de la persona - que puede disponer de ella (de la cosa), es notoriamente redundante, pues actuar sin el consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley, es uno de los casos en que actúa sin derecho o antijurídicamente. Por otro lado, -¿quién puede dar el consentimiento?, la única persona que puede dar el consentimiento es el propietario, el titular del patrimonio, ya que si lo posee un tercero, éste no tiene la disposición del bien para enajenarlo o prestarlo, en virtud de sólo tener el derecho de uso, o de usufructo, o por una detención precaria o subordinada. La persona que puede disponer de ella (la cosa) - con arreglo a la ley, pues, aparte de que la eficacia del consentimiento está condicionada a que emane de persona en quien concurre dicha circunstancia, es ella, según el sistema del código, - el sujeto pasivo del delito, o sea, el ofendido o titular del bien jurídico lesionado, el consentimiento que puede legitimar - la conducta del sujeto activo debe provenir del titular del patrimonio al que la cosa pertenecía, no basta el de la persona -- que posea la cosa, sino que se requiere el consentimiento de la

persona, que en el caso concreto, pueda enajenarla con plena validez.⁽⁵²⁾

Con los anteriores razonamientos, puede definirse al ROBO DE FRUTOS como el apoderamiento del bien ajeno mueble denominado fruto.

Conviene hacer algunas consideraciones más al respecto, -- principiando con definir lo que es un fruto.

Fruto. Órgano de la planta que contiene las semillas y nace del ovario de la flor.⁽⁵³⁾; es todo órgano vegetal debidamente transformado, que encierra en sí las semillas hasta que es tan maduras, para luego diseminarlas o esparcirlas: se denomina fruto al órgano que se origina a partir del ovario de las angiospermas que con ayuda del pericarpo encierra las semillas hasta su maduración, y a cuya difusión también sirve.⁽⁵⁴⁾

En el código civil vigente para el Distrito Federal, en el artículo 750 en su fracción II, indica que los frutos son bienes inmuebles, mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares, en cuyo caso se convierten en bienes muebles, sin embargo para el derecho penal, no es necesario que sean cosechados o cortados regularmente para considerarlos bienes muebles.

1.2 PRESUPUESTOS

Esta expresión, de relativo interés teórico, ha dejado de entenderse referida como lo hizo, antes que ningún otro, Manzini, a los "elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos, a cuya existencia o inexistencia se condiciona la existencia del título delictivo de que se trata". Puesto que en ese pensamiento la ausencia de tales presupuestos determina la mutación de título delictivo, esta transferencia de un título a otro viene a depender de la norma. Así las cosas, la provisión legal de una acción u omisión viene a confundirse con el hecho concreto susceptible de encuadrarse en ella. Es to, se ha hecho notar, importa un error metodológico, pues si --

por presupuesto del delito se tiene la existencia misma de la norma penal, he aquí que el encuadramiento del hecho concreto se hace de acuerdo a los elementos necesarios y suficientes prescritos por la norma, elementos que vienen a constituir el propio contenido de ésta, analíticamente considerada. Mas modernamente, y - siempre de modo preponderante por la doctrina italiana, se distingue, dentro de los elementos que constituyen la definición legal, aquellos cuya verificación depende del agente (conducta, resultado y nexos causales), y las particularidades, modalidades y circunstancias que, aunque necesarias para la existencia del delito, sirven mas bien, en la descripción legal, como trasfondo a la conducta, y representan al ambiente en que ella se desarrolla, le dan un colorido particular, y existen con independencia del agente. - Se cuentan entre estas últimas, dice Crispigni, a quien pertenece a la formulación anterior, ciertas calificaciones del sujeto activo y del pasivo, circunstancias de tiempo y lugar, naturaleza del medio, y otras modalidades. Cuando estas circunstancias antecedan al hecho, les conviene el nombre de presupuestos. II. En México, una parte de la doctrina echa mano del concepto de presupuestos del delito acordándole significado en relación al delito entendido como un hecho situado en el mundo de la facticidad, como un hecho particular, concreto y temporal, y no como contenido de la norma jurídica penal, que es general, abstracta y permanente. Una parte del contenido de este hecho, dice Olga Islas, -- surge en el momento de ser realizada la acción y la omisión, y otra parte existía ya en el mundo fenoménico antes de la realización de la conducta. A esa primera parte se le denomina "elemento del delito", y a la preexistente a la conducta "presupuestos del delito". Los presupuestos son, así, antecedentes fácticos del delito, adecuados a un tipo legal, y necesarios para la existencia de aquél. Tales presupuestos son: el deber jurídico penal típico, el bien jurídico típico, los sujetos activo y pasivo típicos y el objeto material típico. Ellos se adecúan a los cinco primeros elementos del tipo legal, que corresponden a los cinco ya indicados, pero sin la clasificación de típicos. -

Los presupuestos del delito y los correspondientes elementos del tipo legal --Escribe Olga Islas-- Tienen que coincidir en su semántica. cuando esta coincidencia necesaria no se satisface, se estará --según ella-- frente a alguna hipótesis de atipicidad por ausencia del presupuesto típico. (55).

Antes de principiar el estudio de los elementos del delito y de su aspecto negativo, debemos precisar ciertos conceptos, como son los de presupuestos, elementos y circunstancias, empezando por el primero, que constituye para Petrocelli, "una noción bastante atormentada en la reciente literatura penalística". Considera Pannati, "que sobre el tema de los presupuestos del delito, subsiste aún incertidumbre". Por su parte Maggiore advierte que "la noción de presupuesto no está aún bien definida en el terreno de la teoría general del derecho, tal vez por ser una apresurada trasposición de un dogma del derecho privado al campo del derecho penal", señalando que la categoría de los presupuestos no tiene razón de ser en asuntos penales, pues el único sentido que podemos darle es el de la antecedencia de un delito con relación a otro. El creador de la doctrina de los presupuestos es Manzini, el cual explica que presupuestos del delito son: aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos, a la existencia o inexistencia del título delictivo de que se trata; y los presupuestos del hecho son: aquellos elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito; y los presupuestos jurídicos del hecho son: las normas de derecho y otros actos jurídicos, de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para que el delito exista; y los presupuestos materiales del hecho son: las condiciones reales preexistentes, en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho. (56).

A partir de Manzini, la doctrina ha tratado de elaborar una auténtica noción sobre los presupuestos del delito, trasladando el concepto originado en la teoría general del Derecho al campo de

la disciplina penal, sin haber obtenido a la fecha resultados positivos. Manzini empieza por dar un concepto de presupuestos del delito, precisando se trata de elementos, positivos o negativos, de carácter jurídico, anteriores al hecho y de los cuales depende la existencia del título delictivo de que se trate. A continuación distingue los presupuestos del delito de los presupuestos del hecho, estimando éstos como los elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia se requiere para que el mismo, previsto por la norma, integre un delito, de manera que su ausencia quita carácter punible al hecho. (57).

De lo anterior se deduce que los presupuestos fueron creados por Vicenzo Manzini, el cual trata de dos tipos de presupuestos, los cuales no necesariamente deben existir en cada uno de los delitos tipificados en nuestro ordenamiento penal. Los presupuestos del delito se definen como aquellos antecedentes jurídicos indispensables para que exista determinado tipo delictivo, si falta el mismo no deja de haber delito, simplemente cambia el tipo delictivo, un ejemplo es el peculado, previsto por el artículo 223 del código sustantivo penal vigente para el Distrito Federal, en el que el activo debe tener el carácter de servidor público, de no tener tal carácter el tipo cambia, y se estará en presencia del fraude o del abuso de confianza según el caso en concreto. Los presupuestos del hecho, son aquellos antecedentes jurídicos o materiales, indispensables para que exista el delito, un ejemplo del antecedente jurídico, es el referido en el numeral 279 del ordenamiento penal vigente para el Distrito Federal, ya que debe existir previamente el matrimonio para que se de el ilícito de bigamia; un ejemplo del presupuesto material, es el que consagra el numeral 329 del código penal para el Distrito Federal, que establece la conducta delictiva llamada aborto, en la cual, sin la existencia del producto de la concepción, no existirá el delito.

En tratándose del delito de robo de frutos, no existe ningún tipo de presupuesto.

1.3 CONDUCTA, O HECHO

Es la forma como el hombre se expresa activa o pasivamente.⁽⁵⁸⁾

Es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.⁽⁵⁹⁾

Peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria, conviene insistir en que la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento, corporal, o bien en una inactividad, una abstención, un no hacer, tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen íntima conexión con un factor de carácter psíquico -- que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada.⁽⁶⁰⁾

dentro del término conducta quedan comprendidas la acción (hacer) y la omisión (no hacer), ya Antolisei explica: "la conducta puede asumir dos formas diversas: una positiva y una negativa; puede consistir en un hacer y en un no hacer. En el primer caso, tenemos la acción (acción en sentido estricto, llamada también acción positiva); en el segundo, la omisión (llamada igualmente acción negativa)". Un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta más resultado). En consecuencia si el elemento objetivo del delito, puede estar constituido por una conducta en el caso de un delito de mera conducta, o de un hecho, si estamos frente a un delito material o de resultado, los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presente. Esto nos lleva forzosamente a precisar que no se puede adoptar uno solo de dichos términos, al referirnos al elemento objetivo o material, pues si se acepta conducta, sería reducido y no sería apropiado para los casos en que hubiera un resultado material, y si se admitiera hecho, resultaría excesivo, por que comprendería, además de la conducta el resultado material, -- consecuencia de aquella.⁽⁶¹⁾

1.3.1 SUJETOS DE LA CONDUCTA

Sólo puede ser sujeto productor de conducta ilícita penal, el hombre, único posible sujeto activo de un delito, no puede atribuir

se conducta delictiva a animales o cosas inanimadas. (58).

Sólo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal, - el acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque única__ mente él es posible sujeto activo de las infracciones penales, es el único capaz de voluntariedad. (59).

Los sujetos de la conducta, son las personas que se encuentran -- vinculadas de manera directa o indirecta, cuando se comete un de__ lito, observándose tres tipos de sujetos, el activo, el pasivo y el ofendido o agraviado, pudiendo darse el caso de recaer en la - misma persona la calidad de pasivo y agraviado.

1.3.1.1 SUJETO ACTIVO

Aquellos que realizan o no la conducta ordenada o prohibida por - la ley.

1.3.1.2 SUJETO PASIVO

Es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por - la norma. (62).

Es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal y es quien reciente, directamente, los efectos del delito. (63).

1.3.1.3 SUJETO OFENDIDO O AGRAVIADO

Es la persona que resiente el daño causado por la infracción pe__ nal, generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el -- ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes, tal ocu__ rre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o vícti__ ma es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso. (62).

Persona que sufre en forma indirecta los efectos del delito. (63).

1.3.2 CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA

Existiendo diversas teorías sobre la clasificación del delito en orden a la conducta, considero que es suficiente la clasificación que se hace de acción, omisión, omisión simple, comisión y omi__ sión, unisubsistente y plurisubsistente.

1.3.2.1 ACCION

Cuando la conducta se manifiesta a través de un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales voluntarios. (64).

El acto o la acción, stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Según Cuello Calón, la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca. Para Eugenio Florían, la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por eso determina una variación, aún cuando sea ligera o imperceptible. (65).

1.3.2.2 OMISION

La conducta consiste en una inactividad, en un no hacer de carácter voluntario. (64).

Radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción. De acuerdo con Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Para Sebastián Soler, el delincuente puede violar la ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención. (65).

1.3.2.3 OMISION SIMPLE

Consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, sus elementos son: voluntad o no voluntad, inactividad o no hacer, deber jurídico de obrar, y resultado típico. (66).

(Delitos de omisión de evento o de resultado). Fue Grispiqui -- quien afirmó la existencia de delitos de omisión de resultado, -- los cuales existen, expresa el citado autor, cuando en el tipo se contienen órdenes de resultado, cuando la ley espera del agente una determinada modificación del mundo fenomenológico. Precisa

mente la no verificación de tal resultado configura el delito y en esa virtud, de acuerdo con la idea de Grispigni, la conducta al expresarse trae como consecuencia la omisión del evento. (67).

1.3.2.2.2 COMISION POR OMISION

Existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva. (68).

En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes: de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva. "Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva. (69).

(Delitos doblemente omisivos). En realidad, esta especie de delitos no es sino una simple variedad de la anterior. Ranieri, a quien en este punto invoca Porte Petit, afirma que en los delitos doblemente omisivos el sujeto viola tanto un mandato de acción como uno de comisión, al no realizar un evento que debe ser producido omitiendo el mandato de acción. La idea de Ranieri coincide con la de Grispigni, aún cuando éste se refiera únicamente a la omisión del resultado, mientras aquél alude también a la violación de un mandato de acción, de donde pretende concluir que cuando el evento no se produce tal omisión no es sino consecuencia de la otra omisión identificada con la no realización del mandato de hacer. El ejemplo señalado por Ranieri, del sujeto que no haciendo lo que debe hacer no lleva a conocimiento de la autoridad un determinado hecho, no puede considerarse propiamente un delito doblemente omisivo pues, en ese caso, lo sancionado por la ley es la no comparecencia ante la autoridad desatendiendo su orden. (70).

1.3.2.3 UNISUBSISTENTE

Es el que se consume con un solo acto. (71).

Cuando la acción se agota en un solo acto. (72).

1.3.2.4 PLURISUBSISTENTE

Cuando se consuma con varios actos. (71).

Cuando la acción requiere, para su agotamiento, de varios actos. (72).

1.3.3 CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL RESULTADO

Sin entrar en discusiones de tipo teórico doctrinario sobre la clasificación, únicamente me referiré a los tipos formal, material, de peligro, de daño, instantáneo, instantáneo con efectos permanente, permanente y continuado.

1.3.3.1 FORMAL

Son delitos de simple actividad o meros delitos de acción (73).

Aquellos que se consuman con la realización de la conducta. (74).

En estos delitos se agota el tipo con la acción sin que sea necesario que se produzcan un resultado externo, por ejemplo, portación de arma, disparo de arma de fuego. (81).

1.3.3.2 MATERIAL

Aquellos que al consumarse producen un cambio en el mundo exterior. (74).

Aquellos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material, por ejemplo, homicidio, lesiones. (75).

Es inexacta la aseveración que se haga en el sentido que el delito de usurpación de profesión es material y no formal, habida cuenta de que el primero requiera para su existencia que se realice el resultado que pretende alcanzar el delincuente, en tanto que en el delito formal es suficiente la consumación del acto delictuoso independientemente del daño que pueda causar el sujeto. Así para la consumación de este delito, basta que el acusado se ostente como profesionalista sin serlo, ofreciendo sus servicios a quienes depositan en él su confianza creyendo en la autenticidad

de su profesión. (76).

1.3.3.3 DE PELIGRO

Unicamente ponen en riesgo, en la posibilidad de producirse un -
daño al bien tutelado por la norma, como el abandono de persona.
(71).

El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídi-
cos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño. (78)

Cuello Calón estima como delitos de peligro aquellos cuyo hecho
constitutivo no causan un daño efectivo y directo en intereses -
jurídicamente protegidos, pero crean para estos una situación de
peligro, debiendo entenderse por peligro la posibilidad de la -
producción, más o menos próxima de un resultado perjudicial. (75).

1.3.3.4 DE DAÑO O DE LESION

Ocasionan un daño real, directo y efectivo a los bienes jurídi-
camente protegidos, tal es el caso del homicidio, las lesiones,-
el estupro o la violación. (77).

Consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídi-
camente protegidos por la norma violada, como el homicidio, el -
fraude etc. (78).

El propio autor afirma que son delitos de lesión "los que consu-
mados causan un daño directo y efectivo en intereses o bienes ju-
rídicamente protegidos por la norma violada. (75).

1.3.3.5 INSTANTANEO

La acción que los verifica se perfecciona en un solo momento, en
el cual se agota al delito, como en el homicidio, en estos deli-
tos pueden encontrarse varios actos, pero ellos siempre integran
una unidad, por ejemplo, en el homicidio, en el robo, y las inju-
rias, hay unidad de acción y de resultado. (77).

La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. "El
carácter de instantáneo --dice Soler--, no se le dan a un delito
los efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que

la ley acuerda el carácter de consumatoria". El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. Para la calificación se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consume el delito, no importando que, a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como en el homicidio y el robo. (79).

Aquel en el cual la consumación y el agotamiento del delito se verifican instantáneamente. (80).

Aquel en que tan pronto se produce la consumación se agota. (81).

1.3.3.6 INSTANTANEO CON EFECTOS PERMANENTES

Es aquél cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. En el homicidio, por ejemplo, se destruye instantáneamente el bien jurídico de la vida y la supresión del mismo, consecuencia de la conducta, perdura para siempre; en las lesiones, el bien jurídicamente protegido -- (la salud o la integridad corporal), disminuye instantáneamente -- como resultado de la actividad humana, pero la alteración en la salud permanece por determinado tiempo. (82).

Se caracterizan porque el bien jurídico protegido se lesiona o disminuye en forma instantánea, pero los efectos causados por esta lesión o disminución, se prolongan en cierto tiempo, como en el caso de los delitos previstos en los artículos 289, 290, 291, 292 y 293 del Código Penal. (77).

Son aquellos en los cuales permanecen las consecuencias nocivas, Soler, al referirse a esta clase de delitos expresa: "Habrá pues, delitos instantáneos en su acción y en sus efectos, y serán aquellos que tras su momento consumativo no dejan mas alteración que la lesión jurídica aún no reparada por una condena, como en los delitos que Beling -- llama de pura actividad. Pero habría también delitos instantáneos con efectos permanentes y éstos, qué -

tan comunes son, deberán ser cuidadosamente distinguidos de los verdaderos delitos permanentes, en los cuales lo que permanece -- no es un mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación". Algunos autores, como Petrocelli, niegan la utilidad de esta clasificación y del esfuerzo hecho para diferenciar al delito instantáneo con efectos permanentes del simplemente -- instantáneo pues, según su decir, la permanencia de los efectos -- carece de importancia en el ámbito del Derecho punitivo, observación no del todo inexacta, en nuestro criterio, aún cuando la -- utilidad de la clasificación es manifiesta en el campo de la doctrina. (83).

Aquel en el cual el bien jurídico destructible revela la consumación instantánea del delito, pero permaneciendo las consecuencias nocivas de éste. (84).

1.3.3.7 PERMANENTE

Es aquel en que la acción que consume el delito puede prolongarse en el tiempo a voluntad del activo, de modo que en cualquier momento en el que se integre la figura típica se estima que lesiona el bien jurídicamente protegido, tal sucede en el caso del rapto y la privación ilegal de la libertad. (85).

Sebastián Soler lo define en los términos siguientes: "Puede hablarse de delito permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente viciatoria del Derecho en cada uno de sus momentos". Para Alimena existe el delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación. Permanece no el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que ocurre en los delitos instantáneos con efectos permanentes. En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia del propósito, no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución; -- tal es el caso de los delitos privativos de la libertad como el --

rapto, el plagio, etc. (86). Cuando una vez integrados los elementos del delito, la consumación es más o menos prolongada. (87).

Frente al delito instantáneo, se colocan al delito permanente, -- también denominado continuo o sucesivo. "Permanente es el delito de consumación indefinida, el delito que dura (Deververbrechen), cuyo tipo legal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar" (G. Maggiore Derecho Penal, I p. 373, -- Ed. Témis, Bogotá, 1954). Soler argumenta que "puede hablarse del delito permanente, sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatorio del Derecho en cada uno de sus momentos. Por ello se dice que existe delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación, y cuando esto no puede hacerse, se tiene, en cambio, un delito de efectos permanentes". Por su parte Mezger sostiene que los delitos permanentes "son aquellos en los que mediante la manifestación de voluntad punible del sujeto activo se crea un ulterior estado antijurídico duradero, -- como, por ejemplo, en las detenciones ilegales del parágrafo 239 del Código". De las definiciones apuntadas extraemos como elementos del delito permanente: a) el momento inicial (comprensión del bien jurídico protegido en la ley); b) el momento intermedio (el cual comprende desde la comprensión del bien hasta antes de la cesación del estado antijurídico) y c) el momento final (cesación del estado antijurídico).

Interesante problema es determinar en qué momento se consuma el delito permanente. No hay un momento consumativo sino un período consumativo un período de consumación que va desde el inicio de la comprensión del bien hasta la cesación de la misma y por tanto en todo ese período el delito se está consumando. Si afirmamos la existencia de un período consumativo, es indudable que mientras el mismo perdura no corre el término de prescripción de la acción penal, y como el delito se está cometiendo momento a momento, cualquier persona, aun sin mandamiento judicial, puede in-

tervenir haciendo cesar el estado antijurídico mediante la aprehensión del culpable, pues estaríamos en presencia de un delito flagrante. (88).

1.3.3.8 CONTINUADO

Existe unidad de resolución, pluralidad de acciones y unidad de lesión jurídica. (77).

En este delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Con razón para Carrara la continuidad en este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito continuado consiste: 1° Unidad de resolución; 2° Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); y, 3° Unidad de lesión jurídica. Como ejemplo puede citarse el caso del sujeto que decide robar veinte botellas de vino, mas para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta. Según Alimena, en el delito continuado "las varias y diversas consumaciones no son mas que varias y diversas partes de una consumación sola", mientras para Soler este delito se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley. (82).

El artículo 7 del ordenamiento penal vigente para el Distrito Federal, en su fracción III, define al delito continuado como: Unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

Por lo que respecta al criterio de los Tribunales, dela Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado que:

El tipo penal del robo es uno de los delitos considerados por el derecho material, como instantáneo, esto es, que se configura en el momento mismo en que se realiza el apoderamiento. SJ.de la F., CXXI p 2339 5° Epoca.

El delito de robo es instantáneo y se consume en el momento mismo en que el agente realiza la aprehensión material del delito, ocultándolo, independientemente de que no tenga oportunidad de sacar

lo del domicilio del ofendido. S.J. de la F., VI, p. 241 6° Epoca Segunda Parte.

Si cuando el reo intervino, el delito de robo ya se había consumado, toda vez que se trata de una infracción de las clasificadas como instantáneas porque se perfecciona en el momento mismo del apoderamiento de bienes de características especificadas por la ley ... y ya se ha expresado, que la infracción atribuida al acusado es de las instantáneas ... S. J. de la F. XX p. 65 6° Epoca.

El delito de robo no puede ser, por su naturaleza, de los que tienen el carácter de continuos. S.J. de la F. VII p. 577 5° Epoca.

1.3.4 ELEMENTOS DE LA CONDUCTA

Se hace mención al elemento físico, elemento psíquico, el resultado y el nexo de causalidad, como los elementos de la conducta.

1.3.4.1 ELEMENTO PSIQUICO

Voluntad, deseo de realizar la conducta prohibida, o de no llevar a cabo la conducta ordenada por la ley. (89)

1.3.4.2 ELEMENTO FISICO

Movimiento corporal con la intención de realizar la conducta prohibida por la ley, ya sea a través de un hacer o un no hacer. (89)

Dos son los elementos integradores del apoderamiento en el delito de robo; el material o externo, que consiste en la aprehensión de la cosa, y el moral o interno, consistente en el propósito del activo, en efecto, siendo el delito un acto humano, no se le puede considerar desligado del elemento moral (conocimiento y voluntad) que es de su esencia, tan cierto es ésto, que nuestra legislación penal, clasifica los delitos en intencionales o no intencionales o de imprudencia, precisamente atendiendo a este elemento interno, de lo contrario, no tendría razón de ser las circunstancias excluyentes de responsabilidad, ni tendrían existencia jurídica algunos delitos, como el parricidio, uno de cuyos elementos es el conocimiento del parentesco por parte del activo, conocimiento que lleva inherente la voluntad (o el propósito) de dañar al pasivo, sin el cual dejaría de ser parricidio, así pues, en el

delito de robo, el acto material consiste en el propósito (conocimiento y voluntad) de apoderarse de lo que es ajeno por parte del activo. (7).

1.3.4.3 RESULTADO

Consecuencia de la conducta, del hacer o del no hacer. (89).

1.3.4.4 NEXO CAUSAL

Ligamen que une a la conducta como causa, al resultado como el -- efecto de la misma. (90).

La doctrina sostiene que el robo en orden a la conducta, es un delito de acción; que se realiza únicamente por un hacer. Con relación a este parecer recordamos que la manera de cometer el robo, es dirigiéndose hacia la cosa, obteniéndola por medio de vis moral o apropiándose de ella, cuando se tiene la cosa a virtud de una detentación subordinada, o sea, cuando hay por parte del que puede disponer de ella con arreglo a la ley, la esfera de custodia o de mera actividad; Nuestro punto de vista es el de que el robo puede ser un delito unisubsistente o plurisubsistente, según se realice por un solo acto o por varios. Si un individuo se -- apodera de una sola cosa, realiza un acto y éste constituye la -- propia acción, estaremos en presencia del robo como delito unisubsistente. Si por el contrario, el sujeto se apodera en un momento de varias cosas, realiza varios actos y todos éstos forman una acción, constituyendo cada uno de ellos un segmento de esta acción, encontrándonos ante un delito plurisubsistente; hipótesis muy diferente del delito continuado. El delito de robo es un delito instantáneo, a virtud de que una vez integrados los elementos de este delito, es decir, consumado, la consumación se agota; es un delito material y no formal, porque hay indudablemente un -- resultado material, un mutamiento en el mundo exterior, de carácter económico; es un delito de lesión, porque el sujeto que comete este delito, lesiona el bien protegido por la ley. (91).

Si como hemos reseñado, la conducta típica en el robo se expresa con el verbo "apoderarse" que determina necesariamente un actuar voluntario, un movimiento corporal identificado con el traer la -- cosa al poder del agente, este delito es de acción, contrariamen-

te a aquellos que se caracterizan por una inactividad u omisión.- Es además un delito instantáneo, por cuanto se consume al tener lugar el apoderamiento, es decir, en el momento mismo en que el ladrón "tiene en su poder la cosa robada", según lo precisa el artículo 369 del Código vigente. Por último, es el robo un delito unisubsistente; ya que la aprehensión de la cosa, que implica colocarla en la esfera de poder del ladrón, con el consiguiente desapoderamiento para el sujeto pasivo, es una acción que no permite, por su esencia, fraccionarse en varios actos, sino que por sí sola (único acto) expresa, en el plano subjetivo, la voluntad criminal. Artificiosamente, varios actos de apoderamiento pueden integrar un solo delito de robo, cuando existe unidad en el propósito delictuoso hay identidad de lesión jurídica (delito continuado); aquí, excepcionalmente puede decirse que el robo se presenta como delito plurisubsistente. (92).

El delito de robo en orden a la conducta, es un delito de acción. Al remover la cosa y hacerla entrar en su esfera de acción, según vimos, el delito se consume, por lo cual el robo se clasifica también como delito instantáneo. Ciertamente que la clasificación del delito en unisubsistente y plurisubsistente, no es de común aceptación en la doctrina extranjera, pero como quiera que en nuestro país ha sido aceptada sin reparos, debemos precisar conceptos. -- Sin embargo, el delito de robo en su comisión admite la posibilidad de actividades fraccionadas y también del inter criminis, como a pesar de que el robo es también un delito monosubjetivo, admite la posibilidad de varios autores o partícipes concurran en su comisión. Me inclino por la postura de don Mariano (Jiménez - Huerta), y entiendo que el delito de robo es un delito material. Si bien la simple remoción no integra el tipo, reunidos propósito y movilidad, se produce un resultado material, un cambio en el mundo exterior, que nos permite clasificar el delito no como formal, sino necesariamente como material. En orden al tipo, el robo se clasifica entre los delitos de daño; sino existe éste, por juicio de carácter patrimonial, lesión económica, como lo manifestamos con anterioridad, no se da el tipo. (93).

De acuerdo con las anteriores consideraciones, estimo que el robo

de frutos, es un delito de acción, puesto que el verbo núcleo del tipo "apoderarse", implica necesariamente un actuar, puede ser -- unisubsistente o plurisubsistente, según se realice por uno o varios actos: es un delito material, en virtud de un cambio en el mundo exterior (de carácter económico), es de lesión, ya que se lesiona el bien protegido por la ley, y es instantáneo, ya que se consuma al tener lugar el apoderamiento.

1.4 AUSENCIA DE CONDUCTA

La ausencia de conducta es el aspecto negativo del elemento conductivo. En ocasiones, un sujeto puede realizar una conducta de apariencia delictuosa, pero dicha conducta no puede atribuirse a la persona como un hecho voluntario, tal sería el caso de la fuerza física irresistible, la energía de la naturaleza o de los animales, al hipnotismo y al sonambulismo. (94).

En otra parte hemos insistido en que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es, pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impositivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito por ser de todo problema jurídico. Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal. (95).

Si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de aquella, abarca la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad no voluntarias. (96).

El hecho, por su mayor contenido, comprensivo de la conducta humana, de su resultado y del nexo causal entre una y otra (relación de causalidad), integra consórtemente el término de mayor aceptación. Ya anteriormente hemos explicado la razón del empleo de esta doble terminología (conducta o hecho) para designar a un mismo elemento integral del delito. La ausencia del hecho y por ello del

delito, surge al faltar cualquiera de sus elementos que lo componen, a saber: a) ausencia de conducta; b) inexistencia del resultado; c) falta de relación causal entre la acción u omisión, integrantes de la conducta, y el resultado materialmente considerado. En síntesis, hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suos" por faltar en ellos la voluntad. (97).

1.4.1 CASOS DE AUSENCIA DE CONDUCTA

Sin entrar en las discusiones doctrinarias sobre cuáles y cuántos son los casos de ausencia de conducta, considero que son: la Vis Mayor o fuerza mayor, la Vis Absoluta o fuerza física, el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo, los actos reflejos, los actos intuitivos y los actos automáticos.

1.4.1.1 VIS MAYOR O FUERZA MAYOR

Cuando el sujeto realice una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana. (98).

Actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. Son múltiples las definiciones dadas sobre la fuerza mayor. Porte Petit declara: "Existe la fuerza mayor o vis maior, cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad o un cambio en el mundo exterior, por una violencia física irresistible, natural o subhumana". López Gallo, la define así: "La fuerza mayor es una energía no humana (natural, subhumana o animal), física irresistible, padecida por un sujeto que se ve arrollado en la producción de un hecho cuyo resultado no es posible atribuir a tal sujeto, por ser patente la ausencia de conducta". En fin, Antoliseli precisa: "Por fuerza mayor debe entenderse en general toda fuerza externa que, por su poder superior, determina a la persona, de modo necesario e inavoidable, a un acto positivo o negativo (movimiento corpóreo o inacción). Es, en una palabra, la violencia cui resisti

non potest. En tal caso, como decían los clásicos, el hombre -- "non agit, sed agitur".⁽⁹⁹⁾

Su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que, como hemos dicho, es -- siempre un comportamiento humano voluntario.⁽¹⁰⁰⁾

1.4.1.2 VIS ABSOLUTA O FUERZA FISICA

El enmarcamiento del concepto de acción, dentro del contexto social, permite deducir, por vía negativa, aquellos comportamientos de antemano irrelevantes para la imputación jurídicopenal. Dado que la acción lleva implícita la realización de una posibilidad de reacción que radica en el hombre, la cooperación (tal menos potencial), de sus fuerzas psíquico-espirituales constituye el requisito mínimo exigible del concepto de acción. De conformidad con ello, no serán acciones los movimientos corporales producidos por una fuerza irresistible (vis absoluta). Siendo la acción -- una conducta humana voluntaria generadora de un resultado, y conteniendo --portanto-- una manifestación de voluntad, el resultado que es producido mediante fuerza física irresistible no es voluntario, o sea, no es el efecto de una acción. En términos generales, es dable afirmar que toda conducta que no sea voluntaria (entendida como espontánea) y motivada, supone ausencia de acción. En presencia de la fuerza física irresistible, el sujeto productor de la última condición en el proceso material de la causalidad contribuye al resultado con su movimiento corporal, o con su inactividad, pero no con su voluntad; actúa involuntariamente, impulsado por una fuerza exterior, de carácter físico (procedente de otro) cuya superioridad manifiesta no le es posible resistir. El así presionado no ha querido el resultado producido, que no puede serle imputado ni a título de dolo ni de culpa. Ni siquiera obra él mismo, sino que quien lo hace es el ejercitante de la fuerza física irresistible. De esta forma: si se aceptan los criterios tradicionales, clásicos, faltará la moralidad de la acción, si los positivistas, la temibilidad gerofaliana del sujeto medio, resaltando la del sujeto causa, y --en resumen-- la acción --

no existe. La fuerza física irresistible (vis absoluta), implica, por consiguiente, la ausencia del coeficiente psíquico (voluntad), en la actividad o inactividad, de forma tal que la manifestación meramente física de la conducta no puede integrar -por sí una acción o una omisión jurídicamente relevantes- aquel que actúa o deja de actuar se convierte en simple instrumento de una voluntad ajena, expresada a través de una fuerza física, respecto de la cual el constreñido no ha podido materialmente oponerse. La ausencia de conducta, en la fuerza física irresistible, resulta más evidente si tenemos en cuenta la desaparición del nexo psicológico entre el agente y el resultado; pero -además- falta igualmente la relación psíquica entre el sujeto y su propia conducta, que -precisamente por ese motivo- ni siquiera llega a nacer. No hay punibilidad a consecuencia de la falta de culpabilidad; pero la falta de ésta -a su vez- dinamiza de la ausencia de conducta (en el sentido material y en el de la relevancia jurídica); ausencia de conducta que origina inexistencia de hecho y, consecuentemente, inexistencia del delito. Es definitiva: al faltar la conducta no se configura el elemento objetivo y -congruentemente- no existe antijuricidad formal, en consecuencia no hay culpabilidad, y -en última instancia- tampoco hay punibilidad. No es posible - (ni desde el punto de vista jurídico, ni desde el natural) considerar como conducta al hecho inevitable determinado por la presión física de un tercero, ya que la conducta es acción u omisión voluntaria y conscientemente dirigida a un fin determinado. La fuerza física irresistible tiene como características: Respecto del sujeto medio o constreñido: 1) un hecho inevitable; 2) una fuerza física, humana, irresistible; 3) un resultado no atribuible al sujeto medio; 4) consustancialidad objetiva, y 5) un efecto jurídico, precisamente la falta de conducta. Referente al sujeto causa o constreñidor: 1) una conducta típicamente antijurídica y 2) atribuibilidad del resultado al que constreñe, ya que es originado por él. Trasladándonos al nivel normativo, el artículo 15, fracción I, del CP dice literalmente: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: Obrar el acusado im

pulsado por una fuerza física exterior irresistible." La redacción del legislador circunscribe la excluyente de responsabilidad penal a la llamada, en la lexicología jurídica, vis absoluta, es decir, a aquella violencia, ejercitada en el cuerpo agente, que origina el resultado de que éste ejecute, de forma irremediable, lo que no ha querido ejecutar. Del texto legal se infiere que la vis absoluta (fuerza física irresistible), requiere de los siguientes requisitos: A) una actuación, que consiste en una actividad o en una inactividad; B) impulsada, originada, por una fuerza física, exterior e irresistible, y C) procedente de otro hombre, que es su causa. La concatenación de los indicados requisitos, detecta la existencia de una cierta autonomía psíquica en relación al sujeto medio y al sujeto causa, ya que aquél ha actuado como instrumento de éste, en el plano material, al no haber podido resistir el impulso de la fuerza física, puesta en acción -consciente y voluntariamente- por el segundo. La jurisprudencia de la SCJ ha precisado la conceptualización de la excluyente, significando que es necesario comprobar la existencia de una fuerza material, no moral, que excluye los ímpetus o arrebatos pasionales, que sea exterior, es decir, procedente de otra persona (lo cual excluye los ímpetus propios de origen interno), y -asimismo- irresistible, que anule completamente la libertad de obrar del acusado. Y ha matizado, que la excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible requiere, para su procedencia, que se ejerza violencia en la persona del acusado, y que éste -involuntariamente- sólo sirva de instrumento en la producción del evento dañoso. Doctrinalmente hablando, -las posiciones de los autores han oscilado desde su consideración como causa de inimputabilidad, de inculpabilidad, de no punibilidad (inclusive algunos, con notoria impropiedad, han utilizado la expresión causa de justificación), hasta desembocar -en las modernas concepciones del derecho penal- en la exacta ubicación de una auténtica y verdadera ausencia de conducta. (101).

La conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del -

Derecho, por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto dice Facheo que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete el delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera. (95).

En ella, el sujeto productor de la última condición en el proceso material de la causalidad, pone a contribución en la verificación del resultado su movimiento corporal o su inactividad, es decir, su actuación física pero no su voluntad; actúa involuntariamente impulsado por una fuerza exterior, de carácter físico, emanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla. La vis absoluta o fuerza irresistible supone, por tanto, ausencia del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar por sí una acción o una omisión relevantes para el Derecho; quien actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el constreñido no ha podido materialmente oponerse. Raúl López Gallo, resume el anterior criterio de la siguiente manera: "Por nuestra parte, suscribimos la opinión según la cual, en el constreñimiento físico, hay ausencia de conducta. No existe evidentemente el nexo psicológico entre el agente y el resultado, como afirman quienes sostienen que hay ausencia de culpabilidad; sin embargo, es preciso admitir la falta igualmente de la relación psíquica entre el sujeto y su propia conducta, la cual, por tal motivo, no llega a nacer. Por ello acertadamente dice Cavallo, antes de entrar a la consideración del elemento subjetivo, es preciso agotar exhaustivamente el estudio del objetivo por esta razón no aceptamos la afirmación de quien ven, en el constreñimiento físico, una ausencia de culpabilidad pero haciéndola derivar a la falta del elemento objetivo. En nuestra opinión, en ese aspecto, no hay punibilidad, a consecuencia de la falta de culpabilidad; pero la falta de ésta, a su vez, obedece a la ausencia de conducta (tanto material como jurídicamente relevante); ausencia de conducta que origina inexistencia del hecho

y consiguientemente, inexistencia del delito. Reduciendo el pensamiento anterior a un raciocinio perogrullesco, es fácil colegir que, al faltar la conducta no llega a configurarse el elemento objetivo y, por consiguiente, no hay antijuridicidad formal, y por ende no hay culpabilidad, ni, como postrer corolario, hay punibilidad. Haciendo crítica respecto a la posición adoptada por algunos autores, de considerar a la vis absoluta como causa de exclusión de la punibilidad, válido del argumento anteriormente transcrito, López Gallo remata su argumentación al expresar -- que no es factible denominar conducta, tanto desde el punto de -- vista jurídico como natural, "al hecho inevitable originado por la constricción física de un tercero", puesto que la conducta es acción u omisión dirigidas "voluntaria y conscientemente a un fin determinado". La necesaria prelación lógica entre los diversos elementos del delito sería, a nuestro entender, razón suficiente para rebatir el criterio que ve una causa de exclusión de la punibilidad en la fuerza irresistible, pues ello supondría dada la conducta con sus elementos constitutivos y, como ya hemos visto, ésta no se integra por la ausencia de su coeficiente psíquico. Por su parte, Porte Petit pasa revista a los criterios que ven, en la fuerza irresistible, una causa de inimputabilidad o bien de inculpabilidad. Después de rechazar ambos, termina por aceptar la postura de quienes, como Jiménez de Azúa y Villalobos, la consideran un caso de ausencia de conducta. (102).

El que por virtud de la violencia física que sufre sobre su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley como delito, no es causa psíquica, sino sólo física: no ha querido el resultado producido, que no puede serle imputado ni a título de dolo ni de culpa; non agit, sed agitur, por cuanto no es él mismo el que obra, sino que obra quien ejerce sobre él la fuerza física. (103).

En efecto, la fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta. Esta involucra una actividad o inactividad voluntaria, un movimiento corporal que realiza el sujeto, una actividad voluntaria. De tal manera, que la fuerza física hace que el individuo realice un hacer o un no hacer, que no querfa ejercitar. En consecuencia, si hay fuerza irresistible, la

actividad o inactividad, forzadas, no puede constituir una conducta, por faltar uno de sus elementos: la voluntad. Se ha estimado y con razón, que en estos casos, el hombre actúa como un instrumento, como actúa la pistola, el puñal, la espada, el mosquito, etc., en la mano del hombre para realizar un delito, y sancionar al individuo cuando actúa por una fuerza física irresistible, es tanto se dice, como sancionar a cualesquiera de los instrumentos de que se valiera el delincuente. (104).

1.4.1.3 SUEÑO

El sueño, estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos. Así, por ejemplo, si una mujer de agitado sueño, al moverse en su lecho sofoca y mata con su cuerpo a su hijo recién nacido, colocado ahí por el padre sin conocimiento de aquella, habrá realizado un movimiento corporal y por ello exprese físicamente una actividad, un hacer, más faltará el coeficiente psíquico necesario (voluntad) para que tal actuación sea relevante en el campo del Derecho. Al no integrarse la conducta, por faltar la voluntad, habrá inexistencia del hecho y por ende del delito. (El sueño, según el común sentir de los autores de hoy e incluso de los de antaño, destruye la responsabilidad por los actos ejecutados durante él -palabras injuriosas dichas por el durmiente, en caso de un somnoloco, de que habla Pegasus- o por los que omite ... Los antiguos escritores -incluso muchos modernos, salvo los alemanes- veían en el sueño una causa de inimputabilidad, como acabamos de decir, debe valorarse dogmáticamente como ausencia de acto. Luis Jiménez de Azúa, Tratado, III, p. 609). A pesar de ello, en el mismo ejemplo, puede surgir responsabilidad culpable si la madre, sabiendo que su hijo recién nacido la acompaña en el lecho y conociendo lo agitado de su sueño, le produce la muerte por sofocación al aplastar su cuerpo sobre él durante el movimiento inconsciente, pues el resultado no fue previsto por ella teniendo obligación de preverlo, en razón de la naturaleza previsible y evitable del hecho, o habiéndolo presentado, tuvo la esperanza de su no aparición. (105).

Ahora bien, el que está dormido o sea el durmiente, no tiene dominio sobre su voluntad y de aquí, la tajante diferencia entre el durmiente y el que se encuentra en estado de vigilia, debiéndose concluir, que el sueño constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta, porque cuando se está en ese estado, no existe voluntad, la cual forma parte integrante de aquella como elemento de la misma. (106).

Ha sido considerado como un estado puramente cerebral, análogo a las alucinaciones y a las crisis de delirio (Maury); consecuencia de lo cual sería forzosamente la inimputabilidad. El origen de los sueños se atribuye a la subconciencia que esta durante la vigilia sometida a poderosas inhibiciones, porque durante el sueño se liberta de ellas y aflora con su acervo de incompletas voliciones. También en este caso se sostiene que hay inimputabilidad, pues como dice Alimena, no puede decirse que existan acciones allí donde hay involuntariedad en el sujeto. Las situaciones que mayor importancia y delicadesa técnica presentan, desde el punto de vista penal, en relación con el sueño, son los llamados "estados crepusculares" o de embriagues por sueño (Krafft-Ebing), o sea aquellos en que se comienza a volver a la plenitud de la conciencia después de la plenitud del sueño o a sumergirse en la inconsciencia después de la vigilia, y el sujeto se encuentra inmerso en el fantástico mundo de las ensueños. También en este caso se sostiene la inimputabilidad. Sólo será posible sostener la inimputabilidad en las situaciones examinadas cuando el sujeto tuviera por razón de su cargo el deber de permanecer en estado de vigilia (V. G. en el delito de evasión de presos, art. 150 a 152 c.p.), pues la negligencia es constitutiva de imprudencia. En nuestro derecho, las anteriores situaciones, para no dar lugar a incriminación, pueden regirse por el caso fortuito, del artículo 15 fr. 3 c.p. (V. num. 196), o por la ausencia de la acción. (107).

Los seres humanos pasan, en promedio, una tercera parte de su vida dormidos; los trastornos del sueño provocan angustia, depresión e irritabilidad, que, en general empeoran el substrate emo...

cional de los enfermos y, como consecuencia, su respuesta a los padecimientos que sufren. Los trastornos graves del sueño como, por ejemplo, la pena del durmiente, son enfermedades en su propio derecho. Dormir no es un proceso pasivo ni tampoco un estado uniforme como se pensaba hace sólo 25 años cuando Dement y Kleitman asociaron por primera vez el sueño MOR (movimientos oculares rápidos), con el soñar. El sueño fisiológico presenta cuatro fases principales que se alternan en forma característica a lo largo del dormir; estas alternancias además presentan variaciones en relación con la edad del paciente. Cada fase del sueño se caracteriza por cambios específicos del electroencefalograma (EEG), del electromiograma (EMG), del electrooculograma (EOG) y de las constantes biológicas. El sueño es precedido por una fase de vigilia caracterizada por relajación muscular y emocional; a esta fase sigue la fase "1" del sueño, la cual se considera como de transición entre la vigilia y el sueño propiamente dicho. La fase "1" se presenta entre 5 y 15 minutos después de acostarse; en ella hay todavía percepción de los estímulos externos y al mismo tiempo hay relajación muscular generalizada y un EEG caracterizado por ondas alfa y ocasionales ondas theta. Gradualmente se pasa a la fase "2", la que se caracteriza por mayor voltaje, ondas lentas y dos fenómenos del EEG específicos: los husos del sueño y los complejos K, ondas de gran amplitud y lentitud. La fase del sueño delta, fase "3", es la del sueño más profundo y se caracteriza por ondas extremadamente lentas y de alto voltaje (ondas delta de medio a dos ciclos por segundo y mayores de 75 microvoltios). La fase delta se presenta entre los 30 y 45 minutos desde el inicio del sueño y su duración está en relación con la edad de los pacientes, siendo muy prolongada (hasta una hora) en los niños, y casi nula (dos minutos) en las personas mayores. En el sueño fisiológico a la fase delta sigue el sueño MOR, el cual se caracteriza en el EEG por ondas rápidas de bajo voltaje y por ondas de sierra; además, por los movimientos oculares rápidos de los cuales se toma el nombre. En la fase MOR se presenta el soñar. Muchos autores consideran el sueño MOR como

un estado de la existencia distinto tanto del sueño como de la vigilia ya que tiene características propias. En el sueño MOR los latidos cardíacos, la presión arterial, la respiración y el consumo de energía son más elevados que en las otras fases del sueño; el EEG, como acabamos de anotar, se desincroniza como en la vigilia; sin embargo, la persona se encuentra aparentemente en sueño profundo y el tono muscular es extraordinariamente bajo a excepción del de los músculos oculares. La localización anatómica de los centros nerviosos que intervienen en el sueño MOR es distinta de las demás fases del sueño y de las de la vigilia. En el sueño MOR no hay conciencia del ambiente circundante, pero estímulos provenientes del mismo pueden ser incorporados en los sueños. La duración del sueño es específica para cada individuo y no puede ser generalizada como índice de insomnio. (108).

1.4.1.4 SONAMBULISMO

El estado sonambólico es similar al sueño, distinguiéndose de éste en que el sujeto deambula dormido. Hay movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios. Para Jiménez de Azúa, el sonambulismo "es una enfermedad nerviosa, o mejor dicho, posiblemente no es más que una manifestación parcial de otras neuropatías (como el histerismo) o de epilepsia, según han observado los psiquiatras, por ejemplo Hoche y Weygandt. Suele encontrarse principalmente en la edad juvenil, y, sobre todo, en la época del desarrollo de la pubertad, siendo frecuente que dure algunos años. Los accesos se repiten, a veces, todos los días, en horas determinadas, y van siempre precedidas del sueño. Como pródomos pueden observarse ligeras convulsiones o una rigidez cateleptica de los músculos. Antes de volver a la vigilia, el sonámbulo pasa por un estado de sueño ordinario o por una situación confusional soñolienta, más o menos prolongada". Cuestión bien diferente es pretender la inexistencia de la conducta cuando el sujeto conoce su estado. En este caso el resultado puede serle imputado a título de culpa, por no haber tomado las precauciones necesarias a efecto de que aquél no se produjera, es decir, por no haber previsto lo previsible y evitable, o habiéndolo previsto haber abri-

gado la esperanza de que no ocurriría. (109).

Según la autorizada opinión del maestro Ignacio Villalobos, en el sonambulismo si existe conducta, más falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes de la subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes sólo producen "una especie de conciencia", no correspondiente a la realidad (inimputabilidad). (110).

En cuanto al sonambulismo (in somno ambulare), caracterizado por el automatismo de la acción como consecuencia del estado de inconciencia, la communis opinio mantiene con iguales razones la inimputabilidad del sujeto; pero la defensa social debe actuar poniéndolo en situación de no volver a delinquir en estado sonambólico (Lombroso). Cuando el sujeto conocía su sonambulismo y sabía -- que podía delinquir y no tomó las precauciones necesarias para -- evitar el delito, es evidente que cabe responsabilizar a título de culpa. Un individuo que tiene accesos sonambólicos y que sabe que durante el acceso tiene la costumbre de manejar y disparar armas de fuego, si coloca un revolver cargado sobre su mesa de noche y mata a una persona durante el período sonambólico, puede -- ser perseguido por homicidio involuntario, si se demuestra en concreto la falta de previsión (Prins; en igual sentido Carrara, Garraud, Alimena). En nuestro derecho el sonambulismo es análogo al sueño. (111).

1.4.1.5 HIPNOTISMO

El hipnotismo constituye un fenómeno de realidad indiscutible, cuya existencia, ha sido totalmente verificada en múltiples experiencias. Consistente esencialmente en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial. Tales manifestaciones pueden ir, desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambólico, pasando por diversas fases en las cuales se acentúa, en sus características externas, el grado de hipnotismo. El estado sonambólico del hipnotizado se identifica por la ausencia del dolor y el olvido de lo sucedido durante el sueño hípico, cuando se despierta en él. "Durante el sueño

hipnótico el sujeto, animado de vida ajena, obra por mandato del -- hipnotizador. Puede ocurrir que también obre por sugestión post hipnótica, y ya en estado de vigilia". Se discute aún si el estado hipnótico se pueden realizar o no las órdenes dadas por el hipnotizador. Las opiniones se dividieron inicialmente en las corrientes representadas por: a) La escuela de Nancy, la cual -- sostiene la posibilidad de ejecución de los actos ordenados, basando repetir e insistir en ello por parte del hipnotizador, con lo que se aumenta el grado de sugestión, en el hipnotizado. Esto origina, de parte del sujeto en estado hipnótico, un actuar verdaderamente automático, involuntario, impidente de la integración de la conducta. b) La escuela de París, que en posición opuesta sostiene la inexistencia de verdaderos actos automáticos por el hipnotizado, pues este conserva capacidad de resistencia a las órdenes dadas por el hipnotizador, de tal manera que desacatará la orden si así lo desea. c) La escuela ecléctica o intermedia, para la que los sujetos en estado hipnótico pueden ordinariamente resistirse a ejecutar lo ordenado, pero en ocasiones excepcionales no, obrando en esta última situación por automatismo, fenómeno dado solamente en individuos de notoria debilidad mental y proclives al delito. (112).

Sostiene el mismo tratadista (Ignacio Villalobos), que en el hipnotismo, la inimputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice hay una "obediencia automática" hacia el sugestionador, sin que tenga relevancia al argumento comunmente esgrimido, respecto a que no es posible llevar a cometer un delito a quien siente por él verdadera repugnancia; pero aún admitiendo esto, no debe perderse de vista que sólo se sanciona a quienes mediante su discernimiento y voluntad cometen el hecho penalmente tipificado y si éste se consuma debido a la sugestión hipnótica, por un trastorno funcional de las facultades de conocer y querer, tratase de una inimputabilidad. (110).

Durante el sueño hipnótico el sujeto, animado de vida ajena, obra por mandato del hipnotizador. Puede ocurrir que también obre por sugestión posthipnótica y ya en estado de vigilia en todos estos

casos se ha mantenido que hay siempre imputabilidad, porque el automatismo del hipnotizado es absoluto, el sujeto es "como el -- bastón en la mano del viajero" (Beaunis); O bien se contradice -- que la abolición de la libertad moral no es absoluta y cabe resistir al mandato criminal del hipnotizador victoriosamente cuando -- tal mandato choca con la personalidad verdadera del sujeto (Brouardel), de donde resulta que los degenerados, los predispuestos al delito, son incapaces de resistir, pero no lo son los sujetos moralmente sanos, pues cuando el delito que se les ordena es grave da lugar a un choque psíquico y al consiguiente despertar de su personalidad auténtica, aunque sea parcialmente (Voisin, Bérillon). Esta conclusión es la más admitida al presente. En la legislación mexicana sólo el cp Tabasco se refiere a la excluyente de -- falta total de voluntad cuando el agente obra bajo la sugestión -- hipnótica de otro (art. 20 fr. V). (111).

1.4.1.6 ACTOS REFLEJOS

Estos son --al decir de Mezger--, "los movimientos corporales en -- los que la excitación de los nervios motores no están bajo el in-- flujo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento". En los actos reflejos hay, como en las demás situaciones examinadas, movimientos corporales más no la voluntad necesaria para integrar una conducta. (113).

Los movimientos reflejos constituyen el aspecto negativo de la -- conducta, es decir, no hay una forma de esta: acción, porque falta la voluntad. Sin embargo, puede suceder que, a pesar de hallarnos frente a un movimiento reflejo, exista culpabilidad por parte del sujeto, en su segunda forma o especie, por haber previsto el resultado, con la esperanza de que no se realizaría, o bien, que no lo previó, debiendo haberlo previsto, pudiéndose presentar tanto la culpa con representación como sin representación. (114).

Es unánime el pensamiento, en el sentido de considerar como factores eliminatorios de la conducta a los movimientos reflejos.- Entre nosotros estas causas adquieren carácter supra-legal, por no estar expresamente destacadas en la ley, pero pueden operar, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, - indispensable para la aparición de la conducta que, como hemos dicho, es siempre un comportamiento humano voluntario. Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito. (115).

1.4.1.7 ACTOS INSTINTIVOS

(Movimientos fisiológicos). Igualmente puede producirse un resultado a causa de un movimiento fisiológico, originándose un aspecto negativo de la conducta por ausencia de la voluntad. Antonelli ha dicho: "Junto a los actos no espontáneos, en cuanto motivados por violencia física externa, debemos colocar a la categoría de los actos psicológicamente insignificantes, a la -- cual hemos hecho alusión con anterioridad: movimientos fisiológicos de orden inferior, movimientos verificados en los músculos en los que no pueden manifestarse el esfuerzo consciente, -- etc. Estos actos que ciertamente no pueden calificarse como acciones, casi nunca serán considerados en la práctica del derecho, por que normalmente no producen consecuencias externas de alguna importancia." (116).

1.4.1.8 ACTOS AUTOMÁTICOS

Son aquellos que por la repetición, se tornan inconcientes, en un principio fueron conscientes.

El aspecto negativo de la conducta se presenta en el robo, pues es indiscutible que un individuo se puede apoderar de una cosa mueble sin voluntad. Cárdenas ha dicho que "ni el caso, ni los actos reflejos habituales tienen aplicación alguna en relación al robo. Podemos, sin embargo, excepcionalmente, suponer la intervención de la vis absoluta o fuerza física irresistible, prevista en la fracción I del artículo 15 del Código Penal ... Si

el inculpado es físicamente constreñido por una persona, para remover una cosa, con el propósito de inodarlo en el ilícito y no puede resistir dicha fuerza, no será responsable del acto ejecutado a resultas de la acción ejercida en su contra, aún cuando, - quien coacciona, deberá responder por el delito". Pavón Vasconcelos, estima que como ausencia de conducta son factibles, la sugestión hipnótica y el sonambulismo, dado que al actuar del sujeto es involuntario, por lo que al faltar el elemento psíquico consistente en el querer (voluntad) realizar la acción, no puede hablarse de consciente. De las opiniones antecedentes, observamos que se estima por una parte que puede darse el aspecto negativo de la conducta en el robo, como acontece con la fuerza física o vis absoluta, y por la otra, en los casos de vis absoluta, de su gestión-hipnótica y del sonambulismo, debiéndose analizar el problema que estudiamos en todas las hipótesis de ausencia de conducta para precisar en la forma más completa, qué casos se pueden -- realizar de este aspecto negativo de la conducta. (117).

Ni el caso, ni los actos reflejos o habituales tienen aplicación alguna en relación al robo. Podemos sin embargo, excepcionalmente, suponer la intervención de la vis absoluta o fuerza física irresistible, prevista en la fracción I del artículo 15 del Códigu Penal. Si el inculpado es físicamente constreñido por una persona, para remover una cosa, con el propósito de inodarlo en el ilícito y no puede resistir dicha fuerza, no será responsable del acto ejecutado a resultas de la acción ejercida en su contra, aún cuando, quien coacciona, deberá responder por el delito. La coacción moral, será considerada entre las causas de inculpabilidad, pues como afirma Jiménez de Arga. "La fuerza irresistible está reconocida unánimemente como ausencia de acto, en que el sujeto físico y absolutamente coaccionado no es más que un instrumento en manos del autor mediato. Pero hay que distinguir la vis absoluta de la vis compulsiva, en que la calidad de acción perdura y con mayor motivo en la vis moral o amenaza grave, pues el que obra en virtud de ese temor de un mal, pudo también decidirse por el propio sacrificio o el de los suyos amenazados, en vez de ceder a la coacción moral y perpetrar el acto punible. Su lugar

está entre las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad". El maestro español, incluye entre los casos de ausencia de acto, el sueño y el sonambulismo, la sugestión y la hipnosis y la inconsciencia, que nosotros estudiaremos en función de otros elementos del delito, aún cuando, desde ahora, podemos sostener que el sueño no tiene cabida en nuestro estudio, pues sueño y acción no son compatibles; no es posible suponer un robo por omisión. (118).

En este delito pueden presentarse hipótesis de ausencia de conducta. En nuestro criterio son factibles: la sugestión hipnótica y el sonambulismo, dado que el actuar del sujeto es involuntario, por lo que al faltar el elemento psíquico consistente en el querer (voluntad) realizar la acción, no puede hablarse de conducta consciente. En este sentido opina Ferrer Sana, al afirmar que en estos estados hay una ausencia total de voluntariedad con relación a la acción misma, faltando ésta. Sin embargo, tal criterio no es totalmente admitido, pues otros autores colocan a la sugestión hipnótica y al sonambulismo dentro del aspecto negativo de la inimputabilidad; así por ejemplo, Von Liszt y Jiménez de Asúa, éste con referencia al sonambulismo. Los referidos estados quedarían comprendidos, en nuestro Derecho positivo, como causas de inimputabilidad, por encontrar perfecto acomodo en las eximentes de la fracción II del artículo 15 del Código, aún cuando, en nuestra opinión, no es necesario buscar el fundamento de la inexistencia del delito en aquel extremo, si es evidente que la ausencia de voluntariedad trae como consecuencia la inexistencia de la conducta. (119).

Considero que en tratándose del delito de robo de frutos y la ausencia de conducta, no existe ningún problema para considerar que se da la fuerza física irresistible o vis absoluta, en la cual el sujeto es una especie de instrumento del delincuente; el sonambulismo, en la que el sujeto al deambular toma algún objeto y se lo lleva con él; el hipnotismo por cuanto a que el hipnotizado es como un bastón en manos de un viajero; y los actos automáticos, en los que el sujeto a consecuencia de su actuar ya inconsciente toma los objetos y los guarda sin fijarse en si son de su propiedad o no.

BIBLIOGRAFÍA

58

1. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, - pp. 258-259.
2. Raúl Carrancé y Trujillo, Raúl Carrancé y Rivas. Código - Penal Anotado, p. 834.
3. Semanario Judicial de la Federación II 5a. Epoca, p. 798.
4. Semanario Judicial de la Federación XXIV 5a. Epoca, p. 178.
5. Semanario Judicial de la Federación XXX 5a. Epoca, pp. 1143 y 1731.
6. Semanario Judicial de la Federación CX 5a. Epoca, pp. 1745-1746.
7. Semanario Judicial de la Federación Volúmen 91-96, 7a. Epoca, Segunda Parte, pp. 46-47.
8. M. Quintero Ripolles. Curso de Derecho Penal, Tomo II, pp. 181-182.
9. F. Cárdenas Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, pp. - 103-104.
10. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo IV, - pp. 32-39.
11. De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano. - pp. 36-38.
12. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios del Derecho Pe-
nal, pp. 23-28.
13. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, - pp. 170-172.
14. Celestino Porte Petit Candaudap. Robo Simple, p. 13.
15. Franco Guzmán, Ricardo. Apuntes de la clase de Derecho Pe-
nal II.
16. Raúl Carrancé y Trujillo, Raúl Carrancé y Rivas. Código - Penal Anotado, p. 835.

17. De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho, p. 119.
18. Vicenzo Manzini. Trattato di Diritto Penale Italiano, - Delitti contro il patrimonio IX, p. 11.
19. Raaferi. Manuale di diritto Penale Parte Esococial II, - p. 314.
20. Maggiore Derecho Penal Parte Especial V, p. 27.
21. Cuello Calon . Derecho Penal Parte Especial II, p. 787.
22. Semanario Judicial de la Federación XXVIII 5a. Epoca, p. 811.
23. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, p. 18.
24. Carrara. Programa de Derecho Criminal Parte Especial IV, p. 30, parágrafo 2030.
25. Semanario Judicial de la Federación CV, p. 2426.
26. Semanario Judicial de la Federación LXXVI, p. 5391.
27. Semanario Judicial de la Federación IV, p. 327.
28. Semanario Judicial de la Federación CXXVI 5a. Epoca, p. - 631.
29. Semanario Judicial de la Federación IX 6a Epoca, p. 126.
30. Semanario Judicial de la Federación LXXXIX, p. 5260.
31. Semanario Judicial de la Federación CXLIII, p. 512.
32. Semanario Judicial de la Federación XCVII, p. 1762.
33. Semanario Judicial de la Federación Boletín de 1962, p. - 368.
34. Semanario Judicial de la Federación XCI, p. 3489.
35. Semanario Judicial de la Federación CXLIX, p. 707.
36. Semanario Judicial de la Federación CXIX, p. 2286.
37. Diccionario Larousse Tomo II, p. 575.

38. Celestino Norte Peña Caudaudap. Robo Simple, p. 49.
39. Semanario Judicial de la Federación XLV 5a. Época, p. 5229.
40. Semanario Judicial de la Federación LXXXIII 5a. Época, p. - 5187.
41. Semanario Judicial de la Federación XLIII 5a. Época, p. - 2721.
42. Semanario Judicial de la Federación CXXVI 5a. Época, pp. - 631-632.
43. Diccionario Larousse. Tomo III, p. 811.
44. Diccionario Larousse. Tomo I, p. 248.
45. Raúl Cartanecá y Trujillo, Raúl Cartanecá y Rivas. Código - Penal Anotado, p. 367.
46. De la Vega, González. Derecho Penal Mexicano, p. 180.
47. Vincenzo Manzini. Trattato di Diritto Penale Italiano IX, p. 145.
48. Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad, p. 81.
49. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, p. - 153.
50. Diccionario Larousse. Tomo III, p. 957.
51. Diccionario Larousse. Tomo I, p. 198.
52. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo - IV, pp. 62-64.
53. Diccionario Larousse. Tomo II, p. 363.
54. Diccionario de Biología. p. 99.
55. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VII, pp. 205-206.
56. Celestino Norte Peña Caudaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pp. 255-265.
57. Favón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, p. 151.

58. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, p. 55.
59. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 149.
60. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, - p. 160.
61. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Drocho Penal, pp. 293-295.
62. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 151.
63. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, p. 56.
64. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, - p. 204.
65. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 152.
66. Celestino Porte Petir Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Drecho Penal, pp. 305-306.
67. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, p. 206.
68. Celestino Porte Petir Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 311.
69. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 153.
70. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, - pp. 206-207.
71. Celestino Porte Petir Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 376.
72. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, - p. 207.

- 73. Jiménez de Asua, Luis. La Ley y el Delito. p. 215.
- 74. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, p. 394.
- 75. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. p. 216.
- 76. Semanario Judicial de la Federación LXXIX, 6a. Epoca. Segunda Parte, p. 46.
- 77. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte Genral, p. 46.
- 78. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 137.
- 79. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 137- 138.
- 80. Favón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. p. 204.
- 81. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal, p. 380.
- 82. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 138.
- 83. Favón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. pp. 209-210.
- 84. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 383.
- 85. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte Genral, p. 47.
- 86. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 139.
- 87. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 385.
- 88. Favón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, pp. 210-212.

89. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pp. 300-303 ---Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 154-156 ---Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, pp. 56-57 ---Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, pp. 158-170.
90. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pp. 335-369 --- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 156-160 --- Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, p. 57 --- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, pp. 187-201.
91. Celestino Porte Petit Candaudap. Robo Simple, p. 20-22.
92. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal, p. 28.
93. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, pp. 163-164.
94. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, p. 57.
95. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 162.
96. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 405.
97. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, pp. 227-228.
98. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 416.
99. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, pp. 231-232.

- 100. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 163.
- 101. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV, pp. 254-255.
- 102. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, pp. 229-231.
- 103. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo II, p. 32.
- 104. Celestino Forte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. pp. 407-408.
- 105. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, p. 233.
- 106. Celestino Forte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 418.
- 107. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo II, p. 50.
- 108. Revista Promeco (Médica). Número 25, Artículo Sueños y Ritmos Siccadiacos. Dra. Carolina Barbero de Aruffo. pp. 2-3.
- 109. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. pp. 233-235.
- 110. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 164.
- 111. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo II, p. 51.
- 112. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, pp. 235-236.
- 113. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, p. 236.
- 114. Celestino Forte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 417.

115. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 163-164.
116. Celestino Forte Petit- Candaudap. Apuntamientos de la - Parte General de Derecho Penal. pp. 417-418.
117. Celestino Forte Petit Candaudap. Robo Simple, p. 23.
118. F. Cárdenas, Raúl, Derecho Penal Mexicano del Robo, pp. 241-242.
- 119, Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho - Penal, p. 29.

CAPITULO SEGUNDO

EL TIPO, LA ATIPICIDAD, LA ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

2.1 EL TIPO

2.1.1 TIPICIDAD

2.1.2 CLASIFICACION DE LOS TIPOS

2.1.3 ELEMENTOS DEL TIPO

2.2 LA ATIPICIDAD

2.3 LA ANTIJURICIDAD

2.4 LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

2.4.1 LEGITIMA DEFENSA

2.4.2 ESTADO DE NECESIDAD

2.4.3 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

2.4.4 EJERCICIO DE UN DERECHO

2.4.5 IMPEDIMENTO LEGITIMO

2.4.6 OBEDIENCIA JERARQUICA

2.4.7 CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO

CAPITULO SEGUNDO

EL TIPO, LA ATIPICIDAD, LA ANTIGURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

2.1 EL TIPO

La expresión tipo es usualmente utilizada por la doctrina para aludir a la descripción de una conducta prohibida realizada por una norma jurídico-penal, en tanto que la tipicidad es entendida como la característica de una acción de adecuarse a una disposición legislativa. Por ello, en derecho penal se dice que un comportamiento es típico cuando coincide con lo previsto en un tipo penal. Así p.e., la acción de privar de la vida a otro es típica, pues es exactamente la descripción que el homicidio formula el a. 302 del CP. Es evidente en consecuencia que aún cuando las expresiones tipo y tipicidad son conceptualmente diversas, deben ser tratadas conjuntamente ya que son notoriamente interdependientes. Existe consenso en admitir que el origen histórico del concepto corresponde a Beling, quien relaboró un esquema antes formulado por Binding, para poder interpretar lo dispuesto en el a. 59 del Código Penal alemán de 1871. Binding había distinguido dos aspectos esenciales de la ley penal: el precepto, es decir, la norma que establece la pena y la sanción que comprendía los elementos determinantes de la punibilidad. Esto lo condujo a concluir que el delincuente no obra contra la ley sino contra la norma que lógicamente le precede. El delincuente hace exactamente lo que dice la ley (mata a otro), pero al obrar en esa forma viola la norma que prohibe matar. Por lo mismo, lo violado es la norma y no la ley penal. Basado en este precedente teórico, Beling afirmó que en toda acción contraria a derecho, existe conceptualmente un momento previo en que la conducta coincide con la descripción contenida en la ley, y por ello sugirió diferenciar los niveles de análisis que hasta entonces eran realizados bajo el común denominador de la antijuricidad. Para poder verificar si una aco -

ción es contraria a la norma, previamente es preciso constatar si coincide con lo que dice la ley, y es precisamente a esa característica de la acción de poder ser subsumida en la descripción legal a lo que Beling llamó tipicidad. Recién después es viable analizar si la conducta es antijurídica (contraria a la norma), lo que depende de la inexistencia de causas de justificación. La distinción entre tipo y antijuricidad así presentada, fue utilizada por Beling para resolver problemas de la teoría del error, pues si bien ambas características condicionan la pena, pueden diferenciarse según sea necesario que el autor las hubiere o no conocido. Beling distinguió entonces dos condiciones de punibilidad: a) aquellas que necesitan ser conocidas por el autor para fundamentar la imposición de una pena, que son precisamente las que pertenecen al tipo y por lo mismo deben ser captadas por el dolo. Lógicamente respecto de ellas un error resulta relevante dando origen a un error de tipo; b) aquellas otras respecto a las cuales un error resulta irrelevante, pues no necesitan ser conocidas por el delincuente. Estas últimas quedan fuera del ámbito del tipo y por ello no necesitan ser captadas por el dolo. La teoría de Beling permitió precisar en un primer momento el concepto de tipo al limitarlo a uno solo de los presupuestos de la pena, dando origen al esquema que para la sistematización del delito ofreció el positivismo y que hoy se conoce como teoría clásica. Este modelo permitió una ordenación conceptual en la que cada eslabón de la teoría del delito mantuvo independencia: la acción concebida como el elemento natural, el tipo como juicio de adecuación meramente descriptivo, la antijuricidad como valoración referida a la parte externa de la conducta, y la culpabilidad finalmente como el elemento que permitía valorar la parte interna (ánimica) del comportamiento. La evolución ulterior de la teoría del delito en general y del tipo en particular, se tradujo en un abandono progresivo de la delimitación conceptual propuesta por Beling. Los factores que gravitaron fueron múltiples y complejos, por lo que sólo aludiremos a los más relevantes. Hu

bo en primer lugar necesidad de adecuar el esquema original antes descrito, al ponerse de manifiesto que no necesariamente los dos tipos penales presentan una estructura meramente descriptiva. Algunos textos legales describen la prohibición incorporando elementos que exigen valoraciones normativas o culturales (elementos normativos del tipo), en tanto que otros exigen que el autor oriente su comportamiento en función de una especial finalidad (elementos subjetivos del tipo). Ejemplo de lo primero se observa en la necesidad de que la cosa sea ajena, en el tipo del a. 367 del CP, y de lo segundo en el propósito de satisfacer un deseo erótico sexual en la descripción que del raptó formula el a. 267 del mismo ordenamiento. Influye también la evolución de la teoría del error en general y más específicamente algunas construcciones orientadas a asimilar el error de prohibición al de tipo, adjudicándole similares efectos exculpantes. Se observa un progresivo proceso de aproximación entre tipo y antijuricidad en las sistematizaciones posteriores al positivismo legal, cuyas manifestaciones más significativas fueron la idea de que la tipicidad era razón de ser del injusto y la teoría de los elementos negativos del tipo. La innovación más relevante y de consecuencias más perdurables fue realizada por el finalismo, fundamentalmente por efecto de la reformulación del concepto y la reubicación sistemática del dolo en el ámbito del tipo. La doctrina contemporánea nos propone una noción de tipo sistemático comprensiva de un tipo objetivo integrado por elementos objetivos y normativos, y un tipo subjetivo exclusivamente integrado por elementos referidos a la parte interna del comportamiento, de los que el dolo es el de mayor relevancia. La teoría del tipo penal fue receptada en la dogmática penal hispanoamericana por la obra de Jiménez de Azúa, quien desde 1930 propuso adoptar el sistema de Beling. Su desarrollo, sin embargo, sufrió algunas modificaciones como consecuencia de que los autores españoles y latinoamericanos la destinaron prioritariamente a cumplir funciones distintas para la que fue originalmente concebida. Consecuencia de lo anterior fue la tendencia a escindir la teoría del tipo del sistema del error vinculándola

al principio de legalidad, es decir a la garantía constitucional que se consagra en la máxima *nullum crimene nulla pena sine lege*. En realidad este principio puede identificarse con la tipicidad, pues la garantía no sólo exige que la conducta prohibida esté -- previamente descrita en la ley, sino que requiere que todas las condiciones de punibilidad estén expresadas en la ley antes de la comisión del delito. Consecuencia del proceso aludido es -- que la literatura jurídico-penal ofrezca mas de un concepto de tipo, cada uno de los cuales difiere en su contenido, así como -- en la función que se le adjudica. La noción de tipo-garantía es utilizada para relacionar la idea de tipicidad con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en cuya virtud sólo pueden ser sancionadas aquellas conductas que han sido previamente pre-- vistas por la ley y conminadas con pena. La fuente normativa -- de este principio de legalidad se encuentra en lo previsto en el a. 14 de la C. Es este el concepto mas amplio de tipo, pues co-- mo llevamos dicho, necesariamente la garantía de legalidad se -- proyecta sobre todos los presupuestos de la pena. Consiguientem-- ente esta noción amplia de tipo no puede diferenciarse del con-- cepto de delito. La noción de tipo-sistemático ha sido conse-- cuencia de la elaboración que la doctrina ha formulado en el se-- no de la teoría del delito, aludiendo a una sola de las caracte-- rísticas que la acción debe presentar para que se pueda aplicar una pena. Se trata de un concepto mas restringido que el ante-- rior pues sólo alude a un elemento del delito y no comprende a -- los demás presupuestos de la pena. El concepto de tipo-sistemá-- tico es conceptualmente previo e independiente a los de antijuri-- cidad y culpabilidad y por lo mismo no los comprende. La no-- ción de tipo del error es aún mas restringida, pues se limita a comprender los elementos externos que deben ser captados por el dolo y respecto de los cuales un error es relevante. Cuando se dice, p. e., que el autor obró con dolo en la medida en que tuvo conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo, se está haciendo referencia a este último concepto. Correspon-- de aclarar en función de lo referido, que las precisiones concep-- tuales relativas a la estructura del tipo penal, como las que se

formulan a continuación, están exclusivamente referidas al tipo sistemático. Como consecuencia de los aportes del finalismo, - en cuya virtud se puso de manifiesto que el juicio de subsan- ción que caracteriza la adecuación típica no puede quedar redu- cido al análisis de la parte externa del comportamiento, corres- ponde distinguir en el tipo sistemático de los delitos dolosos, entre tipo objetivo y tipo subjetivo. El tipo objetivo com- prendería todos los elementos descriptivos y normativos previs- tos en la descripción legal. El subjetivo estaría integrado - por el dolo y, en su caso, por los llamados elementos subjeti- vos del tipo. El tipo objetivo incluye elementos descriptivos que son aquéllos que pueden ser captados por medio de los senti- dos, y normativos respecto de los cuales es necesaria una valora- ción jurídica o cultural. El más importante de los elementos descriptivos del tipo objetivo es la acción, usualmente denomi- nada núcleo del tipo, y frecuentemente expresada por medio de - un verbo consignado por el legislador (apoderarse, engañar, ma- tar, etc.). Es además frecuente, que el legislador exija la - concurrencia de ciertas modalidades, entre las que pueden men- cionarse algunas referencias, como p.e.: a) A la víctima, como es el caso de estupro (a. 262 del CP) que exige que la persona ofendida sea "mujer", b) Al lugar en que la acción debe ser - realizada como el a. 381, fr. I, del C.P. que describe el robo cometido en "lugar cerrado", c) Al objeto, como en el infanti- cidio, cuyo tipo está limitado a causar la muerte de una perso- na dentro de las "72 horas" del nacimiento (a. 325 del CP), e) Al medio empleado por el autor, como en el tipo del a. 262 del CP, que exige "seducción o engaño". Algunos autores añaden a referencias al autor en el caso de tipos que sólo ciertas perso- nas pueden cometer, como en el caso del peculado, que únicamen- te puede ser realizado por un "servidor público". La doctrina dominante aprecia, sin embargo que la calidad del autor en los llamados delitos especiales no es una modalidad del tipo sino - un elemento del deber jurídico. El ejemplo de un elemento nor- mativo lo ofrece el tipo del a. 367 del CP, cuando describe co- mo robo el apoderamiento de una cosa ... "ajena, lo que exige - una valoración jurídica. En otros casos se advierte la presen-

cia de elementos normativos al requerirse valoraciones de índole cultural, como el requisito del tipo de estupro de que la víctima sea "casta y honesta" (a. 262 del CP). El elemento principal del tipo subjetivo es el dolo. Sin embargo, en algunos casos la descripción alude a una especial finalidad en el autor, como cuando en el a. 267 del CP se condiciona la consumación del rapto a que el autor haya querido satisfacer un "deseo erótico sexual" o "casarse" con la víctima. Cabe aclarar que los delitos culposos no tienen tipo subjetivo lo que los diferencia de los dolosos a nivel de la tipicidad. (1).

Es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. Con razón el profesor Mariano Jiménez Huerta, en su obra "La tipicidad", define el tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal. En concreto: el tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete "el que priva de la vida a otro". (2).

Es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal. El tipo es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos legales. El tipo viene a ser el marco o cuadro. Podemos afirmar que el tipo es abstracto y estático. (3).

Consideramos de especial importancia los conceptos emitidos sobre el tipo por Antolisei, Jiménez de Asúa, Haugach y Mezger. El contenido del tipo puede ser meramente objetivo, u objetivo y normativo; conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo, o bien, objetivo y subjetivo. De tal manera, que el concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descrito por la norma, o en ocasiones, es mera descripción objetiva, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos. (4).

El tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse

como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena. (5)

Bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando -- hay ausencia de alguno de sus presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse. (6)

Tipo, en sentido amplio, se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos, conceptos al que hicieron referencia, como vieja aceptación del término, Ernesto Von Beling y Franz Von Liszt. Mezger alude a la palabra tipo, en el sentido de la teoría general del Derecho, como "el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. En el sentido más restringido, limitado al Derecho Penal, el tipo ha sido considerado como el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura del delito. En síntesis, ¿qué es el tipo?. Múltiples son las definiciones dadas. Mezger dice: El tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal. Jiménez de Asúa lo define como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. Para Ignacio Villalobos, el tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo. En fin Jiménez Huerta concibe el tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal. Para nosotros el tipo legal, dándole connotación propia jurídico penal, es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal. (7)

2.1.1 TIPICIDAD

73

Adecuación de una conducta concreta con la descripción legal -- formulada en abstracto; es el encuadramiento de una conducta -- con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la -- acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. (2).

Es el encuadrar o enmarcar la conducta al tipo. Podemos afirmar que el tipo es abstracto y estático, en tanto que la tipicidad es concreta y dinámica. Al establecer el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se le da a la tipicidad el rango constitucional de garantía individual, por lo que podemos afirmar que la tipicidad tiene la función de principio de legalidad y seguridad jurídica. (8).

Estamos plenamente de acuerdo con la objeción hecha por Soler -- al empleo del término tipicidad, pero no podemos por ello destacar su aceptación general, en nuestro medio, como adecuación típica (tatbestand mässigkeit), supuesta la existencia del tipo legal o figura del delito. Por ello, entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o hecho a la hipótesis legislativa; el encuadramiento o la subsunción del hecho concreto al tipo legal. No debe, -- sin embargo, confundirse el tipo con la tipicidad; el primero es el antecedente necesario del delito, es decir, su presupuesto, mientras la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos. Esta situación ya ha sido observada por nuestros penalistas, entre quienes Fernando CASTELLANOS le otorga el carácter de elemento esencial, pues su ausencia impide la configuración del delito. "No debe confundirse el tipo con la tipicidad -- advierte --. El tipo es la creación legislativa; es la descripción -- que el estado hace de una conducta en los preceptos penales. -- La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la -- descripción legal formulada en abstracto." (9).

2.1.2 CLASIFICACION DE LOS TIPOS

54

a). Por su composición. Se dividen en normales y anormales. Son normales si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, contiene conceptos puramente objetivos, se limita a hacer una descripción objetiva; Son anormales si se hace necesario establecer una valoración ya sea cultural o jurídica, es decir además de factores objetivos, contiene elementos subjetivos o normativos. b). Por su ordenación metodológica. Se dividen en Fundamentales o Básicos, Especiales y complementarios. Son fundamentales o básicos, cuando constituyen la esencia o fundamento de otros tipos, como el homicidio en los Delitos contra la vida; son especiales cuando se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual subsumen (parricidio), Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial (infanticidio); Son complementados cuando se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado); Los dos últimos pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad. Así, el parricidio constituye un tipo especial agravado por sancionarse más severamente, mientras el infanticidio es un tipo especial privilegiado, por punirse menos estrictamente que el básico de homicidio. El privar de la vida a otro con alguna de las calificativas: premeditación, ventaja, etc., integra un homicidio calificado, cuyo tipo resulta ser complementado agravado. El homicidio en riña o duelo puede clasificarse como complementado privilegiado. c). En función de su autonomía o independencia. Se dividen en Autónomos o independientes y subordinados. Son autónomos o independientes si tiene vida propia, tienen vida propia sin depender de otro tipo (robo simple); Son Subordinados si dependen de otro tipo, por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan, sino se subordinan (homicidio en riña). d). Por su formulación.

Se dividen en casuísticos y amplios. Son casuísticos cuando prevén varias hipótesis; a veces el tipo se integra con una de ellas (alternativos; v.gr. adulterio; otras con la conjunción de todas (acumulativas); ej. vagancia y malvivencia. Son amplios si describen una hipótesis única (robo), que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo. El. Por el daño que causan. Se dividen en de daño o lesión y de peligro. Son de daño o de lesión, si protegen contra la disminución o destrucción del bien (homicidio, fraude); Son de peligro si tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados (omisión de auxilio). (10).

Al igual que hicimos en orden a la conducta, debemos obtener -- una clasificación en orden o con relación al tipo. Clasificación de Mezger. Al estudiar esta cuestión Mezger elabora la siguiente clasificación: a) Delitos de resultado y de simple actividad. b) Delitos de lesión, de peligro concreto, delitos de peligro abstracto. c) Delitos básicos o fundamentales. d) Delitos cualificados o privilegiados. e) Tipo independiente. f) Tipo especial cualificado. g) Tipo especial privilegiado. h) Delitos de varios actos. i) Delitos compuestos en sentido estricto. j) Delitos permanentes. k) Delitos Mixtos: a'). Acumulativamente formados. b'). Alternativamente formados. l) Tipos necesitados de complemento (leyes penales en sentido amplio). Clasificación de Jiménez de Asúa. Según este autor los tipos se clasifican en: a) tipos fundamentales y especiales. Tipos fundamentales, cualificados y privilegiados. b) Tipos independientes y subordinados: tipos básicos y complementarios. c) Clasificación atendiendo al acto: a') Tipos de formación libre, casuísticos, alternativos o acumulativos. b') Otras clasificaciones en orden al resultado. c'). Los delitos condicionales (que no son especie de los tipos). d'). Delitos de resultado cortado. d) clasificación atendiendo a los elementos subjetivos del injusto: a') por los elementos subjetivos referentes al autor. b') Por los elementos subjetivos fuera del agente. Clasificación de Jiménez Huerta. Por su parte --

Jiménez Huerta, formula esta clasificación: A) En torno a su ordenación metodológica. a) Básicos. b) Especiales (Privilegiados y Agravados). c) Complementados (Privilegiados y Agravados). B) En torno al alcance y sentido de la tutela penal. a) De daño. b) De peligro a) De peligro efectivo o presunto. b) De peligro individual y de peligro común. C) En torno a la unidad o pluralidad de bienes tutelados. a) simples. b) complejos. Comencemos, pues, el estudio de la clasificación de los tipos. A) Tipos fundamentales o básicos. Con acierto precisa Mezger que los diferentes tipos de la Parte Especial pueden ser referidos todos ellos a un número de tipos fundamentales (básicos), los cuales constituyen, por así decirlo, la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código. ¿Qué debe entenderse por 'tipo fundamental o básico? Aquí, nos dice Jiménez Huerta, en que cualquier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar un delito. Es el que se presenta en su puro modelo legal, sin más característica que la esencial delictiva, o bien, como estima Novoa, son aquellos que contienen una descripción que sirve de base a otros tipos derivados. Tipo básico, es aquel que no deriva de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo. B) Tipos Especiales. En contraste con el delito fundamental o básico, existe el delito especial, que se forma autónomamente, agregándose al tipo fundamental otro requisito. Los tipos especiales pueden ser: a) Privilegiado, o b) Cualificados. a) Un delito es especial privilegiado, cuando se forma autónomamente, agregando al tipo fundamental otro requisito que implica disminución o atenuación de la pena. b) Un delito especial cualificado, cuando se forma autónomamente, agregando al tipo fundamental o básico, otro requisito, que implica aumento o agravación de la pena. C) Tipos independientes o autónomos. ¿Qué debe entenderse por un tipo independiente o autónomo? Es el que tiene vida, existencia autónoma o independiente. Así Jiménez de Asúa explica que hay en las leyes tipos que por estar solos y no tener relación con otros, en referencia de fundamento, poseen autonomía. ¿Cuáles tipos tienen autonomía? No

otros pensamos que, tanto los tipos fundamentales o básicos, - como los especiales, (sean privilegiados o cualificados), son - autónomos, tienen absoluta independencia. No piensan de igual modo Mezger y Jiménez de Asúa, al sostener, que el delito espe- cial tiene relativa independencia. El primero expresa que "se habla de delictum sui generis en contraste al delito básico sim- plemente cualificado o privilegiado cuando, teniendo en cuenta el sentido y conexión de los diversos artículos de la ley, la - causa de agravación o atenuación, es utilizada para formar un - hecho punible nuevo, independiente; pero en estos casos y des- de el punto de vista del sistema, sólo hay en verdad una simple modificación del tipo básico; pero jurídicamente surge un deli- to que posee una relativa independencia". El segundo nos dice que "en cierto modo los tipos especiales sensu estricto, a pe- sar de proceder de otros de naturaleza fundamental, adquieren - relativa independencia por hallarse completa la descripción en el propio tipo específico, calificado o privilegiado". D) Ti- pos complementados, circunstanciados o subordinados. Otra cla- se de tipo es el complementado, circunstanciado o subordinado, - y es aquel que necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndose una circunstancia, pero sin que se origi- ne un delito autónomo. Jiménez de Asúa señala que el tipo com- plementado presupone la aplicación del tipo básico que se ha de incorporar a aquel, y si falta, en los hechos, la posibilidad - de adecuación al tipo básico que ha de complementar al tipo es- pecial subordinado, no podrán subsumirse en éste. De igual mo- do que los tipos especiales, los tipos complementados, circuns- tanciados o subordinados, se dividen en: a) privilegiados, y - b) cualificados. a) Por tipo complementado, circunstanciado o subordinado privilegiado, debemos entender aquel que necesita para su existencia el tipo fundamental o básico pero sin que se origi- ne un delito autónomo, es decir, sin tener vida propia), al que se agrega una circunstancia, atenuándolo. b) Tipo complementa- do, circunstanciado subordinado cualificado, es aquel que nece- sita para su existencia del tipo fundamental o básico (pero sin

originarse un delito autónomo), al que se agrega una circunstancia, agravándolo. El Tipo presuncionalmente complementado, -- circunstanciado o subordinado cualificado. De acuerdo con -- nuestra legislación penal podría hablarse de un tipo presuncionalmente complementado, circunstanciado o subordinado cualificado, cuando concurre cualquiera de las hipótesis señaladas en el Art. 315 párrafo final: a) Inundación; b) Incendio, o Minas; d) Bombas; e) Explosivos; f) Venenos; g) Cualquiera otra -- substancia nociva a la salud; h) Contagio venéreo; i) Asfixia; j) Enervantes; k) Retribución dada o prometida; l) Tormento; m) Motivos depravados; n) Brutal ferocidad. En estos casos, -- el tipo fundamental o básico: lesiones u homicidio, se le adicionan las circunstancias de inundación, incendio o cualquiera otra de las que señala la ley, originándose el delito de lesiones u homicidio, presuncionalmente premeditado. F) Diferencia entre tipo esencial y tipo complementado, circunstanciado o subordinado.- Es indudable la diferencia entre ambos tipos. El tipo especial necesita para su existencia del tipo básico o fundamental, pero una vez creado el tipo especial, se independiza del básico, tiene autonomía, propia substantividad, pues, como indica Sauer, "se ha hecho independiente, como la colonia de la metrópoli y se da sus propias leyes: un delictum sui generis". Por su parte el tipo complementado, aunque necesita igualmente del tipo básico para su existencia, no tiene autonomía. Jiménez Huerta hace notar que "se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que tanto el tipo especial excluye la aplicación del básico, el tipo complementado no solamente no la excluye, sino que presupone su presencia, a la que se -- agrega como aditamento la norma que contiene la suplementaria -- circunstanciada o peculiaridad". G) Tipos de Formulación Libre. ¿Qué debe entenderse por un tipo de formulación o forma libre?. Vamos a enunciar algunos conceptos: a) Antoliselli -- afirma que son tipos de forma libre aquellos delitos que pueden ser realizados con cualquiera actividad que produzca un determinado resultado (figuras que la ley describe en términos puramen

te causales). B) Pannain nos dice que en el delito de forma libre, la actividad productora del resultado no está descrita y determinada en el precepto penal, delitos de forma libre son aquellos para los cuales la ley se limita a enunciar un comportamiento genérico susceptible de comprender en su noción infinitas variedades, prefiriendo en substancia poner de relieve ciertos resultados y la relación de causalidad, esto es, una actividad cualquiera productora del resultado mismo. Tipo de formulación es aquel en que no se señala en forma casuística la actividad productora del resultado típico, pudiéndose con cualquier medio idóneo producirse o realizarse el núcleo contenido en el tipo. El referirse a un tipo de formulación libre, no significa que sea limitada en cuanto a los medios, la posibilidad de la producción del resultado, ya que no obstante no señalar en forma casuística la actividad productora del resultado típico, éste solamente puede realizarse con aquella actividad que sea idónea para ese fin. Por tanto, la formulación libre termina, en tanto la actividad no es apropiada para producir el resultado, y consecuentemente, no hay delitos de formulación libre en forma absoluta. H) Tipos de formulación Casuística.- Pensemos que por tipo casuístico o vinculado, debe entenderse aquel en que se señala casuísticamente la conducta productora del resultado típico. I) Tipos mixtos alternativamente formados.- Indudablemente es suficiente una sola conducta o un hecho para que exista el delito. Empero, el tipo puede contener más de una conducta o hecho. Crispigni anota, que a veces la figura delictiva legal, el indicar la especie de conducta señala alternativamente dos, en el sentido de que el delito puede estar constituido o por la una o por la otra. En este caso estamos frente a un tipo alternativamente formado, en el que tiene una función básica la "o", y la que significa a veces, a decir de Beling, distintas modalidades equivalentes dentro del mismo tipo delictivo. Igualmente Mezger al sostener, que la "o" expresa con frecuencia tan sólo diferentes modificaciones en forma casuística, careciendo de propia imprudencia y, por ello son --

ESTE DOCUMENTO
 PERTENECE AL
 ARCHIVO DE LA
 FISCALIA GENERAL
 DE LA REPUBLICA
 ARGENTINA

permutables entre sí, debiendo ser determinadas alternativamente en el proceso judicial. En consecuencia, ¿qué debemos entender por un tipo alternativamente formado? Aquel, nos dice Jiménez de Asúa, en que las hipótesis enunciadas se prevén una u otra y son, en cuanto a su valor, totalmente fungibles, afirmando que para que la tipicidad exista, basta con que se realice uno de los casos, a menudo formulado con un verbo cada uno, para que la subsunción se realice. El tipo es alternativo, cuando las conductas o hechos que sostiene, están previstos alternativamente. J) Formas de conducta en los tipos alternativamente formados.- ¿Cuáles son las diferentes hipótesis de conducta en un tipo alternativamente formado? Puede señalarse tres casos: 1º.- Que las conductas previstas en el tipo se concreten en un hacer, es decir, comisivas alternativamente.- 2º.- Que las conductas previstas se concreten en un no hacer, o sea, en una inactividad, una omisión, alternativamente.- 3º.- O bien, en un hacer y en un no hacer alternativo. A este respecto, indica Grispiñi que tales especies de conductas pueden consistir o todas en una acción, o todas en una omisión, o bien, finalmente también en una acción y en una omisión. K) Tipos alternativamente formados en la legislación penal mexicana.- En el Código Penal Mexicano encontramos tipos alternativamente formados entre otros: a) tipos alternativamente formados por acciones: 1.- 124VIII. 2.- 124-IX. 3.- 124-XI. 4.- 125-III. 5.- 125-VI. 6.-129. 7.-129. 8.-129. 9.-129. 10.-131. 11.-124-XII. 12.-124-I. 13.145 párrafo IV. 14.-146-I. 15.-180. 16.-197. 17.-166. 18.-162-I. 19.-167-I. 20.-167-II. 21.-167-III. 22.-167-VIII. 23.-141. 24.-130. 25.-131. 26.-134-III. 27.-148-IV. 28.133-I. 29.-201. 30.-207-I. 31.-225-IV. 32.-234-I. 33.-167-IV. 34.-395-I. 35.-200-I. 36.-200-II. 37.-209. 38.-217-I. 39.-217-II. 40.-257-II. 41.-311. 42.-387-II. 43.-207-II. 44.-207-III. 45.-395-II. 46.-214-II. 47.-214-VII. 48.-235-II. 49.-235-V. 50.-364-I. 51.-214-X. 52.-280-I. 53.-280-II. 54.-310. 55.-124-II. 56.-124-III. 57.-277-IV. 58.-167-VIII. 59.-208. 60.-134-II. 61.-123. 62.-124-III. b) Tipos alternativamente for

mados por omisiones: 1.-182. 2.-214-XI. 3.-176. 4.-340. --
 c) Tipo alternativamente formado por acción u omisión. 1.-225
 -I. d) Tipos alternativamente formados por omisión o acción o
 bien, por omisiones: 1.-249-II. 2.-277-III. L) Tipos "mixtos
acumulativamente formados". El tipo es acumulativamente -
 formado, cuando las conductas o hechos que contienen, están pre
vistos en forma acumulativa, y puede estar reglamentado: a) Al
ternativa o acumulativamente, en forma libre. b) Alternativa o
acumulativamente, en forma casuística. c) Acumulativamente, en
 forma libre y casuística y d) Alternativamente, en forma libre
 y casuística. M) Tipos acumulativamente formados en la legislación
mexicana.- En el Código Penal encontramos estas hipótesis
de tipos acumulativamente formados: 1.-146-II. 2.-214-
 VIII. 3.-232-I. 4.-284 regla 1a. 5.-365-II. 6.-196. 7.-125
 -VI. 8.-250-I b). Tipos acumulativamente formados por acción
 y omisión: 1.-169. 2.-194-I. 3.-366-V. 4.-387-V. c) Tipos
acumulativamente formados por omisiones: 1.-229. N) Tipos de
 resultado cortado o de resultado o consumación anticipada. Antes
de exponer nuestro punto de vista, vamos a dar a conocer algunos
conceptos sobre el tipo de "resultado cortado" o de "resultado
o consumación anticipada". Antoliselli considera que en
 los delitos de consumación anticipada, lo que constituye el míni
mum para la existencia de la tentativa basta para la consumación.
 Para Cavallo, en estos delitos la tentativa es equiparada a la -
 consumación. Maggiore piensa que en los llamados de consumación
anticipada, por voluntad de la ley, la tentativa se identi
fica con la consumación. En fin, Jiménez de Asúa estima que delitos
de resultado cortado son aquellos en que la impaciencia del
 legislador hace que la consumación se anticipe, considerando como
 tal, actividades que de otro modo deberían de entenderse como
 meramente preparatorias. Nosotros consideramos como delito de
 resultado cortado o anticipado, cualquier momento del iter criminis
anterior a la propia consumación: resolución manifiesta, actos
preparatorios, o bien, ejecutivos (tentativa). (11).

Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón "de su índole fundamental" y por tener plena independencia; los especiales "suponen el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial", de tal manera que éste elimina al básico; por último los tipos complementarios "presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan". Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar, dentro de nuestra legislación federal, - el homicidio como un tipo básico; el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. El peculado es un delito de tipicidad especial, en razón de que el tipo contiene una referencia al "sujeto activo", de tal manera que sólo pueden cometer este delito aquéllos que reúnan las condiciones o "referencias típicas del sujeto"; lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, los cuales sólo pueden cometer las personas que tienen tal "calidad". (12).

Son varias las clasificaciones formuladas sobre los tipos penales. Mezger distingue entre: I.- Delitos de simple actividad y de resultado; II.- Delitos de lesión y de peligro (concreto o abstracto). III. Delitos básicos o fundamentales y cualificados y privilegiados. IV. Tipos compuestos, en los que incluye: a) Delitos de varios actos; b) Delitos compuestos en sentido estricto; c) Delitos permanentes, y d) Delitos mixtos, -- acumulativa y alternativamente formados; V. Tipos necesitados de complemento, los cuales se subdividen en: a) Tipos en que el complementado se halla contenido en la misma ley; b) tipos en que el complementado se halla contenido en otra ley, pero -- emanada de la misma instancia legislativa, y c) Tipos en que el complementado se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa. Jiménez de Asúa aborda el estudio de los tipos conforme al orden siguiente: En razón de sus fun-

damentos: fundamentales, cualificados y privilegiados; En referencia a la autonomía de los tipos: básicos, especiales y complementarios; Atendiendo al acto: a) Tipos de formulación libre, casuísticamente formados, alternativos y acumulativos; b) Otras clasificaciones en orden al resultado; c) Delitos condicionales (que no son especies de tipos). d) examen especial de los llamados delitos de resultado cortado. Atendiendo a los elementos subjetivos del injusto: a) Por los elementos subjetivos referentes al autor: Delitos de expresión; Delitos de tendencia o impulso, y Delitos de intención. b) Por los elementos subjetivos que se dan fuera del agente. Jiménez Huerta los clasifica así: En torno a su ordenación metodológica: a) Básicos; b) Especiales: a') Agravados, b') Privilegiados; c) Complementados: a') Agravados, b') Privilegiados. En torno al alcance y sentido de la tutela penal: a) tipos de daño. b) Tipos de peligro: a') Tipos de peligro efectivo, b') - Tipos de peligro presunto, c') Tipos de peligro individual, y-- d') Tipos de peligro común. En torno a la unidad o pluralidad de bienes tutelados: a) simples, b) complejos: a') Complejo - especial, b') Complejo complementado. Tipos básicos o fundamentales, especiales y complementados. Se estiman tipos básicos o fundamentales, a los que contribuyen, por sus elementos integrantes, la esencia o fundamento de otros tipos legales. - Los tipos especiales se forman con los elementos del tipo básico, a los cuales se agregan nuevas características, de tal manera que el nuevo tipo así surgido, comprensivo del anterior con el cual se integra, adquiere vida propia e independiente, sin subordinación al tipo básico. Son tipos complementados los -- que, integrándose mediante el tipo básico, al cual se vienen a sumar nuevos elementos, quedan subordinados a éste, careciendo por ello de vida independiente, funcionando siempre relacionados al tipo fundamental del cual se forman. Tanto los tipos especiales como los complementados pueden ser: a) cualificados o agravados, y b) privilegiados o atenuados, atendiéndose a su penalidad con relación al tipo básico. Tipos autónomos y Ti__

pos subordinados. Los tipos autónomos o independientes de ben distinguirse de los tipos subordinados, tomando como criterio de clasificación su relación o autonomía. Los primeros no han menester de ningún otro tipo para tener existencia o vida propia, mientras los segundos, por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, que es siempre autónomo adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan sino se subordinan. Tipos Normales y tipos anormales. Luis Jiménez de Asúa distingue entre tipos normales y tipos anormales. Aquéllos se integran con elementos objetivos, de aprehensión cognoscitiva material, mientras los anormales incluyen también elementos normativos y subjetivos, cuyo conocimiento implica un juicio valorativo por el aplicador de la ley. Tipos de daño y tipos de peligro. En torno al alcance y sentido de la tutela penal, Mariano Jiménez Huerta se refiere a los tipos de daño y de peligro, poniendo de relieve que la tutela penal tiene, por cuanto a los bienes jurídicos, un doble alcance y significado; "unas veces el tipo tutela el bien jurídico frente al daño consistente en su destrucción o disminución; y otras el tipo protege especialmente el bien jurídico del peligro que pueda amenazarle". Los tipos de peligro los subdivide en: tipos de peligro efectivo y de peligro presunto; tipos de peligro individual y de peligro común. Tipos simples y tipos complejos: El mismo Jiménez Huerta, tomando como criterio orientador la unidad o pluralidad de bienes tutelados, clasifica los tipos en: tipos simples y tipos complejos, siguiendo el criterio expuesto por Carrara. "Algunos tipos de delito tutelan, contemporáneamente -dice Jiménez Huerta-, no uno, sino dos o más bienes jurídicos. Así, por ejemplo, en el artículo 397 del Código Penal no solamente se tutela el patrimonio frente a los daños que puedan afectarle, sino también la seguridad pública ante los graves estragos que pueden causarle mediante incendio, inundación o explosión. Los tipos del delito que tutelan un solo bien jurídico se denominan simples; complejos los que tutelan dos o más bienes jurídicos. Tipos de formulación libre y casuísticamen

te formados. Los tipos de formulación libre son aquellos en los cuales se describe, en forma genérica, la conducta o el hecho delictivo, de tal manera que en su amplia fórmula pueden comprender multitud de variedades con fisonomía común, como los describe Remo PANNAIN, o bien se caracterizan por el hecho de que cualquier actividad produce determinado resultado, según el concepto vertido por Antoniselli, como sucede en el homicidio, tipo de formulación libre cuya esencia está constituida por el fenómeno de la privación de la vida de un hombre, resultando al cual puede arribarse mediante cualquier conducta eficaz para producirlo. A estos tipos, formulados de manera elástica, como dice Jiménez de Asúa, se oponen los de formulación casuística en donde se acumulan detalles innecesarios en la definición de la conducta o del hecho abarcados por tales tipos, siendo clásico ejemplo, en nuestro Derecho positivo, el artículo 288 relativo al delito de lesiones y en el cual se comprenden "no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa." Tipos de formulación alternativa y acumulativa. BETTIOL distingue entre ley mixta alternativa y ley mixta acumulativa. En la primera se establecen diversas modalidades de realización; diversos actos se prevén alternativamente de manera que su valor fungible hace indiferente la realización de uno o de otro, pues con cualquiera de ellos el delito se conforma. La segunda, formada por hechos acumulativamente previstos implica autonomía funcional por falta de fungibilidad entre los actos, en razón de sus diversas exigencias valorativas; en este tipo se recogen una pluralidad de actos delictuosos autónomos entre sí. Jiménez de Asúa concibe de diversa manera los tipos acumulativos cuando falta fungibilidad de los hechos previstos en la ley, negando su autonomía funcional. "A nuestro juicio -dice atinadamente el autor español- el régimen acumulativo del tipo existe cuando las diversas acciones, conceptualmente abstraídas en el tipo legal, se precisa que concurren -que concurren todas- para que el juez considere los hechos subsumibles en la figura --

rectora." Son ejemplos de tipos de formulación alternativa - los artículos 124 (al que destruya o quite las señales que marcan la frontera de la Nación o de cualquier otro modo haga que se confunda; al que oculte o auxilie a los espías), 133 (abolir o reformar la Constitución Política o las instituciones; impedir la integración de éstas o su libre ejercicio), 141 (los que reunidos tumultuariamente, pero sin armas, resistan a la autoridad o la ataquen para impedir el libre ejercicio de sus funciones), 145 (al extranjero o nacional mexicano que en forma hablada o escrita o por cualquier otro medio, realice propaganda entre extranjeros o nacionales mexicanos, difundiendo ideas, programas o normas de acción de cualquier gobierno extranjero que perturben el orden público o afecten la soberanía del Estado Mexicano), 146 (los que perteneciendo a la tripulación de una nave mercante mexicana, de otra nación, o sin nacionalidad, aprehendan a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo), etcétera. Nuestro Código ofrece una gran cantidad de figuras de esta naturaleza en las cuales, como observa Jiménez de Asúa, las actividades o actos descritos más que "fungibles" son disyuntivos por cuanto uno de ellos excluye a los demás. Aunque los tipos acumulativamente formados, entendiéndolos por tales los que suponen concurrencia de todas las hipótesis descritas, son relativamente escasos en la legislación punitiva, es ejemplo ilustrativo el de usurpación de funciones (artículo 250 - fracción I), pues para su comisión no basta que una persona se atribuya el carácter de funcionario público, sin serlo, requiriéndose, de acuerdo con la exigencia típica, otro hecho consistente en ejercer algunas de las funciones inherentes al cargo usurpado. (13).

2.1.3 ELEMENTOS DEL TIPO

La doctrina se refiere a elementos típicos objetivos o descriptivos del tipo: a) "Estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por

los sentidos "objetivos", fijados en la ley por el legislador - en forma descriptiva. b) "Estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente el autor. Forma parte del tipo, el elemento material, que está constituido por la conducta o el hecho, originándose los delitos de mera conducta o los de resultado material. Referencias exigidas por el tipo. Igualmente forman parte del tipo, las modalidades de la conducta: referencias de tiempo, lugar, "referencias legal a otro hecho punible" o "referencia de otra índole, exigida por el tipo", y los medios empleados. Hay que observar que generalmente el tipo no contiene referencias de la conducta y por tanto, de - - existir son irrelevantes para la existencia de la tipicidad, por no ser exigidas. Por ello, Jiménez de Asúa, expresa, que "podemos decir que, en principio y en la mayor parte de los casos, las modalidades de la acción es decir, las referencias temporales y espaciales, la ocasión y los medios empleados, no interesan para el proceso de subsumir el hecho en un tipo legal". Pero como hemos indicado, el tipo puede requerir las referencias a que hemos hecho alusión. En consecuencia, deberos hacer relación a cada una de ellas: a) Referencias temporales. En -- ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no ocurrir, no se dará la tipicidad. Por ello, expresa Mezger, que la ley a veces establece determinados medios temporales como exclusivamente típicos, y por tanto, no caerá bajo el tipo la ejecución en tiempo distinto del que se señala en la ley". b) Referencias espaciales. Del mismo modo, el tipo -- puede demandar una referencia espacial, o sea de lugar. Mezger, a este respecto anota, que "esto quiere decir, que la ley fija exclusivamente como típicos determinados medios locales de comisión del delito, y que la ejecución del acto en otro lugar no recae bajo el tipo". Por tanto, es necesario para que exista la tipicidad, que concurren estas notas locales, exigidas -- por el tipo. c) Exigencias en cuanto a los medios. Los tipos en numerosos casos exigen determinados medios, originándose los llamados "delitos con medios legalmente determinados" o "limitados"; y ello quiere decir, que para que pueda darse la ti

picidad tienen que concurrir los medios que exige el tipo de -
 rrespondiente. De aquí que Mezger expresa que por delitos -
 con medios legalmente determinados debemos entender aquellos ti -
 pos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce,
 no mediante cualquier realización del resultado último sino só -
 lo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley expresa -
 mente determina. d) Elementos de Juicio Cognitivo. Ahora -
 bien, el propio Mezger, coloca entre los elementos típicos des -
 criptivos y los puros normativos, a los elementos del juicio --
 cognitivo, considerando que se trata de características típicas
 sobre las que recae un determinado juicio con arreglo a la exp -
 riencia y a los conocimientos que ésta proporciona. e) Eleme -
 ntos Normativos. Los elementos normativos son de dos clases: -
 a') Elementos con valoración jurídica. b') Elementos con valo -
 ración cultural. a') Existen estos elementos, cuando la ley -
 dice por ejemplo "cosa ajena", "funcionario", "documento públi -
 co", "documento privado", "bien mueble", "derecho real". b') -
 Estamos frente a un elemento normativo con valoración cultural,
 cuando el Código expresa: "casta y honesta", "acto erótico-se -
 xual", "desprecio", "ultraje a la moral pública o a las buenas
 costumbres", etc. f) Elementos subjetivos del injusto.- En -
 fin, la doctrina hace hincapié en los elementos subjetivos del
 injusto, que consisten en "características subjetivas, es decir,
 situadas en el alma del autor". Sujeto Activo: a) concepto.-
 El sujeto activo requerido por el tipo, es un elemento de éste,
 pues no se concibe un delito sin aquél debiéndose entender por
 sujeto activo, el que interviene en la realización del delito -
 como autor, coautor o cómplice. b) Clasificación del sujeto -
 activo en cuanto a su calidad.- El sujeto activo puede ser --
 cualquiera y entonces estamos frente a un delito común o indife -
 rente; pero en ocasiones el tipo exige determinado sujeto acti -
 vo, es decir, una calidad en dicho sujeto, originándose los lla -
 mados delitos propios, especiales o exclusivos. Esto quiere -
 decir, que el tipo restringe la posibilidad de ser autor del de -
 lito, de integrar el tipo, con relación a aquél que no tiene di -

cha calidad exigida; concepto de delito especial que posee a decir de Mezger destacada significación práctica en la teoría de la codelincuencia, indicando que la limitación del círculo de los que pueden ser autores en los llamados delitos especiales, no supone que las personas que no pertenecen a dicho círculo, esto es, los "no cualificados (extraños)" no puedan en absoluto ser sujetos de delitos, pues si bien no pueden ser autores en el sentido estricto de la palabra, queda la posibilidad de que participen en el hecho como cómplices y sean, por tanto, sujetos del delito, advirtiéndose de todo lo que antecede, que la tipicidad sólo se dará cuando el sujeto activo tenga la calidad demandada por el tipo. d) Delito especial en sentido amplio.- Nos dice Maurach, que "reciben el nombre de delitos especiales en sentido amplio, aquellos hechos punibles que, si bien pueden ser cometidos por cualquiera, motivan una punición agravada de ser realizados por una determinada esfera de autores", siendo "los delitos especiales en sentido amplio (discutido), variedades típicas no autónomas del delito básico". e) Delito de propia mano.- Por otra parte, existen tipos en que el sujeto activo está limitado al igual que en los tipos propios, especiales o exclusivos, originándose los tipos denominados de propia mano, que son aquellos en que la conducta delictuosa la realiza personalmente el sujeto. f) Comparando los delitos de propia mano con los delitos especiales, se observa que es sumamente difícil delimitar la frontera entre ellos. Clasificación en orden al número de sujetos activos. En orden al número la doctrina divide los delitos en individuales, monosubjetivos o de sujeto único y delitos plurisubjetivos, colectivos, de concurso necesario o pluripersonal. Monosubjetivo es aquél en que el tipo puede realizarse por uno o más sujetos. Plurisubjetivo, cuando el tipo requiere la intervención de dos o más personas. Sujeto Pasivo Exigido por el Tipo. En todo delito debe existir un sujeto pasivo, sin olvidar que "no se da un delito sobre sí mismo, por que no es admisible un desdoblamiento de la personalidad humana de modo que ésta pueda considerarse, a un mismo tiempo, desde un cierto punto de vista, como objeto activo, y desde otro, como su

jeto pasivo del delito". Y cuando la conducta del sujeto recae sobre sí mismo, no viene a ser sujeto pasivo sino objeto material del hecho delictuoso. Ahora bien, ¿qué debe entenderse por sujeto pasivo?. Es el titular del Bien jurídico protegido por la ley. Bettiol considera, que "en todo delito existen -- dos sujetos pasivos: uno constante, esto es, el Estado-administración, que se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal; y uno eventual; dado por el titular del interés concreto violado por la infracción y que se toma especialmente en consideración con motivo del caso del consentimiento del derechohabiente, de la que rella, y de la acción civil que puede hacerse valer en el curso del procedimiento penal. Problema básico es el relativo a saber quienes son los sujetos pasivos del hecho delictuoso. Por lo regular el sujeto pasivo del delito es diferente al objeto material del mismo, como en el robo: sin embargo en algunos casos el sujeto pasivo se identifica al objeto material, como sucede en la violación, el estupro, atentados al pudor, homicidio, lesiones, etc. El tipo puede igualmente exigir determinada calidad en el sujeto pasivo, y de no existir ésta, no puede darse la tipicidad, originándose cuando el tipo requiere tal calidad, un delito personal, y cuando el sujeto pasivo puede ser cualquiera, se trata de un delito impersonal. Se pueden presentar de acuerdo con la doctrina, esta hipótesis en relación al sujeto pasivo: a).- Que el sujeto activo y pasivo sean los mismos. b).- Que el sujeto activo y pasivo sean distintos. c).- Que el sujeto pasivo sea el objeto material. d).- Que el sujeto pasivo sea distinto al objeto material. e).- Que el sujeto pasivo sea distinto de la persona sobre la cual se lleva a cabo la conducta o hecho. Objeto Jurídico y Material. También el objeto forma parte del contenido del tipo, pues es inconcebible éste sin aquél, pudiendo ser el objeto, jurídico o material. Los bienes jurídicos se deben distinguir en bienes "individuales" y "bienes de la colectividad", en bienes disponibles y -- bienes no disponibles. Es meta de la Parte Especial, determi

nar el bien jurídico que protege cada tipo en particular, sin desconocer que algunos tipos protegen no uno sino varios bienes, los cuales pueden tener igual valor o desigual, o sea, que algunos de ellos, tienen un valor superior, ocupando por consiguiente, el primer lugar o preferente, y sirviendo de base para la respectiva clasificación de delitos, así como para la interpretación de la ley penal. Debemos entender por bien jurídico el valor tutelado por la ley penal. (14).

Aceptado en nuestro derecho el dogma *nullum crimen sine lege* y correlativamente el que no hay delito sin tipo legal, al que corresponde la acción, puede afirmarse que la tipicidad es el elemento constitutivo de la acción y que sin ella no sería inculpable. Como elementos integrantes del tipo distingúense en nuestro derecho: el sujeto activo del delito, indeterminadamente denominado por medio de las expresiones "el que" o "al que": la acción con sus modalidades propias, descritas en general con las fórmulas "haga o deje de hacer" esto o aquello (v.g. *procurare* o *facilitare* la corrupción art. 201 c.p.; *prive* de la vida, art. 302 c.p.); y por último, el objeto material del delito o sea aquél sobre que recae la acción típica y que nuestra ley denomina otro (art. 302 c.p.), un menor de dieciocho años (art. 201 c.p.), etc. En ciertos tipos la acción va seguida de especiales modalidades y el complemento de especiales calificativas: "sin derecho y sin consentimiento", "cosa ajena mueble" (art. 367 c.p.). A veces el sujeto activo también es calificado: "un ascendiente contra un descendiente", "un cónyuge contra otro", "un dependiente, un doméstico, contra su patrón" o alguno de la familia de éste", etc. Otras veces se refiere el tipo o circunstancias de la acción: "al que públicamente o fuera de riña" (art. 344 fr. I c.p.). En la construcción de los tipos la ley utiliza elementos subjetivos (en el activo o en el pasivo del delito), objetivos o normativos (de valoración jurídica o de valoración cultural). En el tipo de estupro (art. 262 c.p.), el elemento objetivo la "copula", son elementos subjetivos del pasivo "mujer menor de dieciocho años" y normativos

de valoración cultural "casta y honesta", "seducción o engaño". En el tipo de robo (art. 357 c.p.), es elemento objetivo el "apoderamiento" y son elementos normativos de valoración jurídica "cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley". En el tipo del art. 255 c.p. es elemento subjetivo del activo el ser "funcionario, empleado, o auxiliar de la administración de justicia", etcétera. (15).

El tipo legal se nos presenta, de ordinario, como una mera descripción de la conducta humana. En otras el tipo describe además el efecto o resultado material de la acción u omisión, o bien contiene referencias a los sujetos, a los medios de comisión específicamente requeridos por la figura especial, modalidades de la propia acción que forman parte igualmente del tipo, o hacen referencia a determinados estados de ánimo o tendencia del sujeto, al fin de la acción, etc. De ahí la necesidad de estudiar por separado los distintos elementos que entran en la integración de los tipos, lo cual será de innegable utilidad para precisar posteriormente, los efectos de su ausencia, elementos que pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o bien subjetiva. - Elementos objetivos. Por tales debemos entender aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal. Aunque el núcleo del tipo lo constituya la acción u omisión trascendentes para el Derecho, expresado generalmente por un verbo y excepcionalmente por un sustantivo, son igualmente elementos del tipo todos los procesos, estados, referencias, etc., conectadas a la conducta y que resultan modalidades de la misma cuando forman parte de la descripción legal. Estas modalidades no interesan en principio a la ley, según expresión de Mezger y por ende no influyen en la tipicidad de la conducta o del hecho, pero en ocasiones la adecuación típica sólo puede producirse cuando se satisfacen las exigencias concretas de la ley. - Esas modalidades son: a) Calidades referidas al sujeto activo. A veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto acti

vo a la cual queda subordinada, por así decirlo, la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo. Ello excluye la posibilidad de ejecución de la conducta (acción u omisión) por cualquier sujeto y por tal razón se les ha denominado delitos propios, particulares o exclusivos, para diferenciarlos de los delitos de sujeto común o indiferente, no debiéndose confundir con los delitos de propia mano, según la designación dada por Binding, los cuales excluyen la posibilidad de ser cometidos -- por persona distinta del autor, en atención a su especial naturaleza, como en el caso de la falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad (artículo 247). b) Calidades referidas al sujeto pasivo. En otras ocasiones la ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo, operándose el fenómeno de la ausencia del elemento típico cuando el sujeto no la reúne y por ende la impunidad de la conducta o del hecho en el especial ámbito del tipo concreto. c) Referencias temporales y espaciales. La punibilidad de la conducta o del hecho -- queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión. d) Referencia a los medios de comisión. Aún cuando por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial por integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena. e) Referencia al objeto material. Hecha la distinción entre el objeto jurídico y el material debe precisarse que en este inciso se hace referencia al segundo, sobre el cual recae la conducta, es decir, al objeto material o corporal de la acción. f) Elementos normativos. Al decir de Mezger son presupuestos del "injusto típico" que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. Para nosotros forma parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos -- por el aplicador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo al contenido iuris del elemento normativo, o

bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico. Los elementos normativos, al decir de Jiménez de Asúa, se encuentran vinculados a la antijuricidad, pero no puede por ello excluirseles de la descripción típica y negarles su carácter de elementos como pretende Mezger. "En verdad no vemos razón alguna -expresa el maestro español- para que el legislador los consigne expresamente en un tipo concreto, cuando las características de ser 'antijurídico', 'contrario' al Derecho, 'fuera de los casos permitidos por la ley', etc., es patrimonio general de todos los delitos, ya que éste no existe sino es contrario a la norma...".

III Elementos Subjetivos. Los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos, por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita. Tales elementos, dice Jiménez de Asúa, exceden del mero marco de referencias típicas, pues su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo cuando éste los requiere. A estos elementos se les ha venido denominando elementos subjetivos del injusto. Los autores están de acuerdo en señalar a Harold Fischer como el primero en referirse a ciertos momentos subjetivos que intervienen en la necesaria relación entre el ilícito y lo lícito, observando que en ocasiones lo antijurídico de la acción se califica en razón del propósito del agente. A pesar de la concepción objetiva de la antijuricidad, privatista en el pensamiento de Fischer, el autor reconoce la existencia de determinadas conductas o hechos en los cuales sólo es posible precisar su ilicitud cuando se dan algunas referencias subjetivas. Estas quedan, en general, incluidas en la culpabilidad, salvo cuando se conectan con la intención o el propósito en cuya caso se les relaciona con la antijuricidad. La doctrina ha seguido caminos diversos por cuanto a la ubicación y por tanto a la naturaleza de tales elementos. Hegler, en 1914, expresa la idea de que no todo elemento subjetivo debe concertarse con la culpabilidad ni todo elemento objetivo con la antijuricidad. Mas Ernesto MAYER, colocándose dentro de la concepción objetiva de la antijuricidad, afirma lo equívoco del

término "antijuricidad objetiva", pues con él se alude a la "imputabilidad", reconociendo que tales elementos son características de lo antijurídico y no de la culpabilidad por no coincidir con los elementos de ésta. En los delitos integrados mediante actos de "libidine", hace observar MAYER, es la intención lasciva lo que hace prohibido el acto. El joven médico del Fausto de GOETTE, al tomar a la mujer en torno a la suave cadera, siguiendo las excitaciones de Mefistófeles, le sirve de ejemplo para comprobar que la intención convierte en prohibido el hecho, pues, "con la sola consideración del fin no se encuentra comprobada la antijuricidad, por que si por ejemplo, en el mismo caso el joven médico hubiera estado borracho, o si hubiese dado su consentimiento por un error excusable, entonces habría actuado antijurídicamente pero no culpablemente. Los procesos subjetivos son los que hacen ilícita una acción y son diversos de los que interesan a la culpabilidad", con lo cual concluye en considerar que los elementos subjetivos de la ilicitud son "características propias de la antijuricidad, pero no son características de la culpabilidad, ni propias ni impropias". En contraste con lo anterior, GOLDSCHMIDT tales elementos pertenecen al ámbito de la culpabilidad. Las distintas posiciones de los autores nos llevan a formular una síntesis de la doctrina, en la siguiente forma: a) Una corriente precisa que los elementos subjetivos pertenecen a la antijuricidad. Tal es el criterio sostenido entre otros, por M. E. MAYER. b) Otra corriente ubica tales elementos en el ámbito de la culpabilidad. Este es el punto de vista expuesto por GOLDSCHMIDT. c) Otro criterio mixto encuentra referencias, en tales elementos, tanto a la antijuricidad como a la culpabilidad, debiéndose hacer la separación con vista a los tipos en particular. Jiménez de Asúa, al establecer el deslinde de los elementos de índole subjetiva, los separa así: 1) Elementos que de modo indudable se refieren a la culpabilidad; 2) Elementos ambivalentes respecto a la culpabilidad y a lo injusto; 3) Elementos que al vincularse al fin originan los delitos de tendencia interna trascendente; 4) Elementos que al referirse al móvil se ubican en la cul

pebilidad; 5) Elementos de exclusiva referencia al injusto, como el *animus lucrandi* en el robo y el *animus injuriandi* en los delitos contra el honor. En opinión de Jiménez de Asúa, los elementos subjetivos no se vinculan propiamente a la culpabilidad, "En los casos en que esos elementos subjetivos del tipo no figuran expresamente en el (y a veces aunque se hallen taxativamente descritos), se precisa una valoración para determinar su existencia y su eficacia.... Aunque parece paradójico, en esto puede hallar apoyo la tesis de MEZGER que establece conexiones entre los elementos subjetivos de lo injusto y la culpabilidad, por creer que sin ellas esos elementos no podrían ser imputables al autor. Si la culpabilidad no es simplemente psicológica, sino normativa, en ella pueden recibirse también los influjos de los elementos subjetivos de lo antijurídico. Pero obsérvese que para esa operación de atribuir al agente la responsabilidad del hecho en cuyo tipo concurren elementos subjetivos de lo injusto, no precisa que estos elementos se asocien a la culpabilidad. Como es harto sabido, y como veremos al hacer el estudio del dolo, los elementos intelectuales de éste abarcan lo antijurídico de la conducta, sin que por ello lleguemos a considerar que no hay diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad. Los más decididos partidarios de la teoría del 'delito como conjunto' retroceden ante esa consecuencia que pone en riesgo el Derecho Penal liberal. d) Peculiar posición adopta Ricardo C. NUÑEZ al negar a los elementos subjetivos del tipo relación tanto con la antijuridicidad como con la culpabilidad. Para el autor argentino es incorrecto referirse a tales elementos en orden a la antijuridicidad, pues ello equivaldría a otorgar una función diversa a los elementos objetivos respecto a la determinación de la ilicitud del hecho: igualmente es un error, en su opinión, pretender ligarlos a la culpabilidad, pues ésta puede existir a pesar de aquéllos. En síntesis, los elementos subjetivos del tipo son parte de la acción, pues a ella están referidos en la descripción legal. En México se han ocupado de esas referencias subjetivas Ignacio VILLALOBOS y Ricardo FRANCO GUZMAN, el primero, cuando reconoce la existencia, dentro de la --

concepción objetiva de la antijuridicidad, de elementos subjetivos que constituyen excepcionalmente antijuridicidad de ciertas conductas, por estar incluidas "en la valoración objetiva del acto que con ellos resulta antisocial o contrario al orden jurídico". FRANCO GUZMAN reconoce la existencia de elementos subjetivos en el tipo legal objetivo, los cuales sirven en ocasiones para calificar la culpabilidad del autor y en otras para integrar el juicio de ilicitud de la conducta. Reconociendo la importancia de la distinción entre motivo y fin de la voluntad del sujeto, cuestión destacada por multitud de autores, y admitiendo la posibilidad de casos en que ambos tiendan a unificarse, lo cual no impide su fácil separación, considera un error ilegal a identificar las funciones de los elementos subjetivos en los tipos penales, pues no pueden pertenecer a la antijuridicidad y a la culpabilidad al mismo tiempo, como quisiera MEZGER. "Cuando se habla de elementos subjetivos del tipo, que contribuyen a la integración del juicio de antijuridicidad declara enfáticamente, no se debe hacer referencia a la culpabilidad. Los elementos subjetivos de la ilicitud no se asocian a la culpabilidad, sino que sirven solamente al juicio en tono antijurídico de la acción. En nuestra opinión, los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad. Las referencias subjetivas no pueden ubicarse, de buenas a primeras, en el ámbito de tal o cual elemento del delito; ello hace necesario el estudio de cada tipo en particular. En ocasiones, como lo ha observado Jiménez de Asúa, la referencia a la culpabilidad es manifiesta con el uso de las expresiones que --aluden a la intención, al dolo del agente, tales como voluntariamente, con intención, intencionalmente, maliciosamente, deliberadamente, a sabiendas, etcétera. Igualmente la referencia al móvil, revela la exigencia del tipo para comprobar la culpabilidad. El propósito o la finalidad hacen clara la vinculación de los elementos subjetivos a la antijuridicidad (proponiéndose un interés; propósito de causar perjuicio, para fines propios o ajenos, etc.). (16).

Pavón Vasconcelos estima, que "si se aplica el concepto que sobre tipicidad ha elaborado la doctrina del delito, habrá tipicidad en el robo, cuando la conducta encuentra perfecto encuadramiento o adecuación al tipo descrito en el artículo 367 del Código Penal", punto de vista que no compartimos, porque la adecuación de la conducta (apoderamiento) no constituye la tipicidad, sino la conformidad con todos los elementos del tipo que contiene el artículo 367, del Código Penal, o sea, cuando se compruebe que alguien se apoderó de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley. (Sobre este particular es de indudable utilidad la aseveración que hace Jiménez de Asúa, en el sentido de que "los elementos subjetivos de la antijuricidad existen aunque no aparezcan expresamente incluidos en la definición del tipo legal, siempre que éste lo requiera". Tratado de Derecho Penal III pp 716-717. Editorial Lozada, S.A., Buenos Aires, 1951). Es importante dar a conocer algunas opiniones sobre el bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa. Podemos señalar los siguientes puntos de vista respecto al bien jurídico protegido en el robo: a) Que protege el patrimonio. b) A la propiedad. c) Que se tutela la posesión. d) Que se protege tanto la propiedad como la posesión, siendo la desposesión, medio para llegar a la lesión de la propiedad. Maggiore, estima que "objeto de esta tutela penal, es el interés público por mantener inviolable la propiedad, entendida ésta en sentido penal -no estrictamente civil-, de modo que comprenda, fuera del derecho de propiedad en sentido estricto, todo derecho real y hasta la posesión de hecho", agregando, que no obstante, hay que advertir que la propiedad se halla protegida en primer término mientras la posesión, o mejor dicho la tenencia, está protegida únicamente de modo secundario y subordinado. Cuello Calón nos dice, que "el interés jurídico aquí protegido es la posesión de hecho de las cosas muebles cualesquiera que sea su origen (derecho de propiedad, posesión o mera tenencia de la cosa)". Jiménez Huerta manifiesta, que "es, pues, el poder de hecho que se tiene sobre las cosas muebles o la posesión

de las mismas, el interés patrimonial que se protege en este delito". Para Núñez, "la sanción contra el hurto protege la posesión de las cosas muebles, proveniente del ejercicio del derecho de propiedad, de una situación de hecho o de un derecho - real o personal relativo de la cosa". Piensa Frías Caballero, que "el objeto específico de la tutela consista, en mantener in cólume, es decir, al margen de la arbitraria intervención de terceros, el vínculo fáctico de poder que efectivamente liga a la persona con la cosa y que se manifiesta en la posibilidad -- real de disponer materialmente de la misma". Y Soler al desear la idea de que el patrimonio es el bien tutelado, anota: - "Mantenemos el título de los delitos contra la propiedad, pues siempre hemos creído equivocada la moderna tendencia a substituir esa designación por la expresión =patrimonio=. El =patrimonio= no es un bien jurídico, pues aún cuando se diga que es - el conjunto de bienes =forma un todo jurídico, una universalidad de derecho, que no puede ser dividida sino en partes alicuotas=, (Código Civil, 231, nota), lo cual ocurre dentro de él, - para fijar su monto, es forzoso contar las deudas. Lo que la Ley penal protege no es una abstracción, sino la propiedad del titular del patrimonio sobre todos y cada uno de los bienes que lo integran. cuando se hurta un bien, en el patrimonio del perjudicado nace un crédito exactamente igual al importe de aquél. El delito, pues, no ha sido cometido contra el patrimonio, sino contra el derecho de propiedad directamente referido a una cosa y no a un valor fungible con ella". Somos de opiniones que -- los bienes jurídicos que se protegen en el delito de robo, son la propiedad y la posesión. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: a) La creación de la figura castigada como delito de robo es considerada como tuteladora del patrimonio. - b) Para la comprobación del cuerpo del delito de robo es necesaria la demostración de la propiedad de objetos robados, porque -- esta figura delictiva no se configura por un ataque a la posesión, lo que se desprende de lo estatuido en la disposición legal, aún cuando se ignore quién haya sido el dueño de la cosa - materia del delito. Es procedente referirnos a la clasificación del robo simple en orden al tipo. Se caracteriza por ser

tipo fundamental o básico, autónomo o independiente y anormal. - Es un tipo fundamental o básico, porque no contiene ninguna circunstancia que eleve su penalidad, pues, de ser así, tendríamos un robo complementado, circunstanciado o subordinado cuálificado. Constituye el robo simple al igual que cualquier delito en particular, un delito autónomo o independiente a diferencia de otros, que son especiales, cualificados o privilegiados o -- bien, complementamos, igualmente cualificados o privilegiados. - Su autonomía es evidente, pues el delito tiene vida por sí mismo. Es acumulativamente formado en cuanto a los elementos normativos. El robo es un tipo anormal, porque a diferencia de los normales que contienen únicamente el elemento material, por ejemplo al homicidio-, requiere de elementos normativos, así como de un elemento subjetivo del injusto, al que hemos hecho referencia. En otros términos es anormal, porque contiene: A) elementos normativos, como son el ser la cosa: a) mueble, b) ajeno, c) sin derecho, d) sin consentimiento; B) elemento subjetivo del injusto, que aunque la ley no hace referencia, al mismo, la jurisprudencia lo hace consistir en el "ánimo de dominio", "...Si el elemento normativo requiere que la cosa sea, mueble, ajena, sin derecho y sin consentimiento, naturalmente que es un tipo acumulativamente formado, en cuanto a los elementos normativos, al exigir concomitantemente la existencia de dos ellos. (17).

La tipicidad en el robo. Si se aplica el concepto que sobre la tipicidad ha elaborado la dogmática del delito, habrá tipicidad en el robo cuando la conducta encuentra perfecto encuadramiento o adecuación al tipo descrito en el artículo 367 del Código Penal. Ahora bien, dentro de este inciso debe expresarse que el tipo que venimos analizando no señala calidad alguna en orden a los sujetos tanto activo como pasivo del delito, por lo que puede afirmarse que el sujeto es, en este tipo delictivo, común o indiferente. No puede, sobre este particular, afirmarse que el pasivo sea precisamente el dueño o poseedor de la cosa robada, pues tal carácter no constituye propiamente una calidad específica requerida en la norma, y aunque es cierto que en

la mayoría de los casos quien sufre el desapoderamiento tiene estos atributos, lo mismo se infiere de la relación jurídica -- existente entre el sujeto y el objeto de la protección penalística, mas no la descripción legal referida al sujeto. Con relación al sujeto activo y tomando en cuenta el número de quienes intervienen en su comisión, el robo es un delito monosubjetivo o de concurso eventual y no necesario. En cuanto al sujeto pasivo, puede clasificársele como personal o impersonal, según la lesión jurídica recaiga sobre una persona física o una persona moral o jurídica. Tampoco el tipo que se examina alude a circunstancias de tiempo y de lugar, lo que sí sucede con otros tipos de robo que adquieren el carácter de complementados o cualificados. El robo es un tipo independiente o autónomo, -- por cuanto no requiere, para tener vida de ningún otro tipo penal. Considerando el tipo previsto en el artículo 367, en orden a sus elementos constitutivos, como el punto de partida para la formulación de otros tipos, agravados respecto a su penalidad y que en aquél se complementan, tiene el carácter de tipo básico con relación a los a él subordinados. Es igualmente un tipo simple, ya que el bien jurídico tutelado es "el patrimonio" como lo subraya el Título en que se encuadra; no debe -- pues pensarse de que se trata de bienes diversos cuando se habla de propiedad, posesión, uso, etc., ya que todos ellos, como derechos reales, entran en el concepto general de patrimonio. La lesión de un solo bien jurídico lo convierte en tipo simple, a diferencia del complejo, en el cual se lesionan varios bienes jurídicos. Por último, es el robo un tipo anormal, por cuanto no sólo contiene elementos objetivos, sino además el elemento normativo señalado. Dentro del capítulo I del Título Vigésimo Segundo del Código existen tres tipos complementados o cualificados (o agravados); ellos son los previstos en el artículo -- 372, relacionado con los numerales 374, 381 y 381 Bis. Estos tipos se conforman con el básico y al mismo tiempo independiente o autónomo contenido en el artículo 367, al cual se agregan los elementos que lo complementan y subordinan: a) una referencia al medio comisivo, o sea la violencia en las personas (artículos 372 y 374); b) una circunstancia de lugar, cual es que

el robo se realice en un lugar cerrado o en edificio, vivienda, aposento o cuarto habitado o destinado para habitación (artículos 381, fracción I y 381 Bis), y c) una calidad especial en el sujeto activo del delito, la cual se hace consistir en la dependencia o vínculo existente entre el autor y la víctima, por razones de trabajo, prestación de servicios, amistad, hospitalidad, etcétera, que facilitan el acceso a la cosa (artículo 381 restantes fracciones). (18).

Por lo que respecta a la clasificación del robo de frutos en orden al tipo, utilizaremos las diversas clasificaciones a que -- alude el maestro Castellanos Tena, por considerar que didácticamente en mi concepto es la más práctica. Por su composición se considera como anormal porque además de factores objetivos, contiene un elemento subjetivo que es el ánimo de dominio y elementos normativos como son el ser la cosa: a) mueble, b) ajena, c) sin derecho y, d) sin consentimiento. Por su ordenación metodológica es básico porque constituye la esencia o fundamento de otros tipos; sin embargo, también puede ser: a) especial por cuanto hace al sujeto activo y pasivo del delito, lo cual consiste en la dependencia o vínculo existente entre el autor y la víctima por razones de trabajo, prestación de servicios, amistad, hospitalidad, etc., que facilitan el acceso a la cosa, estando estas hipótesis consagradas en las fracciones II y siguientes de los numerales 381 y 399 Bis del Código Penal vigente para el Distrito Federal; y, b) complementado, como se desprende de la lectura de los artículos 372, 274 y 381 fracción I; estos tipos se conforman con el básico y al mismo tiempo independiente o autónomo contenido en el artículo 367, al cual se agregan los elementos que lo complementan y subordinan: a) una referencia al medio comisivo, o sea la violencia en las personas (372 y 374), b) una circunstancia de lugar, la cual es que el robo se realice en un lugar cerrado (381 fracción I).

En función de su autonomía o independencia, es autónomo porque tiene vida por sí, es decir tiene vida propia sin depender de otro tipo. Por su formulación es amplio, ya que describe una

hipótesis única (apoderamiento) que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

Por el daño que causa, se clasifica en de Daño, ya que protege contra la disminución o destrucción del bien. Por lo que respecta a los elementos del tipo, no existe ninguna referencia al sujeto pasivo y activo en tratándose del artículo 367, sólo se exige calidad en las fracciones II (doméstico o dependiente en contra de su patrón o la familia de éste), III (huesped o comensal, o alguno de la familia, o de los criados que lo acompañan), IV (el dueño o alguno de su familia contra sus dependientes o domésticos, o contra cualquiera otra persona) y, VI (por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, del artículo 381.

En relación a la referencia de carácter temporal no existe. En tratándose de la referencia de carácter especial, no existe en el artículo 367, sin embargo, existe según lo disponen las fracciones I (lugar cerrado), III (en la casa donde recibe hospitalidad, obsequio o agasajo), IV (la casa del primero) y, VI (la casa, taller o escuela ... habitación, oficina, bodega u otros lugares) del artículo 381. El objeto jurídicamente protegido es el patrimonio. El elemento subjetivo del injusto es el ánimo de dominio el cual no está expresado en el artículo 367; sin embargo, la jurisprudencia lo hace consistir en el "ánimo de dominio", existiendo esta referencia en la fracción VIII (aprovechándose) del artículo 381.

2.2. LA ATIPICIDAD

La ausencia de tipicidad o atipicidad, constituye el aspecto negativo de la tipicidad, imperativo de la integración del delito, mas no equivale a la ausencia del tipo. Esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho. Hay atipicidad, en cambio cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuadra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues, ausencia de adecuación típica. Concretamente se originan hipótesis

de atipicidad: a) cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo; b) cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo; c) cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo este no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos; d) cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo; e) cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley, y f) cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, referidos expresamente por el tipo legal. (15)

La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En el código penal veracruzano vigente se suprimió el tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior, integrado con un adulterio en condiciones determinadas; he ahí una ausencia de tipo. En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada, como en el caso de la copula con mujer mayor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento mediante seducción o engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde precisa, para configurarse el delito de estupro, que la mujer sea menor de dieciocho años. En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él, no existe tipo. Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley; e) si faltan los elementos -

subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, f. por no dar se, en su caso, la antijuricidad especial. En ocasiones el legislador, al describir el comportamiento, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo, o en ambos; tal ocurre, por ejemplo, en el delito de peculado, en el cual el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público (artículo 220 del C.P. de 1931). Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en delitos patrimoniales. Se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, como cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene (en este caso tampoco hay objeto jurídico). El artículo 302 dice: "comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro". A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo; si no operan, la conducta será atípica; por ejemplo, cuando la ley exige la realización del hecho "en despoblado", "con violencia", etc. (como en el tipo del delito de asalto, a que se refiere el artículo 286). Si la hipótesis legal presisa de modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integración del ilícito: v.gr. "por medio de la violencia física o moral...", como en el caso de la violación (artículo 265). Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto; estos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue, diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: "intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito", etc. Su ausencia hará operar una atipicidad (como ocurre, v. gr. en los tipos relativos a los artículos 189 bis, 277, 323, etc.). Por excepción algunos tipos captan una especial antijuricidad, como sucede, por ejemplo, en el artículo 285 del código penal (allanamiento de morada), al señalar en la descripción, que el comportamiento se efectúe "sin motivo justificado", "fuera de los casos en que la ley lo permita". Entonces al obrar justificadamente, con la permisón legal, no se colma el tipo y las causas que en otros delitos serían, por su naturaleza, causas de justificación, tórnense atipicidad en estos casos. (20).

Se acepta unánimemente que no hay delito sin tipo legal, razón por la cual podemos colegir que cuando el legislador no describe una conducta dentro de las leyes penales, tal conducta no es delito, es decir, hay ausencia de tipo cuando no existe descripción legal de una conducta como delictiva. Por ejemplo, el -- nuevo Código Penal del Estado de Tlaxcala suprimió el delito de estupro, por lo que en dicho ordenamiento y en el área de su -- aplicación existe ausencia de tipo del delito de estupro. Ha_ brá ausencia de tipicidad cuando una conducta no se adecúa a la descripción legal; existe tipo, pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo, por ejemplo, -- un caso típico es el del adulterio cometido sin escándalo y ade_ más fuera del domicilio conyugal. (21).

La ausencia de tipo, constituye el aspecto negativo del tipo. -- Hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están des_ critos en la norma penal. Por tanto, como asienta Jiménez de Asúa, la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no des_ crita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. El dogma -- nullum crimen sine tipo, constituye la más elevada garantía del Derecho Penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o -- hecho, en tanto no estén descritos por la norma penal. Hay en el Código Penal mexicano un número regular de casos, en que se punen conductas sin que la norma penal haga su descripción, dan_ do lugar al problema de saber si está vulnerando el principio -- nullum crimen sine tipo. Es oportuno precisar, que la ausen_ cia de tipo, es distinta a la ausencia o falta de tipicidad. -- En el primer caso, no existe descripción de la conducta o hecho por la norma penal, y en el segundo caso, la descripción existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo. A este respecto la H. Suprema Corta de Justicia de la Nación ha determinado: -- "Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera, su_ pone una conducta que no llega a ser típica por la falta de al_ guno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con -

referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc., mientras la segunda presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley". Respecto a la ausencia de tipo y de delito putativo, debemos considerar y sostener, que el delito putativo no es sino un caso de ausencia de tipo. Por ello, Panieri expresa, que entre las hipótesis de exclusión de la tipicidad por la ausencia de una norma penal a la cual referirse al hecho, el llamado delito putativo. El aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad; no hay delito sin tipicidad. Viene a constituir la atipicidad, el aspecto negativo de una relación conceptual. Jiménez de Asúa expone que a la tipicidad corresponde la ausencia de tipo o de sus referencias o elementos. Por su parte Puig Peña sostiene que a la tipicidad se contraponen la ausencia de tipo o atipicidad. Es indudable que para dar el concepto del aspecto negativo de la tipicidad, es obligado tener en cuenta el concepto de tipo. Antes de exponer nuestro punto de vista vamos a dar algunas opiniones: a) Balivé considera que hay atipicidad y, consiguientemente, carencia de hecho punible, cuando no hay actos de realización del núcleo del tipo, o sea, del tipo propiamente dicho. b) para Jiménez de Asúa, ha de afirmarse que existe ausencia de tipicidad: a') cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descriptivo en el Código Penal o en las leyes penales especiales, y b') cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica. c) Panieri piensa que son causas de exclusión de la tipicidad: 1) - la ausencia de una norma a la cual referir el hecho, y 2) en caso que la norma exista, la falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo legal. d) Se da "carencia de delito-tipo" dice Beling, cuando la acción no presenta todas o algunas de las partes de las características requeridas y típicas o esenciales (Tatbestandlichen). e) Sauer estima que será ausencia de tipo, cuando no se presenta un carácter del tipo legal en el caso singular. Si la tipici-

dad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija mas de un elemento, puede haber adecuación a uno o mas elementos del tipo pero no a todos los que el mismo tipo requiere. Un individuo puede tener copula con una menor de dieciocho años y emplear la seducción o el engaño, pero no ser casta y honesta; puede tener esa calidad, tener menos de dieciocho años pero no haberse empleado la seducción y el engaño o bien ser casta y honesta, haberse empleado la seducción y el engaño pero tener dieciocho años o más. Para precisar exhaustivamente las causas de atipicidad, es necesario contar con el concepto de tipo, pues es indudable que según sea el que se tenga de aquél, la atipicidad abarcará un número determinado de causas que la originen, las que aumentarán en razón del contenido que se le dé al propio tipo. A) Según Mezerger pueden concurrir circunstancias conforme a las cuales es de antemano imposible la realización del tipo del delito: a) Cuando falte el medio el sujeto que la ley exige, b) Cuando falte el objeto que la ley exige, c) Cuando falte el medio de ejecución especialmente exigido por la ley. d) Cuando falte la referencia local o espacial exigida especialmente por la ley. e) Cuando falte la referencia temporal especialmente exigida por la ley. e) Cuando falte una referencia de otra índole, exigida especialmente por la ley. B) De acuerdo con Ranieri, son causas de exclusión de la atipicidad: a) ausencia de una norma a la cual referir el hecho. b) falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo legal: 1. Por falta en el sujeto de la calidad exigida en el modelo legal, 2. Por defecto del elemento objetivo del hecho no existe un hecho jurídicamente relevante: a') Por que no es idónea; b') por que falta el nexo causal; c') Por que falta el objeto material; d') Por que faltan las calidades del objeto material; e') Por que faltan las modalidades exigidas en la conducta misma. 3. Por defecto del elemento subjetivo del hecho. 4. Por falta de alguno entre los elementos ulteriores que completan la descripción del

hecho. C) Señala Jiménez de Asúa como ejemplos específicos de atipicidad: a) ausencia de adecuación típica por falta de sujeto activo. b) ausencia de adecuación típica por falta de sujeto pasivo o de objeto. c) ausencia de adecuación típica por falta de las referencias temporales o espaciales. d) ausencia de adecuación típica por falta del medio previsto. e) ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos subjetivos del injusto. f) ausencia de adecuación típica por carencia de elementos normativos. D) Díaz Palos considera como causa de atipicidad, la falta de cualidad del sujeto activo, pasivo, falta de objeto, de medio, de lugar, de tiempo, de ocasión, etc., o falta total de tipo (atipicidad general). E) Puig Peña estima que a la tipicidad se contraponen la ausencia de tipo o atipicidad, lo que puede ocurrir en los supuestos siguientes: 1°. Total ausencia de tipo; 2°. ausencia de tipicidad por falta de objeto; 3°. ausencia de tipicidad por falta de sujeto típico; 4°. ausencia de tipicidad por falta de medio típico; y 5°. ausencia de tipicidad por falta de las referencias temporales o espaciales del tipo. Hemos dicho que según sea el contenido del tipo, así será la extensión de la atipicidad, o no conformidad a los elementos del tipo. Para señalar las atipicidades, bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo: 1.) ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho; 2.) ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo; 3.) ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo; 4.) ausencia de objeto jurídico; 5.) ausencia de objeto material; 6.) ausencia de las modalidades de la conducta: a) de referencias temporales, b) de referencias espaciales, c) de referencia a otro hecho punible, d) de referencia de otra índole, exigida por el tipo, e) de los medios empleados; 7.) ausencia del elemento normativo y 8.) ausencia del elemento subjetivo del injusto. Es obligado conocer cuáles son las consecuencias que se producen cuando existe una atipicidad. A este respecto, es posible señalar en tres hipótesis los efectos de la misma: a) no integración del tipo; b) traslación de un tipo a otro tipo (variación

del tipo: c) existencia de un delito imposible. Se da la no integración del tipo, por ejemplo, cuando falte alguno de los elementos del estupro: que la mujer sea mayor de dieciocho años; que no haya seducción o engaño; que la mujer no sea casta u honesta. Estamos frente a la traslación de tipo, como en el caso de que falte la relación de parentesco exigida por el tipo (parricidio), dándose un homicidio. Se presenta una tentativa imposible, cuando falta por ejemplo el bien jurídico: la vida, o bien, el objeto material. (22).

Aparentemente sólo puede presentarse atipicidad en el delito a estudio por ausencia del objeto jurídico o material, como sucedería en el apoderamiento de cosa propia o bien en el de cosa abandonada, pero la existencia de un elemento normativo (sin derecho) convierte el acto legítimo de apoderamiento (cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho) en una causa de atipicidad. El consentimiento del interesado, de ordinario causa de justificación cuyo fundamento encuéntrase en la ausencia de interés, origina una causa de atipicidad a virtud de la peculiar estructura típica del delito de robo. En efecto, la expresa exigencia de la ley, a la ausencia del consentimiento del titular, respecto al apoderamiento de la cosa, hace funcionar el asentimiento como causa impeditiva de la tipicidad. Dicho consentimiento puede adoptar cualquiera de estas formas: expreso o tácito. Es expreso cuando se exterioriza la voluntad del titular mediante cualquier acto eficaz para dejar constancia de él: es tácito cuando, la actitud activa o pasiva, adoptada por el propio titular hace nacer, con todo fundamento, la creencia del consentimiento. En opinión de algunos el consentimiento elimina o extingue la antijuricidad de la acción, lo que se explica porque el mismo constituye una causa de justificación, no requiriéndose otra exigencia de la de su validez, cuestión que tiene evidente importancia. Podrían invocarse las situaciones surgidas en la entrega de la cosa por el menor incapaz o por el adulto incapacitado legalmente por insanía mental, en las que de ordinario el consentimiento es inválido y por tanto plena la responsabilidad de quien induce a la entrega con conocimiento -

de la incapacidad de la víctima. (23).

La atipicidad en el robo se dará, cuando no haya adecuación, - conformidad a lo descrito por el artículo 367, del código penal. O estipulado en otra forma cuando haya ausencia de cualquiera - de sus elementos típicos: bien jurídico, objeto material, elemento normativo, o el elemento subjetivo del injusto. A) Cuando la cosa es propia. De aquí que, si la cosa es propia, res nullius o abandonada indudablemente que no habrá adecuación o - conformidad del tipo, porque la cosa no es ajena, es decir, falta el elemento normativo ajenidad, y por tanto, no hay lesión - al bien jurídico protegido. A este respecto, anota Rodríguez Mourullo, que "se puso de relieve (M. E. Mayer) que numerosos - tipos contienen elementos normativos. Por ejemplo, el tipo de hurto del artículo 514 requiere que la cosa sustraída sea ajena, de tal modo, que si es propia, no sólo acontece que la acción no es antijurídica, sino que ya antes de eso deja de ser - típica. Tomar cosas muebles de la propiedad de uno, es conducta atípica en referencia con el delito de hurto". B) Cuando - no exista la cosa. Puede acontecer que el objeto típico material este ausente, es decir que no existe la cosa, originándose una atipicidad. Nadie puede cometer el apoderamiento de - una cosa inexistente. C) Cuando no hay ánimo de dominio. Hemos afirmado, que el robo requiere como elemento subjetivo del injusto, el "ánimo de dominio", tal como lo ha determinado la - suprema corte de justicia de la nación, lo cual quiere decir -- que la falta de este elemento típico da lugar al aspecto negativo de la tipicidad, es decir, que no puede existir una adecuación al tipo si aún existiendo la realización de apoderamiento de la cosa, no lo es, con el ánimo de dominio. Con relación a esta hipótesis de atipicidad, expresa Rodríguez Mourullo, que - "existen, en efecto, elementos subjetivos que aparecen incorporados al tipo de injusto y cuya ausencia, por tanto, provoca, - mucho antes que la exclusión de la culpabilidad, la atipicidad de la conducta. Por ejemplo, el tipo de hurto del artículo --

514 requiere que las cosas muebles ajenas se tomen -con ánimo - de lucrarse-. Quien substraer cosas muebles ajenas sin ánimo - de lucro, no realiza una acción típica en relación con el delito de hurto". D) Cuando hay consentimiento. Otro de los elementos típicos del robo, es el sin consentimiento. De tal manera que la existencia del consentimiento produce una atipicidad como la sostienen algunos estudiosos en la doctrina. El sin consentimiento está incluido en el artículo 367, como elemento normativo de carácter jurídico, constituyendo el consentimiento la cara opuesta de aquél; consentimiento que cobra plena eficiencia, por recaer en un bien jurídico disponible; punto de vista que aprueba la doctrina. Pavón Vasconcelos es de opinión que "el consentimiento del interesado, de ordinario causa de justificación cuyo fundamento encuéntrase en la ausencia de interés, origina una causa de atipicidad a virtud de la peculiar estructura típica del delito de robo". El mismo autor expresa, que el consentimiento, resulta innecesario y no todas las legislaciones aluden a él en su texto. Rodríguez Devaea sostiene: "El consentimiento es la falta de contraste entre la voluntad del sujeto activo y la manifestada por el sujeto pasivo, expresa o tácitamente, en virtud de la cual se excluye la antijuridicidad de la acción, siempre que se de en el momento de cometerse el delito y que el sujeto que lo otorga tenga capacidad para percatarse del alcance patrimonial del acto que realiza, siendo en todo caso decisiva la voluntad real del que consiente". En otro lugar expresa, que "respecto al consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad (del injusto) es de considerarse como eficaz solamente aquélla falta de oposición entre la voluntad del sujeto activo y la del pasivo, manifestada por éste expresa o tácitamente, siempre que concurra en el momento de verificarse la acción y que el sujeto que lo otorga tenga capacidad para percatarse del alcance patrimonial del acto que realiza, siendo en todo caso decisiva la voluntad real del consiente". Antonio de P Moreno, piensa que el consentimiento del poseedor de la cosa, otorgado al activo por sí poseedor originario; o por el poseedor derivado o precario, con autorización de aquél, se convierte en una verdadera delegación o

substitución del derecho posesorio, que forma parte del derecho patrimonial, protegido específicamente por el delito de robo. - En consecuencia: quien se apodera de la cosa mueble obra con derecho; su conducta no es antijurídica y no comete delito. - González de la Vega es de parecer, que "cuando el apoderamiento se realiza con el consentimiento libre, tácito o expreso del propietario o legítimo poseedor, desaparece la figura delictiva del robo por faltarle el elemento normativo". Y Carrancá y Trujillo es de opinión, que "no es ilegítimo el apoderamiento si se hace mediando el consentimiento del propietario o de quien legítimamente puede otorgarlo". Cárdenas, Raúl, piensa, que "si el agente se apodera de la cosa con consentimiento, actúa con derecho, y por lo tanto su conducta no es antijurídica". - Si la persona que tiene derecho a disponer de la cosa, da su consentimiento hay una atipicidad y por lo tanto, no hay delito, pues falta un elemento del tipo: sin consentimiento. De aquí que, como expresa Jiménez de Asúa, "sería cómicamente ridículo que cuando permito que otro tome una cosa mía como regalo, se diga que hay Hurto justificado por el consentimiento. El permiso del propietario, ha hecho surgir una figura jurídica bien distinta al delito contra el patrimonio: en ese caso nos hallamos en presencia de una donación.". Mariano Jiménez Huerta, nos dice: "... Quien conciente en que otro se apodere de un objeto de su patrimonio, efectúa un acto jurídico que el Derecho denomina donación; quien se apodera de un objeto sin el expresado consentimiento, realiza un hecho antijurídico que la ley penal cataloga como robo. La voluntad del individuo en la conservación de su patrimonio, condiciona, pues, el interés que el orden jurídico tutela". Por su parte Carriera considera, que "como la propiedad es un derecho alienable, está claro que el consentimiento del propietario para la contractación que otro haga de una cosa suya, con tal que sea dado libre y espontáneamente, elimina el título de hurto ... Este consentimiento sirve para excluir el delito, tanto si es expreso como si es tácito". En cuanto a la eficacia del consentimiento, debe buscarse solución a la interrogante de cuál es el momento en que deba

darse tal consentimiento, es decir, previo, concomitante a la realización del robo, o bien, en cualquiera de estos momentos, habida cuenta que un consentimiento posterior no producirá como en los casos anteriormente mencionados, una atipicidad. Sobre el particular no es de dudarse, que el consentimiento es eficaz, tanto si se otorga antes como simultáneamente a la realización del delito, presentándose el aspecto negativo de la tipicidad y no de la antijuridicidad, como suele ser estimado. Dentro de la eficacia del consentimiento debe incluirse, la temática de un consentimiento o desconocido por el sujeto. La respuesta debe ser afirmativa, al faltar de modo indudable, un elemento típico del robo. Si se diera un consentimiento que no conociera el sujeto estaríamos ante una atipicidad. Sería entre otros, el caso citado por Quintano A. Ripollés, del "propietario o caritativo que deja frutas o productos a la puerta de su casa, para que los tomen los menesterosos, y que alguno de ellos, no sabiendo semejante razón de caridad, los tome creyendo hurtarlos". El Es indudable que cuando la cosa a que se refiere el artículo 367, del Código Penal en relación con lo prescrito en el 371, del mismo ordenamiento, no tenga un valor económico ni afectivo, habrá una atipicidad de robo. ⁽²⁴⁾

La Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el particular en diversas ejecutorias ha manifestado: Cuando está demostrado en el proceso penal, que el objeto materia del tipo jurídico penal de robo por el que fue sancionado el quejoso, es de su propiedad, tal circunstancia hace atípica la conducta del agente, ya que no puede cometer delito de robo el que se apodera de bienes de su propiedad y, por lo tanto, el fallo que declara la culpabilidad penal del imputado, es violatorio de garantías constitucionales y determina la concesión del amparo. ⁽²⁵⁾ El apoderamiento del objeto material de la acción, con ánimo de apropiación por parte del agente, constituye la esencia del ilícito de robo, y si la cosa que es objeto de ataque del acto ilícito pertenece al acusado o existe duda respecto de la propiedad

de la misma, se destruye el tipo penal de robo, ya que nadie -- puede robarse a sí mismo; y por otra parte, el objeto de pro-- tección del tipo de robo, no el objeto de ataque, es la propie-- dad, y en tal caso no se causa lesión a persona distinta del -- acusado". (26). Comete este delito, el que se apodera de una -- cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la per-- sona que puede disponer de ella, con arreglo a la ley; y si -- aparece que el acusado en unión del propietario de la cosa, se apoderaron de ella por la fuerza, no se surten los requisitos -- que tipifican el delito de robo. Esto no quiere decir, que el acto no constituya una infracción a la ley y que no pueda ser -- sancionado, pero lo que importa es que no esté comprendido den-- tro de las modalidades del robo. (27). El artículo 6º del Códig-- o Penal del Estado de Durango, cuyo contenido es idéntico al -- artículo 12 del Código Penal Federal, no contempla los actos en-- caminados directa e inmediatamente a la realización de un ro-- bto, sino de un hecho típico definido por la ley como delito; -- luego entonces respecto de la conducta positiva de los acusados -- que amenazaron a la víctima con privarla de la vida si no en-- tregaba una semana de dinero en hora y lugar prefijados, y el -- sujeto pasivo sólo llevó a este sitio un sobre cerrado sin dine-- ro ni valores, se debe afirmar que el apoderamiento del sobre -- por parte de los quejosos, constituyó una tentativa imposible -- de robo, porque no se puede robar lo que no existe y no se pue-- de empezar a robar lo que no existe. Por lo mismo, la conduc-- ta es atípica, por falta de objeto material sobre el que pudie-- ra recaer la intensión criminosa. (28). No comete este delito, -- quien acuda a prestar auxilio a las personas que sufrieron un -- accidente, y encontrando a una de aquéllas sin conocimiento y -- en estado de ebriedad, el propio acusada tome alguno de los ob-- jetos que se encontraban en el lugar, para hacer entrega de -- ellos, posteriormente, a su dueño, supuesto que no tuvo la in-- tención de aprovecharse para sí, de los objetos asegurados, y -- en el auto de formal prisión dictado en tales condiciones, es -- violatorio de garantías. (29). Puede materialmente integrarse -- el tipo de robo y no existir el delito, cuando el ánimo de aprop-- iación falta; pero existe la presunción de que toda conducta

se presume dolosa si es típica, y toca al acusado demostrar que no lo fue.⁽³⁰⁾ El hecho no puede considerarse un robo, si la sustracción tuvo por objeto apoderarse de un bien ajeno.⁽³¹⁾ - Se está en presencia de una confesión calificada, que debe tomarse íntegramente por no estar contradicha si el acusado admite el hecho del apoderamiento, pero de ninguna manera el ánimo de apropiarse de los objetos.⁽³²⁾ Si bien el delito de robo se persigue de oficio, aunque el agraviado no tenga interés en el castigo del delincuente, para que exista dicho delito, se necesita que el ladrón se apodere del objeto robado sin el consentimiento de la persona que pueda disponer de él, y si el dueño de los bienes manifestó claramente su conformidad con lo que hizo, esta conformidad debe considerarse como consentimiento, y por lo mismo no se tipifica el delito de robo.⁽³³⁾ En cierta clase de hechos delictivos, el consentimiento de la víctima: - consentimiento que en todo caso para ser eficaz debe ser concomitante con la actuación del agente del delito, puede producir dos efectos jurídicos distintos: extinción de la acción penal o ausencia de tipo. El primero se produce en determinados hechos delictuosos que se persiguen por querrela necesaria (artículos 93, 344 y 348 del Código Penal); el segundo, tiene lugar cuando la voluntad es elemento típico objetivo que interviene en la composición de la figura antijurídica, como en el caso del artículo 367 del mismo Código. El allanamiento de morada es una infracción mixta alternativamente formada, puesto que su existencia como figura delictiva requiere la ausencia del consentimiento del ofendido.⁽³⁴⁾ Siendo el robo de delito de contenido patrimonial, tutela el derecho de propiedad así como la posesión de bienes muebles y derechos personales relativos a la cosa, por lo que si el juzgador, desentendiéndose de las probanzas del sumario, condena por robo, sin tomar en cuenta que el acusado tomó la cosa mueble con el consentimiento del poseedor legítimo, o sea, una de las personas que con arreglo a la ley puede disponer de ella, vulnera garantías.⁽³⁵⁾

En cambio si la ausencia de tipo no tiene cabida en las lesiones y homicidio, a pesar de lo que afirman en contrario, Asúa, Ranieri y Porte Petit, las causas de atipicidad son numerosas - en el robo y muchas conductas pueden encuadrarse en esta exigente; así, por ejemplo, si el dueño se apodera de una cosa propia, o no comete delito alguno o incurre en la infracción prevista en la fracción I del artículo 368 del Código Penal, tipo que estudiamos en el capítulo IV anterior. Si la persona que toma una cosa, lo hace ejercitando un derecho y sin violar los de terceros, no realiza ninguna conducta típica, ya que este elemento integra la descripción del robo: "sin derecho", se alude en la definición del robo, por lo que, a contrario sensu, si en ejercicio del mismo, se apodera de la cosa, no se comete ningún delito. El propietario, poseedor o sus dependientes -- que desapoderan de la cosa robada al ladrón, no cometen ningún delito, salvo que para lograrlo cometan otros hechos delictivos, por los que responderán, pero no por robo. El consentimiento si es elemento normativo del tipo y si la conducta se ejecuta previo dicho consentimiento, siempre y cuando se trate de intereses jurídicamente disponibles, la convierte en lícita, por ausencia de tipicidad. En la definición del robo que adopta nuestro código, según vimos, se menciona como elemento del tipo, el consentimiento, pero su ubicación, debemos precisarla, ya que, en lo general, esta circunstancia se considera como causa de justificación. En el robo, sin embargo y de acuerdo con nuestra legislación, debe considerarse, de existir, como lo apuntan Pavón Vasconcelos y Vela Treviño como una causa de atipicidad: "actuar el sujeto activo, dice este último, con el consentimiento del interesado, impedirá la adecuación típica y por ello habrá atipicidad", lo que sucede por igual, en los casos de robo de energía y robo de uso. (36).

En lo que se refiere a la atipicidad en el robo de frutos, se presentan las siguientes características:

- a) Ausencia de calidad exigida por la ley del sujeto activo. -
La regla general es de que no se da esta situación por lo -

- que respecta al robo genérico consagrado en el artículo 367, sin embargo, se presenta en lo referente a las fracciones II (doméstico o dependiente), III (huesped o comensal, o alguno de la familia, o los criados que lo acompañen), IV (el dueño o alguno de su familia) y, VI (por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos), del artículo 381 del ordenamiento penal.
- b) Ausencia de calidad exigida por la ley del sujeto pasivo. La regla general es de que no se da esta situación por lo que respecta al robo genérico consagrado en el numeral 367, sin embargo se presenta en las fracciones II (en contra de su patrón o la familia de éste), III (en la casa donde reciben hospitalidad, (anfitrión), obsequio o agasajo) y, IV (dependientes o domésticos), V (huéspedes o clientes), y VI (patrón o maestro) del artículo 381.
- c) Ausencia de referencia de carácter temporal exigida por la ley. No se da en virtud de que el tipo no indica referencia alguna sobre el tiempo de comisión del ilícito.
- d) Ausencia de referencia de carácter especial exigida por la ley. En lo que respecta al robo genérico no existe referencia de este tipo; sin embargo, si se encuentra esta referencia en las fracciones I (lugar cerrado), III (en la casa donde recibe hospitalidad, obsequio o agasajo), IV (la casa del primero) y, VI (la casa, taller, o escuela ... habitación, oficina, bodega u otros lugares), del artículo 381 y (edificios, viviendas, aposentos o cuartos habitados o destinados para habitación), (vía pública o lugar destinado a su guarda o reparación), (campo abierto o paraje solitario) previsto en el artículo 381 bis.
- e) Ausencia de objeto jurídicamente protegido por la ley. Se dará esta cuasa de atipicidad, cuando no se trate de un bien mueble, cuando no exista la cosa, o cuando el bien sea propio o el bien sea abandonado.
- f) Ausencia del elemento subjetivo del injusto. si bien es cierto de que el tipo no indica expresamente dicho elemento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha indicado que es "el ánimo de dominio", por lo que habrá ausencia de este elemento cuando no exista el ánimo de dominio.
- g) Ausencia de Elemento Normativo. En virtud de la existencia

del elemento normativo de carácter jurídico, sin consentimiento, que se presenta en el numeral 307, implica una causa de atipicidad especial, ya que el consentimiento del interesado que normalmente es una causa de justificación, se convierte en una causa de atipicidad y, el elemento normativo de carácter jurídico -sin derecho- también de una causa no común de atipicidad, ya que el acto legítimo de apoderamiento normalmente es una causa de justificación denominado según el caso, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

2.3 LA ANTIJURICIDAD

El delito es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además, que sea típica, antijurídica y culpable. Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un agiti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho. Javier Alva Muñoz escribe: "El contenido último de la antijuridicidad que interesa al juspenalista, 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 punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente". Para el autor citado, actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del Poder. Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada. Para Sebastián Soler no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere en cada caso observar si el hecho examinado, además de cumplir ese 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 modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora." Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. "una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación". Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. Como expresa Reinhart Maurach, los mandatos y prohibiciones de la ley penal "rodean, protegiendo y salvaguardando, el bien jurídico". "Era frecuentísimo escuchar que el delito es lo contrario a la ley; así Carrara lo definía como la infracción de la ley del Estado. Pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley penal. En efecto, ¿Qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro!. Estar de acuerdo con el artículo 407 del Código Penal venezolano. Igual acontece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El Decálogo es un libro de normas: no matará. Si se mata o se roba se quebranta la norma, mas no la ley. Por eso Binding decía: La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe." Partiendo del antecedente romano, pero indudablemente influido por las ideas de Binding, Max Ernesto Mayer da un contenido específico, concreto a la antijuridicidad. Dice que la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas

por el Estado. Mayer pretende dar un contenido ético a un concepto eminentemente jurídico; para él, la norma cultural comprende costumbres, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos, etcétera. Si observamos que lo antijurídico aparece aún cuando no se contradigan las normas, se derrumban las tesis de Binding y de Mayer. Tal ocurre si se infringe un precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley antirreligiosa en un pueblo eminentemente creyente). Otro ejemplo consistiría en una ley que prohibiera penalmente el saludo en la vía pública; los infractores realizarían una conducta antijurídica en nada violatoria de las normas de cultura. Por otra parte y refiriéndonos concretamente a la concepción de Mayer, si la antijuridicidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todas, la antijuridicidad no es sino oposición objetiva al Derecho, sin ser exacte que toda conducta antijurídica viole las normas; puede haber actos formalmente antijurídicos que, como vimos, no infringen los valores colectivos. En realidad, lo que ocurre es que Binding y Mayer presintieron el doble contenido de la antijuridicidad; formal y material. Esto no significa que admitamos dos antijuridicidades, una de forma y otra de fondo. Lo antijurídico entraña un juicio unitario, pero nada impide percibir dos aspectos, pues como enseña el profesor Jiménez Huerta, "sin contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un juicio desvalorativo sobre una conducta", pero para integrar la esencia del acto antijurídico, "lo que contradice dicha orden no de representar una substancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser del orden jurídico". Ignacio Villalobos escribe: "El Derecho Penal no se limita a imponer penas; como guardian del orden público es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y, por eso, es incuestionable que lleve implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo substancial y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la ley conmina con una sanción a los -

homicidas y a los ladrones debemos entender que prohíbe el homicidio y el robo y resulta sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella". - La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio substancial. Sin embargo, Franz Von Liszt - ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos. Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: La rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material). Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas. (37).

Calidad de ciertas conductas que no cumplen con lo prescrito -- por la norma jurídica que las regula. Dependiendo del concepto de derecho que se aplique, pueden ser sinónimos "injusto" -- (si se piensa que derecho y justicia son esencialmente iguales) e "ilícito" (se se concibe sin una connotación de ataque a la moral, además del derecho). Tradicionalmente, se ha concebido la antijuridicidad como lo contrario a derecho. Esto se da -- por una necesidad lógica para que una acción pueda ser clasificada como lícita (adecuada a la norma jurídica que la regula) o como ilícita (violando la norma jurídica). Eduardo García Maynez señala que son lícitas las conductas que ejecutan lo ordenado, omiten lo prohibido u omiten o ejecutan los actos potestativos (no ordenados ni prohibidos), mientras que son ilícitas las que omiten un acto ordenado y las que ejecutan uno prohibido. - Hans Kelsen ataca la concepción tradicional de la palabra antijuridicidad (contraria o violatoria del derecho) indicando que ésta proviene de una concepción estrecha del derecho que sólo -

toma en cuenta a las normas secundarias (en el sistema kelsania no, norma secundaria es aquella que contiene la conducta debida que evita la sanción) y no a la norma primaria (aquellas que -- contienen la orden de aplicación de la sanción a cargo de un órgano que la aplica). Indica, además que contrariamente a lo que se piensa, no es el ilícito lo que provoca que un acto tenga sanción, sino que es la sanción lo que provoca que un acto sea ilícito. La primera postura indicada proviene de una concepción iusnaturalista, donde se pretende que las conductas son buenas o malas, justas o injustas per se. La ilicitud no es necesariamente algo inmoral, pues lo que puede ser ilícito (antijurídico) en un sistema moral, puede no serlo en otro. La ilicitud debe ser considerada por los juristas independientemente de que acepten o no su utilidad. Si es visto así el derecho, ya no es posible hablar de antijuridicidad (como contrario o violación del derecho), pues la aplicación de la coacción es un acto prescrito en la norma. En consecuencia, la ilicitud es sólo una de las condiciones para que el Estado aplique la sanción, que puede ser penal o civil. En el derecho penal, algunos autores sostienen que la antijuridicidad es uno de los elementos del delito. Estos autores definen al delito como la conducta típica, antijurídica, culpable y punible (no existe un criterio uniforme sobre el número de elementos). Otros señalan que darle a la antijuridicidad característica de elemento del delito, resulta redundante, ya que el legislador al señalar en su catálogo de tipos a cierto delito, le dió ya la connotación de ilícito. Es interesante destacar que algunos autores --entre ellos Porte Petit-- la definen indicando que una conducta es antijurídica cuando no se prueba una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo, el consentimiento del interesado). (38).

Podemos entender la antijuridicidad, desde un punto de vista penal, como lo contrario a la norma penal; la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien ju

Cabe clasificar las leyes en dos grandes órdenes: las físicas y las culturales. Las primeras expresan condiciones del ser, su cualidad es la permanencia, por lo que el hombre no puede sustraer a ellas. Las culturales expresan el deber ser por fuerza de la necesidad moral y tan sólo aspiran a la permanencia, pues el hombre puede dejar de someterse a su imperio; se inspiran -- tan sólo en una cierta valoración de la conducta humana; son reglas de conducta denominadas "normas", para diferenciarlas de -- las leyes físicas; su finalidad específica es, como dice Stammler, "la comunidad de hombres libres", y son obligatorias por exigencia de la vida en la sociedad humana. Tales son las normas de cultura. Entendemos por antijuridicidad la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Cuando decimos oposición a las normas no nos referimos a la ley o, más concretamente, a determinado precepto de ésta o aquella ley. Nos referimos a las normas de cultura, o sea a aquellas órdenes y -- prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento -- que corresponde a sus intereses. (M. E. Mayer). Cuando estas normas de cultura son reconocidas por el Estado la oposición a -- ellas constituye lo antijurídico. Como expresa Mezger, las leyes, emanación positiva del Derecho, sólo son posibles con arreglo a determinados presupuestos que constituye el total complejo de la cultura. Las normas de cultura son, por tanto, los principios esenciales de la convivencia social, regulados por la cultura. Entendido el delito como disvalor jurídico, la conducta humana no significa oposición o infracción a la ley positiva, ya que ésta ni manda ni prohíbe. En el articulado del Código Penal encontramos preceptos y sanciones; ni órdenes ni prohibiciones. En el fondo, o debajo o por encima del precepto está la norma de cultura de que el precepto se nutre y con el que se vivifica. La norma "no matarán" del Decálogo se halla subsumida en el art. 302 c.p. 1931 del Distrito: "comete el delito de homicidio, el que priva de la vida a otro". Este precepto ni ordena ni prohíbe; la conducta humana causal de un homicidio no -- lo infringe; lo que infringe o viola es la norma de cultura in

mersa en el precepto; el "no matarás". La norma, como la raíz del árbol, no se ve; pero sin ella no existiría el precepto, como sin la raíz el árbol. Cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, se da la antijuridicidad, o sea la violación u oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico; la ley el delito. "La ley, hija de un estado de hecho -expone Jiménez de Asúa- tiene un telos y valora fines. Nace de una serie de hechos y por ello tiene una base fáctica. Supone un estado de cultura que la norma dirige y encauza, siendo ésta su base exiológica". Frente al ser, a la realidad como proposición predicativa, existe el Derecho, el deber ser, como proposición normativa. Frente a la realidad de la vida las normas de cultura imponen el deber ser por medio del Derecho y por medio del Derecho Penal imponen la sanción para quien las viola. No es, por esto, el Derecho Penal, reparador (no puede devolver la vida al que ha sido muerto en delito de homicidio) sino sancionador. Por ser la antijuridicidad oposición a las normas de cultura, no puede ser más que una. Pero toda vez que las reglas de conducta están recogidas en el Derecho, con sus varias especialidades, puede hablarse de una antijuridicidad en la especie penal, lo mismo que en otras. Para ser inculminable la acción ha de ser antijurídica. Normativamente considerado el delito es la conducta antisocial por cuanto transgrede a una norma o ley cultural establecida para regular la vida en la comunidad de hombres libres. La lesión objetiva del derecho, perturbación de la manifestación de voluntad reconocida y aprobada por el Derecho mismo (Mezger), es lo que da antijuridicidad a la acción, y porque una acción es opuesta a la norma cultural, es antijurídica. Sólo es antijurídica la acción que lesiona normas de cultura, reconocidas por el Estado (Mayer). Este último concepto puede ampliarse más: la lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contrario al derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regulan la vida común; esta lesión o riesgo será material

mente legítimo, a pesar de ir dirigido contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, a la misma convivencia humana (List). De aquí la profunda distinción entre lo legítimo y lo legal, así como la justificación en algunos casos de acción típicamente penal (p.e., legítima defensa). Vigorosamente se suma a esta posición Jiménez de Asúa, cuando expresa que lo contrario al derecho no puede ser entendido como lo contrario a la ley; detrás de la ley penal, de la sanción punitiva, mas que un precepto escuetamente jurídico reside un concepto social; aunque este criterio repugne a los que creen que en derecho sólo tiene relevancia lo jurídico, es indubitable por ser el único que soluciona los problemas de la justificación. Como consecuencia, modernamente se trata de dar a las causas de justificación mayor campo, entendiéndose que sólo hay delito (antijuridicidad de la acción) cuando se obra opuestamente a los fines de la convivencia humana. En nuestro derecho la estricta legalidad consagrada por el art. 14 párr. 3 const. mira a la interpretación del precepto positivo y a su consecuencia en la aplicación de las sanciones; pero por ello mismo hace necesario examinar la antijuridicidad de la acción como elemento del delito y presupuesto de la pena. Aunque sin declarar expresamente la antijuridicidad de las acciones que caen dentro del campo penal, en nuestro derecho se la presupone por el solo hecho de sancionarlas; así toda acción punible, según la ley, es antijurídica una acción que por ella no esté sancionada, así sea, desde el punto de vista ético, de ilimitada gravedad. Esto mismo se consagra en la Constitución al prohibirse que, si no es por ley expedida con anterioridad al hecho y exactamente aplicable al delito de que se trata, no puede imponerse pena alguna. (art. 14 -- const.). En ciertos delitos se señala concretamente una especial condición de antijuridicidad; así se emplean las expresiones indebidamente (arts. 173, 214 frs. III, IV y VII, 226 fr. II, 285, etc., c.p.), o, en fin, sin fundamento (art. 233 c.p.). En estos casos, sobre la condición general de antijuridicidad, la -

ley exige para integrar la acción antijurídica la coincidencia de un elemento mayor de antijuridicidad constitutivo de una especie y que tiene sentido variable según el delito específico de que se trate; sentido cuya exploración corresponde al estudio particular de los delitos. (39).

Sostiene Massari, que la antijuridicidad no es un elemento sino un carácter del hecho punible y que si fuera un elemento, uno de los elementos constitutivos del delito, debería la antijuridicidad distinguirse de los demás elementos, presentarse como un dato conceptualmente aislable, capaz de ser separado idealmente y de ser contrapuesto a los mismos, como sucede respecto a otros elementos constitutivos generales del delito: para la voluntad, para la conducta, para el resultado; que esto no es posible hacerlo con la antijuridicidad, constituyendo ésta la síntesis integral del fenómeno punible, y cada uno de los elementos que lo componen; de tal manera, que la antijuridicidad representa sólo un atributo, un predicado, un denominador común del delito y de sus componentes, finalizando que es una nota que penetra en todas las partes de la entidad criminosa y califica a todas ellas, y así se explica que puede hablarse de una voluntad antijurídica de un resultado antijurídico. Igualmente estiman a la antijuridicidad como característica Graf Zu Dohna y Ranieri entre otros. Consideran a la antijuridicidad, como un elemento, Puig Peña, Jiménez Huerta y Petrocelli. Este último autor expresa: "La antijuridicidad es por ende, uno de los tres elementos del delito. Hemos ya examinado en otro trabajo las objeciones hechas por cierto autor contra esta división y sobre todo, contra el criterio de situar a la antijuridicidad como un elemento al lado de los otros dos; no es el caso de repetirnos, bastando llamar la atención sobre el sentido que damos nosotros al término elemento como requisito, como aquello que se requiere para constituir, para componer el delito. Es preciso advertir, además, que si la tripartición establecida se presenta en el conjunto como un medio útil para el análisis del hecho jurídico delito, esto de ninguna manera significa que aquellos elementos individualmente tenían existencia por sí mismos, como separados uno del otro, sien

do evidente que constituyen una indisoluble unidad. La antijuridicidad, en particular, es una nota que colora por sí misma cada parte del delito y por tanto bien puede definirse, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos. Esta permeabilización de todas las partes del ilícito, conduce en ocasiones a confundir la antijuridicidad con el hecho antijurídico; confusión que debe evitarse con todo esmero. La antijuridicidad expresa simplemente una relación de contradicción entre la norma y el hecho; el hecho jurídico, en cambio, es el objeto de calificativo jurídico llamado antijuridicidad". Entre quienes consideran que la antijuridicidad es un aspecto del delito, se encuentra Maggiore, al expresar que la antijuridicidad es un aspecto del delito, aspecto no elemento, ya que en efecto, no es una parte que se pueda desintegrar del todo, de tal manera que el delito, al quitarle la antijuridicidad, quede siempre delito, por más que le sea mutilado un órgano; agregando, que por el contrario ella reviste y compenetra todo el delito, que sólo por un esfuerzo de abstracción puede ser considerado por el aspecto de la antijuridicidad, finalizando que en todo delito está presente expresa o sobreentendida la nota de la antijuridicidad. Antolisei sostiene que la antijuridicidad no es, como sostienen una importante corriente doctrinaria, un componente, vale decir, un elemento constitutivo del ilícito. Ella es mucha más: es como fue manifestado por Rocco con feliz expresión, "la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito". A este respecto expresa Cuello Calón, que la antijuridicidad es el aspecto más relevante del delito; de tal importancia, que para algunos no es un mero carácter, o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza. La conducta o el hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o perceptiva. Ahora bien, sin antijuridicidad no hay delito. Por ello, el dogma nullum crimen sine lege, es la base de la antijuridicidad formal. Es indudable, que para encontrar

el concepto de la antijuridicidad formal, debemos utilizar el -- sistema de "excepción regla", que nos lleva a la conclusión de -- que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lici -- tos. Es decir, el concepto que se da de la antijuridicidad, es un concepto negativo. Hasta hoy día así operan los ordenamien -- tos de índole penal; lo que quiere decir, que para la existen -- cia de la antijuridicidad, se exigen dos requisitos: adecuación o conformidad a un tipo penal, y que la conducta no está ampara -- da por una causa de exclusión del injusto o causa de licitud. -- Por otra parte la aspiración a la que debemos tender, es la de -- lograr un concepto de la antijuridicidad en forma positiva y aca -- bar por tanto, con el procedimiento de "excepción-regla". Nos dice Cuello Calón, que la antijuridicidad presenta un doble as -- pecto: un aspecto formal constituido por la conducta opuesta a la norma, y otro material, integrado por la lesión o peligro pa -- ra bienes jurídicos. En México, Villalobos sostiene, que no es preciso pensar, por supuesto, que cada especie de antijuridici -- dad, formal o material, excluya a la otra; por el contrario, de ordinario van unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido de una mis -- ma cosa. En fin, para Beling, en toda antijuridicidad, están -- unidos lo "formal" y lo "material". Otra cuestión de gran inte -- rés es determinar si la antijuridicidad es de naturaleza objeti -- va o subjetiva. Battaglini, Cuello Calón, Jiménez de Asúa, Mag -- giore y Mezger, entre otros, estiman que la antijuridicidad es -- de naturaleza objetiva. La antijuridicidad es objetiva, y exis -- te cuando una conducta o un hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabili -- dad. La circunstancia de que la antijuridicidad tenga natura -- leza objetiva, tan sólo significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o del hecho. En consecuencia, -- la teoría de la antijuridicidad objetiva es a nuestro juicio la única que tiene validez, pues la antijuridicidad es independien -- te, autónoma de la culpabilidad. Para que exista delito, es in -- dispensable la culpabilidad, pero ésta no lo es para la existen -- cia de la antijuridicidad. De aquí que esta última, de acuerdo

con la prelación lógica entre las notas características del delito, es presupuesto de la culpabilidad, sin que a su vez, la culpabilidad, lo sea de la antijuridicidad. Una conducta no puede ser culpable si no es antijurídica, pero puede ser antijurídica sin ser culpable, dándose en este último caso una hipótesis de inculpabilidad. Es el momento de hacer referencia al problema de la antijuridicidad general y de la antijuridicidad penal; es decir, si solamente en el campo jurídico puede hablarse de una antijuridicidad general, o bien, de una penal, civil, o de la correspondiente a cualquier otro ordenamiento jurídico. En verdad no debe hablarse de una antijuridicidad general. Solamente existe antijuridicidad, cuando hay violación de un precepto legal o sea, a partir de ese momento se tiñe o colora la antijuridicidad de una materia determinada: penal, civil, mercantil, administrativa, etc. Respecto a la antijuridicidad especial tipificada debemos anotar que algunos autores consideran que para saber en determinados casos cuando una conducta o hecho son antijurídicos, es necesario incrustar en el tipo la mención de la antijuridicidad especial, lo que se explica en virtud de que mientras en la hipótesis en que la antijuridicidad no está expresamente mencionada, la realización del hecho es normalmente ilícita y excepcionalmente justificada, y en la hipótesis por el contrario, de particular mención de la antijuridicidad, el hecho ejecutado debe considerarse normalmente lícito y excepcionalmente ilícito. Otros estiman que la antijuridicidad especial es irrelevante. Así Jiménez de Asúa piensa, que la "pretendida antijuridicidad especial, no es otra cosa, que un elemento normativo indebida e impacientemente incurstada en la que debió ser una descripción típica sin más alcance que el cognoscitivo y sin más propósito que el de concretizar o señalar lo injusto". Nosotros estimamos que en realidad la antijuridicidad especial tipificada es innecesaria, ya que para saber si una conducta o hecho son antijurídicos es suficiente y útil el procedimiento de excepción-regla. ⁽⁴⁰⁾

El apoderamiento de la cosa debe ser ilegítimo. Una conducta es antijurídica cuando siendo típica no hay a favor del sujeto una causa de justificación, Por tanto, en el robo habrá antijuridicidad cuando habiendo adecuación a lo descrito por el artículo --

367 del Código Penal, no existe una causa de licitud, es decir, una contranorma. (41).

Integrado el primer elemento objetivo del delito (conducta) y - precisada su adecuación a la descripción legal (tipicidad), - se requiere además que el apoderamiento de la cosa sea antijurídico y tal acción lo será cuando la misma no se encuentre justificada en la ley, es decir, cuando no opere en la especie ninguna causa de justificación. La antijuridicidad del apoderamiento surge de su carácter ilegítimo, contrario al Derecho, cuya determinación precisa de un juicio de valoración objetivo, pues sólo a través de un juicio de tal naturaleza es posible establecer el desvalor de la acción respecto al mandato contenido en la norma. (42).

La mención que hace nuestro Código al describir el robo exigido para su integración que el apoderamiento se realice sin derecho es innecesario y, en cierto sentido, tautológica, puesto -- que la antijuridicidad es una integrante general de todos los delitos cualquiera que sea su especie: así el como el apoderamiento para ser constitutivo de robo necesita ejercitarse sin derecho o antijurídicamente, así también la muerte de otro para ser delito de homicidio requiere que el acto sea ilícito, etc., etc. Jiménez de Asúa al tratar de definir el delito en general según su substancia jurídica, llega a la conclusión de que "es el acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad". Aparte de la tipicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad, la antijuridicidad es elemento sine qua non de la infracción criminal cuando el acto imputable a un hombre está tipificado especialmente en la ley y provisto de penalidad y no será delito si el agente lo ha ejecutado lícitamente; tal es el caso de las lesiones inferidas en ejercicio del derecho de corregir, en los deportes, o en ejercicio de la profesión médica. Igual acontece en el apoderamiento de cosas ajenas sin consentimiento del perjudicado, pero con derecho, por ejemplo, en virtud de un secuestro legal. (43).

El robo de frutos es antijurídico, por ser violatorio de la norma penal consagrada en el numeral 367 del c.s.p. v., es decir, daña el patrimonio del sujeto pasivo, violando una norma tutelar de un bien jurídico.

2.4 LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Cuando la conducta realizada, sea cual fuere (alterar la salud, privar de la vida, etc.), se encuentra permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, no choca con el orden jurídico, no rompe el marco normativo de la sociedad, se efectúa al amparo de una causa de justificación. Las causas de justificación son las condiciones de --realización de la conducta que eliminan el aspecto antijurídico de dicha conducta. Conforme a nuestro derecho son causas de --justificación las siguientes: Legítima defensa; Estado de necesidad; Ejercicio de un derecho; Cumplimiento de un deber; e impedimento legítimo.⁽⁴⁴⁾

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad. Son expresa Antón Oneca, manifestación negativa de la antijuridicidad. Es decir, la conducta o hecho --realizados no son contra el derecho sino conforme al derecho, y esta conformidad puede provenir de la ley penal o de cualquier otro ordenamiento jurídico público o privado. Este aspecto negativo del delito lo denominan algunos autores de diferente manera, utilizándose generalmente la expresión "causas de justificación". Ahora bien, existe una corriente que rechaza tal expresión por considerarla impropia. Así Gómez, piensa que se --le llama de ordinario causas de justificación, lo que no es --ciertamente una definición adecuada, porque si su presencia tiene la virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación --reclama la comisión de un hecho ilícito. En realidad, si la --conducta realizada por un sujeto, es lícita, indudablemente no debe hablarse de que esté justificada, porque desde su nacimiento está facultada, permitida, conforme a derecho. La verifica

ción de una causa de justificación, nos dice Antolisei, no hace decaer la antijuridicidad antedicha, sino que impide su oríginación. Por su parte Jiménez de Asúa sostiene, que no tiene poder alguno para aniquilar la denominación causas justificativas, el argumento de que el delito desaparece, pues ello ocurre con todos los motivos que suprimen uno de los caracteres del delito, es decir, con las causas de inculpabilidad y con las que hacen a un hombre inimputable, añadiendo que es correctísimo el título de causas de justificación, pues lo que en ellas desaparece es lo injusto: es decir, no sólo el delito, sino la injuria, - en su vasto sentido, pues no se elimina una simple característica del delito, sino la esencia de toda acción injusta. Bettiol acepta esta denominación, cuando dice que "por eso a estas circunstancias se les llama también circunstancias de justificación en cuanto =justifican= la lesión de un interés penalmente protegido, que de otra manera debiera considerarse lícita". Otros autores no utilizan las expresiones "causas de licitud" o "causas de justificación" sino "causas objetivas de exclusión del delito". Pensamos que existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante. Es aquella especial situación --expresa Antolisei-- en la 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. Sobre el fundamento de las causas de licitud existen un sinnúmero de opiniones. Vamos a referirnos al criterio sustentado por Mezger y Jiménez de Asúa. Considera Mezger, que desaparece por determinado motivo el interés que en otro caso sería lesionado por el injusto (principio de la ausencia de interés), o surge frente a dicho interés otro de más valor, que transforma en conducta conforme al Derecho lo que en otro caso hubiera constituido un injusto (principio del interés preponderante); fundamentos de exclusión de la antijuridicidad, que se hallan en la más íntima conexión con el fin último del Derecho, surgiendo dos causas de exclusión del injusto con arreglo al principio de la

ausencia de interés: el llamado consentimiento del ofendido y el llamado consentimiento presunto del ofendido. Posteriormente el mismo Mezger con relación al fundamento de las causas de justificación sostiene, que el injusto puede faltar al hecho si este tiene, desde un principio, una característica que suprime el injusto, hablándose en este caso, del principio de la ausencia del injusto: (principio de la ausencia del interés, principio de la ausencia de la necesidad de protección), adquiriendo significación este principio en los casos de a) consentimiento del lesionado, y b) consentimiento presunto, señalando, que el injusto puede faltar al hecho, también porque lo favorece un derecho eficiente, hablándose en este caso del principio del derecho preponderante (principio del interés preponderante, principio de la preponderancia de la necesidad de la protección), - aplicándose en los casos: a) Derechos especiales de acción, b) Deberes especiales de acción, y c) como resultado del principio de la valuación de los bienes jurídicos. Jiménez de Asúa considera que si mas concretamente queremos referirnos al fundamento, fácilmente se comprende que debe rechazarse toda son intermedia entre lo justo y lo injusto, y no admitido la eficacia del consentimiento del interesado, no existe más que una base y explicación de las causas que deben admitirse como justificante: la preponderancia del interés, ora por que sea de mayor importancia jurídicosocial, el que triunfa en la colisión de la legítima defensa o el que se acentúa al ejecutar un derecho o cumplir un deber, ora por que es superior el bien jurídico que se salvaguarda en el estado de necesidad y en los casos de justificación suprallegal, anotando que en suma sólo la preponderancia del interés que se asentúa (ejercicio de un derecho), protege - (estado de necesidad) o defiende (legítima defensa), o del deber que se cumple, fundamentan las causas de justificación, y finaliza puntalizando: "Rechazamos la ausencia del interés, de que habla Mezger, no sólo por que no es necesaria en nuestro sistema en que no aceptamos la =zona intermedia= entre lo justo y lo antijurídico, ni el consentimiento del titular del derecho,

sino porque no puede haber esa usencia de intereses". El código penal, con una apreciable dispersión, enumera las que denomina "circunstancias excluyentes de responsabilidad", catalogándo en ellas atropelladamente, desde la vía absoluta hasta el caso fortuito, "(límite de la culpabilidad)" y porque por lo mismo - debe erradicarse de ese lugar. Esto en cuanto a su sistematización dogmática, pues por lo que hace a su contenido, deja mucho que desear. Dogmáticamente llegamos a la conclusión que - como causas de justificación, contamos con las expresadas en -- las fracciones III, IV (en una hipótesis), V y VIII del artículo 15, respectivamente: la legítima defensa, el estado de necesidad (cuando el bien sacrificado es de menor importancia que - el salvado), el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho consignados en la ley, y el impedimento legítimo. Las - fracciones IV (me refiere a la hipótesis del estado de necesidad cuando el bien sacrificado es de igual entidad que el bien salvado), VI y VII, son causa de inculpabilidad, y la fracción IX, que constituye igualmente una causa de inculpabilidad por - no exigibilidad de otra conducta. (40).

Si siguiendo el plan que nos hemos impuesto, de señalar los factores positivos y negativos del delito, debemos examinar la ausencia de antijuridicidad. Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad. Un hombre priva de la vida a otro; su conducta por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del Código Penal del Distrito Federal de 1931, y sin embargo puede no ser antijurídica si se descubre que obró en defensa legítima, - por estado de necesidad o en presencia de cualquiera otra justificante. Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en -- presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta -

conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuricidad, causas de licitud, etc. A las justificantes generalmente se les agrupa al lado de otras causas que anulan el delito, o - mejor dicho, impositivas de su configuración. Suele catalogarse bajo la denominación causas excluyentes de responsabilidad, causas de inincriminación, etc. Nuestro Código usa la expresión circunstancias excluyentes de responsabilidad, comprendiendo varias de naturaleza diversa. Raúl Carrancá y Trujillo, con acierto innegable, utiliza la denominación causas que excluyen la inculpación. Indudablemente este nombre es más adecuado que el empleado por el legislador; además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se substituye la palabra circunstancias por causas, pues como muy bien dice Jiménez de Asúa, "circunstancias es aquello que está alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente; y las causas de que nos estamos ocupando cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia". Las causas que excluyen la inculpación son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad. - Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación, dice Soler, son objetivos, referidas al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva. Los efectos de las primeras -añade Núñez-, son erga omnes respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo. A su vez, las causas de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad; en tanto -- las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente, en diversa forma y grado. El inimputable, anota Jiménez de Asúa, es psicológicamente incapaz, de modo perdurable o transitorio, para toda clase de acciones. -

Las causas de inculpabilidad anulan la incriminación -- en quien fue capaz; las de inimputabilidad borran la presun__ ción de responsabilidad de quien no pudo tenerla. El inimputa__ ble, expresa Goldschmidt, no es desde un principio el destinata__ rio de las normas del deber. Con fines exclusivamente didácti__ cos, Jiménez de Asúa expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y -- en las excusas absolutorias no hay pena. Como las causas de -- justificación recaen sobre la acción relizada, son objetivas, -- se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización -- externa. Otras eximentas son de naturaleza subjetiva, miran -- al aspecto personal del autor. Mientras las justificantes, -- por ser objetivas, aprovechan a todos los coparticipies, las -- otras eximentes no. Las causas de justificación son reales, -- favorecen a cuantos intervienen, quiones en última instancia re__ sultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acor__ de con el Derecho. Cuando las eximentes son personales, si -- bien no da lugar a incriminación, sí puede ser procedente la -- responsabilidad o reparación civil; en cambio, tratándose de -- las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídi__ co, no acarrear ninguna consecuencia, ni civil ni penal, pues -- como dice Cuello Calón, de quien obra conforme a Derecho no pue__ de afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos. -- Sin embargo, Carrancá y Trujillo anota una exepción, señalada -- en el Código Civil (art. 1911); "Cuando al ejercitar un dere__ cho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el da__ ño, sin utilidad para el titular del derecho". Dado el doble carácter (material y formal) de la antijuridicidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El -- Estado excluye la antijuridicad que en condiciones ordinarias -- subsistiría, cuando no exista el interés que se trata de prote__ ger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutela__ dos, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conserva__ ción del más valioso. Por ello, para Edmundo Mezger la exclu__ sión de antijuridicidad se funda: a) en la ausencia de interés; --

y, b) en función del interés preponderante. a) Ausencia de interés. Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, - por vulnerar el delito no sólo intereses individuales, sino que también quebrantan la armonía colectiva; pero ocasionalmente - el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad - permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); en - entonces sí cobra vigor el consentimiento del interesado porque - significa el ejercicio de tales derechos y, por ende, resulta - idóneo para excluir la antijuricidad; lo mismo ocurre cuando - el Derecho reputa ilícita una conducta sin la ausencia del sujeto pasivo. En estos casos, al otorgarse el consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger. Mas debe tenerse presente que generalmente los tipos contienen referencias tales como "falta de consentimiento" (del titular), "contra la voluntad", "sin permiso", etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una - atipicidad. Solamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la ley por supuestos, se estará ante verdaderas causas de justificación por ausencia de interés. Por - excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunto para excluir la antijuricidad, en aquellos casos en donde resulta lógico y conveniente suponerlo. Villalobos cita dos ejemplos - al respecto: El del enfermo llevado al hospital cuando se halla privado de sus facultades de juicio y de consentimiento, - sin posibilidad que sus familiares o allegados le substituyan - en tales funciones y a pesar de ellos se le practican las intervenciones quirúrgicas debidas, con base en la validez de un consentimiento presunto atribuido al propio enfermo; y, el caso - que puede presentarse en la gestión de negocios, cuando el gestor se introduce en la morada ajena en determinadas condiciones, quedando excluida su conducta de antijuricidad, en función del consentimiento presunto del dueño de la casa. b) Interés preponderante. Cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por -

la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifica la defensa legítima, - el estado de necesidad (en su caso), el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, una hipótesis de la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo. Son causas de justificación: Legítima defensa; Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado); Cumplimiento de un deber; Ejercicio de un derecho; Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber; e Impedimento legítimo.⁽⁴⁵⁾

No obstante, el positivismo admite las causas de inimputabilidad (dirimentes o atenuantes), las de justificación y las de excusa; las primeras se refieren a la capacidad de entender y querer, y suprimen en todo o en parte la imputabilidad; las segundas son de tal naturaleza que el agente tenía derecho a realizar el acto cometido, éste no es contrario al derecho y toda intención criminal está ausente del sujeto; las de excusa, por último, suponen y dejan subsistente la imputabilidad, pero la responsabilidad se disminuye en atención precisamente al móvil; se reducen a la provocación. Cualquiera que sea la posición de las Escuelas, la más firme corriente entre los tratadistas modernos clasifican las excluyentes, desde luego, en tres grupos: causas de inimputabilidad, causas de justificación y causas de impunidad; si bien estas últimas, cuya naturaleza y fundamento difieren de las otras causas, son denominadas también "excusas absolutorias". Por último tocante a la justificación, toda vez que el concepto de delito, atendiendo a su contenido jurídico sustancial y conforme a la conocida definición de Mayer, de tanta eficacia docente, no es otro que el de una "acción antijurídica, típica, culpable y punible dentro de las condiciones objetivas de punibilidad"; y que sin la antijuridicidad entendida como oposición a una norma de cultura no puede darse la acción inculpada; por todo esto las acciones que carezcan de anti jus estarán plenamente justificadas, pues el

acto u omisión humanos serán conforme a derecho. Las causas de justificación son, según la definición de Augusto Kohler, -- las que "excluyen la antijuridicidad de la conducta que entra -- en el hecho objetivo determinado en una ley penal". Como con-- secuencia al concurrir una de estas causas la acción imputable resulta realizada con derecho, pues no ha sido contraria a él: -- en consonancia con lo anterior el agente por medio de su conduc-- ta no sólo no niega la norma de cultura, sino que, por el con-- trario, la afirma contra una negación actual. En efecto, in-- criminar es, en el lenguaje usual, acriminar con fuerza o insis-- tencia; y acriminar es tanto como acusar de algún crimen o de-- lito. Ya Carrara decía que "la imputabilidad política surge -- cuando se declara que del acto previsto será responsable su au-- tor ante la sociedad", y completaba el concepto agregando en se-- guida: "declarar políticamente imputable una acción e incremi-- narla significan lo mismo, valen tanto como declarar que quien la comete será responsable de un delito, equivalen a prohibirla bajo la amenaza de una represión". La incriminación puede mi-- rar o a la imputabilidad de la acción, o a su antijuridicidad, -- o a su punibilidad misma. Con latitud de conceptos puede de-- cirse, por tanto, que la acción que no sea imputable a un suje-- to es incriminable; y lo mismo la que no sea contraria a dere-- cho y otro tanto la que la ley misma declare impune, por mas -- que tal impunidad se refiera a casos específicos en relación -- con determinados sujetos. La incriminación, en su extensión -- genérica, es comprensiva de todas estas especies, y a tal tecni-- cismo conviene sujetar el estudio de todas las causas que ex-- cluyen la incriminación. Todas las causas de incriminación -- producen una misma consecuencia: la impropiedad de la acción penal, o sea, el efecto de quitar relevancia jurídico-penal a -- la acción que de otro modo hubiera sido delictuosa, con todas -- sus consecuencias de carácter penal. Las causas de justifica-- ción son: a) Legítima defensa; b) Estado de necesidad; c) De-- ber o derechos legales; d) Obediencia jerárquico-legítima; y -- e) Impedimento legítimo. (46).

En derecho penal, rechazo por medios racionales de una agresión antijurídica, actual o inminente y no provocada, contra bienes jurídicos del propio defensor o de un tercero. Hoy existe un acuerdo unánime en que la legítima defensa es, por su naturaleza, una causa de justificación, cuyo fundamento es la preservación del orden jurídico. Esto significa que quien se defiende legítimamente obra conforme a derecho, aunque su acto corresponda al descrito en una figura legal de delito. Ese acto no es sólo lícito para el derecho penal, sino también para las restantes ramas del ordenamiento jurídico. En razón de su licitud, no procede legítima defensa contra legítima defensa, obra conforme a derecho todos los que toman parte en el acto defensivo aunque no sean los personalmente agredidos, y no hay lugar a responsabilidad civil por la maternidad dañina que pueda dejar el ejercicio del derecho de defenderse. Objeto de la defensa puede ser todo bien jurídico protegido. Este bien puede ser la vida, la integridad física, la seguridad personal, la libertad, la inviolabilidad de la morada, el honor, la propiedad, la posesión. Se ha sostenido que no hay límite a los derechos defendibles, siempre que el medio elegido para defenderse sea racional. Así, el borracho que perturba la tranquilidad nocturna podría repelerse con un balde de agua. Constituye agresión todo acto que lesiona o expone a peligro un bien jurídicamente protegido de otro. En consecuencia, no procede legítima defensa en contra de un animal, pues no realiza actos, y la repulsa a su ataque, si se le ha utilizado por otro como arma agresiva, queda cubierta por el estado de necesidad, mas no por la defensa legítima. Lo mismo cabe afirmar del rechazo a los ataques provenientes de personas que sólo obran movidas por fuerzas naturales, como el viento, un aluvión o una corriente de agua, que también generan en el atacado un estado de necesidad y no una situación de legítima defensa. La agresión debe ser antijurídica (sin derecho, dice el CP), es decir, contravenir las normas de derecho. Ello no significa que deba ser punible ni que deba corresponder a una acción descrita por la ley penal.

Tampoco se requiere que sea dolosa y ni siquiera que sea imprudente. Puede la agresión ilegítima haberse generado incluso en un error y hasta provenir de personas inimputables de quienes obran inculpablemente. La agresión debe ser actual, es decir, consistir en un ataque que ha comenzado, o inminentemente, esto es, de uno que puede desencadenarse en cualquier momento. Así sea actual o inminente, la agresión ilegítima debe crear -- una real situación de necesidad para el bien jurídico amagado. Tal no es el caso si el agredido "previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales", según expresa el CP (a. 15, fr. III, 2a. parte, regla 2a.). Para que la agresión ilegítima pueda originar una repulsa amparada por la justificante en examen es menester, todavía, que ella no sea provocada por el defensor. El CP, en efecto, niega eficacia justificante a la defensa frente a una agresión que el agredido provocó, dando causa inmediata y suficiente para ella (a. 15, fr. -- III, 2a. parte, regla 1a.). La apreciación de esa suficiencia parece deber guiarse por el principio de la proporcionalidad entre provocación y agresión, de manera de tener por provocación suficiente la que no torna desproporcionada de toda la conducta del agresor frente a la conducta provocada del agredido. No constituye defensa legítima, por tanto, la acción defensiva -- frente a una agresión suficientemente provocada, aunque acarree la inculpabilidad por no ser exigible otra conducta conforme a derecho. Ante una agresión que reúna las características antedichas, la defensa, para ser legítima y justificar el hecho, debe satisfacer, a su vez, ciertas exigencias legales: a) debe estar presidida de la voluntad de defensa, aunque con esa voluntad concurren eventualmente otros motivos, como el odio, el resentimiento o el deseo de venganza, y b) debe ser racionalmente necesaria, lo que significa que el defensor, atendidas las circunstancias, ha de usar, entre los medios de que dispone, los más adecuados y menos drásticos en relación a la magnitud de la agresión, a la peligrosidad del atacante y al valor del bien -- amenazado. Quien excede, en efecto, consciente o inconscientemente los límites impuestos a la necesidad en el caso concreto

debe responder por ese exeso. El CP dispone para esa eventualidad el castigo a título de imprudencia (a. 16). Entre los códigos penales locales más modernos, el del Estado de Guanajuato atenúa la pena según el exceso sea doloso o culposo, y exime de ella si proviene de una excitación o perturbación mental que las circunstancias hicieron excusable (a. 34). La exigencia legal de que la defensa emplee los medios racionalmente necesarios plantea el problema de las ofendicuas o defensas mecánicas predispuestas (vidrios, electrificación de cercas), que sólo serán lícitos en la medida en que su efecto material disuasivo se adecúe a la magnitud de los bienes u objetos que se trata de preservar. El error sobre la concreta situación de peligro, que lleva a defenderse de una agresión que no es real sino aparente, debe conducir a una disminución de la responsabilidad, si es vencible, o a no responder en grado alguno, si es invencible. Otra es la consecuencia si en esa clase de equivocación se reconoce un error sobre el tipo, en cuyo caso la vencibilidad del error conduciría al castigo por delito culposo, si el hecho está previsto a ese título, y su invencibilidad a la absolución. El CP prevé todavía dos situaciones en que se presumen concurrir todos los requisitos de la defensa legítima. El primero es el de quien durante la noche rechazare, en el momento de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor. El segundo es el de quien causara cualquier daño a un intruso sorprendido en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentran bienes propios o respecto de los cuales tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión. Estas disposiciones conforman una legítima defensa privilegiada, para la afirmación de cuyo efecto justificante se presinde de la concurrential real de todos los requisitos que por lo regular exige para ello la ley. El privilegio se funda, sin duda, en la

imposibilidad o dificultad en el que el supuesto agredido se halla de percibir la índole, magnitud y riesgo del ataque. Esto, sin embargo, no priva a esas presunciones de su carácter de presunciones juris tantum, que recaen sobre la existencia de una agresión y sobre su carácter de ilegítima -ya que no, respecto de la primera de ellas, sobre su actualidad o inminencia, puesto que allí la repulsa, según la ley, se ejerce cuando la agresión se está verificando- y sobre la necesidad racional del medio empleado. La presunción de concurrencia de tales extremos, nos parece, admite prueba en contrario. (47).

2.4.1 LEGITIMA DEFENSA

Existe legítima defensa cuando la persona, objeto de una agresión actual, violenta y sin derecho que entrañe un peligro inminente para su persona, honor o bienes, o para la persona, honor o bienes de otro, reacciona enérgicamente y causa un daño al agresor. Es menester que la agresión sea actual, es decir, en el momento, ni pasada ni futura: que sea violenta, por lo que se debe entender, enérgica, brutal, con fuerza física o moral; injusta, que significa, contraria a la ley, ilícita, y que entraña un peligro inminente, inmediato, inevitable por otros medios, para la persona, honor o bienes propios o ajenos. La defensa debe estar vinculada, necesariamente, con la protección de estos objetos de la tutela penal. La fracción III del artículo 15 del Código Penal señala los casos en que opera la legítima defensa, aquellos en que no opera y las circunstancias en que se presume. El exceso de legítima defensa es la utilización de medios desproporcionados para repeler la agresión, o si el daño causado por el agresor fuere fácilmente reparable posteriormente por medios legales, o si dicho daño fuere de notoria insignificancia en relación con el causado por la defensa. La legítima defensa no opera en el caso de la riña, porque los rixosos se encuentran inmersos en una situación antijurídica, ilícita y para que surta efecto la legítima defensa es necesaria una conducta lícita frente a una injusta. La legítima defensa frente al exceso de lo preceptuado en legítima defensa, no puede hacerse valer de acuerdo con la segunda parte de la --

fracción III del artículo 15 del Código Penal, toda vez que, según el citado precepto, no se integra la causa de justificación, si el agredido fue el que provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para tal agresión. No pueden coexistir dos legítimas defensas, es decir, la legítima defensa recíproca, en virtud de la necesidad de que una agresión sea injusta y la - - reacción a ésta sea legítima, de tal modo que cuando el agresor repele la defensa, está resistiendo a una conducta legítima. (48)

La legítima defensa se considera como causa de licitud en base a un interés preponderante; punto de vista sustentado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, al sostener, que la legítima defensa implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante, y aún cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales, de todas formas el defensor restablece el derecho atacado mediante el necesario sacrificio del interés legítimo del atacante. (Semana Judicial de la Federación, IX, p. 82. Sexta Epoca. Segunda Parte). Sobre el concepto de legítima defensa existen numerosas opiniones. Se puede definir esta causa de justificación como el contraataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente. El Código vigente requiere la presencia de "requisitos positivos y negativos" para la existencia de la legítima defensa, como se desprende del contenido de la fracción III, del artículo 15, los requisitos de carácter positivo, son: 1° Una agresión. 2° Actual. 3° Violencia. 4° Sin derecho, y 5° de la cual resultó un peligro inminente. Los elementos negativos son: 1° Provocación suficiente. 2° Que previó la - - agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales. 3° Necesidad racional del medio empleado en la defensa. 4° -- Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, y 5° Que el daño que iba a causar el agresor, era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa. (49)

La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia. Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. Según Franz Von Listz, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho mediante una agresión contra el atacante. Para Jiménez de Asúa la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios. El artículo 15, fracción III, párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal y muchos de los rodenamientos de los Estados), expresa: "Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente". Por agresión debe entenderse con Mezger, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. Según nuestra ley, la agresión ha de ser actual, es decir, de presente; de lo contrario no se integra la justificación; si la agresión ya se consumó, no existirá la defensa legítima, sino una venganza privada reprobada por la Constitución al establecer: Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho". La reacción contra situaciones pretéritas no sería evitación y ésta es de la esencia de la defensa legítima. Tampoco se integraría la justificante ante la posibilidad, más o menos fundada, de acciones futuras. La agresión, además de actual debe ser violenta, o sea que implique fuerza, ímpetu. No basta una agresión actual y violenta precisa, también, que sea injusta, sin derecho; esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que

la reacción sea contra el abuso, el cual, por constituir un delito, da lugar a la defensa legítima. Según nuestro texto legal, de la agresión debe resultar un peligro inminente. En realidad el daño es inminente, pues el peligro para los bienes jurídicos se actualiza con la agresión misma. Ya en otra parte se ha dicho que el peligro es la posibilidad de daño. Por inminente se entiende lo próximo, muy cercano, inmediato. La agresión ha de amenazar bienes protegidos jurídicamente: la persona, el honor o los bienes del que se defiende o de un tercero a quien se defiende. Según la fracción III del artículo 15 del Código Penal del Distrito, no es legítima la defensa en los siguientes casos: Si el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella; si previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales; si no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; o, por último, si el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa. Nuestra Ley Penal consagra dos casos en donde se presume la existencia de la defensa legítima. El párrafo 6o. de la fracción III del artículo 15, establece: Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión. Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios o respecto de los que tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión. Las presunciones de legítima defensa son juris tantum, es decir, pueden admitir prueba en con-

trario; sin embargo, el sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la legal presunción de que actuó con derecho, y, por ende, será al Ministerio Público (órgano encargado de la persecución de los delitos) a quien corresponda aportar, en su caso, los elementos necesarios para demostrar que el inculpado no obró en legítima defensa. Adviértase, por lo mismo, cómo - desde el punto de vista de la carga de la legítima defensa, en relación con los casos genéricos en los cuales se integra la -- justificante. Hay exceso en la defensa cuando el agredido va más allá de lo necesario para repeler la agresión. (50).

La legítima defensa es la repulsa inmediata, necesaria y proporciónada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho. Florián la considera una causa de justificación que existe cuando el agente cometió el hecho por haber sido constreñido a rechazar de sí, o de otro, una violencia actual e injusta. Casos - en que la defensa es inexistente: a) Cuando la agresión no reúne los requisitos legales señalados; b) Cuando la agresión no haga surgir un peligro inminente para los bienes protegidos; c) Cuando el agredido haya provocado la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella. El exceso en la legítima defensa se da: a) Cuando no hay necesidad racional en ella y b) - Cuando hay notoria desproporción entre la defensa y el ataque - antijurídico; entre el daño causado y el que podría haber causado el agresor. Defensas mecánicas. Los ofendidos consisten, como señala SOLEP, en los escollos, obstáculos, alambres - de púas, etc., que previenen a todo extraño al riesgo a que se exponen si trata de infringir el derecho del propietario. Tales medios de prevenir la invasión de la propiedad, "oponen una resistencia normal, conocida y notoria" y su colocación se "justifica" como una derivación del derecho del dueño sobre la cosa. Cuestión diversa resulta la del aparato mecánico instalado como una trampa para defender los bienes de las agresiones - futuras. La instalación de esos aparatos significa una impruca

dencia al extender el peligro a personas que, accidentalmente, pueden sufrirlo; en estas situaciones, VILLALOBOS propone como solución la persecución del responsable "como autor con dolo -- eventual o por culpa, según los antecedentes, circunstancias y datos concretos del caso". En cambio, si el daño se causa a un verdadero agresor, puede concurrir la justificante si el medio utilizado resulta necesario para repeler la agresión y la defensa proporcionada al ataque... (51).

La defensa es legítima cuando contraataca a fin de que una agresión grave no consume el daño con que amenaza inminentemente. En el Derecho Mexicano, como se advierte, se ha reconocido de modo constante la legítima defensa como el más alto valor justificante, e incluso un texto constitucional vigente la reconoce como un derecho consagrado en favor de toda persona: el art. 10 Const. consagra en favor de todo hombre "la libertad de poseer armas de cualquier clase para su seguridad y legítima defensa", sin más limitación que la de que las armas no sean destinadas al uso exclusivo del ejército y, en cuanto a su portación en las poblaciones, que se obtenga la correspondiente licencia. Tal consagración constitucional da a la legítima defensa una excepcionalmente elevada jerarquía jurídica, de la que carecen las demás excluyentes que sólo tienen consagración en el derecho secundario. Por actual debe entenderse lo presente, o sea lo que existe en el tiempo en que se habla, si ha pasado, la reacción es venganza y no defensa. Agresión y defensa han de ser inmediatamente sucesivas. Basta con que lo actual sea la agresión; no es necesario que lo actual sea la lesión efectiva que produce; el agente no tiene que esperar a sufrir la lesión con que se le amenace; contra el solo peligro de ella, o sea contra la agresión, procede la defensa. Es violento lo que desarrolla fuerza, ímpetu. La agresión impetuosa es la más adecuada para representar un peligro inminente de lesión. Propiamente la idea de agresión o ataque contiene ya la de violencia; pero nuestro legislador prefirió ser redundante a fin de caracterizar más completamente el ímpetu lesivo. Para que

la defensa privada pueda estar legitimada es indispensable que la agresión sea antijurídica; y es antijurídica cuando contra dice las normas objetivas de valoración (Mezger); de donde hay acción antijurídica así se trate de un inimputable, de un enfermo mental, de un niño. Y es inminente lo que está para suceder prontamente, a virtud de la agresión actual. La defensa contra la agresión calificada ha de limitarse a la que imponga la necesidad racional; si se desbordase a la agresión dejaría de ser necesaria para convertirse también en desproporcionada o excesiva. Cabe subrayar que tal proporción ha de ser la que racionalmente corresponda según el sujeto que desarrolla la reacción, pero apreciada en último análisis por la autoridad jurisdiccional.⁽⁵²⁾

En el derecho penal existe consenso en caracterizarlo, en sentido lato, como una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos. Así, se halla en estado de necesidad el náufrago que para salvar su vida desplaza a otro náufrago de la tabla de salvación capaz de soportar sólo a una persona, el que hurta un pan para no morir de hambre, el que invade domicilio ajeno huyendo de un perro hidrófobo y el piloto que logra posar su avión en un campo sembrado, a causa de un desperfecto. En el amplio enunciado que precede cabría incluso la defensa legítima que conforma, sin embargo, una institución aparte, entre otras razones porque ella es la repulsa a una agresión ilícita, al paso que en el estado de necesidad la preservación del bien amenazado se logra por el ataque a un bien que cuenta también con la protección del derecho. En ese enunciado cabría, asimismo, aparentemente, la coacción, en donde la persona sobre quien se ejerce obra, por cierto, en detrimento de un bien del prójimo para salvar la vida u otro bien suyo protegido por el derecho. Debe la coacción, no obstante, quedar al margen del enunciado ofrecido, pues en ella la necesidad proviene de una acción humana ---

que constriñe la libertad de decisión del coacto, mientras en el estado de necesidad se está frente a una situación "oriunda de un hecho de la naturaleza o de un acto humano adventicio" -- (Jiménez Huerta). Los ejemplos antes ofrecidos dejan ver que el estado de necesidad puede importar tanto un conflicto de bienes de diverso valor, en que el inferior se sacrifica al superior, como un conflicto de bienes equivalentes. El CP, al situar entre las excluyentes de la responsabilidad criminal "la necesidad de salvar (el contraventor) su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial" (a. 15, fr. IV, segunda parte), se desentiende del valor comparativo de los bienes en conflicto, a diferencia de lo que hacen algunos códigos locales más recientes, que distinguen ambas situaciones, reservando el nombre de estado de necesidad para el conflicto que se resuelve con el sacrificio del bien de menor valor, y acordando sólo a esa especie de estado de necesidad en el efecto justificante del hecho. Con ello no hacen sino obedecer al fundamental principio de que la licitud del hecho sólo puede acompañar al sacrificio que se hace del bien inferior, pues el derecho no podría jamás tener por lícita la inmolación de un bien para preservar otro igual, como lo muestra dramáticamente el caso extremo de la tabula unius capax y otras situaciones similares de conflicto entre dos vidas humanas, donde el hecho, objetivamente ilícito, sólo puede generar una causa de inculpabilidad, más nunca una de justificación en favor del necesitado. Junto, pues, al estado de necesidad justificante, en que el bien sacrificado es el inferior, hay lugar al estado de necesidad exculpante, donde el bien inmolado equivale al bien que se salva. Es la manera como cabe interpretar y comúnmente se interpreta el aludido precepto del CP. Las consecuencias jurídicas que se siguen son diversas en uno y otro caso: a) en el estado de necesidad justificante se exige de pena a los autores y a los partícipes, y no así en el estado de necesidad exculpante, que sólo favorece al autor necesitado, por tratarse de una circunstancia puramente personal; b) si --

hay lugar a indemnización de perjuicios en el primero, no derivará ella de la ilicitud del acto, que es legítimo, sino posiblemente de otras razones, derivadas de principios de derecho civil, y sí lo habrá en el segundo, por ser el acto injusto en sí mismo, y c) no procederá la legítima defensa respecto del primero, por la licitud del ataque, y sí procederá en el segundo, -- por ser él ilegítimo. En un punto a extensión, el estado de necesidad justificante se extiende ampliamente a todos los bienes, como lo dejan en claro los respectivos preceptos del CP y demás posteriormente dictados. En cuanto a las condiciones -- del estado de necesidad justificante, ella son: a) desde el -- punto de vista subjetivo, conocimiento de la situación de peligro y ánimo de evitar el mal mayor. Al igual que en la defensa legítima, si se da ese ánimo carece de importancia que lo -- acompañen otros, como el odio, el resentimiento o la venganza; -- b) existencia objetiva, real, de un peligro natural ajeno a la concreta acción de una persona culpable, y no originado en dolo del agente que obra en estado de necesidad; c) inminencia del peligro, con lo que alude no sólo al de inmediata concreción, -- sino también al que pueda producirse en cualquier momento; d) inexistencia, como en forma dogmáticamente acertada prescribe, -- en general, la ley penal mexicana, de otro medio practicable y menos perjudicial para impedir o evitar el peligro. Esta exigencia es derivación lógica del carácter subsidiario de la acción en estado de necesidad, que proviene de ser ésta, no un -- contrataque sino un ataque, y un ataque a los intereses de un -- "inocente igualmente desventurado" (Alimona), y e) finalmente, -- magnitud inferior del bien inmolado respecto del que se salva, -- sobre todo en cuanto a su jerarquía en la escala valorativa de los bienes jurídicos o en cuanto a la extensión de la lesión -- amenazada a cada uno de ellos, si son de la misma jerarquía. -- Cierta es que el CP y aquellos a que ha servido de modelo no se salvan esa desigualdad de bienes en el nupio enunciado del precepto respectivo, pero sin ella no se concibe, según se ha dicho, el estado de necesidad con efecto justificante. Al estado de necesidad excusable son aplicables las consideraciones --

anteriores, en lo que no pugne a su naturaleza, conforme ha quedo ella caracterizada. (53).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ejecutorias, ha determinado sobre el particular: Se entiende por legítima defensa, la que es necesaria para rechazar un ataque antijurídico, actual, dirigido al que se defiende o contra un tercero. Es decir, que la situación fundamentadora de la legítima -defensa se caracteriza por el ataque actual y antijurídico. (54); Por legítima defensa se entiende la acción que es necesaria para repeler un acontecimiento real y grave por parte del que se defiende. (55); Se entiende por legítima defensa, la acción que es necesaria para evitar o repeler un ataque por parte del que se defiende, contra un tercero. (56); La acción de defensa es -el acto de repeler un ataque injusto. (57); Del artículo 15, --fracción III, del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, podemos desprender como elementos de la legítima defensa: - a).- Existencia de una agresión; b).- Un peligro de daño derivado de ésta, y c).- La existencia de una defensa, proporcionada a la agresión. (58); del Artículo 15, fracción IV, del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, se pueden desprender como elementos de la legítima defensa: a).- Existencia de una agresión; b).- Un peligro de daño derivado de ésta, y c).- La existencia de una reacción, rechazo de la agresión o contraataque para repeler la misma. (59); Por agresión debe entenderse -el movimiento corporal voluntario del sujeto que amenaza lesionar o que lesiona bienes jurídicamente tutelados. (60); Los elementos clásicos que tradicionalmente según la doctrina y la jurisprudencia, constituyen la excluyente de legítima defensa son: ... c) actual o sea contemporánea al acto defensivo. (61); La -agresión es actual si está realizándose cuando se produce la acción con que el agredido la repele, y agresión y repelimiento -son coetáneos (62); El presupuesto legal de la actualidad en la agresión, que requiere dicha eximente de responsabilidad, no desaparece si la agresión sigue siendo presente por la subsistencia del peligro en que se encuentra el agredido. (63); Para que

exista la legítima defensa, se requiere que haya una agresión, y que ésta sea actual, es decir, que sea repelida en el momento mismo en que se produce y que la conducta opuesta del sujeto -- del delito, justifique la juridicidad del acto por la actualidad de la agresión; que la misma agresión sea inminente, esto es, que al sujeto activo no le quede otro camino que matar, ante la injusta agresión, y por último, que sea sin derecho, esto es, que el agredido no haya dado motivo alguno para tal agresión.⁽⁶⁴⁾ Si la agresión de obra que el occiso trató de efectuar sobre el acusado no se había iniciado aún la misma no podía tener el carácter de inminente, que requiere la ley para que exista la exculpante de legítima defensa, pues es indudable que ésta no se refiere a la simple amenaza o temor de una agresión, sino que a que la misma vaya a realizarse de inmediato, en forma indudable; pues, de lo contrario, bastaría que un individuo dijese a otro que iba a causarle un mal en su persona, para que éste pudiera impunemente privarlo de la vida, tan pronto como estuviera a su alcance o se encontrasen frente a frente.⁽⁶⁵⁾ El presupuesto legal de la actualidad en la agresión, que requiere dicha eximente de responsabilidad, no desaparece si la agresión sigue siendo presente por la subsistencia del peligro en que se encuentra el agredido.⁽⁶⁶⁾ Agresión violenta, es la ejecutada con ímpetu y fuerza de razón y de justicia.⁽⁶⁷⁾ Para que la legítima defensa tenga lugar, se necesita que el que la alegue, haya obrado repeliendo una agresión actual y violenta, es decir, que se desarrolle de una manera intempestiva que no pudo prever ni evitar el agredido.⁽⁶⁸⁾ Para aceptar como válido el ejercicio de la legítima defensa es menester, como se desprende de la fracción I del artículo 15 del Código Penal, que el acto lesivo que amenace a un determinado bien jurídico, sea de tal manera violento y repentino, que no sea posible intentar otro medio racional para evitarlo; precisamente por esta consideración, se estatuye en el propio artículo como condicional indispensable para hacer valer la eximente, la necesidad racional del medio empleado en la defensa.⁽⁶⁹⁾ Es pre

ciso que la agresión sea violenta (debe entenderse por violenta, que se emplea en la agresión una fuerza de hecho para producir la lesión, pues si esa fuerza de hecho no existe, no es necesario recurrir a la fuerza para rechazarla).⁽⁷⁰⁾; La ley penal exige que además de la inminencia de la agresión sea violenta y sin derecho, pero la calidad de violencia es una redundancia establecida para mayor claridad, pero innecesaria, pues no puede concebirse una agresión inminente sin violencia de parte del que ataca.⁽⁷¹⁾; Es de explorado derecho el que, para que quede debidamente comprobado el ejercicio del derecho de legítima defensa, se requiere que el acusado, al obrar, lo haya hecho colocado en determinadas circunstancias: primera, que la agresión de que fue objeto y lo impulsó a obrar, sea injusta, pues de otra manera el derecho a rechazarla no existiría y agresión injusta o ilegítima es aquella contraria a derecho, es decir, - que el que acomete o ataca no tenga ningún fundamento jurídico para ello.⁽⁷²⁾; Para que quede debidamente probado el ejercicio del derecho de la legítima defensa, se requiere que el acusado, al obrar, lo haya hecho colocado en determinadas circunstancias, tales como que la agresión de que fue objeto y lo impulsó a obrar, sea injusta, pues de otra manera el derecho de rechazarla no existiría.⁽⁷³⁾; La agresión debe ser violenta y antijurídica, o sea, que la acción debe dirigirse a rechazar -- ataques impetuosos o ilícitos, sin derecho; debe constituir un peligro inminente, en tal forma, que sea factible que el daño - se realice, si no se provee a la defensa.⁽⁷⁴⁾; No es posible - estimar que el hecho de que una persona, en forma valiente, firme y sin alardes, reconvenga a otra por sus actos atentatorios a sus propiedades pidiendo explicaciones, constituya provocación de la agresión, en que se sustenta la fracción III del artículo 12 del Código Penal. Interpretar la vida social en esa forma, equivale a ir contra la dignidad humana, haciendo, imposible que cualquier persona reclame respeto para su derecho.⁽⁷⁵⁾; Si el quejoso se colocó fuera de la ley y, en consecuencia in__fundadamente pretende que pueda operar en su favor la excluyen__

te de legítima defensa, la cual no puede proteger a quien por actos propios, se ha constituido en un estado contrario a derecho.⁽⁷⁶⁾; Si puede sostenerse que el reo provocó la agresión del ofendido, al dirigirle una injuria grave entre la gente de la condición social de ambos, no podría existir en su favor la excluyente de responsabilidad penal de legítima defensa.⁽⁷⁷⁾; La causa de justificación de legítima defensa que se alega como favorable al acusado, no opera si se advierte que fue éste el que provocó la agresión sufrida por su víctima.⁽⁷⁸⁾; El hecho de hacer el heridor una reclamación racional a su víctima, no puede considerarse como una provocación inmediata, ni suficiente para que ésta lo agrediera, por lo que tal hecho no desvirtúa la legítima defensa; y por otra parte, el hecho de que dicho heridor fuese a hacerle esa reclamación, no revela premeditación de su parte, para atenuar contra aquella.⁽⁷⁹⁾; Queda descartada la legítima defensa, si el heridor previó la agresión y pudo fácilmente evitarla⁽⁸⁰⁾; La agresión no es de las requeridas por la ley, como configurativas de la inminencia en el peligro para el atacado, si éste estuvo en condiciones de prevenirla, y pudo evitarla con facilidad.⁽⁸¹⁾; La sola evitabilidad de la agresión no invalida la causa excluyente de inminencia de legítima defensa, pues se requiere además, que se haya previsto.⁽⁸²⁾; No puede afirmarse, como regla general, que la simple previsión de la agresión coloca al amenazado en condiciones de evitarla, ausentándose simplemente del lugar; es necesario considerar también si con esa actitud se elude el ataque sin peligro alguno, o si existe posibilidad normal de obtener el auxilio de la autoridad. La excluyente no queda, pues desvirtuada, si de las constancias de autos se desprende que el acusado no pudo sustraerse al peligro de la agresión usando los medios legales, por las circunstancias especiales del caso, y que no tuvo otro recurso, para salvarse, que dar muerte a su ofensor.⁽⁸³⁾; Si lo natural era prever que el ofendido cometera una agresión y si, habiéndose previsto esa agresión no se evitó sino que, por el contrario, se fomentó, no se integra la

legítima defensa.⁽⁸⁴⁾.; Si bien es verdad que el reo consideró que no era honorable rehuír al encuentro no debió estimarse tal actitud de su parte como una aceptación de la inminente contienda, a la que ciertamente iba a ser obligado, si el ahora occiso era un tipo peligroso; de donde resulta que sí era imposible, dada la rapidez del evento, que el reo hubiera podido rehuír -- tal encuentro y, frente al dilema de privar de la vida al ofensor o ser muerto por éste, que lo hizo objeto de una agresión -- indiscutible en cuanto lo acometió con propósito de dañarlo, es incuestionable que la causa que excluye la incriminación se configura jurídicamente, siendo racional el medio empleado por el quejoso en su defensa, pues no siempre puede sostenerse el criterio de que la fuga vergonzosa sea una obligación para el agrido, ya que muchas veces la huída suele no eludir el peligro, -- dado que quien rompe el equilibrio jurídico, atacando por vías de hecho, graves, coloca al atacado en un plan de repeler la -- agresión, si reviste las características de la legítima defensa, por la naturaleza actual, violenta, inminente y sin derecho del ataque.⁽⁸⁵⁾ No puede exigirse, que quien ha tenido una dificultad con una persona, se vea en la necesidad de ocultarse o evitar encontrarse con ella, so pena de que al actuar libremente y encontrarse con quien tuvo la dificultad, si en dicho encuentro se ve atacado y mata al defenderse, se le considere penalmente responsable, excluyéndose la legítima defensa, porque tal exigencia contradice la libertad de los ciudadanos, de comportarse en sus actividades, sin limitaciones ni cortapisas no ordenadas por la ley.⁽⁸⁶⁾; Aunque no se impone que el inculpa do forzosamente hubiere emprendido la fuga, porque sería contraria a su dignidad personal, sin embargo sí pudo haber recurrido a cualquier otro medio a su alcance sin tomar las medidas que usó, ya que la agresión, por su naturaleza misma, no tuvo el carácter de inminente, no es posible aceptar que haya operado -- la excluyente de legítima defensa, y sí en cambio que el delito de que se trata se cometió en riña por el provocado.⁽⁸⁷⁾; Si -- el que obra en legítima defensa, hace un disparo de arma de fuego en contra de su agresor y la bala que mata a éste va a herir a otra persona a quien también da muerte, el agredido está ex__

cluido de responsabilidad penal también por lo que hace a éste último homicidio, puesto que al disparar lo hizo con derecho, - al repeler la agresión de que fue víctima, pasando la bala accidentalmente a herir a otra persona contra quien no iba dirigido el disparo, y si éste fue un acto lícito, no puede considerarse ilícita una de las consecuencias que tal acto produjo. (89).

2.4.2 ESTADO DE NECESIDAD

Es la situación de peligro real, grave, inminente, inmediato para la persona, su honor, o bienes propios o ajenos, que sólo -- puede evitarse mediante la violación de otros bienes, jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta. En el Código Penal se prevén dos casos específicos de estado de necesidad: el aborto terapéutico y el robo de indigente. El aborto terapéutico, previsto en el artículo 335 de nuestro ordenamiento penal, consiste en la no aplicación de sanción alguna cuando, de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asiste, oyendo éste la -- opinión de otro médico, siempre que esto fuere posible y no resultara peligrosa la demora. El robo de indigente se encuentra contenido en el artículo 379 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, el cual establece que no se aplicará sanción alguna a quien sin emplear engaños ni violencia se apodera sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares, del momento. (89).

Es el peligro actual inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona -- (Cuello Calón). Es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro -- bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico (Sebastián Soler). Von Liszt en su *Lehrbuch* afirma que el estado de necesidad "es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual

no queda otro remedio que la violación de los intereses de -- otro, jurídicamente protegidos". Indudablemente ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado opta por la salvación de uno de ellos; aquí sigue cobrando vigor el principio del interés preponderante; nada más cuando el bien salvado supera el sacrificado se integra la justificante, por que sólo entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente. Para Carrancá y Trujillo, el estado de necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto la defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto la defensa es reacción contra el ataque. Por eso se le ha llamado ataque legitimado, en oposición a la legítima defensa o contra-ataque. Mientras en el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un -- inocente, en la defensa legítima recae sobre bienes de injusto agresor. Nosotros señalamos, además de tal diferencia, -- las siguientes: a) en la legítima defensa hay agresión, mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella (no debe confundirse el ataque de un bien con su agresión); y b) la legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro lícito (la reacción, contra-ataque o de-fensa); en el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflicto de interés legítimo. -- Como una forma específica del genérico estado de necesidad, -- nuestra ley consagra en el artículo 334 la excluyente por -- aborto terapéutico. No hubiera sido preciso reglamentarla -- por separado, por caer la hipótesis prevista perfectamente -- dentro de la amplia fórmula de la fracción IV del artículo -- 15. Se trata también de dos bienes en conflicto, ambos tutelados jurídicamente: la vida de la madre y la vida del ser -- en formación; se sacrifica el bien menor para salvar el de -- mayor valía. El robo de famélico o de indigente, encuadra -- también dentro de la fórmula general del estado de necesidad a que se contrae la fracción IV del artículo 15, por ello resulta redundante su establecimiento en forma específica en el artículo 379. Existe una colisión de intereses tutelados ju

rídicamente. Por una parte, el derecho del necesitado de lo ajeno, que puede ser de tanta importancia como la misma conservación de la vida; y por la otra, el derecho del propietario de los bienes atacados. Nuevamente nos encontramos en presencia del principio de interés preponderante. (90).

Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley. Existen dos tesis para fijar la naturaleza del estado de necesidad: "unitaria" una, y de la "diferenciación", discriminación o dualista, la otra. Consideramos que no debe aceptarse el criterio unitario, porque no soluciona en forma total el problema, a virtud de que en realidad el estado de necesidad funciona como causa de licitud o causa 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 mas valor que el salvado, debiéndose concluir que en la primera hipótesis, se trata de una causa de licitud con base en el principio del interés preponderante; en la segunda, una causa de inculpabilidad, pues no obstante que la conducta que lesiona, un bien de igual entidad es antijurídica, no le es reprochable, por no exigibilidad de otra conducta; y en fin, en la tercera, la conducta realizada 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 decidir 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. El artículo 15 tracción IV, del Código Penal, establece que son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. -

No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro. - Se desprenden de la fracción aludida, los siguientes elementos: Positivos: a).- Un peligro; b).- Real; c).- Grave, y d).- Inminente. Negativos: a).- Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, y b).- Que no tenga el deber legal de sufrir el peligro. (91).

El estado de necesidad es una condición tal, que la salvación de la persona o de los bienes, necesita la ejecución de un acto que en si mismo es delictuoso. (92). Se caracteriza, el estado de necesidad porque en él dos bienes jurídicos, en principio -- igualmente respetables, se ponen en conflicto y uno de ellos, - por cualquier circunstancia, es sacrificado para que el otro se salve. (93).

El estado de necesidad caracterízase por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares: es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, - hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio. Para algunos no constituye, por cierto, un derecho, sino un acto que entraña ataque a bienes jurídicos protegidos y justificado en la ley ante la imposibilidad de usar otro medio practicable y menos perjudicial. Las diversas definiciones sobre el estado de necesidad, destacan -- con carácter esencial la situación de peligro. Ya el genio de Carrara había intuído, en forma admirable, la fundamental diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad, pues mientras aquélla se caracteriza por ser una "reacción" (defensa), la segunda constituye una "acción" que implica ataque a bienes jurídicos. Una segunda diferencia entre ambas justificantes se establece respecto a la naturaleza del conflicto: en el estado de necesidad surge entre intereses legítimos, esto es, entre bienes tutelados por la ley, en tanto en la legítima defensa, frente al bien jurídico amenazado y cuya conservación hace necesaria la repulsa, sólo existe el interés legítimo del agresor. El artículo 334 al excluir la sanción al aborto tera

péutico practicado ante la necesidad de salvar la vida de la mujer embarazada, recoge un caso específico de estado de necesidad. El conflicto de bienes surgido con motivo de la situación de peligro, característico de la justificación entre la vida transitoria del producto y la de la futura madre, se resuelve en la ley mediante el criterio de la preponderancia de intereses, admitiendo el sacrificio del bien menor, representado por la vida del feto, para salvaguardar la vida de la mujer. La muerte del producto de la concepción es lícita, justificada en la ley, en virtud del estado de peligro corrido por la futura madre, requiriéndose únicamente que el juicio del médico que la asista se apoye en el dictamen de otro, de ser esto posible y no peligrosa la demora, con lo cual preténdese acreditar indubitadamente la necesidad de la práctica del aborto. Otro caso regulado expresamente en la ley es el del robo necesario o de indigente, conocido tradicionalmente como robo de famélico, recogido en el artículo 379 del Código. El artículo comertado no sólo resulta inútil, en atención a la existencia de la norma del artículo 15, fracción IV, reguladora del estado de necesidad, sino que por su estructura establece una indebida limitación al funcionamiento de la justificante general, pues como con razón aduce ALMARAZ, "la justificación vale una sola vez; de modo que en la próxima necesidad el sujeto debe dejarse morir de hambre o sufrir una pena, como consecuencia de un estado quizá mas grave que la anterior". En manera alguna es convincente el argumento de CARRANCA Y TRUJILLO que pretende, como solución de la aplicación general en la hipótesis de la repetición del robo al persistir la necesidad, pues un segundo apoderamiento sería ilícito en atención a la restricción impuesta por el artículo 379. En otro sitio afirmamos el hecho, a nuestro juicio incontrovertible, de la regulación en el artículo indicado de un estado de necesidad, "puesto que ante el conflicto surgido entre dos bienes tutelados por el Derecho, se ha optado por el sacrificio del menos válido, aunque limitando la licitud del ataque al patrimonio a los casos comprendidos en el precepto. La existencia de esta norma particular por encontrarse re

ferida al delito de robo, y la general prescrita en el artículo 15, fracción IV, hace surgir un concurso aparente de normas, o como bien dice PORTE PETIT, un conflicto de normas incompatibles entre sí, problema que debe resolverse mediante el principio de la especialidad con la aplicación de la norma contenida en el artículo 379".⁽⁹⁴⁾.

El delito se comete en estado de necesidad cuando a consecuencia de un acotamiento de orden natural o de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción u omisión típicas para escapar él mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo (Garraud). El estado de necesidad se presenta como una situación individual jurídicamente reconocida, por la cual el que se encuentra en ella se halla determinado, sin estar coartado absolutamente, a violar una norma penal en propia o ajena salvaguarda, y que tiene como efecto hacer impune o menos punible el delito, cuando la causa de aquella situación no puede atribuirse a la voluntad del agente (Manzini). El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos; es, por consiguiente, un caso de colisión de intereses (Liszt). En consecuencia, en el estado de necesidad está justificado, dentro de ciertos límites estrechos, el ataque contra bienes ajenos jurídicamente protegidos, a fin de salvar los propios de igual o mayor valor. La justificación permite hablar de un derecho de necesidad. Relacionado intrínsecamente con la legítima defensa, el estado de necesidad se diferencia de ella fundamentalmente en que constituye en sí mismo una acción o ataque, mientras que en la defensa es reacción contra el ataque. Por eso ha sido, penetrantemente, denominado "ataque legitimado" (Gautier), por oposición a la legítima defensa o contra-ataque (Moriaud). La situación de necesidad se reconoce en nuestro derecho, no sólo en favor de la persona del acusado y de sus bienes de otro: la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes (art. 15 fr. IV c.p.). - La justificación por lo que hace a la propia persona es universalmente admitida; pero la polémica se dibuja tratándose de personas

distinta y entonces lo mas que suele admitirse es que se trate de personas que caigan dentro de cierto círculo de parentesco; y mayor desacuerdo reina con relación a los bienes, propios o ajenos, al honor, al pudor, a la libertad. Jiménez de Asúa -- mantiene, sin embargo, la radical opinión de que a toda clase de bienes debe extenderse el derecho de necesidad. Nuestro legislador ha aceptado, en parte, esta solución; y dédimo en parte porque interpretamos que, al emplear el término "bienes", el legislador se ha referido a los materiales, pues ello connota esta palabra en la fórmula adoptada para la legítima defensa. Por otra parte la defensa en estado de necesidad de la persona o bienes de otro, da lugar a los intrincados problemas de la intervención ajena. Pero como en el estado de necesidad no hay ni el tiempo ni la presencia de espíritu suficiente para investigar si se encuentra uno en la lista de los allegados a quienes el código faculta para intervenir, contradice, con criterio realista y justo, Jiménez de Asúa que sólo el arbitrio judicial puede reconocer qué terceros han estado capacitados para intervenir con justificación. Sólo que en nuestro derecho no corresponde a la autoridad jurisdiccional establecer si ha sido legítima o no la intervención de terceros; lo es siempre, por imposición de la fórmula legal adoptada en la redacción de la excluyente, la que a nuestro entender amerita ser perfeccionada. Eliminado del capítulo de las excluyentes el robo de indigente, al mismo tiempo que extendiendo el ámbito de su objeto, en nuestro derecho se expresa: no se castigará al que, sin emplear en gaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento (art. 379 c.p.). Este precepto recoge, al decir del profesor Garrido, "una tendencia francamente socialista" en la ley penal, tocante a la propiedad privada. Es un caso de expresa juridicidad de la acción. En segundo lugar, el precepto que reglamenta el robo de indigente limita la justificación a una sola vez. Desgraciadamente, la realidad de los hechos desmiente el optimismo del legislador, pues es indudable que el estado de hambre o el de necesidad, ma

nifestaciones del instinto de conservación, no se remedian en muchos casos con el apoderamiento singular de los alimentos estrictamente indispensables. ¿Qué razón existe si se repiten las condiciones de verdad para no justificar un segundo o tercer robo? Afortunadamente, no obstante la literalidad del precepto que comentamos -que parece dar una contestación negativa a la justificación de la reincidencia del indigente- la solución puede encontrarse en la redacción de la fr. IV del art. 15 c.p., dentro de cuyos amplísimos términos caben todos los casos. A lo anterior cabe agregar que, a nuestro juicio, lo que contiene el art. 379 c.p. es una causa de impunidad fundada en la utilidad social que se revela en presencia de un estado de necesidad específico. De aquí que veamos en el art. 379 c.p. una real excusa absolutoria, de círculo por tanto más restringido que el amplísimo de los estados necesarios previstos por el art. 15 fr. IV c.p. La naturaleza excusante del robo por indigencia salta a la vista con sólo advertir el cuadro de circunstancias que el art. 379 c.p. traza: ser la primera vez que se está en la situación del mismo precepto, no emplear engaño ni medios violentos, robar aquellos objetos estrictamente indispensables para satisfacer necesidades propias o familiares cuyo imperio momentáneo representa peligro de perecer. Valoradas desde el punto de vista de la utilidad social, todas estas circunstancias fundan ampliamente la impunidad del primer robo, tanto más cuanto que el indigente no exhibe por cierto --ninguna peligrosidad. Pero desaparecida la circunstancia de ser "la primera vez" que se cometa el robo por los medios pacíficos y para los fines que el art. 379 c.p. enumera; o cuando se emplee engaño o violencia; o cuando el robo sea sobre objetos no estrictamente indispensables para satisfacer necesidades parenterías, y sí sólo sobre objetos necesarios por no existir otro medio practicable y menos perjudicial para salvarse del peligro real, grave e inminente, entonces la excusa absolutoria desaparece con su restringido ámbito legal para hacer posible la aplicación de la fr. IV del art. 15 c.p. Por estas consideraciones no estimamos como un defecto técnico del legislador de -

1931 al haber incluido ambos preceptos en el articulado del código, dando al estado de necesidad naturaleza de excluyente general, aplicable a todos los delitos del Libro II y al robo de indigente naturaleza de excusa concretamente en relación con el delito de robo; pues excusa y excluyente tienen fundamentos diversos. En nuestro derecho está consignada la impunidad del aborto llamado terapéutico o por estado de necesidad, pues no se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto la mujer embarazada corre peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora (art. 334 c.p. y 320 Proy 1949). Algunos opinan que el aborto terapéutico no debe practicarse sin que el médico obtenga previamente el consentimiento de los padres. La ley mexicana claramente confía la solución del conflicto al juicio de la única persona capacitada por sus conocimientos técnicos: el médico, "Demanda -dice Jiménez de Asúa- el consentimiento de los padres para la práctica del aborto científico me parece un escrúpulo exagerado y casi contraproducente. El desmedido amor maternal puede hacer que la madre prefiera morir ella a que impida el nacimiento de su hijo y un móvil concupiscente puede quilar al marido que, para asegurar la trasmisión de una cuantiosa herencia de su esposa, opte por la muerte de ella mejor que por el despedazamiento del futuro sucesor. Cuando el médico constate un verdadero caso de peligro para la vida de la madre y no haya medio hábil para practicar una peritonotomía o una cesárea sin riesgo, debe apelar al otro procedimiento, previa autorización de los padres. Lo que hace el médico es dirimir un estado de necesidad en el que no es preciso consentimiento alguno de las partes cuando se salva un interés superior, como es la vida de la madre, que prepondera sobre la existencia del feto". A estas claras razones podemos agregar otra de índole psíquica: si se confía a los padres la resolución del conflicto, cualquiera que sea su determinación, gravarán permanentemente su subconciencia con la cruel decisión tomada de sacrificar a un familiar". Por nuestra parte, encontramos que la práctica misma del aborto no tiene que -

ser entregada inexcusablemente al médico para que sea justificada, dados los términos del art. 334 c.p., pues cualquier persona puede realizarla (caso de justificada intervención de tercero del art. 15 fr. IV c.p.). La exigencia técnica del médico, garantía de justificación y su condición misma, se reduce tan sólo al dictamen sobre la necesidad de hacer abortar a la mujer embarazada, no a la resolución o acuerdo del caso, y menos a la práctica misma del aborto: la garantía de justificación radica en el dictamen médico -pericial el que no es de obligatoria aceptación para los afectados. Por último en la Convención -- contra la Delincuencia se propusieron nuevos casos de aborto necesario: por causas eugenésicas y por causas económicas graves. El proyecto suizo de 1916, a su vez, propuso la justificación en los casos de incesto, violación, enajenación mental e inconsciencia; el incesto y la enajenación mental por la excusa absoluta fundada en la maternidad consciente. (95).

2.4.3 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

En el uso común, cumplir es ejecutar, llevar a efecto. Hacer uno aquello que debe o a que está obligado. Deber es aquello a que está obligado el hombre por algún tipo de normas, particularmente jurídicas o religiosas. También se entiende por deber, desempeñar el oficio o ministerio de que está encargado. - El CP utiliza la expresión en el a. 15, fr. V: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: ... Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley". El cumplimiento de un deber, como causa de -- justificación, supone que la acción cuya realización constituye el deber, es penalmente típica o, en otra sistemática (Mezger), un elemento negativo del tipo. La separación entre cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho es correcta, ya que en este sentido es debido todo acto cuya omisión es sancionada, -- mientras que la segunda hipótesis se refiere a aquellos actos -- permitidos pero no obligatorios. Según el código, el deber ha

de estar consignado en la ley, pero ello no significa que su fundamento de validez esté constituido por un acto del poder legislativo consistente en una ley en sentido formal, sino que el deber deriva en cuanto a su fundamento de validez, directa o indirectamente de una ley en sentido formal. Por ello, un reglamento puede constituir un deber que ha de ser cumplido. Lo que se pretende al señalar que el deber está consignado en la ley, es subrayar el aspecto jurídico-positivo del mismo, frente a otro orden de normas (morales o religiosas, p.e.) no integrantes de aquél. Importa distinguir los casos de cumplimiento de un deber con el de la llamada "obediencia debida" (a. 15, fr. VII del CP: "obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía"). Quien obra en cumplimiento de un deber nunca puede realizar un hecho ilícito si por tal se entiende que es condición de una sanción para el agente u otro individuo. En cambio, si es un ilícito realizar un acto bajo el supuesto de la fr. VII del a. 15 ya citado. Sólo que en tal supuesto, el que sea "autor", puesto que con este término se caracteriza al sujeto de la imputación penal, el cual puede coincidir o no con el agente. Igualmente, frente al acto ilícito que se obedece lícitamente cabe la legítima defensa del agredido, cosa que no ocurre cuando el ejecutor cumple con un deber impuesto en la ley. Lo que exponemos supone, lógicamente que en muchos casos en que se obedece una orden legítima, se cumple con un deber y tales casos deben justificarse por esta última razón antes que por la primera. Pero si éstos fueran todos los casos posibles, la fr. VII del a. 15 CP, sería redundante. No lo es precisamente porque tiene aplicación en aquellos casos en los cuales a la licitud de la obediencia se aña la ilicitud de la actividad que es contenido de la orden. Es evidente que en tal caso se plantea un conflicto político en el orden jurídico. Pero no un conflicto lógico, puesto que si obedeciendo la orden el ejecutor fuera sancionado y obedeciendo también, el "deber" de un juez sería sancionar al sujeto en todos los casos y ello, lógicamente, no es

posible. Pero es un conflicto político, puesto que desde el punto de vista del súbdito (en este caso el inferior jerárquicamente) habría una motivación de su conducta en sentido doble y contrario. El derecho soluciona tal conflicto, lo.) otorgando un poder de inspección mínimo respecto a la orden (su formalidad), y 2o.) cuando aún así subsiste el deber de obedecer, desplazando la imputación hacia el mandante, es decir, considerando a aquel autor y no a éste. Tal es la solución que Soler ha planteado correctamente, a nuestro juicio, para el derecho argentino y que consideramos válido en el Mexicano. El punto de vista de Soler ha sido cuestionado recientemente por Gramajo -- quien ve como correcta la solución de excluir la cuestión del ámbito de la culpabilidad y de la causa de justificación, pero disiente con aquél al afirmar que se trata de un caso de "imputabilidad" entendida en el sentido de que el ejecutor de la orden "carecía de capacidad para obrar culpablemente o para acceder a la culpa de quien impartía la orden ilegal". También opina en contra del punto de vista de Soler, Ricardo Núñez, -- quien afirma que aquél, "... desplaza la cuestión de la acción o autoría de su verdadero ámbito, que es el aspecto fáctico de la intervención material voluntaria del agente en la ejecución del delito... y la traspaasa al campo puramente jurídico de la irrefragabilidad de la orden de intervenir en esa ejecución, cuyo examen objetivo corresponde a la cuestión de la legitimidad de la orden, y subjetivamente, en lo que atañe a su destinatario, plantea una cuestión de culpabilidad. La irrefragabilidad de la orden, no excluye el hecho de que la conducta del subordinado sea la de un autor por su propio impulso voluntario libre de violencia física (coactus voluit). No se trata, por consiguiente, del traslado de la acción, sino del traslado de la responsabilidad al superior". Desde nuestro punto de vista, sin embargo, el problema de la autoría es un problema "puramente jurídico" que se sitúa, precisamente, en el plano de la responsabilidad. No negamos, por supuesto, que pueda existir excluyentes como el error o la coacción en relación a la ejecución de --

una orden ilícita, sino que pretendemos explicar aquellos casos en los que ni una ni otra se proceden y que sin embargo no habiendo una causa de justificación ni de inculpabilidad, hay un acto delictivo sin responsabilidad penal para su ejecutor. (96)

Esta justificación prevista en la fracción V del artículo 15, consiste en el actuar por obligación, ya sea que esta obligación provenga de la ley o que provenga de un superior jerárquico, tal sería el caso del agente de la policía judicial que en cumplimiento de una orden de aprehensión, detiene a una persona, en esta situación no comete delito por este hecho, toda vez que está cumpliendo con su deber. (97)

Toda conducta o hecho tipificados en la ley constituyen, de ordinario, situaciones prohibidas, por contener en ellas mandatos de no hacer (de abstención), más cuando se realizan en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho adquieren carácter de licitud, excluyendo la integración del delito y eliminando toda responsabilidad penal, según se ha venido reconociendo desde el Derecho romano hasta nuestros días. El artículo 15, fracción V, declara "circunstancias excluyentes de responsabilidad", el obrar en cumplimiento de un deber consignado en la ley. Lógico es considerar que en tales casos, quien cumple con la ley no ejecuta un delito por realizar la conducta o hecho típicos, acatando un mandato legal. El agente de la autoridad, al proceder a una detención cumplimentando la orden de aprehensión decretada por el Juez, no priva ilegalmente de su libertad al acusado; el actuario, al secuestrar la cosa cuyo aseguramiento ha sido decretado legalmente, para entregarla en depósito contra la voluntad del dueño, no realiza una conducta anti-jurídica; en ambos casos se trata de conductas lícitas, autorizadas legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber. En los ejemplos anteriores, la obligación del cumplimiento del deber no emana directamente de la ley, sino de una orden dictada por un funcionario superior a quien sí tiene la obligación de obedecer, por estar su mandamiento fundamentado en una norma de Derecho. Algunos Códigos, como el argentino

(artículo 34), se refieren al "cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de su derecho, autoridad o cargo", resultando -- útil el distinguir el deber genérico del cumplimiento del deber, de aquel otro consistente en el cumplimiento de un deber especial de obediencia. Dentro de la noción de "cumplimiento de un deber" se comprende, por ello, tanto la realización de una conducta ordenada, por expreso mandato de la ley, como la ejecución de conductas en ella autorizadas. No actúa antijurídicamente, expresa CARRANCA Y TRUJILLO, el que por razón de su situación oficial o de servicio está obligado o facultado para actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la licitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o la facultad ordenada o señalada por la ley. Lo expresado demuestra que los deberes, cuyo cumplimiento impide el nacimiento de la antijuridicidad, puede derivar: a) de una norma jurídica, pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber consignado en la ley, expresión del valor genérico indiscutible y la cual no se refiere exclusivamente a los mandatos legales cuya fuente de producción se identifica con el poder legislativo, pudiendo emanar de un reglamento y aún de una simple ordenanza. El empleo de la fuerza deriva directamente del deber impuesto por la ley a sus agentes "y si bien las reglamentaciones del uso de armas suelen condicionarlo a la exigencia de un peligro personal o a la extrema necesidad para el agente de rechazar una violencia o vencer una resistencia, la justificación del acto de éste, dado la situación que el reglamento establezca, no es legítima defensa, sino el cumplimiento del deber". Aunque los deberes de común, son impuestos por la ley a quienes ostentan un empleo, autoridad o cargo públicos, también excepcionalmente corresponde al particular su cumplimiento: el artículo 400-I crea un deber jurídico a todo aquel que no procure, por medios lícitos a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse, o se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio. b) De una orden de la autoridad, debiéndose entender por tal la ma

nifestación de voluntad del titular, de un Órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado, estableciéndose una vinculación entre ambos, originada en el orden, -- que debe ser formal y substancialmente legítima. La legalidad formal de la orden requiere, según ANTOLISEI: 1) Competencia -- del superior al dictarla; 2) Competencia del subordinado al -- cumplirla, y e) Ejecución de la misma en la forma prescrita por la ley. La legalidad substancial exige el concurso de los pre supuestos establecidos en la ley para dictarla. Soler aclara que "en los de obediencia, el poder de actuar no llega ordina riamente al funcionario directamente de la ley, sino por inter posición de una persona distinta que de la orden". (98).

En nuestro derecho es causa excluyente de la incriminación por la especie justificación obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, consignados en la ley (art. 15 fr.V c.p. y 15 fr. VI Proy. 1949). La excluyente comprende, como se advierte, dos distintas especies de justificación: 1, el deber consignado en la ley; y 2, el derecho consignado en la ley. La denominación "la ley" comprende, no sólo el ordenamiento ju rídico procedente del poder legislativo, conforme a sus facultades constitucionales, sino también todo acto del poder adminis trativo que tiene fuerza de obligar. Lo que atienda a la apli cación y ejecución de la ley así entendida, de toda ley, estará justificado; el sujeto que ordena su conducta en conformidad con la ley deriva de ésta directamente su justificación. Pue de ocurrir que entre la ley y la persona se interponga un supe rior jerárquico: entonces podrá entrar en aplicación otra ex cluyente distinta y no la que examinamos, que requiere la rela ción inmediata entre la ley y un sujeto que obre al amparo de ella. Es obvio que no puede constituir acción antijurídica -- aquella que se realiza en ejecución de la ley, por mandato ex preso de ella o simplemente porque ella la autoriza. Imaginar que una ley no deba ser ejecutada es tan absurdo como ver un de lito de ejecución en la ley (Garraud). Por ello no actúa anti

jurídicamente el que en virtud de una situación oficial o de -- servicio está obligado o tiene derecho a actuar en la forma en que lo hace; si bien el límite de la facultad oficial o pública constituye también el límite de la causa de exclusión de lo in_ justo, límite fijado objetivamente por las normas legales o, -- cuando éstas mismas lo reconocen, por el arbitrio del sujeto, -- adecuado a la naturaleza del deber de que se trata, esto es, -- subjetivamente (Mezger). Cuando se trata del cumplimiento de un deber legal, los tratadistas distinguen dos distintos casos, en orden a los sujetos: 1, los actos ejecutados en cumplimien_ to de un deber legal resultante del empleo, autoridad o cargo - público, que pesa sobre el sujeto, v.g. el agente policial que catea un domicilio obedeciendo la orden recibida; y 2, los eje_ cutados en cumplimiento de un deber legal que pesa sobre todos los individuos: v.g. la aprehensión de un delincuente in fra_ ganti. En uno y otro caso las acciones son lícitas, carecen -- en absoluto de antijuridicidad. Excusado parece agregar que, - puesto que el deber ha de ser legal, los deberes que no lo son, v.g. los deberes éticos, no cuentan. Pero por deber legal en_ tendemos que no sólo se comprende el impuesto taxativamente en la norma, sino también el derivado de la función misma impuesta por la norma, pues el que ha de cumplir el deber ha de contar - con los medios que su sano arbitrio le aconseje cuando la ley - no los fija ni los prohíbe. (99).

2.4.4 EJERCICIO DE UN DERECHO

En el derecho penal, causa excluyente de responsabilidad usual_ mente consignada de manera expresa y, genéricamente, formulada entre aquellas a las que la ley atribuye ese efecto, y conforme a la cual se halla penalmente justificada toda conducta permiti_ da, no ya en el derecho penal mismo, sino en el conjunto del or_ denamiento jurídico. Ejemplo, entre muchos, del ejercicio de un derecho es el del padre de corregir moderadamente a sus hi_ jos, causándoles daños físicos menores o privándolos transito_

riamente de su libertad ambulatoria. Algunos han creído reconocer, en ciertos casos de ejercicio de tales derechos, la ausencia de tipicidad y no una causa de justificación. También ha solido sostenerse la superfluidad de declarar en la ley penal, de manera expresa, la inexistencia de responsabilidad criminal de quien, al ejercer un derecho consagrado positivamente, no actúa contraviniéndola en manera alguna. Existe, sin embargo, un manifiesto interés ordenatorio en consignar expresamente esa exclusión de responsabilidad criminal, en cuanto importa la mantención de ciertos principios que sirven de manera efectiva a la función del juzgamiento. (100).

La persona que actúa conforme a un derecho, que la propia ley le confiere, se ampara en una causa de justificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 fracción V del Código Penal Distrital y Federal. Dentro de esta excluyente encontramos las lesiones y el homicidio cuasados en el ejercicio de los deportes, los originados como resultado del tratamiento médico quirúrgico y las lesiones producidas en el ejercicio del mal -- llamado derecho de corregir. Las lesiones u homicidios cometidos en la práctica de deportes las realizan quienes los practican en el ejercicio de un derecho concedido por el Estado para llevar a cabo tales actividades y, salvo situaciones de imprudencia o dolo (en todo caso sujetos a prueba), la conducta realizada no es antijurídica. Los tratamientos medicoquirúrgicos pueden provocar lesiones y aún homicidio los cuales se justifican por el reconocimiento que el Estado hace de las actividades médicas y por la preponderancia que el mismo Estado, a través de la ley, hace respecto de determinados bienes, es decir, se justifican tales alteraciones de la salud o privación de la vida por la licitud de los tratamientos realizados en ejercicio de una profesión autorizada y reconocida legalmente o por un estado de necesidad para evitar un mal mayor. En forma específica está previsto, en el Código Penal, el llamado derecho de corregir. Según el Código Civil corresponde a los padres educar a sus hijos y aquéllos están autorizados para castigar a éstos en forma mesurada. (101).

Los deportistas actúan en ejercicio de un derecho concedido por el Estado. Cuando se llevan a cabo eventos deportivos en los cuales se cobra a los espectadores, el Estado no solamente envía representantes y delegados suyos, sino percibe los impuestos correspondientes. En forma expresa o tácita el poder público otorga el permiso para la realización de los encuentros y, por lo mismo, la conducta (salvo casos de excepción claramente delictuosos) es jurídica, al menos formalmente. Lesiones consecutivas de tratamientos médico-quirúrgicos. La justificación formal deriva de la autorización oficial (expresa o tácita); la material o de fondo, de la preponderancia de interés; con esas intervenciones quirúrgicas se persigue un interés de mas valía que el tutelado por la tipicidad prohibitiva. (102).

La tipicidad del hecho no implica su antijuridicidad, la cual habrá de ser buscada, objetivamente, a través de un juicio de valoración entre el propio hecho y la norma, debiendo recordar que el Derecho Penal no crea ésta sino simplemente la garantiza. La ilicitud del hecho supone la inexistencia de una norma que "permite" tanto la conducta como el resultado a ella causalmente ligado, pues una realidad contraria no es jurídicamente posible. Lo que está jurídicamente permitido no está jurídicamente prohibido, esto es, lo jurídicamente prohibido no está jurídicamente permitido, de lo cual infiérese que una conducta no puede estar al mismo tiempo prohibida y permitida (principio ontológico formal de contradicción), de tal manera que dos normas contradictorias entre sí (una que permita y otra que prohíba) no pueden ambas ser válidas (principio lógico jurídico de contradicción). Ordinariamente en el precepto penal, dice Soler, sólo se contiene "elípticamente" una prohibición, pues todas las figuras delictivas suponen el carácter delictivo de su realización, pero éste no se lo otorga a la acción la ley penal, "sino el Derecho total y unitariamente entendido". Concretamente, el ejercicio de un derecho, como causa de justificación se origina: a) en el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado. Esta es la situación mas común y el problema fundamental consiste en determinar si el ejercicio del derecho debe siempre supeditarse a los proce

dimientos legales o si queda amparado en la causa de justificación el empleo de las vías de hecho. A pesar de las opiniones contradictorias sustentadas por los técnicos de la materia, unos en el sentido de aceptar las vías de hecho y otros negándoles su amparo en la excluyente, la opinión mayoritaria rechaza aquella posibilidad, pues aún descartada la violencia, como medio en el ejercicio del derecho, debe éste encauzarse por vías legales. Como principio general, expresa Soler, un derecho debe ser legítimamente ejercido, es decir, por la vía autorizada por la ley. Sólo el examen de los casos particulares nos dará las soluciones correctas, mas en principio negamos las vías de hecho como medio lícito, por no estar autorizadas en la ley para ejercitar el derecho que la misma reconoce y ampara. b) De una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. La autorización concedida legalmente excluye la antijuridicidad de la conducta o del hecho, pero la autorización extra o contra legem no tiene la virtud de hacer dicha conducta o hecho conformes con el Derecho. La facultad o autorización concedida requiere: 1° Que deribe de una autoridad; 2° Que ésta actúe dentro del marco de su competencia, y 3° Que la autorización reúna los requisitos legales. Con relación a los deportes se ha distinguido, según se aprecia de las varias clasificaciones hechas por los autores (MAJADA PLANELES, VALSECCHI, GARRAUD, etc.), entre los que se realizan sin violencia sobre las personas y por ello con remotísimas posibilidades de causación de daño (natación, golf, tenis, etc.) y los que implican violencia cierta o inmediata (boxeo, lucha) o puramente eventual (fútbol, basquetbol, etc.) tomándose como criterio de distinción la existencia o inexistencia de la violencia en la práctica del deporte u otras circunstancias diversas, como la lucha directa, objeto de la acción deportiva, etcétera. - "Los deportes cuya práctica suponen la ejecución de actos típicos del Derecho Penal -dice IGNACIO VILLALOBOS-, llevan en su permiso la exclusión de la antijuridicidad para esos actos (golpes en el pugilato y la lucha); las lesiones o la muerte resultantes serán equiparables al caso fortuito siempre que se obre conforme a las

exigencias y limitaciones reglamentarias, pero al obrar así el autor de los daños lo hizo en el ejercicio del derecho nacido de la autorización oficial. Cuando se haga fuera de los términos del permiso concedido, cae dentro de los supuestos ordinarios de la responsabilidad penal; y es claro que en cualquier caso y en cualquier deporte, los daños causados con dolo, aprovechando la ocasión, o con culpa que rebasa las naturales previsibilidades y acción entrañadas por la naturaleza del juego de que se trate, -- causan la responsabilidad correspondiente". Más difícil resulta encontrar la razón de la impunidad de las lesiones y el homicidio causados con motivo de intervenciones quirúrgicas y, en general, de actos constitutivos del ejercicio de una profesión u oficio. -- Invócase frecuentemente el consentimiento del interesado; el fin perseguido, esencialmente lícito y no otro que procurar la salud del enfermo, o bien el estado de necesidad. La anterior consideración lleva a Soler a estimar que, si bien el estado de necesidad podrá justificar las intervenciones en casos en los cuales no haya médico, cuando lo haya "sólo esta persona estará autorizada por el Derecho para afrontar el peligro y aún, en determinados casos, está obligado por la ley a afrontarlos, con exclusión de las demás personas no técnicas...". Lo anterior lleva a considerar operante, en tales hipótesis, el ejercicio de un derecho, sin que la expresión "consignada en la ley" (artículo 15, fracción V) deba interpretarse con exagerada rigidez, pues muchos derechos nacen y se ejercitan en razón de instituciones, cargos y profesiones que los hacen necesarios. El fundamento de la ilicitud de las lesiones y la muerte, originados en tratamientos médico quirúrgicos, opina ANTOLISEI, radica en el hecho de que tal actividad corresponde a un alto interés social, la cura del enfermo, el cual es reconocido por el Estado autorizando, disciplinando y favoreciendo la actividad médica". (103).

En cuanto a los derechos legales, surge el problema de sí, en su ejecución, puede justificarse las vías de hecho. A propósito, -- Prins distingue entre las vías de hecho personales y las reales, -- autorizando sólo aquellas que no traspasen la facultad de defender el derecho negado; un acreedor, queriendo obtener de su deudor la suma que le debe, le espera en un camino público y por ende

dio de la violencia le quita la suma debida; el acreedor es responsable en razón de la violencia ejecutada; pero no podrá condonarsele por robo con violencia en camino público; las vías de hecho reales han sido legítimas, las personales han excedido del derecho del acreedor. Cuestión principalísima es la de los derechos inherentes al ejercicio de una profesión. Al mismo tiempo que la Constitución consagra el derecho de toda persona a dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos, encargar a la ley determinada en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo. La Ley Reglamentaria de los artículos 4° y 5° constitucionales, relativos al ejercicio de las profesiones en el Distrito y Territorios Federales, de fecha dic. 30, 1944 (D.O. mayo 26, 1945) establece que "todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confien por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectiva" (art. 36) y dedica el Cap. VIII a los "Delitos e infracciones de los profesionistas" y a las "sanciones por incumplimiento de la ley" señalando como delitos atribuibles el carácter de profesionistas sin tener título legal o ejercer actos propios de la profesión (art. 62), ofrecer públicamente servicios como profesionista sin serlo (art. 63), exceptuándose de toda sanción a las personas que ejercen actividades profesionales sin el correspondiente título, siempre que hayan sido autorizadas para ello por la Dirección General de Profesiones en los casos previstos por la ley (art. 69), así como a los que ejercen en asuntos propios, a los que están en el caso previsto por el art. 20 Frac. IX Const., y a los dirigentes de sindicatos cuando ejercen de conformidad con la Ley Federal del Trabajo o gestionan de conformidad con el art. 26 de la misma ley, y a las demás personas exceptuadas del requisito de poseer título profesional conforme a la misma Ley Federal del Trabajo (art. 72). El reglamento de la Ley de Profesiones es de fecha sep. 27, 1945

(D.O. oct. 1, 1945). El ejercicio profesional da lugar también a excusas absolutorias. Por último con acierto anota González de la Vega que como los derechos individuales están condicionados por los de terceros, en la estimativa de la excluyente se hace necesaria al Juez la valoración jurídica de las acciones ejecutadas. En nuestro derecho no se halla previsto el exceso en la ejecución de la ley. Toca al juez apreciarlo, para estimar la temibilidad del delincuente y fijar la sanción adecuada, según el art. 52 c.-p. (104).

2.4.5 IMPEDIMIENTO LEGITIMO

La justificación por impedimento legítimo se encuentra en la fracción VIII del artículo 15. La conducta descrita en esta hipótesis normativa entraña siempre una conducta omisiva que atiende a un interés preponderante, superior, tal es el caso de la negativa a declarar por razones del secreto profesional. (105).

La fracción VIII del artículo 15 del Código Penal vigente establece como eximente: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando hacer lo que manda, por un impedimento legítimo." Opera cuando el sujeto, teniendo la obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose, en consecuencia, un tipo penal. Adviértase que el comportamiento es omisivo. Emerge, otra vez, el principio del interés preponderante: impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con lo que establece el deber de realizar la acción. Suele ejemplificarse con el caso del sujeto que se niega a declarar, por impedírselo la ley en virtud del secreto profesional (en realidad esta hipótesis cabe en la justificante por cumplimiento de un deber). La regulación en el Código del impedimento legítimo carece de razón, según el penalista Jiménez Huerta, por tener cabida en fórmula del estado de necesidad de la fracción IV del artículo 15. Para él, en la entraña de los conflictos de los deberes lato, palpita con vida propia un conflicto entre bienes jurídicos: "la simultaneidad de deberes que el sujeto debe cumplir, es sólo la causa normativa que engendra la colisión de los bienes jurídicos. Así, quien viola el de

ber de asistencia que debe prestar a una persona herida, por estar auxiliando a otra mas gravemente lesionada, sacrifica el bien jurídico de aquella en aras del que a ésta pertenece. (106).

La conducta enjuiciada será siempre omisiva, pues sólo las normas perceptivas, cuya violación se origina en una omisión, impone un deber jurídico de obrar. El impedimento, cuando deriva de la propia ley, está legitimado y por esa razón la omisión típica no es antijurídica. (107).

También es causa que excluye la incriminación por justificación o ausencia de antijuridicidad, en nuestro derecho, contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo. Esta excluyente es de tradición legislativa netamente española. Como se advierte desde luego la causa de justificación se refiere sólo a omisiones, nunca a actos. Tales omisiones han de reconocer una causa legítima. Suficiente nos parece al respecto el siguiente comentario de Silveira con motivo de igual causa de exclusión en el c.p. español 1870: El que no ejecute aquello que la ley ordena, porque lo impide otra disposición superior y más apremiante que la misma ley, no comete delito; la exime a no dudarle de responsabilidad la legitimidad misma que motiva su inacción. El que no practica el hecho que debiera haber ejecutado, por un obstáculo que no estaba en su mano el vencer, tampoco delinque, pues le exime de responsabilidad la imposibilidad de vencer el obstáculo que le impide obrar. Las únicas dificultades que en la práctica de esta disposición legal podrán presentarse consistirán en determinar, en cada caso, cuando la causa que motiva la inacción es legítima o justa, cuando es insuperable o incapaz de ser vencida por el esfuerzo del que incurre en omisiones. Ni qué decir tiene que en la excluyente se comprenden como impedimentos legítimos aquellos que específicamente podrían ser considerados como insuperables en la anterior redacción. Por último, sólo queremos agregar que en nuestra jurisprudencia no han sido resueltos suficientes casos de aplicación de esta excluyente para poder precisar el alcance que le asigna la autoridad jurisdiccional. (108).

El cumplimiento de una orden emanada de un superior jerárquico, - dictada conforme a derecho, origina a favor del subordinado la -- causa de justificación prevista en la fracción V del a. 15 del c. p., que excluye la responsabilidad de quien obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley. Por el contrario si la orden es contraria a derecho, su cumpli_ - miento por parte del inferior jerárquico en ningún caso puede re_ - cibir la misma solución, aún cuando se trate de un mandato "vincu_ - latorio" para el subordinado, quien al obedecer actúa tan antiju_ - rídicamente como el superior que la dictó. Consiguientemente, - la situación prevista en la fracción VII del mismo a. 15. que ex_ - cluye la responsabilidad de quien obedece a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un deli_ - to, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusa_ - do la conocía, no puede ser entendida como causa de justificación, como es sostenido por un sector de la doctrina. La orden ilegal no deja de serlo porque se encargue su ejecución aún subordinado que la cumple en virtud de un error, pues la juricidad del hecho no depende del conocimiento de quien actúa, sino de su adecuación al orden jurídico. La norma del a. 15 fracción VII del C.P. es una de las reglas del error de prohibición, en cuya virtud resul_ - ta inculpable quien actúa precisamente por que cree equivocadamen_ - te que lo ordenado era legítimamente. El deber de obediencia no se deriva de la existencia de un mandato vinculante, puesto que - el inferior aún en ese caso no debe cumplirlo si la ilegalidad es notoria o está en conocimiento de tal circunstancia. La exclu_ - sión de responsabilidad del subordinado es consecuencia de una ig_ - norancia de la antijuricidad de su comportamiento, error que un mandato vinculatorio torna insuperable al impedirle inspeccionar la validez de la orden. La inculpabilidad del inferior está con_ - dicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Exis_ - tencia de una relación de dependencia jerárquica entre el superior que dictó la orden ilegal y el inferior que la ejecutó. 2) El ac_ - to ordenado debe corresponder a los respectivos ámbitos de compe_ - tencia de superior a inferior, pues de lo contrario sería notoria

mente ilegal, y el subordinado no podría ampararse en error. 3) La orden debe estar revestida de todos los recaudados formales - previstos en la ley. 4) El cumplimiento del mandato debe ser consecuencia de un error del inferior que dadas las circunstancias resulte insuperable. Los efectos que produce la obediencia jerárquica son los siguientes: 1) el superior es autor mediato pues ha realizado el acto antijurídico valiéndose de un instrumento. Su dominio del hecho se apoya en el error del subordinado. 2) en relación a la tentativa, debe entenderse que existe comienzo de ejecución desde que el superior transmite la orden al subordinado pues desde ese momento desprende de su mano el hecho; 3) el inferior no resulta culpable ya que cumplidos los requisitos de la obediencia jerárquica, padece un error de prohibición insuperable; 4) si el error hubiere sido vencible, como en el caso de no utilización de un poder de inspección a disposición del subordinado, tal circunstancia debe ser considerada por el juez para atenuar la pena que corresponde al inferior dentro de la escala prevista al artículo cometido, por concurrir una circunstancia que disminuye su culpabilidad; 5) dado que el hecho cometido es antijurídico, la eximente no beneficia necesariamente a eventuales partícipes, cuya culpabilidad deberá ser analizada en forma independiente y personal, en función del reproche que a cada uno de ellos pueda formularse y 6) por la misma razón, la orden obedecida no genera deber de tolerancia hacia terceros quienes en principio pueden oponer legítima defensa frente al acto del autor subordinado. (109).

2.4.6 OBEDIENCIA JERARQUICA

La obediencia jerárquica es el cumplimiento que un subordinado - debe hacer de una orden proveniente de una persona que tiene mando sobre él. Este caso se presenta cuando un subordinado carece de facultades para examinar la orden y tiene el deber de obedecer, o sea, la orden es incuestionable en cuanto a su contenido e imposterable respecto de su cumplimiento. Se da la exi__

mente porque la verificación de la conducta se hace en función de la orden recibida, no en razón de la voluntad del sujeto que actúa. (110).

Aún sigue discutiéndose la verdadera naturaleza jurídica de la -- exigente por obediencia jerárquica. En verdad en ella hay que -- distinguir diversas situaciones: 1° Si el subordinado tiene po__ der de inspección sobre la orden superior y conoce la ilicitud de ésta, su actuación es delictuosa, por ser el inferior, al igual -- que el superior, súbdito del orden jurídico, y si conoce la ileg_ timidad debe abstenerse de cumplir el mandato en acatamiento de -- la ley, norma de mayor categoría que el acto de voluntad de quien manda. 2° Si el inferior posee el poder de inspección, pero des_ conoce la ilicitud del mandato y ese desconocimiento es esencial e insuperable, invencible, se configura una inculpabilidad a vir_ tud de un error esencial de hecho. 3° El inferior, conociendo -- la ilicitud del mandato y pudiendo rehusarse a obedecerlo, no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias; se integra una inculpabilidad en vista de la coacción sobre el elemento voli_ tivo o emocional (según algunos), o una no exigibilidad de otra -- conducta (para otros). 4° Cuando el subordinado carece del poder -- de inspección y legalmente tiene el deber de obedecer, surge la -- única hipótesis de la obediencia jerárquica constitutiva de una -- verdadera causa de justificación y no de una no exigibilidad de -- otra conducta, como algunos incorrectamente suponen: el Derecho (en esas condiciones) está más interesado en la ciega obediencia del inferior, que en la excepcional posibilidad de que el supe__ rior ordene algo delictuoso. Esto sucede lo mismo si el subord_ nado conoce o desconoce la ilicitud, pues el Estado impone al in_ ferior como un deber de cumplir las órdenes superiores, sin ser re_ levante su criterio personal sobre la licitud o ilicitud de la -- conducta ordenada. Tal acaece con los miembros del Ejército, en donde importa más la disciplina, con independencia de los deli_ tos que eventualmente resulten. En el Instituto Armado, el Esta_ do, la propia sociedad, esperan incondicional obediencia jerárqui_ ca de los miembros del mismo. Si en estos casos el inferior ac_

tía cumpliendo una obligación legal, se integra una causa de justificación y no hay delito por estar ausente la antijuridicidad. (La justificación por obediencia jerárquica se equipara a la de cumplimiento de un deber). En contra se dice que la antijuridicidad valora la conducta en su aspecto puramente externo, objetivo, y el mismo acto no puede ser jurídico para quien obedece y antijurídico para el que manda. Lo objetivo debe apreciarse en el hecho, comprensivo de la conducta y también del resultado. (111).

Es causa que excluye la responsabilidad penal a título de justificación, obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía. Los tratadistas distinguen entre la obediencia que causa subordinación espiritual, o política, o doméstica, o jerárquica. Sólo la última puede dar lugar a la excluyente, cuando además la jerarquía es legítima. Mientras hay unanimidad en los tratadistas sobre la inexcusable responsabilidad del superior que ordena a su subalterno la acción delictuosa, los problemas se presentan tratándose de precisar la responsabilidad co-respectiva del subalterno. Como regla general priva la que sagazmente expresa que en materia de hechos criminosos cometidos a virtud de orden ajena, la responsabilidad del que manda está en razón directa de sus facultades de mandar y la responsabilidad del que obedece en razón inversa de su dependencia del superior (Rossi). Pero se exige más: que el subordinado tenga razón para suponer que el hecho ordenado no constituya delito, bien entendido que hay hechos evidentemente ilegales y otros sólo dudosamente (Alimena); a lo que se objeta que la estimación de los hechos es variable según el sujeto (Mazzini), objeción que no es de fondo, pues se salva con la individualización judicial. Con Alimena se acepta en el Jerecho administrativo, por lo general, que el subalterno no debe obedecer la orden superior cuando es ilegal, pues su primer deber es ajustarse a la ley: sub lege rex (Orlando); el funcionario no es un autómatas sino un ser racional que sabe lo que hace y conoce el alcance de sus actos y omisiones (Royo Villanova). Si estas situ

ciones subjetivas complican la interpretación de la excluyente, las objetivas las resuelven fácilmente. En efecto, Alimena desarrolla la técnica de la excluyente en la forma que sigue: se requiere dependencia jerárquica entre el que manda y el que ejecuta la orden; además, que el mandato se refiera a las relaciones habituales existentes entre el que manda y el que obedece y a su respectiva competencia; por último, que la orden se halle revertida de las formas exigidas por la ley. Excepcionalmente, o sea en el orden militar, procede mayor benignidad para el subalterno, por razón de la más rigurosa exigencia disciplinaria; en teoría no puede dudarse del derecho y del deber del soldado a desobedecer cuando lo que se le ordene sea un verdadero delito; pero en la práctica no se sabría negar la justificación a un soldado que, no estando seguro de la legitimidad de la orden, la ejecuta por miedo a las consecuencias, aún dudosas, del propio acto. Tal es la opinión más generalizada. Según los términos en que está redactada la causa de justificación en nuestro derecho, podemos descomponerla independizando los siguientes requisitos: a).- Existencia de una relación jerárquico-legítima. Esta relación no hace necesario que el mandato gire dentro de la órbita de las relaciones habituales entre el que manda y el que obedece; puede rebasarla, pues la relación jerárquica se refiere a los sujetos, no al mandato. Es, tan sólo, un elemento objetivo. b).- Que el mandato ofrezca a lo menos apariencia de licitud, aunque en sí sea ilícito. La naturaleza del mandato no está limitada estrictamente por la ley; puede ser hasta delictuosa; sólo importa su apariencia. Se trata de un elemento normativo. Y c).- Que subsidiariamente la prueba no acredite que el sujeto conocía que el mandato era delictuoso. Por tanto, dados los términos de la ley, que contienen una fórmula negativa, al proceder el análisis de esta tercera condición, pesará sobre el Ministerio Público la carga de la prueba de que el sujeto conocía la naturaleza delictuosa del acto que le fue mandado y ejecutó; no existiendo prueba suficiente entre las que acepta nuestro Derecho Procesal, deberá declararse no probado el conocimiento por parte del sujeto y, en --

consecuencia, su inculpabilidad. Los anteriores requisitos no significan la justificación de la ignorancia de la ley, la que a nadie aprovecha, según antes se ha dicho; sino la justificación de la ignorancia de que el hecho viola la ley, del alcance y significación anti-jurídicos del hecho que realizó, por mandato del superior jerárquico legítimo. Encontramos que un designio genérico presidió la formulación de esta excluyente en nuestro derecho, por virtud de la cual el subalterno quede relevado de responsabilidad en numerosos casos que otras legislaciones no admiten. Es seguro que nuestro legislador tuvo para ello en cuenta las grandes diferencias de cultura que suelen existir entre los que mandan y los que obedecen, en México. Así es como pudo comentar Martínez de Castro la excluyente diciendo: La comisión, adoptando en este punto las doctrinas del célebre Ortolan, ha puesto como un principio que la obediencia pasiva a un superior legítimo en el orden jerárquico no es punible aunque el mandato constituya un delito, sino cuando esta circunstancia sea notoria o se prueba que el acusado la conocía; porque la prescripción está siempre a favor del que obedece las órdenes de su legítimo superior. (112).

La obediencia jerárquica ordinariamente constituye una causa de inculpabilidad y en ese lugar se le estudia aplicando un correcto criterio sistemático. Algunos autores colocan, como causa de justificación, a la obediencia debida cuando la obligación del acatamiento del mandato, con independencia del conocimiento de su ilicitud, deriva de la propia ley, PORTE PETIT señala, en general y como hipótesis de obediencia debida, las siguientes: "a) La orden es lícita. En esta hipótesis o sea obedecer a un superior con relación a un mandato legítimo, no existe ningún aspecto negativo del delito por ser la orden lícita. b) La orden es ilícita, conociéndola el inferior y sin obligación de acatarla, es decir, teniendo poder de inspección. Cuando se cumple tal orden el sujeto es responsable. c) La orden es ilícita, conociendo o no su ilicitud el inferior y con obligación de cumplirla, es decir, sin tener poder de inspección. En este caso se trata de una causa de justificación. d) La orden es ilícita, creyéndola lícita el

inferior por error invencible. Estamos frente a una causa de inculpabilidad. e) La orden es ilícita pero no se puede exigir al sujeto una conducta distinta de la que realizó. Existe una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta". El Derecho positivo recoge, de tales hipótesis, un caso de obediencia por error, integrante de una causa de inculpabilidad. El artículo 15, fracción VII, cuyo texto ha sido aceptado por la mayoría, - sino por todas las legislaciones penales de los Estados, declara circunstancia excluyente de responsabilidad: "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía". Con toda evidencia la excluyente refiere, solamente, a las órdenes ilícitas, dado que las conforme a derecho no necesitan ampararse en la eximente. La ley exige, como requisito para conformarla: a) Que la orden no sea notoriamente delictuosa, y b) Que no se pruebe que el acusado conocía su ilicitud. La relación de jerarquía legítima; la falta de notoriedad del carácter ilícito de la orden y la ignorancia del sujeto que la cumplimenta son los ingredientes que configuran el error invencible, recogiendo la citada infracción una causa de inculpabilidad. CARRANCA Y TRUJILLO, al independizar los requisitos de la eximente, ve en la relación jerárquica un elemento objetivo otorgando naturaleza objetiva a la apariencia de licitud de la orden. (113).

2.7.7 CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO

Al decir de Gustavo LABATUT, la operancia del consentimiento del interesado está íntimamente relacionada con los motivos de la ley penal para tutelar un interés jurídico determinado. Mezger se ha encargado de poner en claro que si la lesión de intereses representa el contenido de toda conducta antijurídica, dos son las causas determinantes para la admisión de toda justificante: la ausencia de interés y el interés preponderante. La primera surge "cuando la voluntad, que normalmente se entiende lesionada por la realización típica, no existe en el caso concreto". Tomando en consideración la forma consiente de la producción de esa volun

tad, o su inferencia de la "especial situación de hecho", para el autor alemán son dos las causas de justificación apoyadas en el principio de la ausencia del interés: el consentimiento del ofendido y el llamado consentimiento presunto, terminología incorrecta e inaceptable, pues la inexistencia del delito hace impropio el término "ofendido", el cual ha sido substituído por el más adecuado de "interesado". Soler, al ocuparse de los fundamentos del consentimiento, señala como razón de su eficiencia "que los bienes jurídicos a los cuales la tutela se refiere son bienes jurídicos (objeto de tutela) en cuanto el privado los considera y trata como valiosos, de modo que al otorgar 'permiso' para su destrucción, ellos se tornan 'inidóneos como objeto de una valoración jurídica', ya que no son protegidos en su materialidad por el derecho, sino en cuanto son objeto de interés por parte del privado". La ausencia de interés del titular hace permitida la conducta, por permanecer en el ámbito de lo no prohibido, constituyendo en esa virtud una causa de justificación, aspecto negativo de la antijuridicidad. En la actualidad se acepta ya, por muchos, la doble función del consentimiento, que puede originar una causa de atipicidad de la conducta o una causa de justificación. Llegar al conocimiento de cuando se está en una u otra hipótesis, escribe PORTE PETIT, hace necesario indagar si el tipo exige una conducta contra la voluntad del sujeto pasivo, ya que en tal situación el efecto del consentimiento "es el de impedir la adecuación al tipo". JIMENEZ DE ASUA reconoce, en tal caso, que el consentimiento constituye un obstáculo para realizar los elementos de la figura delictiva: "la afirmación de que el consentimiento tiene nulo valor justificante, no se desplaza por el reconocimiento de que exigen ciertos delitos que llevan, como elemento esencial, el supuesto de que acontece contra la voluntad del sujeto pasivo. No habrá, en efecto, robo, violación, rapto de fuerza, detención ilegal, etc., si la persona robada, violada, raptada o secuestrada ha consentido. Lo que acontece realmente es que se impide que el delito nazca por falta de uno de los elementos característicos de la especial figura delictiva de que se

trata.". HANS WELZEL comparte el criterio de esa doble función al considerar que puede el consentimiento tener, en Derecho Penal, distinta significación: Puede excluir el tipo, lo cual ocurre -- cuando la norma penal se construye tomando en cuenta un actuar -- contra la voluntad del afectado, impidiendo en tales casos el consentimiento la integración de ese elemento del tipo: no hay falsificación de documento si el interesado hace poner su nombre en el mismo por conducto de un tercero; Puede excluir la antijuridicidad, lo cual supone la adecuación de la conducta o del hecho a la norma pero no su ilicitud. MAGGIORE, al hacer el análisis -- del artículo 50 del Código Penal Italiano, señala como requisitos del consentimiento los siguientes: a) Un sujeto que conciente, o sea el titular del derecho violado o puesto en peligro, lo que presupone tanto la existencia del derecho como del poder de disposición mediante el reconocimiento, a tal efecto, del ordenamiento jurídico, además de la capacidad de hacer valer su consentimiento. La representación excluye el consentimiento por ser "inconciliable con el carácter personal del interés protegido penalmente". - b) Un acto de consentimiento. Siendo éste una manifestación de la voluntad del titular del derecho, no precisa acuerdo, resultando eficaz aún cuando lo ignore el autor del hecho típico. Son válidas, por tanto, todas las formas para expresarlo, ya sean reconocidas por la ley o por la costumbre, bastando en ocasiones el simple silencio cuando, en la situación concreta, impondríase el deber de hablar. Por ello dicese que el consentimiento puede -- ser expreso o tácito. La ratificación, precisa Maggiore, no es consentimiento lo cual equivale a negar su operancia post factum. c) Un derecho violado o puesto en peligro, como objeto del consentimiento. La determinación del derecho disponible traspasa las fronteras de la disciplina punitiva y el criterio orientador debe buscarse en el total ordenamiento jurídico. MANZINI opina, con referencia a los intereses privados, que los derechos patrimoniales, cuya renuncia o transferencia son permitidas, constituyen -- normalmente bienes disponibles. "Los límites señalados por la ley penal a la potestad de disponer de derechos o intereses privados están determinados por la conveniencia (interés público) de -

impedir que el poder de la voluntad privada llegue hasta invadir funciones reservadas a la potestad pública; o bien de la oportunidad de prohibir penalmente ciertos negocios privados o ciertos hechos dañosos al interés general o en oposición con disciplinas impuestas por el bien común". MAGGIORE considera, como bienes disponibles, tanto los derechos reales (salvo cuando se limite su disponibilidad por razones de carácter público) como los derechos de obligación (a menos que la ley los estime ilícitos, como en el contrato usuario); en cambio, estima bienes indisponibles, los derechos no patrimoniales, típica o medianamente públicos, como los pertenecientes al Estado o a entidades públicas, o los referidos a intereses de naturaleza colectiva o social (derechos de familia, integridad y salud de la estirpe, fe pública, etc.), así como los derechos personalísimos o derechos sobre la propia persona. "Puede hablarse de un derecho a la vida, a la integridad personal, al honor, al nombre, a la imagen, pero no un derecho sobre la vida, sobre la integridad, sobre el honor, sobre el nombre, sobre la imagen, etc. y la expresión no puede tener otro sentido que el derecho a la tutela del Estado contra las acciones ofensivas de esos bienes...". d) Un efecto del consentimiento, el cual no es otro que el de imposibilitar la integración del delito, al no originarse la ilicitud o la tipicidad de la conducta o hecho, por ausencia, en la última hipótesis, de la falta de consentimiento expresamente requerido como un elemento específico de la figura legal. Siendo casi unánime el criterio de que el consentimiento post factum no origina la inexistencia del delito, pues en todo caso equivaldría a la denuncia del derecho de querrela, en los excepcionales casos en que ésta es necesaria para el ejercicio de la acción penal, el consentimiento debe otorgarse antes de ejecutarse la conducta o bien simultáneamente a ella. En cambio, la renovación, del consentimiento, sólo puede operar antes de la actividad o inactividad corporal (conducta), dado que la "ratificación posterior" o consentimiento post factum no produce efectos jurídicos de ninguna especie. (114).

El aspecto negativo de la antijuridicidad, lo constituyen las causas de licitud o como otros lo denominan causas de justificación o contranormas. Respecto a la procedencia de este aspecto negativo en el delito en estudio, contamos con el parecer de Núñez, - en el sentido de que "respecto del hurto, algunas de ellas (se refiere a las causas de justificación) resultan incompatibles con el dolo específico del delito y producen el efecto de eliminarlo, excluyendo así la figura del hurto en su aspecto subjetivo". - - Agrega que "ya hemos visto que quien se apodera de lo ajeno por su estado de necesidad, puede incurrir en hurto justificado o puede no incurrir en este delito. Otras causas de justificación, como el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, autoridad o cargo y la obediencia debida a una orden legítima, suponen en el agente una finalidad muy distinta a la de desapoderar al dueño de su cosa y a la de apoderarse de ésta. No se puede decir en efecto, que actúan movidos por esos propósitos: ni el curador del insano que, cumpliendo su deber, le quita a éste un instrumento peligroso; ni el padre que, en ejercicio de su derecho de patria potestad, le quita al hijo un libro peligroso para su salud moral; ni el director de escuela que, en ejercicio de su autoridad, hace lo mismo con un alumno; ni el policía que, en ejercicio de su cargo o cumpliendo una orden legítima, despoja al detenido de las armas que porta o de los otros objetos que pueden servirle para atentar contra su vida. Ninguno de los nombrados se apodera furtivamente del objeto quitado; ellos cumplen un acto de otro carácter, que, aunque materialmente coincide con la figura del hurto, ideológicamente se diferencia de manera notable. - En todos esos casos, lo que se legitima no es un hurto, sino un acto de secuestro o de privación de la cosa, que no sería legítimo en otras circunstancias. Lo mismo sucede cuando el autor toma la cosa en virtud de saber que el dueño consiente, o en razón de creer que este consentimiento ha sido dado. El ánimo del agente no es el de desapoderar al dueño, sino el de proceder conforme a ese consentimiento real o presumido por él. Sin embargo, la justificación por el consentimiento del ofendido, no requiere,

como las otras causas antes enunciadas, que el autor obre conociéndolo y, por lo tanto, el consentimiento puede actuar sólo objetivamente, legitimando una acción verdaderamente furtiva por haber sido realizada con dolo de hurto". González de la Vega presenta la hipótesis del ejercicio de un derecho en el robo, "en el apoderamiento de cosas ajenas sin consentimiento del perjudicado, pero con derecho, por ejemplo, en virtud de un secuestro legal". Manzini es de parecer, que la "ilegitimidad objetiva del hecho puede estar excluida por efecto de la voluntad de quien tiene derecho o derecho de disponer de la cosa, o por el efecto del ejercicio de su derecho o de otra facultad jurídicamente reconocida o por el cumplimiento de un deber por parte del agente". El ánimo de la causa de justificación legítima defensa no se adecúa al elemento subjetivo del injusto en el robo: uno es ánimo de defensa; el otro, es ánimo de dominio o de lucro. Así Maggiore, sostiene, que no constituye hurto "el que le quita un revolver al enemigo que va a dispararle". Existiendo el estado de necesidad como "excluyente de responsabilidad" en el artículo 15 del Código Penal, era conveniente la supresión de los artículos 334 y 379 del mismo ordenamiento que son casos indiscutibles de estado de necesidad, bastando la fórmula legal incluida como excluyente de responsabilidad.- Existiendo la fracción IV del artículo 15 y el artículo 379 del Código Penal y refiriéndose ambas hipótesis al estado de necesidad, nos encontramos ante el caso de normas incompatibles entre sí; general una: fracción IV del artículo 15, y especial, la otra: 379, aplicándose esta última, de acuerdo con el principio de especialidad. Es evidente, que el robo "necesario" constituye una causa de licitud, a virtud de que estamos frente al principio del interés preponderante, ya que se encuentran en colisión dos bienes de desigual valor: por una parte, la vida o la salud personal y por otra, el patrimonio debiendo sacrificarse este último por ser el de menor valor. La Suprema Corte de Justicia de la Nación estima que el robo "necesario" es una causa de inimputabilidad, lo que es inaceptable. La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad: o sea "incapacidad de culpabilidad". Y como es de suma claridad en el robo "necesario" no falta la capacidad, sino como hemos dicho, se trata de un conflicto de bienes de desigual valor, triunfando el más valioso y constituyéndose

yendo el aspecto negativo de la antijuridicidad. Carrancá y Trujillo expone que "a su juicio, lo que contiene el artículo 379 -- del Código Penal es una causa de impunidad fundada en la utilidad social que se revela en presencia de un estado de necesidad específico, y de aquí que vemos en el artículo 379 del Código Penal -- una real excusa absolutoria, de círculo por tanto mas restringido que el amplísimo de los estados necesarios previstos por el artículo 15 fracción IV del Código Penal". Al considerarse como excusa absolutoria, el robo "necesario", tiene que aceptarse que la conducta realizada es antijurídica, lo que no puede sostenerse -- por tratarse de una causa de licitud. (115).

Si la persona que toma una cosa, lo hace ejercitando un derecho y sin violar los de terceros, no realiza ninguna conducta típica, -- ya que este elemento integra la descripción del robo; "sin derecho", se alude en la definición del robo, por lo que, a contrario sensu, en el ejercicio del mismo, se apodera de la cosa, no se comete ningún delito. El propietario poseedor o sus dependientes que desapoderan de la cosa robada al ladrón, no cometen ningún delito, salvo que para lograrlo cometen otros hechos delictuosos, -- por los que responderán, pero no por robo. El consentimiento, -- como lo sostuvimos en el estudio que publicamos sobre lesiones, -- página 101, si es elemento normativo del tipo y si la conducta se ejecuta previo dicho consentimiento, siempre y cuando se trate de intereses jurídicamente disponibles, la convierte en lícito, por ausencia de tipicidad. En la definición del robo que acoge nuestro código, según vimos, se menciona como elemento del tipo, el consentimiento, que fue objeto de nuestro comentario en el capítulo III, pero su ubicación, debemos precisarla, ya que, en lo general, esta circunstancia se considera como causa de justificación. Será en cambio, causa de justificación, en relación a la fracción I del artículo 368 del Código Penal, en virtud de que en la definición del tipo previsto en esta fracción, no se hace referencia alguna al consentimiento del ofendido. Son aplicables al robo -- únicamente el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y la obediencia jerárquica, con los peculiares enfoques que la natu

raleza del robo presenta. La legítima defensa, no pienso que se pueda alegar para justificar un robo, pues como afirma con toda razón Sergio Vela, la declaración de que la conducta típica es -- conforme a derecho, no puede tener fundamento en causas que son -- inaplicables al tipo. Quien desarma a quien se le agrede, no comete robo, no porque actúa en defensa legítima, sino porque, se gún vimos, no se apodera del arma. Jiménez de Asúa, sostiene -- "que el robo o el hurto cometido por el hambriento para no morir de inanición, presenta las características de un estado de necesidad, puesto que salva el bien superior la vida, atacando un interés jurídico de menos categoría: la propiedad de lo robado o hurtado". Discute si el estado de necesidad debe considerarse como causa justificante o de inculpabilidad, pero el maestro es firme en su reiterado criterio, sostenido en la Ley y el Delito, en conferencias, en su tratado, en El Criminalista, etc., que el estado de necesidad es causa de justificación, basado en el principio de salvaguardar el bien de valor mayor, el interés preponderante, -- por lo cual el robo famélico, de indigente, necesario, etc., se ampara en el estado de necesidad, como causa de antijuridicidad, -- pero frente a intereses desiguales, los clásicos distinguirán la necesidad grave, que es la que contempla el artículo 379, que se limita y atempera y la extrema, que se abandona a la fracción IV del artículo 15, pues ante el derecho de conservar la vida, todos caen, especialmente los necesitados. Si pues, el artículo 379, -- sólo contempla las necesidades graves, como dijera los clásicos, las extremas encajan en la fracción IV del artículo 15, bien como justificantes o como causas de exculpación, según se trate de bienes iguales o inferiores.⁽¹¹⁶⁾

La existencia de un elemento normativo (sin derecho) convierte el acto legítimo de apoderamiento (cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho) en una causa de atipicidad. El consentimiento del interesado de ordinario causa de justificación cuyo fundamento encuéntrase en la ausencia de interés, origina una causa de atipicidad a virtud de la peculiar estructura típica del delito de robo. De las causas de justificación señaladas por la doctrina, pueden presentarse, en el delito de robo, el estado de necesidad

dad. Esta causa encuentra reglamentación en el artículo 379 del Código. A esta hipótesis se le ha denominado doctrinalmente de diversas maneras: robo de indigente; robo de famélico o bien, - robo necesario. La justificación del robo de indigente se encuentra en la esencia del estado de necesidad: en aquella situación de peligro que lleva al sujeto a sacrificar un bien jurídico ajeno para salvaguardar el propio de mayor entidad igualmente tutelado. Ante una situación en que colisionan el bien patrimonial y el de la vida, el derecho, que no es sino la expresión cultural en un momento determinado, excluye la antijuridicidad de la conducta, es decir, la declara lícita, conforme a la ley, desde su nacimiento mismo. En el robo de indigente efectivamente hay una lesión a los derechos reales de propiedad, posesión o uso, pero la conducta del agente es lícita por encontrarse justificada en la ley, siendo esta la que da el carácter jurídico o antijurídico a un proceder humano. (117).

Contempla el Código en un precepto especial una de las situaciones más concretas y definidas que presenta el estado de necesidad. Esta reglamentación específica del robo en el estado de necesidad desgajada del tronco común de la fracción IV del artículo 15, es restrictiva, en el ámbito individual y familiar, de la amplia fórmula establecida en dicho genérico precepto, e implica uno de los errores técnicos de más grueso volumen del Código. La situación que describe el artículo 379 es una de las más clásicas que el estado de necesidad puede presentar. No hay, por tanto, razón alguna técnica para reglamentar específicamente una situación que enraza en la fracción IV del artículo 15. Ni la hay tampoco para que la ley, con prejuicios y desconfianza que denuncia la escasa fe que tiene en sus propios preceptos, limite en el ámbito individual y familiar con requisitos que la desvirtúan, la plenitud angustiosa que forja la necesidad. En otras palabras: si la situación de necesidad individual o familiar es real y auténtica, no hay por que exigir que el apoderamiento se realice "sin emplear engaño ni medios violentos..., una sola vez", pues la licitud de dicha conducta emerge de la cristalina fontana donde se -

gesta el derecho, aún cuando el apoderamiento se hiciera por la fuerza o por engaño, cuantas veces existiere una auténtica necesidad que obligare a salvar un interés preponderante. De ahí las censuras que merecen las limitaciones impuestas en el artículo 379 a una situación que tiene sus raíces en la fracción IV del artículo 15 del Código, máxime cuando, por razones de especialidad, se hace imposible aplicar este último precepto a cualquiera otra hipótesis de robo necesario para salvaguardar un interés individual o familiar. El apoderamiento sólo es legítimo si recae sobre cosas de tenue valor, pues aunque el artículo 379 no hace directa mención del monto, indirecta, pero claramente, así lo evidencia cuando limita el alcance de la justificante al apoderamiento "de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento". Es, por tanto, el juzgador, quien, en cada caso que enjuicia deberá establecer la pertinente y racional ecuación entre los objetos de que se apropió el sujeto activo y sus necesidades personales o familiares en el preciso instante en que efectuó el apoderamiento. Dichos objetos han de ser aptos para satisfacer la concreta necesidad en que se halla inmerso el agente, y no obsta para su idoneidad la circunstancia de que no pueden de una manera directa usarse o consumirse, pues basta con que de una manera indirecta, esto es, previa su inmediata conversión en dinero, puedan aplicarse a satisfacer las necesidades urgentes. El escaso valor de la cosa es, por otra parte, dato trascendente para revelar que la voluntad del sujeto activo no fue la de efectuar un apoderamiento con fines de apropiación sino para como exige el elemento típico subjetivo que reza la excluyente, "satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento". Necesidades personales o familiares urgentes son aquellas que, de no satisfacerse, afectan a la vida o la salud de la persona que realiza el apoderamiento o a las de sus familiares. Tales son las que engendran el hambre, la sed, el frío, la miseria y la enfermedad. (118).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto en diversas ejecutorias ha expresado: El artículo 379 del Código Penal del -

Distrito Federal, establece que no se castigará al que sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales y familiares del momento, como se ve, la excluyente sólo tiene existencia legal cuando se comprueba feacientemente que el que delinque se ve precisado, positivamente impelido por la necesidad fisiológica de alimentarse, ejecutar el acto, apoderándose de objetos muebles como el pan, etc., que directamente satisfacen sus necesidades o las de su familia; pero es de todo punto indispensable que el apoderamiento se verifique por una sola vez, sin que emplee medios violentos ni se ejecute el acto de manera furtiva empleando engaños y otros medios reprobables. -- Si consta de autos que con anterioridad había el reo cometido otro delito, esta circunstancia basta para que no tenga existencia la excluyente alegada. ⁽¹¹⁹⁾ Si el acusado alega que el estado de necesidad en que se encontraba lo obligó a efectuar el delito de robo, para que pueda considerar esta eximente, es necesario que se demuestre que se apoderó de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales. ⁽¹²⁰⁾ Si los acusados no se apoderaron de lo estrictamente indispensable para satisfacer sus imperiosas necesidades personales y familiares del momento, puesto que lo robado robasaba con mucho aquellos límites, no obraron forzados por miedo grave y temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en sus personas aún admitiendo la estrechez en que se encontraban por falta de trabajo, la sentencia que los condene no viola garantías individuales. ⁽¹²¹⁾ Si los distintos apoderamientos se verificaron en número tal que hacen evidente el propósito contumaz de delinquir contra la propiedad, no puede decirse que en el caso el agente robara en estado de necesidad, con arreglo al cual el infractor no pudiera desplegar otra conducta que la realizada. ⁽¹²²⁾ El robo de indigente constituye un caso especial del genérico estado de necesidad, esto es, cuando el sujeto se apodera por una sola vez, de objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades más apremiantes, o sea, que el sujeto confronta una situación tal, -- que no le queda otro remedio que la violación de intereses ajenos, jurídicamente protegidos para salvar su existencia. ⁽¹²³⁾ Para

que opere la causa de justificación de robo de indigente, como caso especial genérico del estado de necesidad, necesario es que el objeto de ataque, esto es, la cosa robada, pudiera considerarse como un objeto estrictamente indispensable para satisfacer las necesidades personales de los imputados; y si, además de faltar -- ese requisito, los reos, al rendir sus declaraciones confesionarias, reconocieron lo antijurídico de su conducta, al propio tiempo que de manera espontánea ofrecieron pagar el daño habido, de ellos se sigue que tal comportamiento no puede encuadrarse dentro del tipo de robo de indigente. (124). La causa de necesidad proveniente de la familia del reo, solamente opera en el caso de robo; además de que esa gracia de impunidad que establece la ley para el apoderamiento por necesidad, está condicionada a que el agente infractor verifique el ilícito una sola vez y se apodere de lo estrictamente necesario, por lo que no es aplicable si los actos infractores fueron múltiples, tomándose excesivas cantidades de dinero, y para lograrlas se empleó la falsificación, que es una de las formas del engaño. (125). No tiene aplicación la disposición legal que establece que no se castigará al que sin emplear engaños ni medios violentos, se apodere, una sola vez, de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares de momento, si el reo, para cometer el robo, hizo uso de medios violentos, como lo demuestra el hecho de haber forzado el candado y la chapa que aseguraban la puerta del lugar robado. (126). No desvirtúa la responsabilidad del reo la circunstancia relativa a que la conducta desplegada al apoderarse del objeto materia de la acción antijurídica, estuvo determinada por la apremiante necesidad de dar satisfacción a las necesidades más estrictas de su familia, como lo son el sustento de la misma, si no aportó ninguna prueba para justificar su dicho atenta la circunstancia de que el valor de la cosa robada resulta muy alto, tratándose de dar satisfacción a una necesidad estricta de alimentación. (127). No es castigable el robo que se comete por necesidad, cuando el individuo se apodera de alguna cosa para satisfacer su necesidad imperiosa de momento; y no se --

justificó esa circunstancia, si es inexplicable e inverosímil que la necesidad que alegan los acusados pacientemente esperara por varios días a que tuvieran todos los datos necesarios para cometer el delito, y los acusados no probaron que hayan hecho gestiones para conseguir trabajo sin conseguirlo. (128). No puede aceptarse esta excluyente cuando la naturaleza de los objetos robados indica que ninguno de ellos es satisfactor de necesidades apremiantes del momento y además, los robos son varios y numerosos -- los objetos. (129). No existen las excluyentes de responsabilidad de que hablan la fracción IV del artículo 15 y el artículo -- 379 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, si el acusado no una sola vez, sino cuatro días seguidos, estuvo apoderándose de cosas ajenas que no eran indispensables para sus necesidades personales, porque disfrutaba de un moderado sueldo que le permitía subvenir aquéllas, tanto mas, si por su cargo de velador estaba obligado a prevenir la comisión de los delitos. (130); Si de la propia confesión quedó establecido el hecho de que se -- apoderó en unión del coacusado, de unas cajas de licor, las cuales se encontraban dentro de un carro de los Ferrocarriles Nacionales, habiendo tenido necesidad de romper los sellos, y que se -- tomó el contenido de las botellas, juntamente con otros amigos, a quienes les dijo que las había comprado, esta circunstancia viene a dejar establecido el hecho de que no es exacto que sustrajera -- por una sola vez, la mercancía con el fin de establecer necesidades apremiantes de él o de su familia, sino en virtud de una inclinación viciosa. (131); No está probada la causa de justificación que alega el reo, consistente en que cometió el delito en un estado de necesidad, si no hay elemento alguno que acredite la -- existencia de una posibilidad de daño, no imaginativo, sino real, serio e importante y además, inmediato, ni que la existencia de -- que estos supuestos haya sido para salvar su propia persona o bienes, o la persona o bienes de otro, ni menos que no haya existido otro medio practicable perjudicial que el cometido por él. (132); -- El robo de indigente se caracteriza por el hecho de que quien lo comete se apodera de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades mas apremiantes, por una sola vez; luego si el quejoso robó en dos ocasiones distintas y, al verter

su declaración confesoria, manifiesta que reconoce su responsabilidad penal y está dispuesto a pagar con creces el daño causado, - ello pone de manifiesto que su situación económica era bonancible y que estaba muy lejos de encontrarse en la situación apremiante que prevee la ley para el robo justificado. (133).

El robo no queda cubierto por la excluyente de haberlo cometido - en estado de necesidad, si el reo no es concreto a apoderarse de lo estrictamente necesario para la subsistencia de él y de los suyos, sino que en dos ocasiones distintas, cometió el delito. (134); Aunque el reo se encontraba en estado de necesidad, no opera la - excluyente relativa si los bienes de que se apoderó no pueden conceptuarse como los estrictamente necesarios para subvenir a las - necesidades suyas y de su familia. (135); Conforme al artículo - 379 del Código Penal, para el Distrito y Territorios Federales, - no se castigará al que sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere de una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento. Cuando éste precepto contiene un caso de excepción para que pueda ser aplicado, es necesario que el inculpado que alegue haber cometido un robo en esas condiciones, compruebe que un estado de necesidad evidente y apremiante lo llevó a delinquir por -- falta de trabajo o por encontrarse en la indigencia. De manera que si no prueba esas circunstancias, debe negársele la protec-ción federal. (136); Si los acusados nada dijeron sobre el particular, o sea que se hayan encontrado en condiciones tales de pobreza que, para subvenir a las necesidades personales o familiares - de momento, se hayan visto obligados a robar, el sentenciador no estuvo en posibilidad de justipreciar esta situación y menos si - de los autos se desprende lo contrario, pues admitieron ganar un salario diario con el que satisfacía dichas necesidades y que con anterioridad ya habían sido procesados por el mismo delito, observándose además, que la cuantía de lo robado en la ocasión, excedió con mucho a su pretendida indigencia, por lo que la causa de justificación aducida en la demanda de amparo o eximente de responsabilidad específica, resulta notoriamente inoperante. (137). No -

puede configurarse esta eximente de responsabilidad si, dada la naturaleza de lo que fue objeto del robo no aparece que fuera lo estrictamente indispensable para satisfacer de momento sus necesidades personales o familiares, y si, a mayor abundamiento, confesó el agente ser poseedor de bienes idénticos al motivo de la ilicitud en que se colocó lo cual descarta la necesidad que hace valer. (138). No es violatoria de garantías la sentencia que desestima el robo por necesidad hecho valer, si de los autos parece -- que el valor de lo robado es mayor de \$ 300.00 y que el inculpa-do tiene por lo menos cinco ingresos anteriores por el delito de robo. (139); Si el acusado aduce en el amparo, que robó para la -- operación de su señora madre no por ello se libera de responsabilidad, supuesto que además de alegarlo extemporáneamente, contrariando lo que había expresado en el proceso, de que el dinero lo gastó en "diversiones y cantinas", en el supuesto, se ignora si -- los \$ 5,000.00 robados los empleó precisamente para pagar los gastos de operación, o sea, que se haya apoderado de lo estrictamente indispensable, como lo exige el precepto que describe la eximente de culpabilidad que se comenta. (140); Si no es demostrado que los objetos en que recayó el apoderamiento antijurídico, eran por el valor estrictamente indispensable para satisfacer una necesidad imperiosa, y si además consta que no era la primera vez que el acusado incidía en igual infracción, por haber cometido robos anteriores, no puede darse por acreditado el robo de indigente, y por lo tanto no opera la causa de justificación que prevee el artículo 379 del Código Penal. (141); El artículo 379 del Código Penal vigente en el Distrito, establece que no se castigará al -- que sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere en una sola ocasión, de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento; pero tal precepto debe interpretarse en el sentido de que el apoderamiento ha de ser de una cosa de pequeño valor, indispensable para saciar el hambre, como, por ejemplo, un producto alimenticio; pero de ninguna manera debe hacerse extensiva esta disposición legal, a aquellos objetos cuyos valores no es de los que acredita -- que sólo se trata de satisfacer necesidades urgentes. (142).

Por lo que respecta a las causas de justificación en relación al robo de frutos, la legítima defensa no se presenta ya que es imposible que una persona que se defiende de una agresión se apodere de frutos, además como lo mencionan los tratadistas, al quitarle al agresor los objetos con los que trata de agredir, no se está realizando una conducta de desapoderamiento con el propósito de apropiárselo, únicamente de evitar que use dichos objetos para -- lastimarlo. Sobre el estado de necesidad existe el artículo 379 del Código, como norma especial tomada de la general que se ubica en la fracción IV del artículo 15 del Código, estando de acuerdo con la opinión de algunos tratadistas, en el sentido de que debería desaparecer el artículo 379 o, en su caso, desaparecer la limitante "una sola vez", ya que la realidad nos demuestra que las personas que se encuentran en la situación apremiante no lo están únicamente "una sola vez", y será obligación del juzgador el estudiar en cada caso concreto a que se le haga valer dicha causa de justificación, valorar la situación para saber si se reúnen los demás requisitos sobre todo la necesidad por parte del sujeto activo o de su familia.

En relación a las causas denominadas "cumplimiento de un Deber", -- "ejercicio de un derecho", "obediencia jerárquica" y, "consentimiento del interesado", por la descripción legislativa que se efectuó sobre el robo, son tratadas como causas de atipicidad, -- aunque normalmente son causas de justificación, únicamente operará como causa de justificación el consentimiento en la hipótesis descrita por la fracción I del artículo 369 del Código. Por último, el impedimento legítimo no se presenta en el robo de frutos.

BIBLIOGRAFIA

1. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VIII. pp. 281-283.
2. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp.165-166.
3. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal, Parte General. p. 57.
4. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. pp. 423-424.
5. Semanario Judicial de la Federación CXIX p. 2887. Cfr. S. J. de la F. XVI 6a. Epoca. Segunda Parte. p. 257.
6. Semanario Judicial de la Federación CXIX p. 2884. Cfr. - S.J. de la F. XVI 6a. Epoca. Segunda Parte. p. 257.
7. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal - pp. 237-243.
8. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General. pp. 57-58
9. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal.- pp. 260-261.
10. Castellano Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp.168-172.
11. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal. pp.445-464.
12. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XV 6a. Epoca.- Segunda Parte, p. 68.
13. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal.- pp. 256-260.
14. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal. pp. 431-443.
15. Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, pp. 193-194.
16. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal.- p. 247.
17. Celestino Porte Petit Candaudap. Robo Simple. pp. 23-26 y 83.
18. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pp. 31-32 y 41-42.
19. Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. - pp. 261-262.
20. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp. 172-174.
21. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal

- nal, Parte General. p. 58.
22. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la -
Parte General de Derecho Penal. pp. 467-468 y 473-479.
 23. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho -
Penal. pp. 42-43.
 24. Celestino Porte Petit Candaudap. Robo Simple. pp.83
89.
 25. Suplemento de 1956. pp. 452-453.
 26. Semanario Judicial de la Federación CXXI 5a. Epoca. pp.-
1946-1947.
 27. Semanario Judicial de la Fedración. LXXXV, 5a. Epoca --
pp. 3172-3173.
 28. Informe del Presidente de la Suprema Corte. Sala Auxi--
liar Año 1970. p. 193
 29. Semanario Judicial de la Federación LI 5a. Epoca p.1755
 30. Semanario Judicial de la Federación CXXII 5a. p. 725.
 31. Semanario Judicial de la Federación LXXXVII 5a. Epoca p.
140.
 32. Semanario Judicial de la Federación XVII 6a. Epoca Segun
da Parte p. 272.
 33. Semanario Judicial de la Federación CXXII 5a. Epoca pp.-
1516-1517.
 34. Anales de Jurisprudencia Tomo LIV p. 119.
 35. Boletín de 1963 p.369.
 36. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo p.242
 37. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de-
Derecho Penal pp. 175-179.
 38. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I pp. 153-154.
 39. Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo II
pp. 189-192.
 40. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte
General de Derecho Penal. pp. 481-489.
 41. Celestino Porte Petit Candaudap. Robo Simple. p. 180.
 42. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal
p. 43.
 43. González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. p. 180
 44. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal --
Parte General pp. 58-59.
 45. Castellanos Tena, Fernando Lineamientos Elementales de De-
recho Penal. pp. 172-174.
 46. Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo II
pp. 11-32.

47. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III pp.46-50
48. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General. pp. 59-60.
49. Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal pp. 499-527.
50. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal pp. 189-201.
51. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. -- pp. 287-298.
52. Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo I pp. 63 a 80.
53. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV. pp. 115-116.
54. Semanario Judicial de la Federación CXIX p. 2128.
55. Semanario Judicial de la Federación CXXI p. 2345.
56. Semanario Judicial de la Federación X, 6a. Epoca Segunda Parte p. 83.
57. Semanario Judicial de la Federación IX, 6a. Epoca Segunda Parte p. 87.
58. Semanario Judicial de la Federación XII, 6a. Epoca Segunda Parte p. 102.
59. Semanario Judicial de la Federación XIII, 6a. Epoca Segunda Parte p. 104.
60. Semanario Judicial de la Federación CXIII p. 369---LXIII p. 1492---LXXXII p. 854---LXXXIII p. 294 y 1857---LXXXIV p. 203---LXXXVII p. 2510---XC p. 1803---XCLI pp. 771, 1032 y 1946---XCVII pp. 168 y 1495---CI pp. 222-223 y 828---CIII pp. 675 y 2111---CIV p. 1342---CV p. 2800--- CXII pp. 1151 y 2157---CXX pp. 2345, 132-133---Boletín de Información Judicial VII p. 36, VIII p. 587, X p. 490, XI p. 791. Anales de Jurisprudencia II pp.149 y 171, XXXII p. 90.
61. Anales de Jurisprudencia XLIII p. 709.
62. Anales de Jurisprudencia XXXII p. 90.
63. Boletín de Información Judicial VII p. 486.
64. Semanario Judicial de la Federación LIV p. 1499.
65. Semanario Judicial de la Federación CV p. 533---XCIX p. -- 1587---CI p. 2015---CIII pp. 675 y 2798---CV p. 1513---CXI p. 1158---CXIII p. 930---Boletín de Información Judicial --- VII p. 186---IX p. 255--- Anales de Jurisprudencia VII p. -- 577---XVI p. 370.
66. Boletín de Información Judicial II p. 114
67. Anales de Jurisprudencia II p. 81
68. Semanario de la Federación XCVII p. 1634.
69. Anales de Jurisprudencia VIII p. 379.
70. Anales de Jurisprudencia XVI p. 370.

71. Semanario Judicial de la Federación LXX p. 1273.
72. Anales de Jurisprudencia XVI p. 370.
73. Semanario Judicial de la Federación LXXXIX p. 2200.
74. Semanario Judicial de la Federación LXIII p. 917.
75. Boletín de Información Judicial XI pp. 652-653.
76. Semanario Judicial de la Federación LX p. 1065.
77. Semanario Judicial de la Federación XCVII p. 2040.
78. Semanario Judicial de la Federación CI p. 14.
79. Semanario Judicial de la Federación CI p. 901---LXV p. 79---LXXXIX p. 1377---XC p. 1498---C p. 1501---CI p. 14---CXI p. 206---Boletín de Información Judicial XI pp. 652-653--- XII p. 536.
80. Semanario Judicial de la Federación LXXXIII p. 4280.
81. Semanario Judicial de la Federación CIII p. 1192.
82. Semanario Judicial de la Federación CXIII p. 423.
83. Semanario Judicial de la Federación CXIII p. 679.
84. Semanario Judicial de la Federación CII pp. 111-112---LXXXII p. 3810---CXII p. 1319---CXV p. 944---LXXXIV p. 2553 LI p. 2005---LXXXIX p. 898---CXI p. 45---XCIV p. 591---CI pp. 33 y 918---CIII p. 1721---CIV pp. 823-824 y 2014---CX pp. 1194-1195---CXIV p. 634---Boletín de Información Judicial XI pp. 76, 430, 708-709.
85. Semanario Judicial de la Federación CXII pp. 2107-2108.
86. Semanario Judicial de la Federación CXI p. 2324,
87. Semanario Judicial de la Federación CXII pp. 2722-2723---LXXXIII p. 4264---Informe de 1939 p. 38.
88. Semanario Judicial de la Federación LII p. 1127.
89. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal - Parte General pp. 60-61.
90. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal pp. 203-210.
91. Celestino Porte Petit Candauap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal pp. 539-553.
92. Anales de Jurisprudencia XIII p. 694.
93. Anales de Jurisprudencia XIV p. 243.
94. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal pp. 229-310.
95. Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo II pp. 85-96.
96. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo II pp. 379-380.
97. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal - Parte General p. 61.

99. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal.-- pp. 311-313.
99. Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo II. pp. 99-100.
100. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo IV. p. 28.
101. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General. pp. 61-62.
102. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp. 211-214.
103. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. pp. 313-321.
104. Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo II. pp. 100-102.
105. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General. p. 62.
106. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de - Derecho Penal. pp. 257-259.
107. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. pp. 323-324.
108. Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo II. pp. 106-107.
109. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo VI pp. 280-281.
110. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General. pp. 69-70.
111. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de - Derecho Penal. pp. 257-259.
112. Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo II. pp. 103-106.
113. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. pp. 324-325.
114. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. pp. 325-329.
115. Celestino Porte Petit Candaudap. Robo Simple pp. 96 a 109.
116. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo. pp. -- 242-250.
117. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pp. 42-47.
118. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. - pp. 89-102.
119. Semanario Judicial de la Federación LXXXVII 5a. Epoca. pp. 1582-1583 y 3522.
120. Semanario Judicial de la Federación 5a. Epoca. p. 765.
121. Semanario Judicial de la Federación LXXV 5a. Epoca. p. 4266

122. Semanario Judicial de la Federación CXXIII 5a. Epoca p. - 752.
123. Semanario Judicial de la Federación CXIII 5a. Epoca Segunda Parte p. 33--6a. Epoca Segunda Parte p. 50.
124. Semanario Judicial de la Federación CXXIII 5a. Epoca p.- 1210.
125. Semanario Judicial de la Federación CXIX 5a. Epoca p. 2787.
126. Semanario Judicial de la Federación CXXII 5a. Epoca p.- 1154.
127. Semanario Judicial de la Federación CXIX 5a. Epoca p. - 3023.
128. Semanario Judicial de la Federación CXIII 5a. Epoca p. - 587.
129. Boletín de Información Judicial. Tomo II P. 436.
130. Semanario Judicial de la Federación LXXI 5a. Epoca p. 4615
131. Semanario Judicial de la Federación LXXXIII 5a. Epoca p. 187.
132. Semanario Judicial de la Federación LXXXVII 5a. Epoca p. 830-831.
133. Semanario Judicial de la Federación IX 6a Epoca Segunda Parte p. 128.
134. Semanario Judicial de la Federación XCVI 5a. Epoca pp. -- 2036-2037.
135. Semanario Judicial de la Federación XCVII 5a. Epoca pp. - 2038-2309.
136. Semanario Judicial de la Federación LXXI 5a. Epoca p. 1608 - Informe del Presidente de la Suprema Corte 1941 p. 53.
137. Boletín de Información Judicial 1961 p. 657.
138. Boletín de Información Judicial 1957 p. 24.
139. Boletín de Información Judicial 1963 p. 241.
140. Boletín de Información Judicial 1963 p. 369.
141. Boletín de Información Judicial p. 241.
142. Semanario Judicial de la Federación XLII 5a. Epoca p. 75.

CAPITULO TERCERO

LA IMPUTABILIDAD, LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD, LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD.

3.1 LA IMPUTABILIDAD.

3.1.1 ACCIONES LIBERAE IN CAUSA

3.2 LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

3.2.1 MINORIA DE EDAD

3.2.2 MIEDO GRAVE

3.2.3 TRASTORNOS MENTALES

3.2.4 ESTADOS DE INCONSCIENCIA

3.3 LA CULPABILIDAD

3.3.1 FORMAS DE CULPABILIDAD

3.3.1.1 EL DOLO

3.3.1.2 LA CULPA

3.3.1.3 LA PRETERINTENCION

3.4 LA INCULPABILIDAD

3.4.1 EL ERROR

3.4.2 LA OBEDIENCIA JERARQUICA

3.4.3 EXIMENTES PUTATIVAS

- A) LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA
- B) LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA RECIPROCA
- C) LEGITIMA DEFENSA REAL CONTRA LA PUTATIVA
- D) ESTADO DE NECESIDAD PUTATIVO
- E) DEBER Y DERECHOS PUTATIVOS.

3.4.4 NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

- A) TEMOR FUNDADO
- B) ENCUBRIMIENTO DE PARIENTES Y ALLEGADOS
- C) ESTADO DE NECESIDAD TRATANDOSE DE BIENES DE LA MISMA ENTIDAD.

3.4.5 EL CASO FORTUITO

CAPITULO TERCERO

LA IMPUTABILIDAD, LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD,
LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD3.1 LA IMPUTABILIDAD

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer considerarla dentro del ámbito del derecho penal. Como se aprecia, esta capacidad tiene dos elementos uno intelectual, referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza, y otro de índole volitiva, es decir, desear un resultado. Podemos considerar que la imputabilidad es la capacidad en el ámbito penal, condicionada por razones de edad y salud mental. El maestro Castellanos Tena define la responsabilidad como el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Es imputable todo sujeto que posea un mínimo de condiciones psicofísicas; y responsable aquel que teniendo estas condiciones realiza un acto tipificado en la ley como delito y que, previamente, por eso contrae la obligación de responder por él. (1).

Entrar al campo subjetivo del delito hace necesario, en primer término, precisar sus linderos, pues según el criterio que se adopte así será el contenido de la culpabilidad. Mientras algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Una tercera posición, compartida por nosotros, sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad; por lo mismo, antes de estudiar este último elemento, urge el análisis de su antecedente lógico, jurídico. Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (inte

lectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas. (Porte Petit sostiene que la imputabilidad no constituye un elemento del delito, sino un presupuesto general del mismo. Coincide con nosotros en que no se trata de un elemento esencial del delito, pero difiere de nuestro punto de vista, por cuanto para él integra un presupuesto general del ilícito penal, en tanto nosotros preferimos entenderla como presupuesto o soporte del elemento culpabilidad, porque al llegar a ésta, es decir, al analizarse el aspecto subjetivo del delito, es cuando se debe determinar si el sujeto que ejecutó el hecho era capaz de realizarlo con conciencia y voluntad, correspondiendo entonces indagar si poseía las facultades de juicio y decisión.). LA IMPUTABILIDAD ES LA POSIBILIDAD CONDICIONADA POR LA SALUD MENTAL Y POR EL DESARROLLO del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. (Mayer). Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizarse actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. (Von Liszt). En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal. La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo. La responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del minimum de salud y desarrollo psíquico exigidos por la Ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados a responder de él. La responsabilidad resulta, entonces, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a

las consecuencias señaladas por la Ley a su conducta. (2).

(Del latín *imputare*, poner a cuenta de otro, atribuir). Capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión. Es el concepto que cabe inferir de los códigos penales mexicanos más recientes y de los proyectos de reformas de los últimos cuarenta años. La regulación de la imputabilidad que hacen el CP y los códigos locales que en él se inspiran debería, en concepto de muchos, conducirse a esta materia a otra formulación y, en consecuencia, a otra sistemática. De significar el término imputabilidad la referencia del acto al sujeto, en el sentido de serle éste atribuable, ha pasado a denotar la previa capacidad del sujeto para esa referencia o atribución. Esta capacidad es, pues, una condición o situación en que debe hallarse el agente al momento del acto u omisión, y no a una relación psicológica con su hecho. Tal capacidad lo es de culpabilidad y autoriza al derecho para dirigirle el reproche en que ésta consiste, a menos que debe tenerse ella por excluida en virtud de otras causas. La imputabilidad, como capacidad de comprensión y determinación, es un concepto esencialmente técnico, no metafísico, cuya elaboración se apoya psicológica y psiquiátricamente en datos verificables, sin anticipar, por tanto, posición alguna frente a cuestiones como la existencia del alma o la relación del alma y cuerpo. Estos datos verificables se refieren esencialmente a los factores existenciales internos condicionantes de la capacidad del agente de comprender y determinarse. La ley penal suele no definir la imputabilidad si expresa positivamente los factores que la condicionan, sino meramente indicar, en vez, las causas que la excluyen. De esta indicación no resulta, sin embargo, demasiado difícil extraer dogmáticamente la conclusión de que de manera positiva la imputabilidad consiste, como se ha dicho, en la capacidad de comprender el significado del hecho y de determinarse conforme a esa comprensión. Debido a que esta comprensión o determinación conciernen al mundo de valoraciones del derecho y no al de la ética, las formulaciones legales y --

doctrinarias sobre la materia subrayan el carácter ilícito o antijurídico del acto u omisión que el sujeto está en capacidad de comprender y de determinarse a poner en obra. La verdad es, empero, que es la total significación del hecho, tanto en el plano estrictamente fáctico como en el de la contrariedad del derecho, lo que hay que tener en cuenta de la capacidad de comprensión y determinación de que se trata en la conceptualización de la imputabilidad. (3).

La imputabilidad ha sido considerada como un presupuesto general del delito; como un elemento integral del mismo, o bien como el presupuesto de la culpabilidad. Autores como MASSARI y MARSICH distinguen entre presupuestos generales y presupuestos particulares del delito. Al aceptar tal distinción se ha argumentado que, siendo el delito un hecho surgido del hombre, no puede tener realidad sin la preexistencia de un sujeto imputable. PORTE PETIT clasifica los presupuestos en generales y especiales e invocando a MASSARI y a PETROCELLI señala, como presupuestos generales del delito, tanto a la norma penal, como al sujeto; al bien tutelado y a la imputabilidad. JIMENEZ DE ASUA, al definir el delito lo estima "un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un sujeto y sometido a una sanción", otorgando a la imputabilidad el carácter de elemento integral del mismo. "Los escritores alemanes ==dice el jurista español==, acostumbran tratar los temas de la imputabilidad y de la culpabilidad sensu estricto, bajo la rúbrica común de culpabilidad, que, en sentido amplio, abarca todos los problemas etínicos al nexo moral que liga al sujeto con su acto, y que entonces incluye a la imputabilidad. El aspecto restrictivo de la culpabilidad supone, a más del estudio general de este ingente problema, el esclarecimiento de la intención o de la negligencia que el sujeto puso en su conducta. Recordaremos que MAYER emplea la voz 'imputabilidad' lato sensu, en el mismo sentido amplio que LISZT y MEZGER emplean al término 'culpabilidad'. Como ya hemos dicho, al definir el delito, nosotros damos vida propia a la imputabilidad como requisito del crimen, a fin de -

poder ilustrar mejor la base de la culpabilidad". Parte de la doctrina penal se muestra inclinada a considerar la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, especialmente los psicólogos, al identificar la culpabilidad con la relación psicológica existente entre el hecho y su autor. Dicha relación necesita fundamentación en el carácter imputable del sujeto, de manera que la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad. Sólo el hombre, como entidad individual, puede ser sujeto activo de delitos, pero para que la ley pueda poner a su cargo una determinada consecuencia penal es necesario su carácter imputable. La imputabilidad y la imputación son conceptos esencialísimos, indispensables para poder fundamentar el juicio de culpabilidad. Esta, al decir de MAGGIORE, lleva implícito un juicio de reprobación, más no se puede reprobear ni castigar a quien no sea capaz de reprobación y de castigo. "El juicio de culpabilidad presupone, pues, un juicio de imputabilidad. El uno es un juicio que recae sobre el hecho, en cuanto afirma que alguno es culpable; el otro es un juicio que tiene por contenido una posibilidad, en cuanto afirma que alguno está en condiciones de ser declarado culpable; en aquél, se juzga al hombre como sujeto real; en éste, como sujeto posible". Inferimos que la noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. De tenerse presente la corriente psicológica, esa capacidad habrá de dar significación al nexo psíquico entre el hecho y su autor. La Escuela Clásica fundamentó la responsabilidad en la imputabilidad moral y el libre albedrío, distinguiendo entre imputables e inimputables. "Todo el ingente edificio del clasismo --escribe PUIG PENA--; toda la estructuración y basamento de la legislación --hasta ahora vigente en los pueblos cultos se ha apoyado en ese principio fundamental. Sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su --

culpabilidad moral. No hay reproche, pues, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre consciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia viola un precepto legal". Como podemos constatar adelante, no es del todo exacto que para la ley penal carezca de relevancia la distinción entre imputables y no imputables. Ciertamente es que la legislación penal del Distrito y Territorios Federales no contiene disposición expresa que establezca clara diferencia entre unos y otros, mas es igualmente cierto que, por una parte, se excluye de toda responsabilidad a quienes al realizar el hecho actúan bajo un trastorno mental transitorio, en tanto los menores de edad y los locos, dementes, idiotas, etc., reciben tratamiento especial, al margen de la sanción penal, sujetos a simples medidas tutelares y de seguridad. En efecto quienes tienen las condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales, son sujetos de penas y capaces de responder por los hechos típicos y antijurídicos cometidos, a cuya conclusión se arriba necesariamente de la interpretación correcta de los dispositivos de la ley vigente (artículos 15, fracción IV, 67, 68, 69, 119, 120, 121 y 122). Sigue siendo válida la mencionada distinción, aún cuando la misma no tenga las radicales consecuencias, respecto al tratamiento de imputables e inimputables, en la orientación clásica, además de ser inexacto el que en códigos de esa estructura no existieran medidas de aseguramiento para los segundos. En suma, la imputabilidad, según la ha definido MAYER, es la posibilidad, condicionada por la salud y madurez espirituales del autor; de valcar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento, o como señala VILLALOBOS, un tecnicismo referido a la capacidad del sujeto para dirigir sus actos dentro del orden jurídico; la capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, así como para ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente. (4).

Para que la acción sea inculpa, además de antijurídica, típica y punible ha de ser culpable. Ahora bien, sólo puede ser culpable el sujeto sea imputable. Imputar es poner una cosa -

en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin este alguien; y en Derecho Penal sólo es alguien aquel que, por sus condiciones psíquicas sea sujeto de voluntariedad. Ahora bien, por voluntad se entiende en las escuelas liberoarbitristas, la libertad de elegir que con la voluntad de obrar es lo que se ha llamado concurso de la voluntad (Carrara); y en las escuelas deterministas, aún reconociéndose como base de la culpabilidad el conocimiento y la previsibilidad del hecho, se entiende la conducta humana determinada por fines antisociales, ajena en todo al libre albedrío, cuestión abstracta que no interesa, pues lo único que importa a la sociedad humana es si la conducta causó el hecho objetivo voluntariamente o no, a fin de adecuar el tratamiento del sujeto. Será, pues, imputable, todo aquél que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana. Pero sólo lo aquél que, siendo imputable en general, deba responder en concreto del hecho penal determinado que se le atribuya, es responsable. Mientras la imputabilidad es una cualidad psíquica en abstracto, la responsabilidad es la aptitud concreta de ser imputable, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate. Imputabilidad y responsabilidad concurren a integrar la culpabilidad; declaración jurisdiccional de ser una persona imputable y responsable por una acción determinada y, como consecuencia, sujeto de una pena cierta. En otras palabras: juicio de reproche. Por último, es evidente que la culpabilidad debe ser colocada después de la antijuridicidad y de la tipicidad, entre los elementos del delito; la culpa criminal sin un obrar anti-jurídico y típico es una quimera (Binding).⁽¹⁵⁾

3.1.1 ACCIONES LIREAE IN CAUSA

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria

o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama liberal in causa (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró doloso o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena. Según nuestra Suprema Corte de Justicia, aún cuando se prueba que el sujeto se hallaba, al realizar la conducta, en un estado de inconsciencia de sus actos, voluntariamente procurado, no se elimina la responsabilidad.⁽⁶⁾

La expresión "actio libera in causa" hace directa referencia a ciertas acciones que, ejecutadas por un sujeto en estado de inimputabilidad, son estimadas, sin embargo, por el Derecho, como manifestaciones de una voluntad libre y consciente en su origen. Es por ello que FRANZ VON LISZT afirma la presencia de las llamadas acciones libres en su causa cuando se produce un resultado contrario a Derecho, por un acto o una omisión, en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad. En situaciones de esta índole --dice CUELLO CALON--, se está en presencia de las llamadas acciones liberae in causa, esto es, acciones libres en su causa pero determinadas en cuanto a sus efectos, en las que hay imputabilidad "porque entre el acto voluntario y su resultado existe relación de causalidad: en el momento decisivo, en el del impulso para el desarrollo de la cadena de la causalidad, el agente era imputable". La problemática de las acciones libres en su causa se inicia desde el planteamiento mismo de la posibilidad de su existencia, a través de hipótesis en las que se afirma un estado de inimputabilidad que debe necesariamente concretarse con -

una anterior de plena capacidad del agente. (7)

Se llaman acciones liberae in causa las que en su causa son li-
bres, pero determinadas en sus efectos. Se produce cuando la
acción se produjo en estado de imputabilidad, pero el resultado
en estado de inimputabilidad. Así como podemos utilizar a un
loco para producir, por su intermedio, el resultado dañoso, po-
demos también afectar nuestras propias facultades con igual ob-
jeto: v.g. el guardavías que, con el designio de no hacer los
cambios y producir la catástrofe ferroviaria, se embriaga (omi-
sión dolosa); la nodriza que, a sabiendas de que sufre pesadi-
llas que la agitan durante el sueño, coloca al niño junto a -
ella y así lo asfixia (omisión culposa); o bien, por último, -
el homicidio intencional por intermedio de un loco (comisión de
dolo). La communis opinio resuelve que en tales casos hay im-
putabilidad porque la acción fue voluntariamente desarrollada,
siendo indiferente el momento en que se produjo el resultado: -
el momento del impulso dado para que el resultado se produzca -
es el momento decisivo, porque es la causa. En nuestro dere-
cho las acciones liberae in causa son consideradas como dolosas,
sin prueba en contrario, a virtud de que el dolo se presume ju-
ris et de jure cuando el imputado previó o pudo prever las con-
secuencias (necesaria y notoria del hecho u omisión en que con-
sistió el delito) por ser efecto ordinario del hecho u omisión
y estar al alcance del común de las gentes (art. 9 fr. II c.p.).
En consecuencia en dichas acciones pueden darse como actos o co-
mo omisiones, unos y otras dolosos o culposos; pero se presumi-
rán dolosos, por imperiosa determinación de la ley. "Dolo de
consecuencias necesarias" denomina a esta especie, propia de -
nuestro Derecho, Jiménez de Asís. (8)

La concepción de imputabilidad como capacidad, esto es, como un
estado o condición del sujeto y no como una relación psicológi-
ca con el hecho singular, no significa, claro está, que pueda -
hablarse de imputabilidad en otro momento que el de la comisión
del hecho. Puede darse el caso, sin embargo, de hechos típi-
cos cometidos en estado de inimputabilidad a que se ha llegado
por un acto voluntario del actor, como sería, verbi gratia, el -

caso de quien ejecuta un acto típico, en estado de inconsciencia determinado por la ingestión voluntaria de bebidas embriagantes o de estupefacientes. La legislación no ampara estos casos -- con la exclusión de la imputabilidad, lo que no parecería merecer reparos tratándose del delito culposo o imprudente, pues quien sabe que en estado de ebriedad, p.e., desarrolla reacciones agresivas y en tal estado comete homicidios o lesiones, ha infringido al embriagarse un deber de cuidado que personalmente le incumbe y no ha podido prever la aparición de un resultado como el acaecido. No puede decirse lo mismo de quien se embriaga de propósito para cometer un homicidio en estado de embriaguez, pues el acto de embriagarse voluntariamente para matar una vez ebrio no es en manera alguna el comienzo de ejecución del delito de homicidio, y el homicidio dolosamente perpetrado mas tarde en estado de inimputabilidad, hecho esencialmente azaroso, no puede, en razón de aquel mismo estado, serle cargado en cuenta. (9).

El sujeto activo del delito de robo de frutos es imputable, en razón de la capacidad de entender y querer el resultado y sus consecuencias, debiendo dar cuenta a la sociedad del hecho realizado.

3.2 LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, o sea, es la incapacidad para entender y querer en materia penal. (10).

Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad. (11).

La fórmula legal de la inimputabilidad puede configurarse de tres modos: 1) el biológico o psiquiátrico, que expresa sólo las fuentes de la incapacidad --sordomudez, demencia o locura, etc.-- sin aludir a la consecuencial incapacidad de comprender o determinarse (p.e. el Código Penal Napoleónico); 2) el psico

lógico, que expresa esta incapacidad sin mencionar sus fuentes (p.e. el Código Penal del Estado de Veracruz), y 3) el psiquiátrico-jurídico o mixto, en que la indicación mas o menos amplia de las fuentes sigue uno de sus efectos en cuanto a privación -- como dice Jiménez de Asúa -- "de la conciencia de delinquir o de la posibilidad de obrar conforme a derecho" (p.e. el Código Penal del Estado de Guanajuato). Pero sea cual fuere la fórmula, los factores condicionantes de la inimputabilidad son dos: el desarrollo mental insuficiente y la carencia de salud mental. (12).

3.2.1 MINORIA DE EDAD

En el Distrito Federal los menores de 18 años son inimputables. Cuando un menor de 18 años realiza una conducta tipificada en las leyes penales como delito, se le sujeta a un estatuto propio de los menores que llevan a cabo este tipo de conducta. Dicho estatuto es la ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores en el Distrito Federal, a cuya jurisdicción se remite a los menores infractores. El Consejo Tutelar para Menores previo estudio de la personalidad, y del hecho cometido, es el que determina las medidas tutelares a que deben someterse los menores. La legislación y el tratamiento de los menores es eminentemente tutelar y preventiva, tiende a rehabilitar al menor para incorporarlo positivamente a la sociedad y a prevenir futuras conductas infractoras. (10).

Comunmente se afirma que en nuestro medio los menores de 18 años son inimputables y, por lo mismo, cuando realizan comportamientos típicos del Derecho Penal no se configuran los delitos respectivos; sin embargo, desde el punto de vista lógico doctrinario, nada se opone a que una persona de 17 años, por ejemplo, posea un adecuado desarrollo mental y no sufra enfermedad alguna capaz de alterar sus facultades; en este caso, existiendo la salud y el desarrollo mentales, sin duda el sujeto es plenamente imputable. Ciertamente la ley penal vigente fija como límite los 18 años, por considerar a los menores de esa edad -- una materia dúctil, susceptible de corrección. Con base en la

efectiva capacidad de entender y de querer, en virtud de ese mínimo de salud y desarrollo de la mente, no siempre será inimputable al menor de dieciocho años. Actualmente es el Consejo Tutelar para Menores Infractores, quien promueve la readaptación social de los menores de dieciocho años, mediante el estudio de su personalidad y señalando medidas correctivas y de protección; interviene igualmente en la vigilancia del tratamiento respectivo. El artículo 2° de la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal dispone - la intervención del Consejo cuando los menores infrinjan las leyes penales, o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daño "a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo". Nuestra Constitución en el último párrafo del artículo 18 preceptúa "La federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores". (13).

Dentro del desarrollo mental insuficiente cabe mencionar, conforme a la legislación penal mexicana al menor de edad, que no aparece sólo la inimputabilidad, por regla general, el definitivo egreso de los menores de 18 años de la regulación del código penal, para quedar sometidos a un régimen jurídico especial. - En México se considera que el menor de edad infractor es inimputable, es decir, que no tiene la capacidad de querer y entender lo negativo del delito. Siendo inimputable, faltaría un elemento en la teoría del delito, que se forma por la acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad, siendo la imputabilidad el presupuesto de la culpabilidad. Nadie puede ser culpable si no tiene la capacidad de saber que lo que hace está mal. Por este motivo, el menor de edad no comete delitos y, por lo tanto, no es posible aplicarle una pena. Pero tampoco podemos dejarlo en libertad, una vez que ha demostrado que tiene una tendencia hacia las conductas antisociales. Por ello, lo aplicable al caso es la medida de seguridad. Esta medida de seguridad será determinada por el Consejo Tutelar para Menores, organismo

que tiene por objeto promover la readaptación de los menores mediante el estudio de personalidad, medidas correctivas de protección y vigilancia del tratamiento. El Consejo sólo puede intervenir en dos casos: primero, cuando el menor infrinja las leyes penales o el Reglamento de Policía y Buen Gobierno, o bien cuando manifieste tendencias a causar daños a la sociedad o a sí mismo. En cuanto un menor llega ante el Ministerio Público, éste debe inmediatamente ponerlo a disposición del Consejo. Al llegar al Consejo, el consejero instructor de turno escuchará al menor y a su promotor, y con base en los elementos reunidos, resolverá ahí mismo o dentro de las 48 horas siguientes la situación del menor, siendo tres las posibilidades: primera, libertad absoluta; segunda, entrega a la familia o a quienes ejerzan la patria potestad con sujeción a proceso, y tercera, internamiento en el centro de observación que corresponda. A partir de la resolución, el instructor tiene 15 días para integrar el expediente, que deberá contener los estudios de personalidad del mismo, y preparará un proyecto de resolución que pasará a la sala. Dentro de los diez días siguientes a la recepción del proyecto, se llevará a cabo una audiencia donde se hará el desahogo de las pruebas que se consideren necesarias y se oirá a las partes, y ahí mismo se determinará la situación del menor. En caso de no estar de acuerdo con la resolución, procede el recurso de inconformidad, no siendo impugnables las resoluciones que determinen libertad absoluta, ni aquellas que sólo tengan como sanción la amonestación. El recurso lo interpone el promotor por sí mismo, o a solicitud de quien ejerza la patria potestad del menor, y para ello tiene cinco días a partir de la resolución. La inconformidad se resolverá dentro de los cinco días siguientes a la interposición del recurso. La resolución final puede ser confirmatoria, revocatoria o modificatoria. Las medidas que el Consejo puede aplicar son: internamiento en la institución, o libertad vigilada, ya sea con su familia o dentro de un hogar sustituto.

Aspecto Criminológico. La razón de contemplar criminológicamente a los menores infractores se debe a la importancia que

tiene la niñez y adolescencia para la colectividad y el legislador. La criminología, en esta área, toma en cuenta a los reos peligrosos y a los que están en peligro. Como rasgo común del tema de interés tenemos la existencia de conductas socialmente irregulares. Los mejores infractores serán entonces aquellos sujetos menores de 18 años que manifiesten en su conducta un ataque a los bienes jurídicamente protegidos por la legislación o que adolezcan de una naturaleza que los aproxima al delito. Se toma en cuenta, para la explicación del fenómeno, el medio ambiente o colectividad de la que forma parte el menor, su entorno, así como la propia conducta. Tanto desde el punto de vista de la Escuela Clásica como posteriormente de la Escuela Positiva, se ha partido de definiciones de la desviación y causas de la misma desde una coordenada de regularidad-irregularidad o normalidad-anormalidad de los actos. Ello se logra según el criterio de casos más generales y mayoritarios, socialmente hablando, lo cual nos lleva a entender la conducta desviada como anormal en su caso concreto y, cuantitativamente hablando, como conducta irregular. A lo largo de la historia de la criminología dicho criterio se ha venido modificando hasta llegar a enfoques actuales de la nueva criminología, que destruyen los conceptos de patología-enfermedad y enfocan la problemática desde un punto de vista dialéctico y no longitudinal, tomando en cuenta aspectos políticos y económicos de un país o de una sociedad determinada. Pero volviendo a nuestro tema de interés, para la explicación de la conducta delictiva en menores es necesario que se tome en cuenta todo. Para ello es de vital importancia al contemplar tanto al individuo como a su medio ambiente. Es necesario, asimismo, precisar que dentro de los menores infractores se incluyen aquellos menores que realizan actividades "peligrosas" a la seguridad colectiva, se haya o no consumado el hecho. La conducta irregular de los menores infractores se examina a la luz de dos principales elementos causales, según las diferentes teorías clásicas o positivas de la criminología: 1. factores que se originan en el propio organismo humano o factores constitucionales en gene_

ral (herencia, insensibilidad de progenitores, deficiencias orgánicas, psicopatías, debilidad mental, psicosis, etc.). 2. factores que nacen en el medio circundante, también llamados exógenos, como la familia, el nivel socioeconómico en que el niño se desarrolla, ambiente de la ciudad, ocupaciones inadecuadas, amistades, medios de difusión, etc. Hasta aquí los estudios de la delincuencia y el crimen en menores se han solidificado en los orígenes clínicos, psicológicos y ambientales, coincidiendo en que los menores infractores estaban condicionados anormalmente por factores biológicos y ambientales. Se subraya el carácter permanente, irreversible y heredado del comportamiento criminal, sumando a ello la corrupción urbana. Autores representantes de las teorías subculturales como Clifford, Shaw, McKay, Cloward y Ohlin Matza parten de la existencia de una situación anímica en el adolescente para el desarrollo de la conducta desviada, según lo plantea el tan conocido pensamiento martoniano. Dicha situación, puntualizar, logra la formación de una subcultura con normas, estilo de vida, actitudes y comportamiento, diferente al resto: una subcultura de la desviación. Los autores precisan la tradición cultural que se trasmite bajo forma de valores criminales, mediante la asociación estable con aquellos de quienes se aprenden esos valores y esas técnicas. Dicha subcultura está básicamente desarrollada en los ambientes marginales, como si tales grupos favoreceran el desarrollo inminente de la desviación. Sin embargo, para el estudio de la delincuencia en menores, no sólo se puede admitir la existencia de una socialización defectuosa en el adolescente o una equivocada internacionalización de normas o una psicología específica en el individuo, que necesariamente lo lleven a la desviación. Ello los llevaría a una conceptualización parcializada del fenómeno delictivo en menores. Con este pensamiento se crean instituciones especiales para el encasillamiento, tratamiento y vigilancia de los jóvenes antisociales, en donde se trata a los adolescentes como si fueran naturalmente dependientes. Mediante este enfoque determinista, se desvía la atención a los aspectos anormales del comportamien

to discrepante. Es aquí donde surge la necesidad de conten
plar la reacción social, poniendo particular atención en las rel
laciones entre las reformas sociales y los cambios afines a la
 administración de la justicia penal, sus motivos, aspiraciones,
 así comb fines y métodos empleados para la creación de la legisl
lación. La retórica darwiniana y lambrosiana indicaban que los
 delinquentes eran una clase peligrosa que quedaba fuera de los
 límites de las relaciones moralmente reguladas y de reciprocil
dad. Con el surgimiento, 193 bis 4, consistente en su internal
ción por el tiempo necesario para su corrección educativa. (15).

El c.p. vigente, dando solución integral al problema jurídico
 de los menores infractores, los eliminó del ámbito de validez
 personal de la ley penal: los menores de dieciocho años que co
mente infracción a las leyes penales serán internados por todo
 el tiempo que sea necesario para su corrección educativa (art.
 119 c.p. y 109 Proy. 1946). Es enteramente acertado el critel
rio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en
 diversas ejecutorias, particularmente en la dictada con motivo
 del amparo que se solicitó en favor del menor Castañeda, en el
 sentido de que la ley no somete a los menores infractores a san
ción penal, sino a simples medidas tutelares y que el Estado
 las aplica en auxilio de la autoridad paternal, no en función
 del derecho de castigar, por lo que su aplicación no viola los
 artículos 16, 17 y 21 const. Las citadas medidas son señalal
das por los tribunales de menores. La integración del tribul
nal es colegiada y, cosa importantísima, forman necesariamente
 parte de él un abogado, un médico y un educador; además se ha
 establecido administrativamente la práctica de que uno de sus
 miembros sea mujer, lo que ha dado excelentes resultados. La
 Política Criminal en relación con los menores infractores consl
tituye hoy día seria preocupación del Estado, de los juristas y
 de la Universidad. (16).

3.2.3 MIEDO GRAVE

El miedo grave, intenso, anula la capacidad de conocer plenamenl
te y de optar entre la verificación de una conducta o su absten

ción, por lo que conforme a la fracción IV del artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor se estima como una excluyente de responsabilidad. El miedo es un fenómeno psicológico subjetivo, capaz de producir inconciencia, reacciones imprevistas y pérdida de reacción de la conducta, que engendra un estado de inimputabilidad, fundamentado en la alteración de las funciones psicológicas. La disposición citada se refiere a miedo grave y temor fundado, circunstancias que, siguiendo el criterio del maestro Fernando Catsellanos Tena no son asimilables, por lo que se deje el temor fundado para el estudio de la inculpabilidad. (17).

La fracción IV del artículo 15 del Código Penal habla de miedo grave y de fundado temor, que técnicamente no pueden identificarse. Por ahora sólo nos ocuparemos del miedo grave y al hacer el estudio de la inculpabilidad analizaremos el fundado temor. El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales. El miedo se engendra en la imaginación. Octavio Benjard Vázquez expresa: "Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de afuera para dentro". Debemos agregar que es posible la existencia del temor sin el miedo; es dable tener a un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor el proceso de reacción es consciente; con el miedo puede producirse la inconciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica, también en estos casos, los dictámenes médicos y psiquiátricos son de enorme valía para el juzgador. (18).

Del latín, metus. Perturbación del ánimo que pueda tener diversos grados, desde el simple temor hasta la angustia insuperable, provocada ya sea por una causa real exterior al sujeto, ya sea por una figuración imaginaria de la persona, generalmente -

circunstancial --en el supuesto de sujetos anormales--, o intermitente o permanente en ciertos estados patológicos de la psiquis. El miedo --en sus diversas matices-- es tenido en cuenta por el derecho para atribuirle consecuencias jurídicas o para negárselas. Constituye un principio jurídico incontestable aquel según el cual es permitido al sujeto todo lo que no está prohibido por la ley. El libre albedrío encuentra su tope sólo en las normas prohibitivas o en la custodia de valores superiores como son el orden y el interés públicos, la moral y las buenas costumbres, el intangible derecho de los demás. El miedo, como mecanismo inhibitorio, deformativo o desviatorio de la libre voluntad del sujeto de derecho, acarrea --en ciertos supuestos legales-- la nulidad o la anulabilidad del acto jurídico realizado bajo sus efectos. (19).

Miedo al decir de CARRANCA Y TRUJILLO, es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que realmente amenaza o que se finge la imaginación. Si el miedo grave tiene motivación exterior, por la existencia real de una amenaza, se asemeja al temor fundado, al constituir diversos grados de un estado psíquico provocado por un agente de entidad diferente al autor del hecho, del cual dimana un peligro real, inminente y grave (artículo 15, fracción IV). Pero si el miedo se produce por un mal o amenaza inexistente o imaginada, no tendrá más similitud con el temor que el constituir ambas excluyentes grados de un estado de conmoción psíquica pues mientras éste es fundado, aquél lo es infundado. Si el miedo grave nulifica la capacidad de entendimiento y la libre expresión de la voluntad, constituye indudablemente una causa de inimputabilidad; en cambio funcionará como causa de inculpabilidad, cuando, surgiendo a consecuencia de un peligro real, grave e inminente, no suprime en el sujeto dicha capacidad. (20).

3.2.4 TRASTORNOS MENTALES

El artículo 68 del Código Penal en vigor en el Distrito Federal, debe entenderse en el sentido de que las personas que sufren las

afecciones mentales que se indica, no son imputables y por tanto no deben encontrarse en centros penitenciarios, sino en establecimientos médico en los que reciban el tratamiento adecuado para su curación, atendiendo a su disminución o ausencia de facultades mentales. (21).

Indudablemente los casos planteados por el precepto --artículo 58 c.p.-- son de ausencia de imputabilidad; sin embargo el Código Penal sólo se refiere a los trastornos mentales transitorios para excluir la responsabilidad de quienes en tales condiciones ejecutan hechos típicos del Derecho Penal; dispone respecto a los enfermos mentales permanentes, sostiene --erroneamente-- la imputabilidad. Por su parte Villalobos escribe: "Basta leer la declaración categórica del artículo 8º sobre que los delitos son intencionales o de imprudencia, y recordar las nociones unánimemente admitidas respecto del dolo y de la culpa, para comprender que los actos de un alinado, aún cuando sean típicamente antijurídicos, no constituyen delito por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; todo demente se halla, por lo mismo, exento de responsabilidad penal (aun cuando ese excluyente sea suprallegal); y sólo cabe aplicarle medidas de seguridad y no penas. Sin esta interpretación, si el hecho de todo demente se tuviera como delito y la reclusión de los enfermos se equiparase a las penas, no podría tal medida tener una duración indeterminada por prohibirlo nuestra Constitución Federal; y tampoco sería practicable los procedimientos libres instituidos para casos de menores (también socialmente responsables), ni los reglamentados para los enfermos mentales, por los artículos 425 y 499 del Código Federal de Procedimientos Penales, ...Aún las personas no avaradas a estos achaques jurídicos se extrañarán justamente al advertir que, según lo anterior, enjuiciando a un demente, a un idiota, o a un oligofrenico, a un loco o a un enajenado plenamente, el juez tendrá que despojarse de su serena majestad para sentarse frente a esta clase de reos y simular todas esas diligencias encaminadas a tomarle declaración, carearle con los testigos,-

exigirle protestas y asumir muchas otras actitudes pintorescas en que parecerá entablar una competencia con la desviación mental del enjuiciado". Para el mismo autor, el desideratum sería que en tales casos no se trata de exigir responsabilidades ni de declarar derechos, sino de prevenir una peligrosidad patológica, pues no se pretende imponer penas o sanciones a los dementes, sino adoptar medidas administrativas, tutelares y de seguridad; propone también la expedición de una ley para tales enfermos, de manera que se pudieran aplicar a través de los tribunales, las medidas elementales requeridas por la seguridad pública, con la sola comprobación de ese estado peligroso y sin necesidad de esperar, monstruosamente, a que el enfermo cometa un homicidio o un incendio previsible y se tramite el sainete de un proceso penal, que no lo es, para decretar como sanciones tales medidas. (22).

En lo que atañe a la falta de salud mental, la moderna legislación mexicana se a cuidado de distinguir entre el trastorno mental permanente y el transitorio, sin entrar por ahora, a las diferencias de formulación que puedan darse en esta materia, importa señalar en términos muy generales que el trastorno mental permanente comprende las oligofrenias media y profunda, las demencias avanzadas, la psicosis esquisifrónica, y maniaco-depresivas, así como la psicosis exógenas. Más debatable es la inclusión en este cuadro de ciertas perturbaciones de origen anatomopatológico es reconocible, como las epilepsias, de ciertos psiconeurósisis, de los delirios sistematizados paranoicos y de las personalidades psicopáticas. (9).

3.2.5 ESTADOS DE INCONSCIENCIA.

Conforme al artículo 15 fracción II del Código Penal podemos agrupar la inconsciencia en tres grupos: a) Ingestión involuntaria de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes. - En este caso la ingestión de la sustancia debe ser accidental o involuntaria, no imprudencial no provocada por el sujeto, la voluntad de la persona que introduce en su cuerpo o que le es

introducida la sustancia debe ser ajena totalmente a esta in... gestión. b) Tox infecciones. Algunos padecimientos infec... ciosos pueden producir estados de inconsciencia de sus actos, por parte del sujeto, de incapacidad de conocer y de querer, - como en el caso de la rabia, la sífilis y otros males, en esas circunstancias el sujeto es inimputable. c) Trastornos men... tales patológicos transitorios. Es una alteración temporal-involuntaria de las facultades mentales, de origen patológico-y no tóxico. (23).

Para que opere la eximente por estado de inconsciencia transi... toria, precisa, por supuesto, la reunión de todos y cada uno - de los elementos consignados por el legislador. Pueden des... prender de la fracción II del artículo 15 del Código Penal, - tres diversas situaciones: 1º Inconsciencia por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes; 2º Incon... ciencia motivada por tox infecciones; y 3º Inconsciencia por - trastornos mentales de carácter patológico. a) Sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes: Respecto a la embria... guez, sólo habrá inimputabilidad, cuando sea plena y acciden... tal, involuntaria. No existe una diferencia precisa entre - los tóxicos y los enervantes. Algunos consideran a los tóxi... cos como el género y a los enervantes la especie (antes nues... tra ley se refería a enervantes); se substituyó ese vocablo - por estupefacientes). b) Tox infecciones. Por el padeci... miento de algunas enfermedades de tipo infeccioso o microbiano, a veces sobrevienen trastornos mentales, como en el tifo, la - tifoidea, la rabia o la poliomiélitis. En estos casos el su... jeto enfermo puede llegar a la inconsciencia. El juzgador - debe auxiliarse de especialistas para resolver lo conducente y al efecto, necesita tomar en cuenta los dictámenes de médicos- y psiquiatras. c) Trastorno mental patológico. Por tras... torto mental --dice Carrancá y Trujillo--, debe entenderse to... da perturbación pasajera de las facultades psíquicas. El - trastorno debe ser de carácter patológico y transitorio, ya - que nuestra ley pretende solucionar de manera diversa, los ac...

tos de enajenados mentales permanentes. (24).

En cuanto al trastorno mental transitorio, concepto que en la legislación penal mexicana más moderna ha venido decididamente a reemplazar al estado de inconsciencia del CP, se entiende que él engloba trastornos de génesis patológica y de raíz psicológica y que debe hacerse extensivo hasta el arrebato y el dolor moral cuando ellos conducen a los extremos de un verdadero trastorno mental. Muchos de los mencionados casos de trastorno mental permanente o transitorio, amén de algunos de desarrollo mental insuficiente, no acarrear la incapacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, sino la de determinarse conforme a esa comprensión. (9).

Por trastorno mental debe entenderse toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas, innatas o adquiridas, cualquiera que sea su origen. En este estado morboso de la mente debe quedar el sujeto incapacitado para decidir voluntariamente la acción criminosa, de suerte que ésta puede ser considerada como ajena y no propia de él. La psiquiatría descubre en numerosas psicosis y psicopatías (v.g. la cleptomanía, la piromanía, el delirio de persecución y la locura moral, ésta generadora de delitos contra la libertad o la seguridad sexual), síndrome de psicopatías generalizadas, como lo son todos los síntomas comunes: ilusiones, alucinaciones, obsesiones, impulsos, etc. De aquí se pasa a establecer la inimputabilidad atenuada o parcial, en las soluciones clásicas, porque todo delito ajeno al delirio característico es, en parte, imputable, siendo inimputable sólo aquellos delitos que fueron su objeto directo. Otra causa de trastornos mentales la constituyen los traumatismos cerebrales, que se manifiestan particularmente en forma de perversidad malignamente dirigida sobre personas que antes eran tenidas en la mayor estima. La imposibilidad de establecer fórmulas abstractas y generales hace que en cada caso individual de psicopatías sea inexcusable la intervención del especialista, que dictamine sobre el estado del sujeto concreto y sobre su personalidad peligrosa, a fin de evitar en lo posible errores judiciales,

tan frecuentes. Para lo que se hace indispensable que la Justicia Penal cuente con laboratorios o Anexos Psiquiátricos. Cuando por el empleo de una sustancia tóxica (v.g. quinina, atropina, yodoformo, ácido salicílico, tropocaina, etc.), se produce una intoxicación que provoca un estado de inconsciencia patológico, las acciones que en tal estado se ejecutan, no son apropiamiento del sujeto mismo, sino que puede decirse que lo son ajenas. Para que la exclusión de responsabilidad tenga, a la verdad, su base en la ausencia de causalidad psíquica del resultado por parte del sujeto, es condición que no quepa imputación ni a título de dolo ni de culpa. Entendemos que desde el punto de vista de la voluntad del sujeto las clasificaciones más propias de la embriaguez son: accidental, voluntaria y culposa o imprudente. La última es cuando el sujeto no ha tenido el propósito de embriagarse aunque conocía y debía prever los efectos de las bebidas embriagantes y el resultado dañoso que podía causar bajo su acción; la voluntaria es simple cuando el sujeto ha tenido el propósito de embriagarse, pero no de delinquir, y perordenada cuando la embriaguez tiene por fin ejecutar el resultado delictuoso previsto. También puede ser la embriaguez plena o semiplena, según el grado de influencia que ejerza sobre la conciencia del sujeto. Sólo habrá inimputabilidad cuando la embriaguez sea accidental y plena, pues entonces el sujeto dejó de ser, involuntariamente, causa psíquica del resultado. En todos los demás casos la imputabilidad, aunque puede estar en algunos casos atenuada, existe porque el sujeto ha sido capaz de voluntad revelando así una personalidad peligrosa; y hasta puede existir agravada, como en el caso de la perordenada; pues debe tenerse siempre en cuenta que la perturbación por intoxicación alcohólica, que no sea total o plena, es más o menos superficial y permite un cierto grado de autodomínio. (25).

De acuerdo con nuestro sistema penal, son irresponsables de los delitos cometidos, los menores de 18 años de edad, los enfermos mentales y los sordomudos, pero ello no significa que no se proceda en contra de los inimputables que violen las disposiciones penales. Por lo que se refiere a los menores, la ley que -

creó el Consejo Tutelar para menores infractores del Distrito Federal de 26 de diciembre de 1973, sin duda, una de las leyes más humanas y avanzadas de la materia dispone en su artículo 1° que "el Consejo Tutelar para Menores tiene por objeto promover la readaptación social de menores de 18 años en los casos a que se refiere el artículo siguiente, mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento" y en el 2, se fija su competencia, al precisar en qué casos el Consejo puede intervenir, que son "cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, así mismo, a su familia o a la sociedad, y ameritan, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo". Por lo que toca al robo, las estadísticas de las diversas instituciones de menores, señalan su elevado índice, a tal grado, que podemos afirmar, que es la típica infracción del menor en nuestro país y en el extranjero. No siendo responsables del hecho que ejecutan, "jugando limpio", dicen los menores infractores, por cuanto la víctima no supo defenderse o cuidar sus pertenencias, en curiosa justificación de su conducta, el Código Penal no se les aplica, sino que, en todo caso, se hacen acreedores a las medidas tutelares, correctivas o de readaptación social que marca la ley de la materia; los menores por el hecho de serlo, quedan fuera del Código Penal. El profesor Leo Kanner, en su obra Psiquiatría Infantil, y en relación al hurto, señala que aproximadamente veinticinco mil niños son acusados anualmente de hurto en los juzgados de menores del país (Estados Unidos). La gran extensión de estas conductas se hace más evidente si se considera que las pequeñas raterías cometidas en el hogar o en la escuela no llegan a los estratos de la justicia. Dada la universalidad del problema, es asombroso que se hayan hecho tan pocos estudios individuales de los niños que roban. Los motivos que impulsan al niño y al adolescente a robar son variados y complejos; el mayor porcentaje de los que roban pertenecen a

familias desorganizadas que viven en condiciones de miseria y - extrema pobreza, abandonados y sin escolaridad, pero influyen - también causas diversas; desorganización de la familia, difi- cultades entre los padres, deseo de llamar la atención, vengan- za en contra de los ascendientes desunidos, deseos de considera- ción y prestigio, fugas amnésicas y estados histéricos, etc. - Además, deben destacarse los fenómenos frecuentes en las gran- des ciudades, derivados del pandillerismo, la subcultura de la pobreza, la imitación, etc., que propicia la organización de - grupos que roban automóviles, emplean la violencia y son una - constante amenaza en el barrio o en la escuela, como lo son los porros, los "gang", fenómenos a los que no escapan adolescentes de familia acomodadas, de los que he conocido varios casos, que por el afán de aventura y como reacción contra sus padres, ro- ban, lesionan, escandalizan y son un constante peligro para sus compañeros y las zonas en que viven. Por lo que se refiere a los enfermos mentales, a éstos se les atribuye el acto, como - afirma Maurach, pero están exentos de culpabilidad, por cuanto carecen de la facultad de querer y entender y quedan comprometi- dos en el artículo 68, que los exime de responsabilidad, lo gra- ve es, que el artículo en cuestión amplió en forma absurda y po- ca técnica su campo de aplicación, por cuanto no se limita, co- mo en todas las legislaciones, a los locos, idiotas e imbéciles, sino que en el texto mismo hace mención, a "a los que sufran - cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales", de - donde resulta que de aplicar en sus términos la ley, la casi to- talidad de los delinquentes sería irresponsables. En efecto y en especial por lo que se refiere al robo, un elevado porcen- taje de los que hurtan o cometen los robos simples y cotidianos, son débiles mentales cuya capacidad de querer y entender si - bien disminuida no ha desaparecido del todo, por lo que no deben reputarse inimputables. Sólo los locos, imbéciles e idiotas caben dentro de ésta categoría y deban quedar sujetos a la apli- cación de la medida de seguridad prevista, en la fracción III - del artículo 24 del Código Penal, que debe durar hasta que los

peritos declaran que se encuentran en estado de remisión y los jueces puedan decretar su libertad. El loco o enajenado mental que comete un robo, no debe ser objeto de sanción alguna, sino de aplicación de medidas de seguridad, para lo cual debe seguirse un procedimiento similar al previsto en los artículos respectivos del Código Federal de Procedimientos Penales. Son igualmente inimputables los sordomudos en los términos del artículo 67 del Código Penal, en el que se acoge, un criterio biológico, pero funda, inexplicablemente, la falta de responsabilidad, en la carencia de instrucción o educación. Dicho artículo (67) resulta demasiado extenso, como lo afirma don Ignacio Villalobos, al no hacer distinciones entre sordomudos que los son de nacimiento y los que contrajeron su mal dentro de la primera infancia y los que perdieron sus facultades fonéticas o auditivas después de su formulación y quizá cuando habían alcanzado grados privilegiados de cultura y demasiado estrecho al suponer que la única causa de la delincuencia de estos enfermos, es la falta de educación o instrucción, y agrega se afirma que los entendidos, que la capacidad y responsabilidad de los sordomudos sólo puede ser determinada en cada individuo y dentro del supuesto que reduce la etiología del peligro a la falta de educación o instrucción ¿qué se hará con un sordomudo reincidente o con el que completó su educación antes del delito y aún antes quizá de contraer su enfermedad?. Por su parte, don Ricardo Abarca, afirma en su Tratado que, cuando la educación e instrucción del sordomudo ha terminado, cesa también la incapacidad de los sordomudos: el artículo 450 del Código Civil limita la incapacidad de los sordomudos a los que no saben leer ni escribir: como consecuencia, contraen responsabilidad penal por los delitos que cometen, pueden ser juzgados y debe imponérseles la pena correspondiente, sin perjuicio de que su estado motive la modificación del régimen de educación. Nuestro Código Penal, además de reputar inimputables a los menores, enajenados mentales y sordomudos, considera en la fracción II del artículo 15 - diferentes causas de inimputabilidad que excluyen de responsabi

lidad penal a los autores de hechos tipificados por la ley como delitos. Estas circunstancias son: "hallarse el acusado, al cometer la infracción en su estado de inconsciencia de sus actos, determinada por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estuperficientes o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio". El trastorno mental transitorio y la inconsciencia provocada por un estado toxicoefecioso agudo, que se presentan con más o menos frecuencia en los delitos de sangre, excepcionalmente suelen darse en los delitos patrimoniales, salvo en los daños, pero en el robo, tiene, además de su escasez, una particularidad, que rige también en los casos de embriaguez o de empleo de sustancias tóxicas; la naturaleza del hecho, en que se combinan elementos objetivos y subjetivos. El que toma una cosa en estado de inconsciencia, no realiza un acto de apoderamiento, pues ello requiere de dos elementos, uno material, o sea la remoción de la cosa y otro subjetivo, consistente en la voluntad de hacer entrar la cosa dentro de su esfera de poder. Como lo estimamos con anterioridad, es difícil que una persona, víctima de un trastorno mental transitorio, tome una cosa, pero si lo hace, al desaparecer la causa y se encuentra con ella, no es responsable de robo, pero si no la devuelve y se la queda y conscientemente, la hace entrar dentro de su esfera de poder, cometerá el ilícito, pues como sostuvimos en el capítulo II, no se requiere en nuestro derecho para la existencia del apoderamiento, que los elementos objetivos y subjetivos del hecho, sean simultáneos, como sostienen algunos autores, sino que pueden sucederse. Lo mismo sucederá tratándose de la embriaguez. Desde luego el sujeto debe perder la conciencia, pues si no la pierde, es decir, si se trata de un ebrio incompleto, el delito o mejor dicho la responsabilidad existe, como existirá también, si el uso del enervante no anula completamente su conciencia. Si ingiere las bebidas o usa enervantes para darse valor para cometer el robo, se aplican las reglas del instituto de la actio libera in causa y

será responsable del delito ejecutado. El ebrio que arrebate las cosas a una persona, si su ebriedad es incompleta, sostene- mos la existencia del robo, pero si es completa no sabemos si - al desaparecer la causa la habría devuelto o no y en ese caso, - no se ha consumado el robo, pues no se sabe si existirá o no el apoderamiento, no se le debe considerar autor de un robo, aún - cuando se le quite la cosa. En el caso que el sujeto que se intoxicó o embriagó culposamente, tome una cosa, responderá por robo, si no la devuelve al desaparecer su estado de intoxicación o no cometerá delito alguno si la devuelve al descubrir - que la tomó durante la ebriedad o sujeto a las complicaciones - de una droga. (26).

En el robo de frutos, se presentan la minoría de edad, que la - considero una semiminimputabilidad, en virtud de que se ven sometidos a un régimen especial de derecho penal, ante el Consejo - Tutelar para Menores Infractores. Se da el trastorno mental, por carecer el sujeto activo de entendimiento de los actos que realiza, el estado de inconsciencia, salvo que se hubiese provocado intencional o imprudencialmente, ambas figuras consagradas por el numeral 15 fracción II del c.s.p.v. Considerando que no es posible encontrar un caso de miedo grave consagrado en la fracción IV del mismo artículo antes mencionado.

3.3 CULPABILIDAD

La culpabilidad se identifica con la reprochabilidad hacia el - sujeto activo, por haberse éste conducido contrariamente a lo - establecido por la norma jurídica penal. Jiménez de Asúa de- fine la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamen- tan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Según Calsellanos Tena, la culpabilidad es el nexo intelectual- y emocional que liga al sujeto con su acto. (27).

Se considera culpable la conducta -- según Cuello Calón--, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada. "Al llegar a la culpabilidad --dice Jiménez de Asúa--, es donde el intérpre-

te ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró". Para el mismo maestro en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta anti-jurídica". Entre nosotros, Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales - en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer - el resultado; se caracteriza por la producción de un suceso - no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. Por ello consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. Para Villalobos, "la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa. (28).

De culpable, calidad de culpable y culpable del latín culpabilis. Aplícase a aquel a quien se puede hechar o echa la culpa. Delincuente responsable de un delito. El problema de la culpabilidad es el problema del destino mismo del derecho de castigar; sin embargo, el principio "no hay pena sin culpabilidad" no ha reinado siempre, pues el castigo, sobre todo - el castigo criminal, no ha estado siempre ligado al principio de culpabilidad, ni éste se ha manifestado constantemente con la misma estructura (Ruñer). La responsabilidad por el resultado, el versari in re illicita. Los delitos calificados por el resultado y la peligrosidad, que de dicho principio. El sistema de la "responsabilidad por el resultado" prescindiendo, a los fines de la responsabilidad, de la consciencia y volun-

tad del autor; conforme a él, el autor se liga a las consecuencias de la infracción por su sola condición de tal y no por su "culpabilidad". La vigencia de ese sistema ha ido variando - en las distintas épocas de la historia jurídico-penal. Entre los griegos, por largo lapso, el castigo no tuvo más fundamento que el delito objetivamente visto; lo propio puede decirse de Egipto y Japón, donde el principio se asienta en prejuicios religiosos. Por lo que respecta al derecho romano, no hay tal acuerdo, hay quienes no aceptan que su estado originario haya sido la fase "material objetiva", en la que se tiene en cuenta sólo el resultado dañoso (así Ferrini, *Diritto penale romano*, Milano, Hoepli, 1899). Para otros, en cambio, el derecho penal romano de los primeros tiempos desconoció el principio, introducido más tarde, de que "el concepto de delito requiere la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar" (así Mommsen, *El derecho penal romano*. Madrid: Hippel *Manuale di diritto penale*. Napoli, Jovene, 1936). El sistema de la "responsabilidad por el resultado" dominó la época germana y franca del derecho penal, así como la tardía Edad Media, sin desconocer que con el tiempo el derecho germánico - distinguió el hecho voluntario del involuntario y que, en alguna forma, desarrolló la teoría del dolo, de la culpa y del caso fortuito, dándose paso a la "responsabilidad por la culpabilidad" en la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) y en la legislación posterior (cfr. Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, p. 26). El antiguo derecho español, quizás influenciado por el cristianismo, admitió diversas causas de exclusión de la culpabilidad. Fue el derecho canónico el que sin duda ejerció una influencia considerable para la transición del sistema objetivo al subjetivo, ya que tuvo su teoría de la culpabilidad: distinguió el dolo de la culpa y asentó la imputabilidad penal en la libre voluntad y en el discernimiento, declarando inimputables a los locos, ebrios y niños. A partir del siglo XIX, en que se inicia la codificación penal en el sentido que actualmente - lo entendemos, la regla es la responsabilidad por la culpabili-

dad, que es uno de los principales postulados que hace valer - aquel movimiento producido en la ciencia del derecho penal a - partir de la segunda mitad del siglo XVIII conocido como escuela - la clásica: Carrara, Cormignanio, Rossi, y que se impone casi de manera total hasta inicios de la segunda mitad del siglo XX cuando aparece la llamada escuela positivista en Italia. El positivismo italiano (Lombroso, Ferri, Garófalo) rechazó el concepto de culpabilidad como fundamento de la pena, siendo la razón principal la indemostrabilidad científica del libre albedrío; concluyendo que, el delincuente, lejos de ser un hombre libre, es un ser determinado al delito, frente al cual el Estado le cabe actuar, en "defensa de la sociedad", con medidas repressivas adecuadas a su "readaptación social", sirviendo como criterio para medir aquellas la "peligrosidad" o sea, la capacidad para delinquir, y, como único fundamento de la intervención estatal, la situación de que el hombre, sólo porque y en tanto vive en sociedad, es responsable siempre de todo acto que realiza; surge así, en lugar de la "responsabilidad moral" basada en la libertad de voluntad, la "responsabilidad social", que es el criterio que en nuestros días defiende la corriente conocida como de la "defensa social", que es una derivación del positivismo anterior. De esa manera, los conceptos de "culpabilidad" y "peligrosidad" empiezan a transitar juntos el amplio campo del derecho penal y de la política criminal, como los puntos de conexión del sistema de reacción estatal frente a la comisión de un hecho antijurídico (cfr Moreno Hernández). Si bien la problemática de la culpabilidad es muy antigua y todos los autores penalistas se han ocupado de ella, su concepto y sistematización, tal como actualmente se la entiende, es de reciente data. Es apenas a partir de mediados del siglo pasado, con Merkel y Binding, cuando encontramos planteamientos de ella semejantes a los que modernamente se hacen. En el desarrollo de la dogmática jurídico-penal moderna, cuyo incuestionable iniciador fue Franz Von Liszt (1881), dos han sido fundamentalmente los conceptos que se han elaborado de la culpabilidad, uno "sicológico" y otro "normativo" que aún se mantienen en nuestros -

días y, a su vez, han dado origen a dos teorías correspondientes, siendo el segundo el que mayores transformaciones ha experimentado, sobre todo a raíz de la teoría de la acción finalista de Welzel. La concepción "sicológica" de la culpabilidad, que se corresponde con el naturalismo causalista y se fundamenta en el positivismo del siglo XIX, parte de la distinción tajante entre lo objetivo y lo subjetivo del delito, refiriéndose lo primero a la antijuridicidad y lo segundo a la culpabilidad. Esta, por tanto, es entendida sólo subjetivamente, como relación sicológica entre el autor y su hecho, que se agota en sus especies o formas: "dolo" y "culpa", y tiene a la "imputabilidad" como su presupuesto. Conforme a esta corriente, la culpabilidad sólo se anula mediante las causas que eliminan el proceso sicológico, como son: el "error" y la "coacción"; el primero destruye el elemento intelectual, la segunda el elemento volitivo (del dolo). Entendida así la culpabilidad y su exclusión, la concepción tropezó con grandes problemas. Por una parte, no podía explicar satisfactoriamente la culpa, en especial la culpa consciente, ya que el "nexo sicológico" presuponia una concepción de la culpabilidad basada fundamentalmente sobre el dolo. Por otra, no podía explicar la concurrencia de determinadas causas de exclusión de la culpabilidad, diferentes al error y a la coacción, como era p.e. el "estado de necesidad" con bienes de igual valor, ya que en éste la relación sicológica no se afecta. Para superar esas dificultades, surge la teoría normativa de la culpabilidad. La concepción "normativa" de la culpabilidad, es el resultado de una larga evolución doctrinaria, cuyo fundador es Reinhard von Frank, y se desarrolla en una etapa en que la dogmática recibe una gran influencia del pensamiento kantiano de la primera mitad del siglo XX, en su nueva vertiente de la escuela sudoccidental alemana de Baden Baden, y en que el derecho penal es entendido referido a fines y a valores. La culpabilidad, ahora, ya no es entendido sicológicamente sino "normativamente", como "reprochabilidad", y es la liga con la concepción

kantiana de la "retribución" por el contenido "ético" que el re procho lleva. La culpabilidad, pues, ya no se reduce simple mente a dolo y culpa, sino a un juicio de reproche que se da - tanto en las acciones dolosas como en las culposas. El pensa miento de Frank es continuado por James Goldschmidt (1913) y - Freudthal (1922) y llevado a su mayor desarrollo por Mezger - (1931), para quien la culpabilidad "es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al autor, la rg prochabilidad personal de la acción antijurídica". Los compo nentes de este concepto son: la imputabilidad, el dolo o la - culpa --o sea, la relación psicológica del autor con el hecho-- y la ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabili dad; de donde se desprende que la "imputabilidad" no es ya pro supuesto de la culpabilidad, que el dolo y la culpa son elemen tos o formas de la misma y no especies, y que, tanto las ci:___ - constancias acompañantes, la motivación normal o la exigibili:___ - dad, sólo aparecen en forma negativa, como exclusión de la culpa bilidad. Se trata, pues, de un concepto complejo o mixto, - porque junto a la base naturalista-psicológica aparece la teoría de los valores; es decir, junto a los elementos psicológicos - aparecen componentes normativos, que le imprimen una mayor colo ración ética al concepto y reafirman su corte retributivo. La concepción "normativa" de la culpabilidad producto de la elabo ración de la teoría de la acción finalista y del rechazo total tanto del naturalismo causalista como del naturalismo psicológico, fundamentan el juicio de reproche en la "posibilidad del autor de actuar de manera diferente", esto es, en la libertad de vo luntad para "motivarse de acuerdo a la norma". Conforme a - ello, "el reproche de culpabilidad presupone que el autor se - habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no es un - sentido abstracto de que algún hombre en vez del autor, sino que concretamente de que este hombre habría podido en una situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma" (Walzel, p. - 201). A esta concepción se llegó después de un proceso de - evolución que implicó librar una serie de batallas científicas-

con las diversas líneas de la llamada semántica "causalista", - que hasta los años treinta de este siglo era totalmente dominante, lo que determinó, naturalmente, el rechazo por parte de los finalistas del concepto "causal" o "naturalístico" de acción - del concepto y estructura del tipo que de ello resultaba y, finalmente, del concepto y estructura de la culpabilidad mixta. - En lugar del concepto causal, se sostiene ahora uno "final" de acción; el tipo, que en la mayoría de los casos se estructura - ba sólo de elementos objetivos, ahora es mixto, compuesto en todos los casos de elementos objetivos y subjetivos y entre estos se ubican el dolo y la culpa resultando que ya a nivel del tipo puedan distinguirse los delitos dolosos de los culposos. Como consecuencia de lo anterior la culpabilidad queda desprovista del dolo y de la culpa, es decir, del objeto de valoración y como componentes de ella se encuentran ahora: la imputabilidad, la posibilidad de conocimientos o conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad. Desde otra perspectiva, en la doctrina penal también se habla como posiciones antitéticas, de "culpabilidad de actos" y de "culpabilidad de autor", según que el juicio de reproche se haga al autor por su "acto" típico y antijurídico o por su "personalidad" lo que en cierta medida se corresponde con un derecho penal de acto y un derecho penal de autor. En relación a la "función" que desempeña la culpabilidad de las anteriores consideraciones doctrinarias se deriva que siempre han cumplido una función sistemática, por ser ingrediente esencial en la estructura del delito; es decir, se trata de un componente que junto a otros convierten a la acción en delictiva. Al concurrir en esta función necesariamente se convierte a lado del injusto también en presupuesto de la punibilidad, ya sea como "fundamento" de la pena o como "límite" de ella. - Como fundamento de la pena la culpabilidad sirvió para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución, entendida esta como imposición de un mal adecuado a la culpabilidad por el hecho antijurídico realizado. Como límite de la pena, en cambio, la culpabilidad sirve para limitar el poder de

intervención estatal, en tanto que la culpabilidad es el "límite máximo" de la pena (cfr. Roxin). Tanto el concepto normativo de culpabilidad como la función que tradicionalmente se le ha dado, se han elevado severas críticas. Al concepto normativo se le critica, por una parte, por partir de un presupuesto científicamente indemostrable, como es la "libertad de voluntad", lo que ha originado que algunos tomando una postura radical lo rechazan (así Ellscheid-Hassemer y Gimbernat), y otros, sin llegar al extremo de desecharla, sólo le señalan ciertos correctivos (así Roxin, Córdoba Roda, Mir Puig, Muñoz Conde, entre otros), y, por otra, por la dificultad de concebirla como un "juicio de reproche" (así Córdoba Roda). En cuanto a las funciones de la culpabilidad, para quienes proponen substituir la, ella tampoco puede constituir un fundamento racional de la punibilidad, al basarse en algo científicamente indemostrable; los moderados, en cambio, ven la necesidad de su mantenimiento, si bien no como fundamento si como "límite" de la pena. Desde estas dos posturas, la segunda parece ser la más razonable, ya que es conveniente mantener el criterio de la culpabilidad como presupuesto y límite de la pena, lo cual constituye una garantía para los individuos en un Estado de Derecho, y porque el derecho penal de culpabilidad es el que concibe al hombre como persona. Del articulado del CP, de 1931 es difícil derivar que la "culpabilidad" del autor sea el fundamento para la aplicación de la pena; más la no existencia de una disposición expresa no significa que se desconozca dicho principio, ya que hay disposiciones, como p.e. los aa. 51, 52, 53, 60 y 63, que mediante la interpretación nos puede conducir al reconocimiento del principio de culpabilidad. Pero su aceptación no puede ser total, ya que parece ser contravertida por el a. 9º, del propio CP, que presume la intencionalidad delictiva, sobre todo si partimos de la interpretación de que ese precepto hacen la doctrina y la jurisprudencia mexicanas. En la ciencia del derecho penal mexicano encontramos criterios que siguen el concepto puramente psicológico y otros que adoptan el concepto normativo

vo con contenidos psicológicos, es decir, mixto, de culpabilidad, conforme a los cuales dolo y culpa son formas o elementos de la culpabilidad, de suerte que la falta de ellos excluye a ésta - (cfr. al respecto Vela Treviño). De acuerdo a dichas concepciones, en el a. 8° del C.P., es donde se establece la distinción entre delitos dolosos y culposos, se encuentran señaladas las dos formas de la culpabilidad; de manera que, para hablar de la existencia de un delito, éste necesariamente tiene que haberse cometido o dolosa o culposamente y, en consecuencia, culpablemente; de donde se deriva que la culpabilidad si es un presupuesto de la punibilidad. Consecuentemente con esto, en el a. 9° del CP, según el cual la "intencionalidad delictuosa" (dolo) se presume y se presume también la culpabilidad dolosa. - Conforme a la teoría de la acción finalista, los aa. 8° y 9° del CP, se interpretarían de diferente manera, en virtud de la diversa ubicación que le da al dolo en la estructura del delito. (29)

Hemos venido insistiendo que el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, confirmando así lo precisado por la mayor parte de los autores contemporáneos: la culpabilidad es un elemento constitutivo del delito; sin él no es posible concebir su existencia. Esta verdad quedó apuntada por BELING al elaborar el principio "nulla poena sine culpa", cuyo rango es fundamental en el Derecho penal moderno. En amplio sentido la culpabilidad ha sido estimada como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (SIMENES DE ASUA: La ley y el delito, p. 379. Editorial Témis, 2° Edición, 1954), comprendiendo por ello a la imputabilidad, mientras en sentido estricto, como lo observa WELZEL, culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable (Derecho Penal, Parte General, p. 149, Depalma Editor, Buenos Aires, 1956). Desde este punto de vista la libertad de voluntad y capacidad de imputación, en suma, la imputabilidad, constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el re__

proche supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad. (30).

El examen de la fuerza moral que, según Carrara, concurre a perpetrar el delito, nos lleva a considerar la culpabilidad. Se le define como la relación psíquica de causalidad entre el actor y el resultado. El elemento moral en la acción incriminable sólo ha venido a ser reconocido en estadios superiores de la doctrina penal. Modernamente, Carrara escribió: el hombre está sometido a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral; por tanto, nadie puede ser políticamente responsable de un acto del que no es responsable moralmente; la imputabilidad moral es el precedente indispensable de la imputabilidad política. Y hoy, después del correccionalismo de Roeder, el positivismo defencista se expresa así: la acción u omisión sancionada en un c.p. no constituye delito por la sola objetividad material del hecho; éste debe ser siempre la expresión de una personalidad más o menos socialmente peligrosa, que lo es a causa de la propia condición psicopatológica o por falta de desarrollo psíquico o porque el hecho sea una acción del individuo determinado por intenciones delictuosas; si el hecho dañoso no es espontáneo (como en la fuerza física y en la sugestión hipnótica) el procesado puede decir con justicia que no es suyo y, por tanto, no debe responder legalmente de él; pero aunque el acto sea suyo, como exteriorización e índice de su voluntad, es preciso para que sea delito que haya sido determinado por una intención delictuosa o por un olvido de aquel mínimo de disciplina social que impone la vida civil (Ferri); es decir dolosa o culposamente. Como se ve, dolo, culpa y caso, como formas de elemento subjetivo del delito, corresponden ya a una realidad universalmente indiscutida. (31).

Entre los elementos que integran conceptualmente al delito no puede establecerse una jerarquía de valores, ya que todos tienen la misma calidad como partes integrantes de la unidad que denominamos delito. La culpabilidad, que es el elemento del

que nos ocuparemos en este trabajo tiene, sin embargo, una especial nota que la destaca entre los otros, por ser a través de ella que el derecho vincula un hecho con un hombre, para obtener de esta vinculación todas las consecuencias que previamente se han establecido. El hecho, en cuanto es relevante para el Derecho Penal, obliga al estudio de su tipicidad y antijuricidad cuando corresponde a una conducta humana; pero no es sino hasta que se pretende atribuir el hecho y sus consecuencias a un determinado sujeto, que se está actualizando la amenaza punitiva del Estado; de aquí que la culpabilidad debe ser destacada en importancia, aunque no en valor, respecto de los otros elementos del delito. El derecho Penal es sancionador pero busca siempre la realización de la justicia, o lo que es igual, se sanciona únicamente al culpable de una conducta típica y antijurídica. Para el Derecho Penal Mexicano, la culpabilidad es normativa y los jueces, al resolver el juicio de referencia relativo a la culpabilidad, deben fundar su resolución en la correcta interpretación del artículo 8º del Código Penal, tomando como bases fundamentales la exigibilidad y la reprochabilidad, por ser éstas las fórmulas más adecuadas para atribuir el resultado sobrevenido a una conducta que es propia del sujeto que la ejecutó, desde los aspectos volitivo y normativo. (32).

3.3.1 FORMAS DE CULPABILIDAD

La culpabilidad presenta dos formas básicas, que son el dolo o intención y la culpa o imprudencia. (27).

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa). También suele hablarse de la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la -

culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto. Tanto en la forma dolosa como en la culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio del orden jurídico. Porte Petit sostiene que el Código Penal mexicano incluye las tres formas de culpabilidad: el dolo, en el artículo 7; la culpa en el 8, y la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o con exceso en el fin, en la fracción II del artículo 9, como tercera forma de culpabilidad, de naturaleza mixta, regulada en el código como dolosa, lo cual equivale a decir que el delito es intencional sin serle (Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal, pag. 50). Nosotros creemos que no es posible hablar de una tercera especie de culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa; ambas formas se excluyen. Para la existencia del primero precisa que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada, o eventualmente, mientras en la segunda se configura cuando se obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste se realiza por la conducta imprudente, imperito, o negligente del autor. En estas condiciones, es difícil admitir subjetivamente la mezcla de ambas especies. Lo cierto es que el delito, o se comete mediante dolo, o por culpa, pero tratándose del primero, puede haber un resultado más allá del propuesto por el sujeto, y en la segunda, mayor de lo que podía racionalmente preverse y evitarse. En consecuencia, en el fondo coincidimos con quienes sostienen que no es correcto hablar de la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de culpabilidad. Para Villalobos, mas que de delitos preterintencionales, se trata de delitos con resultado preterintencional, por sobrepasar su efecto el límite propuesto por el agente. (33).

Tradicionalmente se han aceptado, como formas de culpabilidad, al dolo y a la culpa. Una fuerte corriente de la doctrina, en la cual destacan Marcelo FINCE y Otorino VANNINI, entre otros, ha visto en el delito preterintencional "una mezcla de dolo y culpa", fenómeno observado de tiempo atrás. Iniciando la ten

dencia al reconocimiento que caracteriza a los bienes conocidos delitos preterintencionales, ubicados por la mayoría dentro de la familia de los delitos dolosos. (34).

Atendiendo a la causalidad psíquica del resultado, la culpabilidad puede presentar dos grados diversos: dolo y culpa. La acción (acción u omisión) ha de contener una y otra para ser culpable a título de imputable, y, por tanto, para constituir - posible, aunque no necesariamente (p.e. caso de legítima defensa), delito. (35).

La acción o conducta, en cuanto se refiere a su propio contenido de voluntad, únicamente puede manifestarse, para los efectos de la culpabilidad, en dos formas: intencional o dolosa y no intencional o culposa. Conforme a lo que dispone el artículo 5º del Código Penal, las dos formas de manifestación de la conducta, para efectos de la culpabilidad, son las ya citadas. Si como antes se ha explicado, es de este artículo de donde puede obtenerse la conceptualización legal de la culpabilidad, es cierto, también que si exclusivamente se hace referencia a las formas que puede revestir la culpabilidad, o sean el dolo y la culpa, tenemos que aceptar que la exigibilidad, fundamento de la culpabilidad, sólo funcionará ante una conducta que lleve los contenidos psíquicos de intención o dolo o de no intención o culpa. Esto significa que, independientemente de los aspectos teóricos de la culpabilidad, conforme el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales las dos formas citadas son las únicas que pueden fundamentar el reproche del juez a la conducta determinada. Debe tenerse presente, sin embargo, que - atendiendo a nuestra posición normativista de la culpabilidad, reconocemos anticipadamente que cuando algún sistema normativo - (por ejemplo, el Código del Estado de Veracruz o el de Michoacán) incluya otra forma distinta de la culpabilidad, esta debe aceptarse como fundatoria del reproche dirigido a la conducta - que así se manifieste en cuanto a su contenido volitivo; pero, insistimos que para el artículo 8º, como aparece actualmente re

dictado, las dos únicas formas son las que en el se mencio__
nan. (36)

3.3.1.1 El Dolo

El dolo opera cuando en el sujeto activo se ha presentado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa con__
ducta, y decide en un acto de voluntad llevar a cabo lo que en su mente se representó. La conducta dolosa es intencional y voluntaria. El dolo tiene como elementos el moral o ético y el volitivo o psicológico, el primero contiene el sentimiento, - la concidencia de que se viola un deber, el volitivo o psicoló__
gico es la voluntad, la decisión de realizar la conducta. El dolo puede representarse de diferentes formas, pero podemos con__
siderar que existen cuatro especies principales que son: a) Di__
recto. El resultado corresponde al que habfa previsto el su__
jeto activo; b) Indirecto. Existe cuando el sujeto se repre__
senta un fin, pero prevé y acepta la realización necesaria de -
otros fines delictivos; c) Indeterminado. Es la voluntad qe
nérica de delinquir, sin fijarse un resultado delictivo concre__
to; y d) Eventual. El sujeto se propone un resultado delic__
tivo, pero se prevé la posibilidad de que surjan otros típicos
no deseados, pero que se aceptan en el supuesto de que ocurran.
(27)

Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad --
consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuo__
so, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuo__
so. Luis Jiménez de Asúa lo define como la producción de un
resultado antijurídico, con consciencia de que se quebrante el
deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del -
curso esencial de la relación de causalidad existente entre la
manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con vo__
luntad de realizar la acción con representación del resultado -
que se quiere o ratifica. En resumen el dolo consiste en el
actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un
resultado típico y antijurídico. El dolo contiene un elemen__

to ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. - El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico. Cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas. - Así se habla en la doctrina de dolo directo, indirecto, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado, etc. Nosotros nos ocuparemos de las especies de mayor importancia práctica. El dolo directo es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. El dolo eventual (confundido por algunos como indeterminado) existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptar. El dolo indeterminado es aquel que tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. (anarquista que lanza bombas). El dolo indirecto es aquel en que el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. (para dar muerte a quien va abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato). (34).

El dolo, la principal forma de culpabilidad, constituye tal vez el escollo más difícil en salvar en el estudio de la teoría del delito, pues en la elaboración de su concepto unos se apoyan en el elemento psicológico, en la voluntad, mientras otros lo hacen en la representación, en tanto el elemento ético que pretenden fundamentar en el conocimiento de la tipicidad del hecho, o de su antijuridicidad, o bien en la conciencia del quebrantamiento del deber, lo cual viene a poner en relieve la fórmula

ción de diversas teorías en la formulación de su concepto. En la formación del dolo concurren dos elementos esenciales: a) - un elemento intelectual consistente en la representación del hecho y su significación (conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijuridicidad, - como conciencia del quebrantamiento del deber), y b) Un elemento emocional o afectivo, no otro que la voluntad de ejecutar la conducta o de producir el resultado. Porte Petit, tomando en consideración las clases de dolo estudiadas por la doctrina, formula la siguiente clasificación: A) En cuanto a su nacimiento: a) Dolo inicial o precedente. b) Dolo subsiguiente. B) En cuanto a su extensión: a) Dolo determinado. b) Dolo indeterminado. C) En cuanto a las modalidades de la dirección: a) Dolo directo. b) Dolo eventual. c) Dolo de consecuencia necesaria. D) En cuanto a su intensidad: a) Dolo genérico. b) Dolo específico. E) En cuanto a su duración: a) Dolo de ímpetu. b) Dolo simple. c) Dolo de propósito. F) En cuanto a su contenido: a) Dolo de daño. b) Dolo de peligro. c) Dolo de daño con resultado de peligro. d) Dolo de peligro con resultado de daño. G) En razón de su categoría: a) Dolo principal. b) Dolo accesorio. H) En razón de su realización: a) Dolo posible. b) Dolo real. (38).

En derecho penal, volición, apoyada en el conocimiento correspondiente, que preside la realización de la conducta descrita - en los tipos de delito que requieren esa forma de referencia del sujeto a su propio hecho, a diferencia de los tipos de delito culposos, informados de culpa o imprudencia. Salvo algunos códigos locales, en general la ley mexicana no define el dolo. No lo hace, desde luego, el CP, que en cambio, define la imprudencia. Existe consenso, sin embargo, en que el dolo importa un saber (conocimiento) y un querer (volición), que apuntan a los elementos de la correspondiente figura de delito. a) El agente se halla en dolo cuando sabe o conoce lo que realmente ejecuta. Se trata, p.e., del tipo de homicidio doloso, el eje

cutor sabe que tiene ante sí un hombre vivo, que el arma que dispara sobre él está cargada y que, habida cuenta de la distancia de que tira, la zona del cuerpo a que apunta y demás circunstancias en que obra, el disparo ha de producir con mayor o menor grado de posibilidad la muerte de su víctima. Sostiene algunos que a ese saber o conocimiento debe agregarse, para completar este aspecto o intelectual del dolo, el de la significación jurídica o antijuridicidad de la acción u omisión legalmente prevista. Otros prescinden de este último conocimiento y prefieren incluirlo --reconociéndolo, por cierto, como extremotambién ineludible de la responsabilidad penal-- en la culpabilidad, tal como modernamente la entiende. b) A ese saber se suma, en seguida, un querer (volición), que es la decisión de realizar la acción, o, más precisamente, la voluntad realizada que la preside en el momento de ser ejecutada. Tal voluntad se apoya en el conocimiento de los elementos de la formulación típica, antes mencionada. Querer, pues, no es meramente desear sino dar determinación a un propósito, que puede ser, acaso, hasta desagradable para el propio agente. Es esa volición la que preside la realización del delito doloso. La clasificación más importante del dolo es la que distingue entre dolo directo, dolo indirecto o mediato y dolo eventual. En el dolo directo la voluntad del sujeto se dirige precisamente a aquello que constituye el delito. Así, obra con dolo directo de homicidio quien endereza su acción a dar muerte a un hombre, aunque ese resultado precisamente querido puede aparecer, en el hecho, como un efecto meramente probable, dadas las circunstancias, de la acción emprendida. Lo que importa es que ese resultado, la muerte de un hombre, sea el efecto a que se dirige la voluntad. A esta especie o forma de dolo conviene tal vez más propiamente el vocablo intención, que es el término con que el CP designa el dolo. En el dolo indirecto o mediato y en el dolo eventual el resultado delictivo que al autor se le imputa a esos títulos no es la meta, delictiva o no, que él pretende alcanzar con su acción, pero ese resultado aparece a su men_

te vinculado a ella de modo necesario o posible, con independencia de que el agente lo desee o no. Trátase de formas amplias de dolo respecto de la producción de consecuencias accesorias, representadas como de ocurrencia segura o posible: segura en el dolo indirecto, posible en el dolo eventual. Solo esta representación debe imperar indispensablemente, como en toda especie de dolo, la voluntad, que cuenta con la aparición de la consecuencia accesoria y no retrocede ante ella. (39).

De lo dicho aparece que para nuestra ley penal el dolo puede ser considerado en su noción más general como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o sea dañada. Sobre ser voluntaria la acción deberá estar calificada por la dañada intención para reputársela dolosa. Obrará pues, con dañada intención aquel que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, representándose las circunstancias y la significación de la acción. Un querer algo ilícito, voluntaria e intencionalmente, es la base sobre la que se sustenta el concepto legal de dolo. Elementos constitutivos del dolo son, pues, la provisión del resultado ilícito, la voluntad o decisión de producir ese resultado y la contemplación más o menos clara y completa de las circunstancias de la acción causal. Según los tipos estas circunstancias pueden ser objetivas, subjetivas o normativas. Reveladoras de distintos grados psicológicos son las clases de dolo. Debe diferenciarse, en primer lugar, el dolo genérico del específico. El genérico consiste en la voluntad sceleris o dañada intención a que ya nos referimos, la que en materia penal se presume siempre por lo que no requiere prueba. El específico es la intencionalidad predicada por una voluntad dañada esencial; la ley debe consignarlo en cada caso (p.e. conocimiento del parentesco en el parricidio, el estado civil de casado en el adulterio, etc.), y no se presume sino que debe probarse, correspondiendo su prueba al Ministerio Público. Desde Carrara se distinguió el dolo determinado (intención directa de producir el resultado previsto) del indeter-

minado (intención indirecta), llamados también directo e indirecto y cuya diferencia esencial radica en que en el uno el resultado corresponde a la intención y en el otro no, pues es dañada in genere. En nuestro derecho no se define ni al uno ni al otro; sólo, por razones de técnica legislativa, se precisa la fisonomía del indeterminado y se consigna en los correspondientes tipos el específico. (40).

La definición del dolo es un problema largamente analizado por la doctrina. Independientemente de las consecuentes diferencias que resultan de una afiliación al psicologismo o al normativismo, en orden a la culpabilidad, impera en la actualidad una ubicación del dolo en la teoría de la acción siguiendo las ideas de Welzel. Soler, quien como hemos dicho aparece afiliado al psicologismo, define el dolo diciendo que existe "no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado". Por su parte, Mezger afirma que "actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado". Como consecuencia natural de la teoría finalista de la acción, según la cual algunos de los elementos del delito varían en su ubicación y se produce una nueva sistemática, Welzel considera que "dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo". Para llegar a ésta afirmación, sostiene el autor alemán que "el dolo penal tiene siempre dos dimensiones: No es solamente la voluntad tendiente a la concreción del hecho sino también la voluntad apta para la concreción del hecho. Esta función finalista-objetiva del todo para el hecho es siempre presumida en el derecho penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y decisión del hecho. Con esta función el dolo pertenece a la acción, por que distingue la estructura finalista de las acciones típicas dolosas, de la estructura solamente causal de producción de las acciones típicas culposas". En las citas del concepto de dolo con que hemos iniciado el presente capítulo es conveniente incluir una

referencia al recientemente fallecido Luis Jiménez de Asúa. - Expresa el maestro español que "dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia de no hacer) que se quiere o consiente". Atendiendo a su propia definición, considera Jiménez de Asúa que quedan conjugadas las teorías esenciales respecto del dolo, que son la de voluntad y la de representación, y al mismo tiempo vale el concepto para el llamado dolo directo y para el dolo eventual. Con esto surge una tercera teoría, que vincula a las dos anteriores. (41).

3.3.1.2 LA CULPA

La culpa o imprudencia la encontramos cuando el activo no desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado previsible delictuoso. En este caso la conducta es imprudencial, culposa o no intencional. Los elementos de la culpa son: una conducta positiva o negativa, ausencia de cuidados o precauciones exigidas por el Estado, resultado típico-previsible, evitable y no deseado y una relación causal entre la conducta y el resultado. Las especies de culpa son las siguientes: a) Consciente, con previsión o con representación. Existe cuando el sujeto activo prevé la posibilidad de un resultado ilícito penal, pero no desea tal resultado y espera que no haya tal evento típico. b) Culpa inconsciente, sin previsión, sin representación. Esta especie de culpa se da cuando el resultado, por naturaleza previsible, no se prevé o no se representa en la mente del sujeto. Algunos autores clasifican la culpa inconsciente o sin previsión en lata cuan

do el resultados previsible por cualquier persona, leve cuando es previsible por una persona cuidadosa y levisima por los extremadamente cuidadosos. (42).

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia - debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por - la ley (Cuello Calón). Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que penalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever (Edmundo Mezger). Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento; es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término, que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero: - los resultados del acto han de ser previsible y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no - querido. (Si el resultado es querido o aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa). Dos son las especies principales - de la culpa: consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación. La culpa - consciente, con previsión o con representación, existe cuando - el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causada y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción. Como ejemplo de - esta especie de culpa, puede citarse el caso del manejador de - un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas que los frenos funcionan defectuosamente; no obstante de representarse la posibilidad de un atropello, impulsa velozmente la máquina, con la esperanza que ningún transeúnte se cruzará en el camino. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiado en la no realización del evento desarrolla la conducta. La culpa es inconsciente,

sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Para Soler se da esta clase de culpa, cuando el sujeto no prevé un resultado por falta de diligencia. Es, pues, una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada. Puede imaginarse el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar. El evento era indudablemente previsible, por saber todos lo peligroso del manejo de las armas de fuego; sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado. A la culpa sin representación o conciente solía clasificarse en lata, leve y levísima, siguiendo el criterio que priva en el campo del derecho civil, según la mayor o menor facilidad en la previsión. La moderna doctrina penal ha dejado en el olvido tal clasificación, pero en nuestra legislación penal encuentra aceptación sólo por cuanto la gravedad o levedad de culpa hace operar una mayor o menor penalidad. La culpa es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona. Leve si tan sólo por alguien cuidadoso, y levísima únicamente por los muy diligentes. (43).

Del latín culpa. En el lenguaje alemán (derecho penal), se sostiene por algunos que la palabra culpa (Fahrlässigkeit, de fahren lassen) puede tener tres significados: a) dejar fuera de cuidado, descuidar o actuar sin atención; b) actuar sin dolo, y c) dejar las cosas al acaso. Conforme a otros, la culpa (de warlose) sería falta de observación, atención, cuidado o vigilancia. Y aún cuando no hay unidad de pareceres, lo cierto es que en la raíz de culpa hay siempre la omisión de algo: cuidado, atención, vigilancia, etc. En el lenguaje no especi-

ficamente penal, culpa equivale a imputación personal de responsabilidad. En una acepción mucho más estricta y de técnica - latina, la culpa es una de las formas posibles de manifestarse la "culpabilidad" penal, en un grado psicológico, moral y jurídico inferior a la otra principal: el dolo. De ahí que la idea de culpa se la ha ligado siempre a la de cuasidelito, por ser un estado intermedio entre el dolo y el caso fortuito, pues mientras que en el dolo existe previsión efectiva y por consiguiente conciencia del resultado, en la culpa hay tan sólo posibilidad de previsión, y en el caso fortuito ni previsión ni previsibilidad. El substratum de la culpa, por tanto, es distinto del dolo, ya que en ella los factores intelectual y volitivo no operan con la misma intensidad que en éste. Al dolo se le considera como el grado mayor de culpabilidad y, por ende, de responsabilidad; en la culpa, en cambio, el elemento intelectual (previsión efectiva) queda substituido por la previsibilidad, y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente, una conducta que no presta la atención que se debe prestar y, por tal razón, ocasiona un resultado prohibido. En los tiempos anteriores a la república romana, la voz culpa poseyó un significado muy amplio, pues indicaba la "imputabilidad" o "culpabilidad" en general; luego se la utilizó de un modo ambivalente y, en muchos casos, de manera incierta, para expresar no sólo la culpa genérica (lato sensu), sino también la negligencia, impericia, falta, imprudencia (stricto sensu); siendo éste último el sentido que adquirió en la evolución posterior del derecho romano. En el derecho alemán, durante la Edad Media los cuerpos legislativos desconocieron totalmente el concepto de culpa; éste llegó a través de la ciencia penal italiana, que se había dedicado a comentar los textos romanos. El cuerpo legislativo que sirvió de cauce de expresión a la ciencia italiana en los estados alemanes, fué la Carolina (Constitutio criminalis carolina, 1532), pero la recepción trajo consigo grandes defectos, como el principio del versari in re illicita y la designación de "cuasidelito" para los delitos culposos, que

se siguieron manteniendo aún en las legislaciones posteriores. La lenta evolución del derecho penal, desde la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado hasta las más sutiles formas culposas, aún no está terminada, sobre todo cuando todavía hay leyes que suelen contentarse con tipificar concretas y contadas figuras culposas, como el homicidio por culpa, que dificultan construir una doctrina general. El lenguaje legal suele emplear preferentemente los términos de imprudencia y negligencia, que en la práctica son equivalentes al de culpa, preferido, en cambio, en el léxico científico actual. Así por ejemplo, el CP español, desde su redacción de 1848, escribió en su texto: imprudencia, desdeñando la más exacta fórmula de culpa que figuraba en el de 1822. En la legislación penal mexicana, el CP de 1871 hablaba correctamente de "culpa" (aa. 6, 11, 12, 14, 15 y 16); el código de 1929 designó los delitos culposos con el término de delitos por imprudencia (a. 12), que perdura en el código vigente de 1931 (a. 8°) junto a la expresión de delitos no intencionales. Ceniceros y Garrido, autores de este último cuerpo de leyes, dicen que lo hacen así por creer que la tendencia en los códigos modernos es "no utilizar la denominación de los delitos culposos" (La Ley penal mexicana, México, 1934, p. 45); Carrancá y Trujillo, en cambio, ataca dicho término por ser una forma de la culpa y no poderse definir el género con la especie (Derecho penal, t. 1, p. 230). Los diversos proyectos de reforma (1949, 1958, 1963) enmiendan aquellas expresiones y adoptan la más técnica y correcta de delitos culposos en cuanto al sistema que se sigue respecto al tratamiento que se da a los delitos culposos, se establecen ciertas clasificaciones o grupos a saber: a) códigos que siguiendo el sistema romano y medieval, presiden de una deificación dogmática de la culpa en la parte general y que se limitan a configurar y sancionar, en la parte especial, ciertos delitos culposos (así el CP, francés, el luxemburgués y el belga); b) códigos que en las disposiciones generales de su texto, dan una noción comprensiva de la culpa, sin condicio

narla taxativamente a que las figuras culposas se tipifiquen en la parte especial (ejemplo, código, bávaro de 1813, de Bolivia, Chile, Costa Rica, y otros vigentes hasta 1970); c) códigos - que no definen la culpa en la parte general, pero enclaban en la especial una definición amplia; d) códigos que se refieren a la culpa en la parte general y hacen constar en ella que los delitos culposos sólo se castigarán en aquellos casos taxativamente establecidos, y e) modernos códigos y proyectos que dan en la parte general una definición de la culpa y limitanse en su punición a los casos taxativamente tipificados en la parte especial. Mención especial, en cuanto a la sistematización de la culpa criminal, merecen las legislaciones anglosajonas, por la desmedida y rigurosa acepción que presentan a la vieja máxima del *in jure illicita tenetur etiam pro casu*; la ilicitud inicial priva de relevancia a la culpa como tal, destruyendo su esencia por una teoría del common law, que habla de la "malicia implícita". El CP mexicano de 1931 emplea el término imprudencia y define ésta como "toda imprevisión, negligencia, imprudencia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional" (a. 3°); pero también dice, p.e. que el abor- to causado por imprudencia de la mujer "no es punible" (a. 333), con lo que además de la definición, señala taxativamente los casos en los que se cotiza o no la culpa. El tratamiento que la dogmática jurídico-penal le da a la culpa varía. Para la generalidad de la doctrina tradicional, la culpa es elemento o forma de la culpabilidad; es decir, la culpa, junto al dolo, es un problema de la culpabilidad, conforme a la concepción puramente "sicológica de la culpabilidad" la culpa es una especie de ésta; pero como la culpabilidad es entendida como "relación sicológica" con el resultado, dicha relación también tiene que darse en la culpa, lo que provoca grandes dificultades sobre todo para la llamada culpa "inconsciente". De acuerdo a la concepción normativa de la teoría causalista, la culpabilidad ya no se resulte a dolo y culpa, sino que es un "juicio de reproche" que se hace al autor, por lo que dolo y culpa no son espe-

cies sino elementos o grados de la culpabilidad; es decir, respecto de su ubicación sistemática no se produce cambio fundamental alguno. Ese cambio se opera con la teoría finalista, al extraerse los elementos dolo y culpa de la culpabilidad y se los ubica en la acción típica es decir, la teoría finalista incluye la culpa y el dolo en el injusto, las acciones culposas o dolosas son presupuestos necesarios de la culpabilidad, pero no componentes de la misma. En la doctrina penal mexicana priva la concepción de que la culpa es un problema de culpabilidad, ya sea que se le considere como especie, grado o forma de la misma. Lo propio sucede en la jurisprudencia. (44).

La experiencia diaria nos demuestra cómo en ocasiones la conducta humana, no proyectada voluntariamente a la producción de un daño, lo origina causalmente. En tales situaciones afirmase la existencia de culpa cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable a virtud de la inobservancia de la prudencia, atención, pericia, reglas, órdenes, disciplinas, etc., necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos. En la formulación del concepto de culpa entran diversos ingredientes de naturaleza bien diversos, no podemos de manera alguna prescindir de la previsibilidad como tampoco del deber de cuidado exigidos por la ley al punir determinadas consecuencias de la conducta humana. La voluntad tiene importancia referida concretamente a la acción o inacción del sujeto, pero no debe conectarse con el evento dañoso. El carácter evitable del acontecimiento luctuoso juega igualmente importante papel en la culpa como lo destacó BINDING. En todo acontecimiento culposo si incumple un deber, más no el deber de observancia de la norma prohibitiva que sancione el resultado típico y antijurídico, sino de otro diverso formulado implícitamente en la obligación de abstenerse. El sujeto debe limitar sus actos a las actividades o inactividades que no rebasen la línea abstracta que conduce a la creación de un peligro, pues con ello está infringiendo un especial deber de cuidado o una

prohibición expresa impuesta por la ley, la costumbre o la razón. El incumplimiento de ese deber o de esas obligaciones es voluntario por originarse con la acción o la omisión que causalmente producirá el efecto dañoso, más dicha voluntad no es voluntad de causación del resultado. La función de la previsibilidad del evento no tiene la importancia que antaño se le reconoció, pues por sí misma carece de relevancia, lo que aparece claramente comprobado por la existencia de la culpa consciente, en la cual el agente prevé el efecto dañoso aunque no lo quiere ni lo acepta. Tiene por ello razón ANTOLISELLI cuando, al dar a la previsibilidad el carácter de un juicio, niega que éste constituya la esencia de la culpa. Podemos, en consecuencia, relacionando los elementos dispersos enunciados, definir la culpa como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres. Despréndense de la definición anterior, como elementos de la culpa: a) Una conducta voluntaria (acción u omisión), reconocida unánimemente, pues sólo el hecho producido por la acción u omisión voluntarias puede originarse un juicio de culpabilidad. b) Un resultado típico antijurídico. Al referirnos a la culpabilidad dejamos establecido que el juicio en que se hace consistir el elemento subjetivo del delito, presupone necesariamente un hecho típico y antijurídico, lo cual significa que el acontecimiento sobrevenido, en nexo causal con la acción u omisión, se adecúa perfectamente al hecho comprendido en un tipo penal y que el mismo resulta contrario a la norma en el juicio objetivo de valoración. c) Nexos causal entre la conducta y el resultado. No puede prescindirse de este elemento en la formulación del concepto de la culpa. Para poder atribuir el resultado al agente se precisa la relación causal de la conducta con aquél, problema tratado con la debida amplitud al examinar el primer elemento del delito. d) Naturaleza evitable del evento. Sólo tomando en cuenta la

evitabilidad del resultado puede fundamentarse la violación de los deberes de cuidado impuestos por la ley y la sana razón, - pues a nadie puede reprochársele su incumplimiento si el evento era inevitable. e) Ausencia de voluntad del resultado. Sin discusión alguna, el delito culposo excluye la posibilidad de - la voluntad del sujeto respecto al resultado. En él no exis_ te intención delictiva, ya por falta de previsión o por la espe_ ranza de que el mismo sobrevendría. f) Violación de los debe_ res de cuidado. La obligación del sujeto de cumplir con el - deber de cuidado genera, al realizar la conducta contraria que - implica su violación, la responsabilidad culposa cuando con - ello se produce el resultado. Aun aceptando que la previsibi_ lidad constituya la base misma de la culpa, la falta de previ_ sión carecería de importancia si no fuera por la existencia del deber; la imprevisión o la previsión concurrentes con el acto inicial voluntario, que casualmente produce el resultado, son - culposas precisamente a virtud del incumplimiento de ese deber de cuidado, pues éste tendía específicamente a evitar el daño - concretamente producido. La conciencia de ese deber aparece con la claridad en la culpa con representación. En ésta, lo aclara MEZGER, sólo puede consistir en el conocimiento de una - relación entre el deber infringido y el resultado, de manera - que el agente "no sólo debe haber conocido el deber como tal, - sino que debe haber sido consciente también del deber, que la in_ cumbía"; debe haber sido consciente de que dicho deber tenía - el sentido de evitar resultados de esta especie". La culpa - se clasifica en consciente, llamada también con representación o previsión e inconsciente, denominada igualmente sin representa_ ción o sin previsión. Existe culpa consciente cuando el suje_ to ha representado la posibilidad de causación de las consecuen_ cias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha te_ nido la esperanza de que las mismas no sobrevengan. Por el - contrario, es ésta en presencia de la culpa inconsciente (sin - representación) cuando el sujeto no previó el resultado por fal_ ta de cuidado, teniendo obligación de prevenir por ser de natu_

raleza previsible y evitable. Desde el Derecho Romano ha venido distinguiéndose la culpa en lata, leve y levísima. Se considera lata cuando la generalidad está en condiciones de prever el resultado; leve, cuando sólo los hombres diligentes pueden preverlo, y levísima en razón de la extraordinaria diligencia, muy poco común en el hombre, requerida para prever la posibilidad de los daños causados. (45).

La culpa es otro de los grados de la culpabilidad. Se ha dicho que en nuestro Derecho Penal los delitos pueden ser: I, intencionales o II no intencionales o de imprudencia (art. 8 c. p.); de donde resulta que los delitos de imprudencia se caracterizan por la falta de intención, por haber producido un resultado no querido, pero que es efecto necesario de la imprudencia (culpa) del sujeto, lo que justifica la imputación legal. Se define la culpa como el obrar sin diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley (Cuello Calón); o como la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe, pudiendo preverse la aparición del resultado (Mezger). La culpa es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño penalmente tipificado. La teoría del delito de imprudencia se integra en nuestro derecho, con los siguientes elementos: a) un daño con tipicidad penal; b) existencia de un estado subjetivo de culposidad consistente en imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o falta de cuidado, el cual se manifiesta en actos u omisiones; c) relación de causalidad física, directa o indirecta, entre los actos u omisiones y el daño; y d) imputación legal del daño sobre quien, por su estado subjetivo de culposidad, produjo el acto u omisión causal. Se distingue entre culpa consciente o con previsión, en la que se prevén las consecuencias del resultado esperando que no ocurran; y la inconsciente o sin previsión en la que no se prevén dichas consecuencias. También, desde el derecho romano, se distingue entre culpa lata, leve y levísima, según que hubieran podido prever el resultado todos los hombres, sólo los diligentes o sólo los extraordinariamente diligentes (Carrara).

La última debe pasar sin sanción, según la opinión más generalizada; las otras deben tener sanción inferior al dolo, mayor en la primera que en la segunda. En nuestro derecho se distingue entre culpa leve y grave y se deja su calificación al prudente arbitrio del juez, para lo que deberá tomar en cuenta, especialmente, la mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño, si para esto bastaran una reflexión, o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia, si el acusado delinquirió anteriormente en circunstancias semejantes y si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y el cuidado necesarios (art. 60 c.p.). Podría agregarse que también se admite en nuestro derecho la culpa levisima, y que incluso se la define en algún caso como un delito de imprudencia tan leve que no produzca lesiones o cause únicamente daños en propiedad ajena por un valor de menos de cien pesos (art. 62 c.p.); lo que no es otra cosa que la definición de culpa levisima, cuya consecuencia penal es una penalidad mínima (multa hasta de la misma cantidad que importe el daño más la reparación de éste) y que el delito pase a convertirse en privado haciéndose necesaria la previa querrela del ofendido para su persecución. En nuestro derecho los delitos de culpa se denominan genéricamente no intencionales o de imprudencia, y se cometen por imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado (art. 9 fr. II c.p.).

Ahora bien, notemos que la imprudencia es un hacer omitiendo algo, mientras que la negligencia es un no hacer; la primera tiene eficacia activa, en tanto que la segunda eficacia pasiva. Ello nos impone la primera crítica: no puede ser imprudente la que es negligencia, como no puede la especie constituir el género. Por otra parte, la imprevisión y la falta de reflexión o de cuidado, como que son la exteriorización de todo aquello por lo que se omite en la culpa, son elementos comunes a todas las especies culposas y no puede, por ello mismo, quedar erigidas en especies propias, pues les faltaría la última diferencia. De la enumeración legal sólo quedan con propia sustantividad la negligencia y la impericia. De donde puede afirmarse que, en nuestro derecho, las especies de delitos no intencionales, sólo

están constituidas por la negligencia y la impericia, una u otra por imprevisión, falta de reflexión o de cuidado. Se omitió, evidentemente, una importante especie con inconfundible sustantividad: la imprudencia. Igualmente está ausente otra; la falta de aptitud, que no es lo mismo que impericia. De lo dicho se concluye que la clasificación que adoptó nuestro derecho es incompleta y que la denominación sustituyendo a la clásica - de culpa no es apropiada. (46).

Como hemos expresado, la ley emplea las expresiones "no intención" o "imprudencia" para caracterizar lo subjetivo de la conducta. Nunca es adecuado o conveniente definir el contenido de algo empleando negaciones, por razones puramente lógicas, para entender la negación de algo es prescindible el perfecto conocimiento de su faz positiva o afirmativa y si como hemos visto, respecto del dolo o intención no existe unificación en cuanto al contenido conceptual, sólo se consigue llevar al campo del nuevo concepto que se busca toda la problemática relativa al que le precede en su aspecto positivo. Por ello preferimos no utilizar la expresión "no intencional" para referirnos a esta forma de culpabilidad. Por lo que toca al término "imprudencia" que la ley mexicana asimila prácticamente como sinónimo de la intención, según se observa en el mencionado artículo 8º, es un vocablo que desde el punto de vista de la gramática tiene un contenido diverso al que el Derecho la ha proporcionado; si bien es cierto que la interpretación gramatical no obliga a idéntica interpretación jurídica, siempre que sea posible es preferible eliminar un problema antes de que aparezca actualizado en el campo del Derecho. Gramaticalmente se entiende por imprudencia la punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el acto, serían delitos. Según esta definición, la imprudencia, con las características que se atribuyen, conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia, serían delictuosos; sin embargo, por disposición expresa de la ley, la forma imprudencial del comportamien-

to, en orden a la culpabilidad, es constitutiva de delito cuando se reúnen los otros requisitos de la unidad conceptual denominada delito, lo que nos debe llevar a la ineludible conclusión de que a la imprudencia, como la nombra la ley, corresponde a un contenido diverso al puramente gramatical que, incluso, resulta contradictorio con el concepto jurídico. Es por estas consideraciones que tampoco nos parece que "imprudencias" sea el término más adecuado para denominar a esta forma de manifestación de la culpabilidad. Para la exposición del tema emplearemos la palabra "culpa" que debe entenderse como segunda denominación, en orden a la culpabilidad y sustitutiva de "no intención o imprudencia" cuando la referimos a nuestra legislación positiva. La culpa como segunda forma que puede revestir la culpabilidad, en el aspecto conceptual se ha entendido como opuesta al dolo; en esta hay una voluntad tendiente a la concreción del tipo y una representación del resultado, o sea hay un "querer algo" que es antijurídico y típico. En cambio en la culpa tiene su característica más clara justamente en el no querer lo antijurídico y típico, lo que ha motivado una permanente inquietud ya manifestada por Alimena porque "la penalidad del hecho culposo viene a chocar bruscamente contra aquella máxima que estaba en la conciencia de los hombres mucho antes que fuese escrita en los códigos; a saber: que nadie puede ser penado por una acción no querida por él". La culpa es la forma de manifestación de la culpabilidad mediante una conducta causalmente productora de un resultado típico que era previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta exigible al autor, atendiendo las circunstancias personales y temporales concurrentes con el acontecimiento. Los elementos que integran este concepto son: a) Una conducta causalmente típica. Es obvio que para iniciar el estudio de cualquier acontecimiento ocurrido en el mundo exterior, lo primero que debe quedar satisfecho por razón puramente lógica, es el interés que lo ocurrido tiene para el Derecho Penal, o sea que se trate de algo atribuible a un ser humano y, además, que sea típico, es decir que afecte en cierta medida a los bienes jurídicos que el

propio Derecho pretende tutelar. Además, se requiere la vinculación causal entre la conducta y el resultado típico, porque lo típico es relevante solo cuando causalmente es debido a una conducta. Dentro del concepto de la conducta queda indudablemente incluida la voluntad, entendida ésta como la facultad selectiva de comportamientos de que disfruta el ser humano normal. En realidad y atendiendo a la forma de redacción de nuestro artículo 12, relativo a la tentativa punible, el problema simplemente no existe. En efecto, la descripción que el Código Penal hace de la figura de la tentativa requiere, para su punibilidad, la "ejecución de hechos encaminados directa e indirectamente a la realización de un delito" y que este no se consume por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Cuando se dice por parte de la ley que es requisito la ejecución de hechos directamente encaminados hacia una finalidad específica, que en estas condiciones es la realización de un delito, se está imponiendo una determinada dirección finalista a la conducta enjuiciada, o sea que la voluntad del sujeto haya guiado su conducta específicamente hacia la realización del delito, lo cual creemos que excluye toda posibilidad de conductas culposas en grado de tentativa punible, porque conforme nosotros entendemos la culpa, el resultado no es querido ni buscado, sino previsible y evitable. Lo anterior nos permite afirmar que en materia de culpa no puede haber tentativa. b) Una violación del deber exigible al autor. Siguiendo la relación lógica establecida para el estudio del delito, una vez que se ha satisfecho la existencia de una conducta típica se procede a la búsqueda de la contrariación objetiva entre la norma y la conducta, o lo que es igual, a localizar la antijuridicidad de la conducta típica. Al violarse el cumplimiento de la obligación de actuar en esta forma idealmente consignada por el legislador, se está violando, en estricta realidad, el deber que se tiene de imponer la conducta el mínimo necesario de orientación, para evitar que resulten afectados los intereses jurídicos que son motivo de la especial tutela del Derecho Penal. En nuestro sistema penal y atendiendo a lo que dispone el artículo

lo 8° en su fracción II, el mínimo sentido que debe imponerse a la conducta para evitar la afectación a los intereses tutelados, se engloba genéricamente bajo la denominación del actuar prudentemente, ya que al decir la ley que los delitos pueden ser no intencionales o de imprudencia, está empleando fórmulas negativas para precisar la naturaleza del deber que se incumple, lo cual, traducido al aspecto positivo, nos permite afirmar que para que deje de haber posibilidad de inculpar a alguien por un resultado típico, en este orden relativo a la culpa, es necesario que la conducta haya sido prudente, viniendo por tanto a constituir la esencia del deber esa obligación del actuar prudente. Se trata, en consecuencia, de una obligación jurídica a cargo de todos los sujetos y de cuya violación o incumplimiento surgirá la antijuridicidad de la conducta típica, al ser contraria ésta con la disposición normativa del deber que se tiene de actuar conforme a la pretención legal. Ahora bien, lo que llevamos expuesto tiene referencia de carácter general, o sea la exigencia de un deber proveniente de la ley y con validez para todos los sujetos obligados al respecto a la ley penal. Sin embargo, para la existencia de la culpa no basta ese deber genéricamente establecido, sino que es requisito indispensable que un sujeto determinado, en un momento preciso y respecto de un acontecimiento en particular, haya tenido la obligación de cumplir con el deber que le corresponde. En esto se encuentra la razón de la segunda parte del enunciado del elemento de la culpa al que venimos refiriéndonos, o sea la existencia del deber exigible al autor. En esta situación, en cada caso particular que conozca el juez, deberá resolver si respecto del sujeto, también particular, al que se atribuye la conducta causalmente típica, había exigibilidad específica, es decir si tenía que cumplir con el deber de imponer a su conducta un sentido de terminado y sobre todo, si ese sentido que debía imponer era suficiente para romper el proceso causal que produjo finalmente el resultado. Piénsese en que la ley no establece presunción alguna respecto de la culpa, sino que impone al órgano de la acusación la obligación de probar que la hubo, o sea una situa_

ción inversa a la que existe respecto del dolo (art. 9° C.P.); - esto nos permite insistir en la necesidad de que el juez, al resolver el juicio relativo a la culpabilidad por culpa, se refiera siempre a la exigibilidad específica, considerando debidamente como indispensable que en el estudio que formule para resolver el juicio pertinente, se analicen las especiales condiciones del sujeto actuante y cada una de las circunstancias concurrentes con el acontecimiento. Esta necesidad dimana del hecho de que para que haya culpa no basta que se incumple con un deber exigible específicamente, sino que se requiere también - que con el posible cumplimiento del deber se hubiera roto el proceso causal que produjo el resultado. En este último se encuentra el lindero entre la culpabilidad por culpa y el caso fortuito, que viene a ser el límite de la culpabilidad. c) - Un resultado previsible y evitable. Este elemento del concepto no se refiere al resultado en sí, sino a las características que al mismo corresponden. Ante la existencia de un resultado interesnate, producto de una conducta causalmente típica y una vez que se ha resuelto la violación de un deber exigible el autor de la conducta, teniendo en consideración las circunstancias concurrentes y las especiales condiciones del sujeto, no ha quedado aún agotado el concepto de la culpa punible porque falta precisar si ese resultado satisface las características de haber sido previsible y evitable, ya que solo cuando surgen estas características puede concluirse que se trata, en el caso particular, de una conducta culpable manifestada culposamente. La previsibilidad es, un atributo que corresponde genéricamente a los seres humanos; pero, para los efectos de la culpa punible no basta la posesión intrínseca de esa facultad que, por otra parte, pudiera ser más adecuada estudiarla en orden a la imputabilidad, sino que por razón de que la culpabilidad lo es de un hecho concreto y en un momento preciso, para determinarla es menester seguir idéntico camino; con esto queremos significar que la previsibilidad tiene que ser referida a un sujeto particular, respecto de un acontecimiento también particular y

teniendo en consideración las circunstancias personales y de hecho concurrentes con el acontecimiento. En este orden de ideas, lo primero que debe realizar el juez al ocuparse del juicio relativo a la culpabilidad, cuando la conducta se manifiesta en su forma culposa, es estudiar desde un aspecto genérico, - equivalente a una imputabilidad genérica, si el proceso causal que produjo el resultado típico estaba al alcance del conocimiento del común de las personas, o sea si la cultura media de la sociedad permitía la normal cognoscibilidad del curso causal de los acontecimientos; una vez que esto ha quedado satisfecho, es permisible afirmar que el presupuesto necesario existe y, como consecuencia, se procede al análisis de la capacidad de conocimiento de la persona individualizada y respecto del acontecimiento aislado. Lo previsible se determina desde un punto de vista fáctico en función del proceso causal de los hechos, pero la previsibilidad se debe determinar atendiendo a lo subjetivo del individuo aislado; así, para que haya previsibilidad de un acontecimiento determinado, se requiera que cierto individuo - (el autor de la conducta), se haya encontrado posibilitado para conocer el proceso causal desencadenado que iba a culminar en la producción de un resultado típico. Para completar la importancia de la previsibilidad para la integración de la culpa punible, debe destacarse que en orden a la graduación de la pena, es la mayor o menor facilidad de prever el resultado el aspecto primario que debe normar el criterio del juez, como lo establece la fracción I del artículo 60 del Código Penal; es, en consecuencia, una función que atañe al juez determinar en cada caso y respecto de cada individuo, el menor o mayor grado de previsibilidad, pero ello partiendo del principio de que haya, efectivamente, previsibilidad dentro de las limitaciones que la Corte ha calificado como "humanamente previsible", referidas a las condiciones del proceso causal; se reconoce que el proceso causal puede ser más o menos previsible, pero lo que no se discute ni se distingue es que debe ser previsible. Nadie, puede decirse validamente, está obligado a evitar lo inevitable y

la determinación de lo que es evitable o inevitable tiene que ser hecha teniendo en consideración las características intrínsecas del acontecimiento, las especiales del sujeto actuante y las concurrentes en el momento de manifestación de la conducta-típica. (47).

3.3.1.3 LA PRETERINTENCION

La doctrina, tradicional, especialmente la hispanoamericana ha considerado a los delitos preterintencionales al desarrollar la teoría de la culpabilidad. Siguiendo el sistema propuesto por el positivismo legal, se considera que la culpabilidad admite como especies fundamentales al dolo y la culpa, siendo la preterintención una suerte de tercera forma o modalidad. Sin embargo es conveniente poner de manifiesto, que los autores presentan notorias divergencias al hacerse cargo de esta especie de delitos, siendo oportuno mencionar: 1) Quienes sugieren la existencia de lo que llaman "dolo preterintencional", como alguno de los comentaristas del Código Penal español, cuyo a. 9 considera atenuante la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. La existencia de este dolo preterintencional carece de suficiente consenso doctrinario. 2) Aquellos que consideran a la preterintencionalidad una especie de los delitos calificados por el resultado. 3) Una opinión muy difundida en derecho comparado la explica como una forma mixta de culpabilidad. Se ofrece el ejemplo del homicidio preterintencional como aquel en que existe dolo de lesiones y culpa del homicidio causado, hipótesis para la cual se sugiere la adopción de una pena intermedia. Esta es la solución del a. 81, inciso primero. b) del Código Penal argentino, que impone reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud produjere la muerte de alguna persona cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte. 4) Existe, finalmente, una fuerte corriente de opinión que rechaza el delito preterintencional afirmando, que si el resultado no ha sido querido por el autor, la única

solución correcta es imputarse a título de delito culposo. Este criterio está muy arraigado en la doctrina mexicana. Las innovaciones sistemáticas producidas en el ámbito de la teoría del delito, especialmente por influencia del finalismo, obligan a reformular la consideración de los delitos preterintencionales. 1) En tanto se admite que el ámbito adecuado para distinguir el delito doloso del culposo es el tipo, se hace necesario considerar la preterintención en el mismo nivel de análisis. 2) En consecuencia, y salvo previsión expresa de derecho positivo, lo más adecuado parece ser aplicar las reglas propias del concurso ideal, solución adecuada para el CP, hasta la entrada en vigencia de la ley de reformas del 13 de enero de 1984. 3) Es necesario establecer un criterio que permita diferenciar a los delitos preterintencionales de los calificados por el resultado. En este sentido, en aquellos será siempre exigible que el resultado más grave sea previsible, pues de lo contrario se consagra un sistema de responsabilidad "objetiva" notoriamente incompatible con la idea del Estado de derecho. 4) Debe por lo mismo señalarse no sólo que la simple calificación por el resultado es objetable desde perspectivas político-criminales sino inclusive cuestionable en su constitucionalidad. El principio de reserva impide prohibir la mera causación de un resultado no previsible, pues un sujeto no puede saber ex ante, que la conducta está incriminada. La regla es entonces que siempre debe exigirse que el resultado sea imputable al autor, lo que no sucede en los delitos calificados por el resultado. Antes de la ley de reformas del 13 de enero de 1984. El CP sólo prevía delitos dolosos (intencionales) o culposos (imprudenciales). La reforma aludida supuso la incorporación de un tercer pfo. al a. 8 en cuya virtud obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia. La posible realización de un delito preterintencional se proyecta así a cualquiera de los tipos de la parte especial siguiendo una técnica legislativa similar al numerus apertus que para los delitos culposos ha

ha adoptado el Código desde 1931, y que por lo mismo puede ser objeto de crítica. Preferible hubiera sido limitar el delito preterintencional a aquellos en que el legislador apreciara necesario, pues la experiencia demuestra que el problema no se presenta más que en un reducido número de tipos. Debe tenerse en cuenta que antes estos casos debían resolverse como delitos culposos, y por lo mismo que el efecto de la reforma se traduce en un aumento de la escala de punibilidad. En efecto, la nueve fr. VI del a. 60 dispone que "en caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable si el delito fuera intencional". No se trata de una reducción de pena, pero el resultado se produce por imprudencia como expresamente dice el nuevo texto del a. 9. Por otra parte como el a. 60 prevé la "reducción" como facultativo para el juez, se deja abierta la posibilidad de que aplique la escala de punibilidad del delito doloso. Sólo restarán por considerar tres preceptos expresos de derecho positivo, que la reforma penal de enero de 1984 ha dejado inalterados: 1) El tercer pfo. del a. 201 del CP establece un aumento de pena en la corrupción de menores "cuando los actos se realicen reiteradamente sobre el mismo menor y debido a ellos éste adquiere los hábitos del alcoholismo, uso de sustancias tóxicas y otras que produzcan efectos similares, se dedique a la prostitución o a las prácticas homosexuales, o forme parte de una asociación delictuosa". El resultado más grave que se describe no necesariamente estuvo captado por el dolo del corruptor, pero era previsible y por ello culposo, pudiéndosele considerar como un caso especial de preterintencionalidad. 2) La fr. II del a. 247 aumenta la pena del falso testimonio cuando el testigo sea examinado en juicio criminal, si al reo se le impone una pena de más de veinte años de prisión por haberse dado fuerza probatoria al testimonio falso. Es evidente que el autor quiere que se otorgue valor probatorio a su testimonio falso, para que ello suceda y más aún, que como consecuencia de su declaración se imponga al acusado una pena de más de veinte años de prisión,

es un resultado más grave del que era previsible. 3) El a. - 339 del mismo CP prevé que si en los casos de abandono de personas descritos en los aa. 335-337, resultare alguna lesión o la muerte, se presumirán estas como premeditadas para aplicar las sanciones que a dichos delitos correspondan. Esta disposición es muy censurable porque: a) los tipos de los aa. 335-337 son de simple omisión, por lo que jamás debieron confundirse con hipótesis en que se podrá fundamentar responsabilidad por delitos impropios de homicidio o lesiones cometidos por omisión; b) la realización de un tipo impropio de omisión, puede ser dolosa o culposa y por ello no necesariamente premeditada; c) de realizarse un homicidio premeditado por omisión, la adecuación típica sólo podrá sostenerse en función de lo dispuesto en los aa. 302, 307, 315 y 320 del CP, siendo inaplicables los aa. - 335-337 del mismo, y de d) contra la opinión de un sector de la doctrina, debe entenderse que la presunción consagrada por el a. a. 339 es iuris tantum y, por lo mismo, admite prueba en contrario. (48).

Dice el maestro Celestino Porte Petit que "en el delito preterintencional existe dolo con relación al resultado querido y culpa con representación o sin ella, en cuanto al resultado producido. En otros términos, hay un nexo psicológico entre la conducta y el resultado querido y una previsión respecto al resultado producido con la esperanza de que no se realice, o bien una no previsión del mismo, debiéndose haber previsto". Bettiol, al ocuparse del concepto de la preterintencionalidad que se encuentra expresamente incluido en el código italiano, afirma que se trata de una hipótesis donde el dolo se mezcla con la culpa, en el sentido de que el dolo aparece en lo concerniente al delito menos grave, que ha sido previsto y querido por el agente y la culpa en el resultado más grave que se realiza. La mezcla del dolo y de la culpa en la figura llamada preterintención, es la forma más acertada para abordar el tratamiento de este problema; en efecto, lo que da la nota distintiva a la preterintención se ubica en la ilicitud de la conducta-

desde su inicio, es decir un contenido psicológico que guía al comportamiento del hombre hacia una finalidad específica, que es antijurídica; se tiene, en el inicio de la manifestación externa de la conducta, una voluntad preordenada hacia la producción de un resultado típico; sin embargo, el resultado que sobreviene excede a la voluntad inicial, o sea aparece una figura típica de mayor gravedad y ajena al concepto psicológico inicial. Ahora bien, ese resultado sobrevenido y que no era querido por el sujeto al iniciar su comportamiento, era previsible y evitable, o sea satisfacía materialmente las condiciones necesarias para la reprochabilidad por culpa, pero dado que el inicio del propio comportamiento es ilícito, no es encuadrable dentro de la forma benigna de la culpabilidad por culpa, sino que merece un tratamiento diferente, que será o bien a través de la preterintencionalidad cuando así lo establezca expresamente la ley o como figura especial del dolo, cuando la misma ley no reconozca la preterintencionalidad. El Código Penal aplicable al Distrito y Territorios Federales y a toda la República, tratándose de delitos federales, excluye la llamada forma preterintencional en orden a la culpabilidad. El artículo 8° expresa mente señala como únicas formas en que pueden cometerse los delitos las intencionalidades y las no intencionalidades o de imprudencia, y la fracción II del artículo 9° establece que no se destruye la presunción de que un delito no es intencional, aun cuando se pruebe por el acusado "que no se propuso causar el daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito". Vemos aquí claramente establecido el criterio legislativo en orden a la preterintención, en el sentido de que habiendo una voluntad ilícita inicial el resultado seguirá siendo reprochable a título doloso aun en el caso de que ese resultado no haya sido querido pero sea una consecuencia notoria y necesaria de la conducta. Lo que importa para sostener la intencionalidad en estos casos, simplemente, que puede establecerse la causalidad material entre la conducta y el resultado, y el previo enlace psicológi-

co entre una voluntad inbuída de ilicitud y el consecuente comportamiento. Habiendo ilicitud previa, el resultado, previsible y evitable, debe ser imputado a título de dolo, siempre irrelevante que haya excedido los límites subjetivamente precisados por el autor de la conducta. Así, por ejemplo, quien sólo quiere herir y para ello dispara un arma de fuego sobre otra persona pero ésta muere a consecuencia del disparo, será responsabilizado a título doloso aún cuando pruebe plenamente que su intención era exclusivamente la de lesionar. (49).

Para que exista el robo, como cualquier delito, se necesita la concurrencia de la culpabilidad. Pavon Vazconcelos es de opinión, que "el robo es un delito de necesaria comisión dolosa y requiere no sólo el dolo genérico, consistente en representar y querer el apoderamiento, sino además el dolo específico, que consiste en el animus domine, de disponer en su provecho la cosa objeto del apoderamiento". Por su parte, Mezger, nos dice que "el hecho de quitarle a otro una cosa que le pertenece, requiere, ante todo, para que sea un injusto típico la intención de adueñarse de la misma (y también por lo tanto, el conocimiento de que la cosa pertenece a otro)". Y Welzel anota, que "la simple sustracción de una cosa ajena, no agota lo injusto específico del hurto... sino que es la sustracción que se realiza con voluntad de apropiación la que convierte a aquella en acción de hurto". El robo tiene un dolo genérico consiste en querer apoderarse de la cosa y un dolo específico: con ánimo de dominio. El primer dolo va encaminado al apoderamiento, y el segundo, corresponde al ánimo de dominio, el cual se estudia como elemento típico. Requiriendo el robo la concurrencia del dolo genérico y del dolo específico, es indudable que la culpa no puede existir. Es decir, no puede darse un dolo culposo. La esencia del dolo genérico y del dolo específico impiden la realización culposa del robo. Así lo estiman entre otros, Manzini, Rodríguez Devesa, Moreno, Antonio de P., Nuñez, y Cárdenas Raúí. Pensamos que puede presentarse en el robo, la preterintencionalidad, pues queriendo apoderarse de determinado objeto, se apodera de una de mayor valor, sin olvidar que

en nuestro ordenamiento en la fracción II, del artículo 9°. - Estiamaba, que la presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito, o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado. La reforma penal de 1984, en el artículo 9° párrafo final, dispone, que obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia. Recordaremos lo que con tanto acierto, opina Quintano Ripolles: "La preterintencionalidad, que, como es sabido, según el texto del número 4° del artículo 9°, - consiste en no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, es incuestionable que no tiene razón alguna de ser en los ordenamientos que no toman en cuenta para las tipicidades del hurto las cuantías. - En el nuestro, empero, donde estas desempeñan tan decisivo papel, incluso para determinar la frontera entre la falta y el delito, me parece demasiado categórica, y hasta en principio desafortunada, la fórmula tradicional de la jurisprudencia, que constantemente denegó a la delincuencia contra la propiedad la mentada circunstancia. No se razona en ellas la negativa, ni en su apoyo pudiera aducirse otro argumento que el de las dificultades de prueba sobre el alcance de la intención del ladrón, que nada demuestra en abstracto y que sólo podrá tomarse en cuenta ante los casos que, efectivamente, no se haya patentado que el propósito no fue el sustraer determinada cantidad, si no otra menor. Cuando así fuere, y se acreditare sin lugar alguno a dudas, por actos anteriores y sobre todo, por el ulterior de la espontánea devolución del resto de la suma que no se quería sustraer tengo por incuestiobale la precedencia de la atenuante de preterintencionalidad. (50)

J. Ramón Palacios ha estimado necesaria la concurrencia del dolo específico, a pesar de que la definición legal no haga expreso reclamo de él, resultando incuestionable, a su juicio, que solo a virtud del dolo genérico y del específico es posible la configuración del delito, agregando, para demostrar su aserto, que "basta la consideración absurda de punir por el título a quien por imprudencia o negligencia se apodera de la cosa ajena, pues el robo culposo es tan imposible como el fraude culposo; que en la extraña de los tipos se agita el elemento intencional, que consiste en el conocimiento de las circunstancias de hecho, que son la ajenidad de la cosa mueble, el apoderamiento y la ilegitimidad del acto, así como la voluntad de la acción, y coronando el fin de obtener un provecho, cosa distinta del provecho mismo, que no es solamente económico, sino también de carácter religioso, intelectual, etc.". Semejante criterio es adoptado igualmente por Maggiore, para quien la imputabilidad supone dolo (específico), o sea, tanto conciencia como voluntad de apoderarse de la cosa mueble ajena sin el consentimiento del culpado, realizando la sustracción "con el fin de sacar de ella algún provecho para sí o para otros", pues sólo dicho fin caracteriza el hurto y no el de destruir la cosa (que será delito de daño) ni el de ejercer un supuesto derecho (que sería en los casos correspondientes, delito de autojusticia). El propio Maggiore llama la atención respecto a no confundir el fin de obtener provecho, el cual se identifica con el dolo específico y el móvil impulsor del agente a realizar el apoderamiento, pues también quien roba para entregar el objeto a otros, o bien para realizar obras de beneficencia, consume el delito y responderá por el título de robo. En Argentina, Ricardo C. Núñez ha destacado la posición que atiende, esencialmente, el acto de apoderamiento, pues la sanción no protege la posesión de cualquier acto lesivo a ella, sino de la privación o despojo de la cosa proveniente de un acto de apoderamiento. Este y su concepto radican más en la subjetividad del actor que en el acto material, pues la idea de apoderarse lleva implícita, tam__

bién la concreta intención de desapoderar al ofendido y poner la cosa bajo el poder del ladrón. A diferencia de algunas legislaciones como la chilena en su artículo 432, el Código Penal de 1931 no hace referencia expresa al ánimo de lucro como móvil de la realización de la acción constitutiva del delito. Para A. Etcheverry ánimo de apropiación y ánimo de lucro no son términos asimilables, pues mientras el primero significa "el propósito de adquirir de hecho las facultades inherentes al dominio", el segundo implica el deseo de obtención de utilidad o provecho de la cosa. Nosotros pensamos que el robo es un delito de necesaria comisión dolosa y requiere no sólo el dolo genérico consistente en representar y querer el apoderamiento sino además el dolo específico que consiste en el ánimo de dominio, de disponer en su provecho la cosa objeto del apoderamiento, por tanto, exclúyese la imprudencia como forma de culpabilidad. Al referirnos al momento consumativo en el robo, hicimos la afirmación de que existe apoderamiento cuando la cosa sale de la esfera de poder del dueño para entrar a la esfera de acción del ladrón. Es claro pues que la acción física ejecutada debe ir siempre acompañada del propósito de apoderamiento de la cosa por parte del agente, de ponerla bajo su poder. Sobre el punto Soler llama la atención respecto a que la ley emplea un verbo que tiene un sentido tanto objetivo como subjetivo a la vez, de manera que quien se apodera de la cosa ejecuta la acción con propósito de hacerse dueña de ella. (51).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el particular en diversas tesis y ejecutorias ha mencionado: Confesado el apoderamiento, la intencionalidad delictuosa se presume salvo prueba en contrario. (52). Respecto del delito de robo, una vez comprobado el cuerpo del delito, se presume legalmente la existencia de la intención dolosa, salvo prueba en contrario. (53); El delito de robo, es de aquellos en los cuales el dolo se presume, según el artículo 2º del Código Penal. (54); Cuando alguien confiesa el apoderamiento de algunos objetos, pero

explica que los mismos se encontraban en un taller al cual tenía acceso para vivir en él, y que bajo el engaño de que quien pedía un servicio de ayudarlo a llevarlo hasta un automóvil, era el propietario de los mismos y que contaba con la autorización del encargado del taller y era conocido del dueño del mismo, sin que haya prueba alguna que contrarie esa versión, hay elementos para estimarla bastante, contra la presunción legal del robo. (55); Queda destruida, tratándose del delito de robo, por el hecho de haber dado parte a la autoridad, aquel a quien se imputa ese delito, de estar en su poder el objeto que se dice robado, sí, además, lo retiene facultado por la misma autoridad. (56); La presunción de la intención delictuosa no se destruye por el hecho de que el delincuente devuelve posteriormente las cosas de que se apodero, por que siendo un delito instantáneo, por su naturaleza, la devolución de lo robado influye solamente en el aspecto de la reparación más no en el de la consumación del delito. (57); El delito de robo definido por el artículo 367 del Código Penal, siempre va acompañado de intención dañada, por lo que jamás puede ser cometido por culpa o imprudencia. (58); Se desprende que el robo nunca puede ser un delito de culpa, cuya característica esté constituida, en cuanto al elemento subjetivo, por simple negligencia, impericia o imprudencia, y decir que se cometió un robo por simple descuido o por accidente ocasionado por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, resulta una expresión sin sentido; por lo que para que pueda tenerse por consumado el delito de robo, es preciso que haya en el inculpa, el ánimo de lucrar o el de apoderarse de la cosa. (59).

3.4 LA INculpABILIDAD.

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad, o sea, la ausencia del elemento culpabilidad. Según expresión de Jiménez de Asúa la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto del juicio de reproche. La inculpabilidad se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una -

causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta, como en el caso del error esencial del hecho y, en términos generales la coacción sobre la voluntad. (60).

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, esta definición expresa con razón Jiménez de Asúa, es tautología. El penalista hispano, consecuente con su concepción normativista de la culpabilidad, sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche. Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, por que si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.- Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuridicidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone ya una valoración de antijuridicidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la inculpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. Jamás se insistirá demasiado en que tampoco aparecerá la culpabilidad en ausencia de un factor anterior, por ser ella elemento fundado respecto a los otros que, por lo mismo, resultan fundantes en una escala de prelación lógica (no de prioridad temporal). (61).

Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, evidente tautología, según la expresión de Jiménez de Asúa. De acuerdo con el concepto adoptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche. Son

dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad: a) - El error, y b) La no exigibilidad de otra conducta. (62).

Conforme a lo que exponemos, las causas de inexistencia de delito por inculpabilidad pueden tener como origen la ausencia de alguno de los elementos fundatorios del juicio relativo a la culpabilidad que, como hemos visto, son la exigibilidad y la reprochabilidad. En el primero de los casos aparece el fenómeno no llamado de la no exigibilidad de otra conducta como aspecto negativo de la exigibilidad y en el segundo surge la irreprochabilidad, referida negativamente al concepto positivo de la reprochabilidad. Debe recordarse que la culpabilidad es normativa, es decir que además de la vinculación que en lo subjetivo se establece entre un hecho relevante y un hombre en cuanto a su subjetividad, existe algo más que se ubica en el deber que se tiene de adecuar la conducta a las normas rectoras de la convivencia social. De ello resultan justamente los aspectos negativos que producen la inexistencia de delito, no obstante su apariencia delictuosa; estando ante una conducta típica y anti-jurídica atribuible a un imputable, se tiene una fuerte impresión de estar también ante un delito; sin embargo, hay casos en que esa apariencia se esfuma y aparece una conducta no delictuosa, precisamente por que se afecta en alguna forma la culpabilidad, sea por que no hay exigibilidad de una conducta conforme a la pretensión del derecho, sea por que esa conducta no puede ser motivo de un reproche por la aparición de circunstancias que humana y jurídicamente explican la forma especial que adoptó la conducta. En este orden de ideas podemos formular un concepto de las causas de inculpabilidad expresando que son las circunstancias concurrentes con una conducta típica y anti-jurídica, atribuible a un imputable, que permiten al juez resolver la inexigibilidad de una conducta diferente a la enjuiciada, que sería conforme al derecho, o que le impiden formular un reproche al sujeto un reproche por la conducta específica realizada. En ambos casos la consecuencia es la misma: no hay delito en razón de la imposibilidad de integrar la unidad conceptual por ausencia de culpabilidad. La doctrina moderna considera que

las causas de inculpabilidad deben ser estudiadas bajo los rubros del error, la inexigibilidad y en algunos casos de la no exigibilidad de otra conducta como causa supralegal de inculpabilidad. Así se expresa, por ejemplo, Jiménez de Asúa, aún cuando reconoce que "en última instancia y teniendo en cuenta que la culpabilidad normativa se caracteriza por la posibilidad de exigir una conducta conforme al derecho, podríamos decir que el fundamento de todas las causas de inculpabilidad está en que no puede exigirse esa conducta adecuada a la norma". El maestro Celestino Porte Petit, por su parte, afirma al ocuparse del aspecto negativo de la culpabilidad que "lleen el campo de las inculpabilidades: el error y la no exigibilidad de otra conducta", sin que deba entenderse, creemos nosotros, que esa enunciación excluya la tercera mención que hace Jiménez de Asúa, sino que, en todo caso, se le debe dar un tratamiento más cauto. (63)

3.4.1. EL ERROR

El error es el falso concepto de la verdad, el conocimiento erróneo, la falta de correspondencia entre la realidad de algo y la idea de que de ella tiene el sujeto. El error se divide en error de hecho y en error de derecho; el error de hecho se divide en esencial y en accidental, éste a su vez se subdivide en error en el golpe, error en la personal y error en el delito. Para los efectos penales tiene importancia el error de hecho, pues es sabido que el error de derecho no puede aprovechar al sujeto, ya que la ignorancia de las leyes a nadie beneficia. El error de hecho, para que opere como eximente, debe ser esencial, es decir, debe recaer sobre un elemento de existencia del delito. El sujeto activo se conduce antijurídicamente, pero por error considera su conducta plenamente jurídica. El error debe ser también insuperable, invencible, o sea, no puede ser superado por una persona común, no especialmente ni previamente y con los medios que las circunstancias del caso concreto permitan. Si el error no es esencial o si es superable, deja

ja subsistente la culpa. El error no esencial es el error - accidental que puede ser el golpe si el resultado producido por el agente no es el deseado, es decir el que se representó en su mente, pero si es equivalente. Tal sería el caso del que - quiere matar a determinada persona y por deficiente puntería - priva de la vida a otro. El error en la persona se da cuando existe confusión en el sujeto activo respecto del pasivo, por ejemplo, el activo confunde a su vecino con un enemigo y lo priva de la vida. Y hay error en el delito si se produce un resultado delictivo distinto al deseado. Como se expresó, en ningún caso el error accidental elimina la culpa. (64).

El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognocente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente. El error puede constituir causa - de inculpabilidad, si produce en el autor un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que el mismo se propone realizar. El error se divide en error de hecho y de derecho. El de hecho se clasifica en esencial y accidental; el accidental abarca: aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti. El error de derecho no produce efectos eximentes, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha. El error esencial de hecho para tener efectos eximentes --escribe Forte Petit--, debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa. Error esencial nos dice Vannini, es el que recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal. O como enseña Antoliselli, - el error que recae sobre uno o más de los elementos que se requieren para la existencia del delito. En concreto en el -

error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye, como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. - La doctrina alemana contemporánea divide el error en dos clases: de tipo y de prohibición, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal (el agente ignora obrar típicamente) o el sujeto sabiendo que actúa típicamente cree haberlo protegido por una justificante. Para nosotros el llamado error de tipo versa también sobre la antijuridicidad. - Quien en virtud de un error esencial e invencible cree atípica su actuación indudablemente la considera lícita, acorde con el derecho, siendo en realidad contraria al mismo. Por ello definimos las eximentes putativas como las situaciones en las cuales el agente, en función de un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, estar amparado por una causa de justificación o bien que su conducta no es típica (para él subjetivamente es lícita). Ejemplo: el agente copula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por engaño o seducción, pero cree fundadamente que la mujer es mayor de dicha edad, en vista de acta de nacimiento falsa o equivocada; tal individuo (y cualquier otro en el mismo caso) estima lícito o permitido su proceder, pero en realidad se halla prohibido por la tipicidad normativa; se trata de un error sobre la antijuridicidad de la conducta, aun cuando se le quiera denominar error de tipo. El error es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias. El error en el golpe (*aberratio ictus*) se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente (Jorge dispara contra Carlos a quien no conoce pero por error en la puntería mata a Roberto). *Aberratio in persona* es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito (Alfredo queriendo disparar sobre Rafael, confunde a éste por las sombras de la noche y priva de la vida a Armando a quien no se proponía matar). Hay *aberratio in delicti* si se ocasiona un su-

suceso diferente al deseado. (65).

En el derecho penal, ausencia de conocimiento o conocimiento falso sobre los elementos requeridos por la definición legal del delito o sobre el carácter prohibido de la conducta en que éste consiste. Ha sido tradicional distinguir, no ya sólo en el ámbito de lo penal sino en el de todo el ordenamiento jurídico, entre error de hecho y error de derecho, es decir, entre el que versa sobre las condiciones exigidas en el hecho y el que recae sobre la norma de derecho mismo. A esa distinción se ha asociado también tradicionalmente el aserto de que, mientras el primero excusa, no ocurre así con el segundo, conforme a la máxima prevalectante por siglos en la legislación y en la jurisprudencia de que la ley se presume conocida de todos y de que su ignorancia, por ende, no exime de su cumplimiento. Así, si el tipo de delito consistiera en tener cocaína, aprovecharía al reo el ignorar que el polvo blanco que detenta es cocaína, pero no el ignorar que tener cocaína es un delito. Tal distinción entre error de hecho y error de derecho se ha visto moderadamente sustituida en el derecho penal por la más exacta de error de tipo y error de prohibición. En verdad, los elementos que integran el tipo objetivo suelen no ser solamente hechos sino también relaciones jurídicas, como la ajénidad de la cosa en el robo o el vínculo de paréntesco en el incesto. A su vez, la equivocada apreciación de elementos de hecho suele hallarse en la base de un error acerca de lo prohibido, como acontece, p.e., en la errada apreciación de una situación de peligro que no es tal y que induce al agente a obrar o reaccionar de un modo en verdad no justificado. Por lo que hace a sus efectos, no se discute que el error de tipo elimina el dolo. Si el agente ha incurrido en error inevitable o invencible, la eliminación del dolo no deja residuo punible alguno. Si el error se origina en haber dejado de observar el cuidado debido y la conducta se conforma a un tipo de delito imprudente previsto por la ley, a él ha de estarse. Por lo que concierne al error de prohibición, la máxima error juris nocet ha quedado mo

dernamente proscrita, por su manifiesta injusticia. También -
 puede aprovechar al reo esta clase de error. Ahora bien, -
 quienes piensan que el dolo incluye tanto el conocimiento de los
 elementos del tipo objetivo como el de la antijuridicidad, con-
 cluyen que el error sobre ésta última elimina el dolo, con los
 mismos efectos antes indicados; exclusión de toda responsabili-
 dad si el error es invencible, y subsistencia de responsabili-
 dad a título de culpa si, siendo el error vencible se dan los -
 extremos de la imprudencia y el hecho está legalmente previsto-
 como delito culposo. Quienes estiman, en cambio, que la con-
 ciencia de la antijuridicidad no pertenece al dolo sino a la cul-
 pabilidad, entienden ésta eliminada si el error sobre la prohi-
 bición era invencible, y la ven disminuida si era vencible. -
 ¿Qué prescribe el derecho penal mexicano sobre esta materia? -
 Tratándose del error de tipo, sus efectos son los antes indica-
 dos. Así surge subinteligencia del CP y del Código de Vera-
 cruz, razonando sobre el alcance y contenido de la intención o
 dolo, y expressis verbis de lo dispuesto en el a. 44 del Código
 de Guanajuato. Por lo que atañe al error de prohibición, el
 CP parece ajustarse a la máxima error juris nocet al no aceptar
 la alegación y prueba del acusado en cuando a que "creía que -
 era legítimo el fin que se propuso" (a. 9, pfo. segundo, fr. -
 IV). El Código de Veracruz, en cambio, regula los efectos del
 error de prohibición facultado al juez para mitigar la pena o -
 imponer una medida de seguridad" cuando la conducta o hecho se
 realicen con ignorancia de que se encuentran regulados por la -
 ley o por falsa apreciación de ésta, en virtud de error esen-
 cial o invencible" (a. 18). El de Guanajuato, por su parte, -
 dispone en su a. 10 que "a nadie servirá de excusa la ignoran-
 cia de la ley penal", pero dice más adelante, en el citado a. -
 44, que quien "suponga erróneamente la concurrencia de circuns-
 tancias que justificarían el hecho realizado" no tendrá respon-
 sabilidad alguna, a menos que ese error se deba a culpa, caso -
 en el cual se le sancionará a tal título, cuando el hecho admi-
 ta esa forma de realización. Aparte de éstas dos formas prin

ciples de error, cabe mencionar aún la llamada aberratio ictus, el error en el objeto y el dolus generalis. La primera, también llamada error en el golpe, ello es, en la ejecución (se dirige el arma sobre quien se quiere matar y se marra el disparo matando a otro), no debe, según una parte de la doctrina, suscitar cuestión alguna, pues se quiso matar y se mató, cometiéndose homicidio doloso al paso que para otra parte de la doctrina ha de conducir al castigo, en concurso ideal, por tentativa de homicidio y homicidio culposo, si se dan los extremos de la culpa respecto de la muerte acaecida. El segundo (la acción se dirigió sobre un objeto creyéndolo otro diferente) excluye el dolo si los objetos no son equivalentes y lo deja inalterado si lo son, como si, respectivamente, se dispara sobre un animal creyéndolo que es un hombre o sobre una persona creyéndolo que es otra. El dolus generalis es un error sobre el nexo causal entre acción y resultado, en que éste se alcanza con un segundo acto cuando el autor suponía ya haberlo logrado (creyendo haber dado muerte a la víctima se la arroja al agua para ocultar el hecho, y en verdad muere ahogada). Baste aquí decir a este respecto que se han avanzado dos soluciones: homicidio doloso consumado, o bien, tentativa de homicidio en concurso real con homicidio culposo. El CP entiende subsistente el dolo cuando se ha errado sobre la persona o cosa en que se quiso cometer el delito (a. 9, pfo. segundo, fr. V), lo que parecería resolver los casos de aberratio ictus y error sobre objeto equivalente en el sentido de un único delito doloso consumado. Así parecería prescribir también el a. 19 del Código de Veracruz. (66).

Tanto la ignorancia como el error son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa, en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo. Para los efectos del Derecho,

sin embargo, los conceptos se identifican puesto tanto vale ignorar como conocer falsamente. "los dos conceptos se reúnen, pues en uno solo y los Códigos suelen hacer uso de la expresión "error" si bien el derogado Código italiano prefirió decir "ignorancia" en su artículo 44, acaso más en lo cierto ya que este concepto general abarca también el del error". El error, como género, comprende como especies el error de hecho y el error de derecho, distinción proveniente del Derecho romano y reconocida plenamente en nuestros días. No obstante, en Alemania ha encontrado gran acogida la corriente unificadora representada, entre otros, por Binding y Von Liszt. Para el primero el error relevante sólo puede consistir en un hecho de trascendencia jurídica, pues lo inexistente para el Derecho carece de toda importancia, de lo cual infiere que el error relevante es necesariamente un error de Derecho, resultando dogmáticamente imposible sostener la división entre error de hecho y de Derecho. Von Liszt declara sin importancia para el valor jurídico del error "que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto en la ley, descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. La distinción entre error de hecho y error de derecho no encuentra fundamento en la ley...". Tradicionalmente se ha considerado que cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay inculpadad, pues "la ignorancia de las leyes a nadie beneficia", principio casi universal, apoyado en la falsa presunción del conocimiento del Derecho. Si como con toda claridad lo señala Jiménez de Asúa, en el caso concreto no concurre el elemento intelectual del dolo (conciencia de la descripción típica y del deber de respecto a la norma), por no existir el conocimiento de los hechos y de su significación, la conducta y su consecuencia no pueden ser cosas, sin que sea serio alegar "que los casos de ignorancia de derecho son excepcionalísimos y que cuando se dan, presenten enormes dificultades de prueba. Nosotros no estamos discutiendo --dice el conocido autor español-- sobre -

la probabilidad o rareza de estas situaciones, que cada día pueden ser más frecuentes por la complicación y el número de las leyes y por tomar éstas color político o local, harto lejano de universales normas de cultura; ni tampoco nos estamos ocupando de los medios de prueba y de su valor. A la luz del derecho penal material, nos parece lo dicho harto correcto". El derecho positivo mexicano no reconoce el error de derecho. El artículo 9º, fracción III establece su presunción legal de intencionalidad aunque el acusado pruebe: "Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla". La sola enunciación de la hipótesis demuestra que no se está ante el error de derecho, pues el sujeto, al creer en la injusticia de la ley o la moralidad de su violación, la conocía, pues únicamente a través de ese conocimiento podía realizar valoraciones sobre ella y su hecho o pretender moralmente legitimar su violación. El propio artículo, en su fracción IV, establece igual presunción, aunque el acusado pruebe: "Que creía que era legítimo el fin que se propuso". La creencia sobre la legitimidad del fin propuesto puede derivar del conocimiento de la ley, a pesar del cual la valoración hecha sobre ella no concuerda con su propio contenido, o bien por la ignorancia sobre la regulación del hecho realizado, es decir, desconocimiento total de la regla de derecho. En ambos casos la culpabilidad es dolosa por la presunción legal declarada en el precepto. El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental (inesencial). El error de hecho esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito). El error esencial vencible (aquel en el que el sujeto pudo y debió prevenir el error) excluye el dolo pero no la culpa careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad. El error inesencial o accidental no es causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, o sobre simples circunstancias objetivas, etc., comprendiendo los llamados ca_

sos de "aberración" (aberratio ictus y aberratio in persona). - El Código Penal únicamente se refiere, al error de hecho, esencial e invencible, en los casos específicos de las fracciones VI y VII del artículo 15. La primera declara excluyente de responsabilidad del ejecutor que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculparsemente el tiempo de obrar, hipótesis que se presenta, por ejemplo, en el caso de resistencia a un agente de la autoridad, ignorando este carácter. La segunda hace consistir la excluyente en obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria si se prueba que el acusado la conocía. A pesar de que la ley limita a los dos casos anteriores las excluyentes de responsabilidad, en orden a la culpabilidad por error de hecho, es obvia la posibilidad de multitud de situaciones de la misma índole en que el error de hecho, esencial e invencible puede funcionar sin requerir regulación expresa en aquélla; la falta de integración del dolo, por ausencia del elemento intelectual, excluye la culpabilidad del sujeto. El error accidental lo constituyen los casos de aberración, denominados aberratio ictus y aberratio in persona. En el primero hay una desviación en el golpe con causación de un daño equivalente, menor o mayor al propuesto por el sujeto. Si "A" dispara su arma contra "B" con animus necandi, pero su mala puntería hace que la bala lesione y mate a "C", a quien no se tiene intención de matar, responderá de homicidio doloso, siendo indiferente para la ley que la muerte querida haya recaído en persona distinta; la culpabilidad del agente es plena y error esencial en nada varía la subjetividad del hecho imputable, cuestión sobre la cual Carrara había propugnado el criterio unitario, al expresar: "la voluntad del agente estaba dirigida a la muerte de una ciudadano y su brazo la ha producido". En el segundo (aberratio in persona), el error no se origina en el acto sino recae sobre la persona debido a errónea representación. En el mismo ejemplo, si "A" queriendo matar a "B", lo confunde con "C" y causa la muerte de éste, existirá un error en la persona, irrelevante

para la ley, pues el autor responderá por homicidio doloso. - Aunque algunos descatan el caso del error en el objeto (aberratio in objeto), el origen de éste radica, al igual que el error en la persona, en una deformación intelectual del agente, alejada de la naturaleza real del objeto y de allí que se la comprenda dentro del segundo. Tanto el error en el golpe, como el error en la persona, se encuentran regulados en el Código, precisamente en el artículo 9º, fracciones I, y V, al establecerse que la presunción de que un delito es intencional, no se destruirá aunque el acusado pruebe: "I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño... V. Que erró sobre la persona o cosa en que quizá cometer el delito..." (67).

Toda vez que para que exista dolo se requiere el conocimiento de las circunstancias del resultado, si éste faltare aquél podrá estar ausente. Tal ocurre en los casos del error, entendido por él el falso o equivoco juicio que conduce a la falta de previsión del resultado, por lo que el error viene a ser como lo inverso al dolo. Si el error versa sobre el resultado es error facti, y si sobre su representación o significación según la norma es error juris. Pero esta distinción no es aceptada sin reservas, pues se sostiene que todo error de hecho es, a su vez error de derecho y viceversa, porque aquél condiciona y determina la posición jurídica del autor respecto a su acto (Dohna). El error facti sólo cuando es sobre circunstancias determinantes del resultado excluye el dolo y la acción inculpa por ausencia de voluntariedad: ignorancia vel error facti excusat (ej. A, cazador nocturno en un bosque solitario, dispara para su escopeta sobre un bulto movedizo, que resulta ser B, un anacoreta de quien no se tenía noticia); pero si puede ser imputable por negligencia procede la culpabilidad del sujeto. - Cuando no versa sobre circunstancias esenciales del hecho no destruye la dañada intención y ésta se mantiene victoriosa (Ej. A, dispara sobre B, a quien creía muerto, no estándolo). El error facti permite distinguir dos diferentes casos: el error

in objeto ver in persona, que ocurre cuando el sujeto produce un resultado equivalente al que quiso, pero equivocado en el objeto o la persona (Ej. A, queriendo dar muerte a B, dispara su arma y mata a C. Otro: A, ordena a B que dé muerte a C: B por error - da muerte a D; A es un autor intelectual provocador, B autor material, ambos responsables dolosos); y el aberratio ictus o extravío del acto, que es cuando el acto dirigido sobre determinado objeto no acierta en éste sino en otro diferente (Ej. A, descarga su puñal sobre B queriendo lesionarlo en un brazo, pero lo lesiona en el tórax gravemente). En cuanto al primero, toda vez que la ley describe abstracta y no individualmente los tipos legales, y el sujeto lo sabía, el error no destruye el dolo. Y en cuanto al segundo, pueden coexistir la tentativa con relación al resultado previsto y la consumación culposa por lo que hace al imprevisto; pero atendiendo a que la intención no es más que una y a que, por tanto, no pueden derivar de ella dos grados diversos de culpabilidad, se mantiene comunmente la opinión de que el único grado imputable es el doloso respecto al resultado producido. En nuestro derecho se mantiene la presunción de dolo, salvo prueba en contrario, para los casos de error facti examinados. En efecto, no se destruye la presunción de intencionalidad aunque se pruebe que el acusado no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general dentro de los casos de error en el objeto o la persona y de extravío del acto quedara sorteado el escollo del dolo in abstracto, que es sólo una intencionalidad, pues la previsión del resultado forzosamente ha de presumirse para que el dolo exista; y así es posible una dañada intención general respecto a los sujetos pasivos, aunque particular respecto a los resultados mismos. Expresamente se mantiene dicha presunción para el error juris, pues se presume también el dolo aunque se prueba que el acusado creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla (a. 9 fr. III c.p.). Con fundamento en los principios sociales (Carrara) o en la necesidad política (Alimena), se presume juris et de jure el conocimiento de la ley penal. Más si, con la interpretación de Dah-

na, se admitiera que el error de derecho se resuelve siempre en un error de hecho, podría aplicarse a aquel lo dicho con relación al último. (68).

3.4.2. OBEDIENCIA JERARQUICA

Es obvio de evitar reiteración sobre este punto, remitimos a su lectura en el capítulo anterior en lo que se refiere a las causas de justificación.

3.4.3. EXIMENTES PUTATIVAS.

Ya en otra parte se demostró que pueden admitirse eximentes supra-legales (excepto las excluyentes de antijuridicidad); en consecuencia, existen sin duda causas de inculpabilidad aún cuando no están expresamente reglamentadas en la ley, si se desprenden dogmáticamente; esto es, si resulta dable extraerlas del ordenamiento positivo. Según nuestro código, los delitos son intencionales y no intencionales o de imprudencia (Art. 8); es decir, se integran tan sólo si se llenan las formas tradicionales de la culpabilidad; dolo o culpa. Si el sujeto al realizar una conducta típica desconoce la significación de su acto (y ese desconocimiento es a virtud de un error esencial e insuperable), o poseyendo esa conciencia ejercita una conducta o hecho con voluntad coaccionada, estará ausente la culpabilidad y por ende un elemento esencial del delito, a pesar de que dicho agente sea completamente imputable. En este caso se hallan las eximentes putativas, no reglamentadas en nuestra ley de modo específico, más es posible desprenderlas de los preceptos de la legislación represiva, por encontrarse inmersas en ella. Por eximentes putativas se entiende las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo. Inexplicablemente suele limitarse el alcance de un grupo de los eximentes putativas a la legítima defensa putativa, nada autoriza tal proceder; participan de la misma naturaleza todas las acusaciones típicas y antijurídicas en don

de el sujeto considera, de manera fundada encontrarse ante una causa de justificación. Por ello a lado de la legítima defensa putativa, deben ser estudiados el estado necesario putativo, el deber y derechos legales putativos, etc. (69).

A ellas refiérese JIMENEZ DE ASUA, cuando al tratar sobre los efectos del error en orden a sus condiciones y especies, las incluye dentro del esencial, en tanto éste recae "sobre la existencia de causas que excluyen la pena", supuesta erroneamente, prefiriendo denominarlas "eximentes putativas", en vez de "justificantes putativas" como lo hacen los autores alemanes, ya que ambos son términos auténticos. El error también será esencial, dice SOLER, cuando se crea estar en una situación justificada. "En tal caso, el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho integrantes de la figura, pero se determina porque además, erroneamente, cree que existen otras circunstancias que la autoriza u obligan en efecto a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que, si realmente hubieran existido habrían justificado la conducta. Esos son los casos de legítima defensa putativa, o, en general, de justificación putativa. Se señalan como eximentes putativas: a) Defensa putativa; b) Estado de necesidad putativo; c) Ejercicio de un derecho putativo, y d) Cumplimiento de un deber putativo. Sirven de guía, para encontrar el concepto de cada una de tales eximentes, los propios elementos constitutivos de las causas de justificación, a las cuales se agrega el error esencial e invencible en que se encuentra el autor del hecho enjuiciado, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta. (70).

A. LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

Suelen lanzarse acres censuras a quienes denominamos a esta excluyente de culpabilidad legítima defensa putativa, por anteponer la palabra legítima. Se dice que debe hablarse simplemente de defensa putativa, porque el sujeto al actuar protegido por la eximente no obra legítimamente, sino de manera inculpable, pero antijurídica. Para nosotros esta institución técnica

camente debe llamarse legítima defensa putativa o imaginaria; su esencia misma radica en la creencia, por parte del sujeto, de que su actitud es legítima. Fundada, pero erróneamente, supone obrar con derecho, hallarse ante una defensa legítima mediante la cual repele, conforme a la permisión legal, una injusta agresión. De lo contrario (si en la mente del sujeto su actuación no es legítima) no puede operar la eximente, ni por tanto impedir la configuración del delito. Existe legítima defensa putativa si el sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin la existencia en la realidad de una injusta agresión. Para Jiménez de Asúa, la defensa putativa se da si el sujeto reacciona en la creencia de que existe un ataque injusto y en realidad se halla ante un simulacro. José Rafael Mendoza expresa que la defensa putativa existe cuando el sujeto supone, erróneamente, encontrarse ante una agresión injusta. (71).

En la defensa putativa, el sujeto cree, fundado en un error esencial e invencible, ejercitar un legítimo derecho de defensa, siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de una auténtica agresión. (72).

Hemos asentado con anterioridad que el dolo subsiste aunque el acusado pruebe que creía que era legítimo el fin que se propuso. Cuando el sujeto supone erróneamente que el acto que ejecuta, aunque en general antijurídico, no lo es excepcionalmente porque considera que está excluido de antijuridicidad en concreto, o sea que está amparado por la excepción, sin que en realidad lo esté, surge la legítima defensa putativa. En el caso de éste puede ocurrir que el sujeto se crea frente a una agresión calificada o a un peligro de daño, sin que en realidad existan. Su acción será delictuosa y el error no le aprovechará, pues no obstante, subsiste victoriosa la presunción de dolo. (73).

Es posible afirmar que la legítima defensa putativa puede presentarse en todo caso en que el error del sujeto que actúa versa sobre elementos esenciales y característicos de la auténtica defen

sa legítima; es decir, que la defensa putativa funcione tanto en relación con los hechos objetivamente manifestados como en los que toca a su significación. Esto, que no es sino la consecuencia de una aceptación de la teoría unitaria del error exculpante, tiene que entenderse en razón de las características que nuestro derecho positivo confiere a la institución auténtica de la legítima defensa, cuando hace referencia a las condiciones de hecho (agresión violenta y peligrosa) y al mismo tiempo a una valoración puramente jurídica, como el que la agresión, para poder ser repelida, tiene que ser injusta o sin delito (art. 15, III). El error que produce lo putativo, desde luego, tiene que ser invencible, porque éste es el medio delimitador de la responsabilidad culposa, pero también debe ser esencial respecto de las características fundamentales de la real defensa legítima. Esa misma idea ha sido expuesta por Jiménez de Asúa, cuando manifiesta que "la defensa imaginaria" para ser causa de inculpabilidad, ha de reunir en la mente del defensor, ora por un simulacro intencional del supuesto atacante (la broma de amigos contra el miedo irracional del compañero con el fin de acrecentar sus menguados bríos), ora en una creencia putativa del que se defiende contra un ataque inexistente, todos los requisitos que tendría la agresión y la repulsa para constituir legítima defensa". (74).

B. LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA RECÍPROCA

Técnicamente no hay inconveniente para admitir la legítima defensa putativa recíproca. En forma excepcional dos personas, al mismo tiempo y por error esencial, pueden creerse, fundamentalmente, víctimas de una injusta agresión. Entonces la culpabilidad operaría para las dos partes, por hallarse ambos sujetos ante un error de hecho, invencible, con la convicción de obrar, respectivamente, en legítima defensa, sin que en la realidad existan las agresiones simultáneas, más en la práctica es difícil encontrar un caso que reúna tales condiciones. (75).

C. LEGITIMA DEFENSA REAL CONTRA LA PUTATIVA

Si el sujeto que por error cree obrar en legítima defensa, con

el propósito de repeler la imaginaria agresión, acomete efectivamente a quien considera su injusto atacante, éste puede, a su vez, reaccionar contra la acometida cierta, si bien inculpable, es evidentemente antijurídica; por eso en su contra puede oponerse la legítima defensa real, atento el carácter objetivo de las causas de justificación. A uno de los protagonistas la beneficiará una causa de inculpabilidad y al otro una justificante. (76).

Procede la legítima defensa real contra la putativa. Sostenemos lo anterior en razón de quien actúa en el falso supuesto a que se refiere la defensa putativa está realizando una conducta antijurídica o sin derecho, ya que, como hemos expuesto, la inexistencia de delito en estas hipótesis de lo putativo se origina en la inculpabilidad, quien actúa en defensa putativa está, en realidad, actuando antijurídicamente, de donde resulta que su acto de repelimiento a una agresión inexistente, constituye a su vez una agresión injusta o sin derecho en contra del supuesto agresor. El supuesto agresor, erróneamente así considerado por quien actúa bajo lo putativo, tiene el derecho a repeler el ataque que sufre, colocándose en estado de defenderse legítimamente. (77).

D. ESTADO DE NECESIDAD PUTATIVO.

El estado de necesidad putativo opera de igual forma que la legítima defensa putativa, esto es, la persona al encontrarse en una situación de peligro actual o inmediata que sólo es evitable mediante la lesión de otros bienes también objeto de tutela jurídica y actúa lesionando estos bienes. Operará esta exigente si se prueba el error de hecho esencial e insuperable. (78)

Valen las mismas consideraciones hechas para la legítima defensa putativa, pero conviene insistir en que, como en todos los casos de inculpabilidad por error esencial de hecho, éste debe ser invencible y fundado en razones suficientes, aún cuando aceptable para la generalidad de los hombres y no sólo para -

los técnicos o especialistas. Precisa además la comprobación de que, si hubiera existido tiempo y manera de salir del error, el agente lo hubiera intentado. Para tener el error resultados eximentes, debe ser esencial, razonable; de lo contrario no produce efectos eliminarios de la culpabilidad, pues deja subsistente el delito, al menos en su forma culposa. La base para la solución de los problemas que pueden plantearse, debe darla el análisis de la culpabilidad para precisar si el error ha sido capaz de eliminar el elemento intelectual, por falta de conocimiento del agente sobre la antijuridicidad de su conducta. (79)

En el estado de necesidad putativo, la creencia de un estado de peligro, real, grave e inminente, fuera de toda realidad, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos. (72).

Esta figura del estado de necesidad también permite lo putativo a que venimos haciendo referencia en este apartado, ya que los elementos que caracterizan al real estado de necesidad pueden ser motivo de una falsa apreciación de parte del sujeto que, por encontrarse en estado de error esencial e invencible, cree estar en una situación conflictiva como la que requiere el real estado necesario o bajo el amparo de una causa de inexistencia de delito, pero en ambos casos la realidad es otra, de donde surge lo putativo derivado del error con las características y condiciones para poder ser considerado como esencial e inculpable y, por ende, inculpable. (80).

E. DEBER Y DERECHOS PUTATIVOS.

Al igual que en legítima defensa putativa y en el estado de necesidad putativo, puede producirse la eximente si existe el error esencial e insuperable. Consideramos que en todo caso de eximente putativa existe el error de hechos esenciales e insuperable de manera que tal vez éstas eximentes debiesen incluirse en el error. (78).

Puede pensarse en la posibilidad de una conducta contraria al -

orden jurídico y sin embargo su autor suponga, por error, pero fundadamente, actuar en el ejercicio de un derecho que no existe, o en el cumplimiento de un deber no concurrente. Si el error reúne las condiciones ya antes señaladas, no habrá delito por ausencia de culpabilidad. Tal es el caso del funcionario o del policía ignorante de su cose, si considera cumplir con su deber al realizar los actos correspondientes a una autoidad de la cual carece. (81).

En el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber putativos, la conducta antijurídica se supone lícita, a virtud del error sobre la existencia del derecho o del deber que se ejercita o cumplimenta. Como en los anteriores casos, el funcionamiento de éstas eximentes debe apoyarse en el carácter esencial e invencible del error de hecho. (72).

Lo putativo aparecerá cuando el sujeto actuante tenga la falsa y errónea convicción de que le asiste el derecho para comportarse en la forma especial en que lo hace. El error, que debe ser esencial e invencible, se contrae exclusivamente al derecho que se cree tener cuando la realidad estricta es que se carece de él; así, todo derecho falsamente supuesto puede ser motivo de una equivocada apreciación por parte del sujeto, siempre que ese derecho se encuentra consignado en la ley, ya que en otra forma no se estaría en el caso de lo putativo que requiere coincidencia entre lo real y lo supuesto equivocadamente. Que el derecho se encuentra consignado en la ley es lo que consideramos constituye el marco delimitador de lo putativo en esta figura especial del ejercicio del derecho. Puede afirmarse que cuando una persona tiene una errónea apreciación en cuanto se refiere a la obligación de cumplir con un deber, si en lo que se relaciona con el propio cumplimiento realiza una conducta típica, ésta será antijurídica pero no culpable por la irreprochabilidad nacida de la falsa apreciación del deber. (82).

3.4.4 NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

La no exigibilidad de otra conducta se refiere a la realiza_____

ción de una conducta que se amolda a un tipo legal pero que debido a excepcionales y especialísimas circunstancias que rodean a tal conducta se reputa excusable esa forma de conducirse. (78).

Con la frase "no exigibilidad de otra conducta", se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento. Se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminatória de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho. (83).

Hay inexigibilidad y consecuentemente inexistencia del delito en todos aquellos casos en los que no es posible precisar la obligación de acatar el mandamiento de la norma, porque el sujeto particular y respecto del hecho aislado no se le puede exigir normativamente ese comportamiento adecuado a la pretensión del derecho. Las normas de cuyo contenido dinamizan la exigibilidad, existen con la pretensión ideal de ser válidas en todo tiempo y para todo sujeto; sin embargo, hay casos que son resueltos como no constitutivos de una violación a la norma, a pesar de la aparición de un resultado típico atribuible a un sujeto actuando en pleno estado de imputabilidad, o sea con conciencia suficiente de la calidad antijurídica del hecho realizado. Se crean así verdaderos casos de excepción, en los que no es exigible al sujeto imputable que actúa antijurídicamente que lo haga conforme a la pretensión del derecho. (84).

A. TEMOR FUNDADO.

En atención a lo dispuesto por la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, se considera al temor fundado como una excluyente de responsabilidad en virtud de que existe una fuerza sobre la voluntad del sujeto que lleva a comportarse bajo una auténtica coacción mental, la cual impide conducirse con plenitud de juicio y determinación. (85).

Puede considerarse esta eximente como una causa de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad, siempre y cuando no la anule

en el sujeto, sino le conserve las facultades de juicio y decisión, de tal manera que pueda determinarse en presencia de una serie amenaza. Para la mayor parte de los especialistas, el fundado temor es uno de los casos típicos de la no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que el Estado, según afirman, no puede exigir un obrar diverso, heroico. (86).

La operancia del temor fundado e irresistible (vis compulsiva) fundamentase en la coacción moral ejercida sobre el sujeto, mediante la amenaza de un peligro real, grave e inminente, si guiéndose el principio de que el violentado no obra, sino quien violenta. La voluntad viciada que impone al sujeto la comisión del hecho como consecuencia del mal que amenaza, hace desaparecer la culpabilidad, lo cual supone la realización de una conducta típica y antijurídica. Se trata de una auténtica "no exigibilidad", reconocida por el derecho positivo, en que al sujeto no puede imponérsele el deber de su propio sacrificio. (87).

En la misma fracción IV del artículo 15, nuestro Código contiene otra causa de inexistencia del delito que actualmente se considera como eliminatoria de la culpabilidad por no exigibilidad de una conducta diferente. Se trata de lo que nuestra ley denomina temor fundado y que la doctrina reconoce con el nombre de "vis compulsiva". Ejerce su influencia sobre el psiquismo de la persona, coaccionándola o constriéndola a actuar voluntariamente en forma tal que, de no haber mediado la coacción, no lo hubiera hecho. Quien actúa bajo el influjo del temor tiene voluntad para determinar su conducta, sólo que es una voluntad sujeta a la coacción del mal que se presenta como cosa cierta. El temor, sin afectar las facultades superiores de la inteligencia, hace volver al hombre que lo padece a una etapa de su evolución en la que actúa instintivamente, colocándolo entre una imposibilidad de alterar su propia naturaleza y la violación de la ley; de aquí que haya inexigibilidad porque es inhumano e injusto pretender que alguien guíe su conducta en contradicción con su más profunda naturaleza del ser humano. El te

mor forma parte de esta íntima naturaleza humana y así debe ser reconocido. Por "vis compulsiva" se entiende la causa externa capaz de producir en el ánimo de un sujeto la reacción de temor. Esa causa externa, a los efectos jurídicos, tiene un contenido cierto que es suficiente para provocar en el sujeto un constreñimiento anímico, que viene a ser la reacción del atormentado: se trata, en otras palabras, de una violencia ejercida sobre el ánimo del pasivo, que lo hace reaccionar en forma diferente a como lo hubiera hecho sin la presencia del elemento extraño. Como causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, el temor lo definimos como la reacción anímica consciente y voluntaria que produce un resultado típico y antijurídico por la huida o rechazo en que se manifiesta la reacción ante la presencia de un factor externo amenazante. (88).

B. ENCUBRIMIENTO DE PARIENTES Y ALLEGADOS.

Si consideramos esta eximente como una forma de no exigibilidad de otra conducta, se parecía que el Estado estima válido encubrir a una persona con la que se tiene lazos de familia u otra causa de cercanía afectiva, aún en detrimento de la obligación de cooperar con los servicios de justicia en la investigación de los hechos ilícitos penales, siempre y cuando no medie un interés bastardo ni se empleen medios delictuosos. (85).

También se configura una eximente, por no exigibilidad de otra conducta, tratándose del encubrimiento en las condiciones establecidas por la ley. Anota Porte Petit "La fracción X constituye una causa de inculpabilidad por "no exigibilidad de otra conducta", en virtud de que la motivación del encubridor de allegados no es reprochable, por ser más poderosa que la exigencia estatal de cooperar con la administración de justicia, desviándose en este tema, por tanto, de la doctrina mexicana que la considera como excusa absolutoria, constituyendo para ello un aspecto negativo de la punibilidad...". (89).

El encubrimiento de parientes y demás sujetos a los que se refiere el artículo 15, fracción IX, mismo al que, en forma más -

amplia nos referimos al tratar las excusas absolutorias, consti-
tuye igualmente una "inexigibilidad", como con acierto a nues-
tro juicio la identifica JIMENEZ DE ASUA, quien si bien afirma
el carácter supralegal de esta causa genérica de inculpabilidad,
reconoce que los Códigos encuentran en ella el fundamento de al-
gunas de las excepciones entre las cuales destacan los casos de
encubrimiento, auxilio o protección de parientes próximos. (87).

En nuestro derecho se aceptan estas excusas toda vez que la ac-
ción desarrollada por el sujeto acredita en él nula temibilidad,
pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble. -
Las relaciones de familia, los lazos de la sangre, la comunidad
del nombre familiar, el afecto en una palabra, que ata entraña
blemente a los hombres entre sí, al mismo tiempo que el respeto
a la opinión pública, que en cierto modo justifica el infractor
que favorece a los de su propio linaje, o a los que ama o respo-
ta, llevan al Estado a otorgar el perdón legal de la pena; pues
si la familia es una amistad de la sangre que la naturaleza rig-
ma impone a los hombres, la amistad es una consanguinidad del -
espíritu que la sociedad y los hombres necesitan para subsis-
tir. (90).

En ésta, como en todas las causas de inculpabilidad, se tiene -
un presupuesto lógico, que consiste en la existencia de una con-
ducta típica y antijurídica. En el caso en particular, la -
conducta puede presentarse en cualquiera de las formas que la -
ley consigna, o sea manifestada mediante la ocultación de perso-
nas u objetos por medio del acto de impedimento de la averigua-
ción de un resultado típico. (91).

C. ESTADO DE NECESIDAD TRATANDOSE DE BIENES DE LA MISMA ENTI- DAD.

Hemos reservado para este lugar el estudio de un caso del esta-
do necesario, a saber: cuando los intereses en conflicto son -
de un valor equivalentes. Ya dijimos que si los bienes son -
desiguales, sólo cuando el sacrificio sea el de menor entidad,
se integrará una causa de justificación; el Derecho, ante la -
imposibilidad de conservar ambos, permite, aún con pérdida del

menor, la salvación del de más valía. Pero tratándose de intereses o bienes iguales, la doctrina presenta diversas soluciones. Según algunos, el sujeto que actúa en esas condiciones no es culpable en función de la no exigibilidad de otra conducta; para otros debe existir un perdón o una excusa --criterio este último por nosotros compartido--. pues el Estado no puede exigir el heroísmo. En resumen: la conducta de quien sacrifica un bien para salvar otro del mismo rango, es delictuosa, más debe operar en su favor un perdón o una excusa; el Poder Público no puede exigirle otro modo de obrar. Como según nosotros la no exigibilidad sólo es relevante para evitar el merecimiento de penas, pero no la culpabilidad, estamos en desacuerdo con quienes consideran, en el caso a estudio, la integración de una inculpabilidad, coincidiendo en que se trata de una no exigibilidad de otra conducta, pero eliminatoria de la punibilidad. (92).

Es estado de necesidad opera cuando en presencia de bienes jurídicamente protegidos se prefiere el de mayor jerarquía ante la imposibilidad absoluta de salvar a ambos; pero en el supuesto de que ambos bienes jurídicos sean del mismo rango debe aceptarse la excusa, en atención a que no es razonablemente exigible el sacrificio de un bien nuestro para salvar un bien ajeno de igual jerarquía. A su esencia y estructura nos referimos al tratarlo como causa de justificación, apuntando su operación, como causa de inculpabilidad, cuando ante la situación de peligro en que colisionan bienes jurídicos de igual valor, se sacrifica uno de ellos para salvar el otro. En el famoso caso de la tabla de Carnadas, invocado por la doctrina para establecer la existencia del estado de necesidad, el naufrago que sacrifica a su compañero de infortunio para salvar su propia vida, no comete delito al actuar bajo una situación de peligro real, grave e inminente que le impuso, como único medio practicable, el sacrificio de la vida ajena. Objetivamente analizado, el hecho es antijurídico; normativamente hay una "no exigibilidad de otra conducta" expresamente reconocida por la ley. (87).

Conceptualmente el estado de necesidad se entiende como el conflicto que se presenta en una situación de peligro entre intereses jurídicamente protegidos, colocados en idénticos planos de licitud, en virtud del cual surge la necesidad de sacrificar - uno de esos intereses para preservar al otro. La descripción normativa del estado de necesidad plantea varias hipótesis, como son: 1. Sacrificio de un bien jurídico inferior para preservar a otro de mayor jerarquía. 2. Sacrificio de un bien jurídico de idéntica jerarquía a la del bien preservado. 3. Sacrificio de un bien de mayor jerarquía que la correspondiente al bien preservado. En la primera de las tres hipótesis planteadas la causa de inexistencia de delito se ubica en el campo correspondiente a la antijuridicidad, o sea que se trata de casos de conductas típicas conforme al Derecho, la segunda hipótesis es una causa de inculpabilidad, más concretamente un caso especial de no exigibilidad de otra conducta, que tendría que ser una conducta conforme al Derecho. La tercera de las hipótesis, la solución puede ser tan clara como en las otras dos anteriores citadas, porque rompe totalmente una jerarquía valorativa al imponer una superioridad de algo notoriamente inferior en el orden valorativo. Sin embargo nuestro Código, sin darle al caso el tratamiento de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, considera que debe excluirse de pena a quien sacrifica un bien superior para salvar uno inferior en la situación conflictiva que provoca el estado de necesidad. La opinión de los miembros de la Comisión Redactora del Código es en este sentido y, según su decir, se apoya en la resolución aceptada en la Conferencia Internacional de Derecho Penal, reunida en Varsovia en el año 1927. El principio que allí se sostuvo puede vertirse en estos términos: no se exige a alguien en estado de necesidad que considere la proporción o equivalencia entre los bienes jurídicos en conflicto, porque su estado de ánimo le impide una reflexión serena y sería injusto e inhumano sancionarla, cuando la proporción o equivalencia no exista. Es un aspecto meramente psicológico el que permite llegar a esta afir-

mación: quien se encuentra en estado de necesidad, o sea en un conflicto real, no tiene en ese preciso momento la serenidad suficiente para usar su inteligencia normalmente; está afectado por el peligro, que lo inpele a actuar en una forma que tal vez en otro momento y circunstancia no la hubiera hecho. Por ello sería exageración del Derecho sancionar, sin más, a quien actúa en las condiciones; pero tampoco puede el Derecho autorizar, exculpando a todo aquel que actúe bajo esa coacción moral que significa el estado de necesidad, razón por la cual corresponde en última instancia al juez analizar y valorar en cada caso particular, las condiciones de hecho y de derecho y las motivaciones, para resolver si era o no exigible una conducta diferente a la que se tradujo en sacrificio de un bien jurídicamente protegido. (93).

3.4.5. EL CASO FORTUITO

El artículo 15 Fracción X del Código Penal regula lo relacionado con el caso fortuito, al señalarlo como excluyente de responsabilidad. Como se desprende de la lectura de ese precepto - la conducta y el resultado que se verifican no son atribuibles al sujeto, ni a título de dolo ni a título de culpa, habida cuenta de que el agente no se propone realizar una conducta típica ni actuar en forma negligente o imprudente, en consecuencia el evento viene a ser un mero accidente, un hecho extraño a la voluntad y al cuidado del sujeto de la conducta. (60).

El caso fortuito encuentra su reglamentación en la fracción X del artículo 15 del Código Penal vigente. El legislador se refiere, sin duda, al hecho anterior, inmediato a la producción del resultado y no a éste; la expresión licito, atañe a la conducta inicial. En el caso fortuito la conducta nada tiene de culpable; se trata de un problema de metaculpabilidad, según denominación nuestra, en virtud de no ser previsible el resultado. El Estado no puede exigir la previsión de lo humanamente imprevisible. Por ello se ha expresado que marca el límite o la frontera con la culpabilidad. Por debajo de la culpa, -

asienta Soler, no hay responsabilidad penal. El profesor Franco Guzmán, al comentar la fracción X del artículo 15 de nuestro Código Penal, afirma, acertadamente, que en realidad no se trata de una causa de inculpabilidad; si el hecho realizado es lícito, no puede ser antijurídica; si no es antijurídico no está en condiciones de ser culpable. En el caso fortuito el resultado avviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavido, lícita) y una fuerza a él extraña. De una parte es actuar voluntario y de otra, una con causa que se une a la conducta; de esa amalgama surge el evento. En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es culpable y absolutamente lícita, pero se une a ella una con causa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuirse al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia. (24).

Para CARRARA el casus no sólo comprende el evento originado por las fuerzas físicas de la naturaleza, sino todo aquello que dependiendo de la acción del hombre se halla fuera de los límites de la previsibilidad humana, en tanto ALINENA hace radicar la noción del caso en "la imposible previsibilidad del evento". JIMENEZ DE ASUA considera que el límite, para la imposición de las penas, se encuentra en la inculpable, es decir, en el caso fortuito. MANZINI ha sostenido que la fórmula que separa la culpa del dolo radica en la falta de previsión, en tanto aquella se distingue del "caso" en la imposibilidad de previsión. Para el autor italiano el caso es "toda energía extraña a la voluntad del individuo en cuya esfera de actividad ha ocurrido el evento, la cual ha impedido al individuo mismo llevar a cabo aquella diligencia ordinaria que, de acuerdo con las relaciones de que se trata, habría sido suficiente para ajustarse a un precepto penal, a otra norma de conducta, de la violación ordinaria de la cual puede surgir responsabilidad penal por las consecuencias no queridas". La noción de MANZINI comprende, por tanto, la idea de una energía

causal que sumada a la actividad humana viene a determinar el hecho dañoso. ANTOLISEI estima que más allá de la culpa surge el caso fortuito y que por tal debe entenderse ausencia de causa, pues no existe un solo hecho en el mundo de los fenómenos en el cual no opere la ley de la causalidad; surge el fortuito cuando, dándose una relación de causalidad, la acción del hombre interviene en ella para producir el resultado. Por ello, para ANTOLISEI, el caso debe considerarse como una causa de exclusión de la voluntad culpable, pero no de la relación causal. El autor, al buscar la noción del fortuito, concluye en considerar que cuando en la actividad del hombre no se encuentra dolo ni culpa, por no haber querido el resultado, no haberlo causado negligente o impudicamente surge el fortuito, sin haber lugar a ningún reproche, ni siquiera de ligereza, con relación al autor del hecho. (95).

Finalmente es causa que excluye la responsabilidad causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas. En estos casos se trata de un hecho causal o contingente, de una desgracia de una pauperias, lo mismo que si ese hecho hubiera sido causado por una fuerza fatal de la naturaleza. No otro cosa que mero accidente, hecho causal o contingente es el caso fortuito, desde el punto de vista del sujeto a quien no puede imputarse ni intención (dolo) ni imprudencia (culpa), por lo que el elemento moral del delito se encuentra, desde luego, ausente, y por ello, ausente también la voluntad, inexistente la acción. En cuanto a la fórmula legal cabe señalar que, al referirse a la ejecución de un hecho lícito con todas las precauciones debidas, tan defectuosa formulación imposibilita prácticamente la justificación de un mínimo de culpa o sea que se deja al caso fuera de lo normal humano. Pero debe entenderse que lo esencial en el caso es que el azar, la casualidad, lo contingente, en una palabra, lo accidental, ajeno a la normal previsión humana, produzca el evento dañoso, no obstante un minimum aceptable de imprevisión. Por serles aplicable todo lo

dicho en relación con el tema, breve referencia justifican las lesiones causadas por mero accidente en los eventos deportivos; sobre la cuestión dice, certeramente, González de la Vega: - cuando los jugadores, sin intención de lesionar, sin contravenir imprudentemente las reglas del juego, lesionan a otro participante, no pueden ser imputados como autores de delito por no haber obrado intencional o culposamente. Se trata, en efecto, de caso fortuito, considerado dentro de la excluyente-enmarcada por el artículo 15 fr. X c.p. La justificación tórica en la especie se encuentra en la aprobación por el Estado de los reglamentos deportivos, en el interés social por los deportes y en la consciente aceptación de todos los riesgos que ocurran dentro de dichos reglamentos, por parte de los deportistas. (96).

Si atendiendo a lo que disponen las fracciones I y II del artículo 8° del Código Penal los delitos únicamente pueden cometerse, en orden a la culpabilidad, en las formas intencional (dolosa) y no intencional o de imprudencia (culposa), podemos extraer del mismo precepto una conclusión absoluta, siguiendo la lógica simplista. Esta conclusión es que cuando se produzca un resultado típico sin que haya intención (dolo), o imprudencia (culpa), no habrá delito. La verdad de esta conclusión encuentra su comprobación en la fracción X del artículo 15 del propio Código, que se ocupa de describir el fenómeno que se denomina "caso fortuito" y que corresponde al límite objetivo de la culpabilidad. Aún cuando se trata de un caso de inexistencia de delito, preferimos abordar el problema del caso fortuito en esta parte de nuestro estudio que se ha ocupado del aspecto positivo del elemento del delito que es la culpabilidad, o sea el que establece los linderos de la conducta que puede ser enjuiciada por el juez en su aspecto relativo a la culpabilidad, puesto que al resolver el juicio correspondiente se deberá formular o no un reproche a cierta conducta típica que, dolosa o culposamente, es la productora del resultado-relevante para el Derecho Penal; ahora bien; aquellas conduc

tas que no satisfacen las condiciones que en cuanto a su forma requiere la ley, como serían el dolo o la culpa, no tienen por que ser motivo de un enjuiciamiento para resolver su reprochabilidad. Así, lo que es conducta típica, no dolosa o culpable, no corresponde al campo de la culpabilidad; este es, justamente, el caso que nos presenta el acontecimiento fortuito, que, por ello, es delimitador de la culpabilidad y no debe ser estudiado como un aspecto negativo de ella misma sino como un límite normativamente impuesto. (97).

En derecho penal es un acontecimiento que no se puede prever ni resistir; su distinción con la fuerza mayor con la que frecuentemente se le confunde, resulta tan difícil que la mayoría de los códigos y de los especialistas no profundizan en ello y establecen para ambos vocablos idénticas consecuencias. Los que señalan una distinción entre ambas figuras en el ámbito del derecho penal, afirman que la fuerza mayor es un constreñimiento de carácter físico de procedencia natural o metahumana, que impide al sujeto que la recibe, conducir su voluntad con relación al resultado que se produce, y aún cuando puede preverse, no es factible superarse a vencerse; por su parte, el caso fortuito es el suceso que se presenta de manera inesperada e imprevisible, cuando el agente que lo sufre está efectuando un obrar legítimo con todas las precauciones y diligencias debidas, produciendo un resultado por mero accidente, como lo determinada en la fracción X del a. 15 del C.P. Un ejemplo puede ser, el de que un sujeto que al conducir su vehículo acompañado de un amigo por la carretera, cumpliendo con lo dispuesto por el Reglamento de Tránsito Federal (velocidad permitida, buenas condiciones del auto, distancia requerida, etc), al dar una curva se produce repentinamente hundimiento del asfalto, sin que el manejador pueda evitar proyectarse a un lado del camino y que su acompañante resulte lesionado. Con relación a esta vez, puede darse el extremo de que el acontecimiento extraño al obrar el agente, se prevea pero lo inesperado y sorpresivamente no se pueda superar o vencer. Esta figura -

no sólo guarda relación estrecha con la fuerza mayor sino también con la fuerza física de procedencia humana irresistible y con la culpa. Se distingue de la primera, porque la fuerza física como su nombre lo indica siempre debe proceder del hombre, no así en el caso fortuito; se distingue de la culpa, por el hecho de que en esta última el agente al efectuar un comportamiento desatiende un deber de cuidado que personalmente le incumbe y previniendo o no el resultado, es responsable de las consecuencias que se produzcan, lo que no ocurre en el caso fortuito, porque debido a la forma en que se presenta el suceso, no es posible atribuirle responsabilidad alguna por el mismo. A propósito de la similitud que existe entre el constreñimiento físico, la fuerza mayor y el caso fortuito, Raúl López Gallo señala como semejanzas de los tres institutos, una fuerza física, inevitable, irresistible, de naturaleza objetiva, con imposibilidad de elección en el actuar y con el efecto de no atribuir responsabilidad para quien se encuentra frente a alguna de ellas. Por su parte, el mismo autor señala como diferencias que el constreñimiento físico siempre es de origen humano que la fuerza mayor proviene de la naturaleza o de un factor metahumano y en el caso fortuito proviene de la naturaleza o de un factor metahumano y en el caso fortuito la fuerza física puede ser de cualquier índole. El constreñimiento físico y la fuerza mayor pueden ser previsto o no, ya que su inevitabilidad proviene de su magnitud y el caso fortuito es imprevisible por definición; la causalidad en el caso fortuito y en la fuerza mayor es fatal y tratándose del constreñimiento físico, la causación es teleológica; en la fuerza mayor y en la fuerza absoluta (constreñimiento físico), puede existir o no una conducta previa en el caso fortuito la conducta previa es indispensable; en la fuerza absoluta y en la fuerza mayor la energía es inevitable de suyo, en el caso fortuito podría suceder en forma excepcional que la energía externa fuera vencible, pero se torna inevitable por su sorpresividad. En sentido filosófico, sociológico y económico, "caso" equivale a

ignorancia total o parcial de las causas que producen un determinado efecto, pero diverso es el concepto tratándose de las ciencias jurídicas, donde el evento debe ponerse en relación no ya con el desarrollo de una determinada disciplina que explique los fenómenos naturales sino con la voluntad de una persona singular. Caso, penalmente, es por tanto, toda energía extraña a la voluntad del individuo en cuya esfera de actividades ha ocurrido el evento, la cual impide al agente mismo llevar a cabo aquella diligencia ordinaria que habría sido suficiente para ajustarse al cumplimiento de un mandato penal o a otra norma de conducta diferente de la violación voluntaria y de la que puede surgir responsabilidad penal por las consecuencias no queridas. (98)

La inculpabilidad constituye el aspecto negativo de la culpabilidad. Esta abarca el error del tipo, el error de licitud o eminente putativa o error de permisión y la no exigibilidad de otra conducta. En el robo puede presentarse la inculpabilidad por un error esencial e invencible, de un elemento típico. Así puede recaer el error sobre el elemento normativo ajenidad o sobre el consentimiento, es decir, puede creer que la cosa de que se apodera es propia, que no tiene dueño, que está abandonada, o bien, que existe el consentimiento del pasivo. El problema que nos ocupa es estudiado ampliamente por la doctrina. Ranieri considera, que "para el dolo en el delito de hurto es indispensable, que el sujeto sepa no sólo que dirige su conducta sobre una cosa mueble, sino que la cosa mueble es ajena. Por lo tanto, debe considerarse excluido el dolo, y por lo mismo, el hurto, si el sujeto erróneamente cree que la cosa es de su propiedad. Es evidente en efecto, que en este caso, aunque la voluntad del sujeto esté dirigida a sustraerse una cosa mueble, sin embargo no está dirigida a realizar el hecho típico, puesto que el elemento objetivo de éste requiere que la cosa sea ajena, y el sujeto debe saber que la cosa tiene calidad de ajena". Y Quintano Ripolles ha dicho: "La condición objetiva de la cosa, de ser ajena o no propia, no basta -

en determinadas ocasiones para caracterizar en su plenitud las correlativas figuras delictivas del apoderamiento puesto que, a ello hay que añadir, ya en el campo de lo normativo o subjetivo, el conocimiento de tal cualidad. Al no concurrir, puede hacer desaparecer la antijuridicidad del acto o bien la culpabilidad del agente, según las concepciones que se tengan sobre la estructura jurídica del delito, por eso se ha valorado frecuentemente por la jurisprudencia como no delictivo, los apoderamientos de bienes o derechos ajenos, aunque efectivamente, lo fueren, probándose la racional creencia de ser propios". Efectivamente, puede suceder como lo hemos anotado anteriormente, que exista error sobre el elemento normativo: ajenidad, ya que al sujeto puede creer que el objeto del cual se apoderó era de su propiedad, cuando era ajeno, originándose indudablemente un error de tipo, a virtud de que el error invencible recae sobre uno de los elementos del tipo, de carácter normativo. Si el apoderamiento se realiza en una cosa, de la cual se cree que es res nullius, que no es de nadie, estamos frente a un error de tipo, así lo estima Rodríguez Devesa. Por otra parte, es factible que el sujeto esté en la creencia de que cuenta con el consentimiento, encontrándose ante un error de un elemento típico: sin consentimiento, originándose una inculpabilidad por error de tipo. Jiménez Huerta refiriéndose a este punto nos dice: que "la creencia errónea del sujeto activo, de que se apoderaba de la cosa con el consentimiento de la persona que podía disponer de ella con arreglo a la ley, sería intrascendente para legitimar el acto, pero tendría influencia en el juicio de reprochabilidad". Igualmente en el robo puede darse la inculpabilidad por error de licitud (eximente putativa), cuando se está ante un error invencible de derecho penal o extrapenal por creer estar por ejemplo, amparado igualmente por una causa de licitud, presentándose las eximentes putativas respectivas. Sobre este particular, Raúl F. Cárdenas, estima, que "las eminentes putativas, que tienen amplio campo de aplicación en los delitos contra la vida y la integri

dad física no tienen cabida en el robo, sobre todo, si consideramos que los casos que pudieramos presentar tienen aplicación en otros institutos, en especial en el error o en el estado de necesidad". En el delito de robo puede presentarse el caso de error inesencial o accidental por error en el golpe o sea, por aberratio ictus. Un individuo que quiere apoderarse de una cosa por desviación, se apodera de otra, subsistiendo por ser error accidental la culpabilidad. Recuérdese que el Código Penal de 1931, para el Distrito Federal, en el artículo 9° fracción V, establecía, que la presunción de que un delito era intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe que erro sobre la persona o cosa en que se quiso cometer el delito. En cuanto al error en la persona, o sea, el error por confusión, a diferencia del error en el golpe, no se puede presentar, por que el objeto material es la cosa y no la persona, sin negar que puede quererse robar una cosa a una persona y puede resultar que sea otra la persona robada; cuestión que en forma muy breve es considerada por Jiménez de Asúa cuando expresa, que "en los delitos contra la propiedad no suele presentarse el problema del error en persona, porque el hecho del agente recae sobre el objeto jurídico del delito, sin mirar para nada a la víctima. Al ladrón no le preocupa en lo más mínimo que la cosa sustraída sea del propietario B o del dueño C. Lo que quiere, simplemente, es apoderarse de una cosa para su lucro. Todo cambia en caso de daños. Si A trata de perjudicar a B, e incendia la cosecha de heno que éste guarda en su horreo, y por la similitud de la arquitectura donde el heno se almacena pone fuego al de C, existe con todas sus características el error en persona". (99).

Resumimos las causas de inculpabilidad en: a) Error de hecho, esencial e invencible, y b) no exigibilidad de otra conducta. Al hablar del error, Maggiore dice que "se tiene error de hecho cuando permaneciendo íntegro el conocimiento de la norma jurídica, la voluntad del agente es viciada por ignorancia o por falso conocimiento de una situación de hecho". En el delito de robo pueden darse hipótesis de error de hechos esencial e invencible.

El error de hecho que se produce en el caso de que el sujeto cree que la cosa ajena que apodera, fundamentalmente, por las circunstancias concurrentes, que es propia cuando en realidad no lo pertenece; aquí, cuando el sujeto ha realizado el apoderamiento de la cosa ajena, no puede reprocharse le el acto en virtud de no haber existido conciencia sobre el hecho mismo, ni tampoco voluntad al estar ésta viciada por la falsa creencia que se tiene sobre la esencia del propio acto realizado. En el ejemplo anterior surge con claridad el error de hecho, cuyo carácter esencial deriva de la ignorancia o falso conocimiento sobre los elementos constitutivos del tipo (el sujeto cree propia la cosa ajena de la cual se apodera); es invencible si se atienden a las particulares circunstancias en que el apoderamiento se verificó, las cuales impidieron al sujeto caer en la cuenta del error en que se hallaba. Como casos de error en el robo pueden señalarse igualmente los apoderamientos comprendidos en las eximentes putativas: defensiva putativa; estado de necesidad putativo; cumplimiento de un deber putativo y ejercicio de un derecho putativo, en las cuales el deficiente conocimiento del autor recae sobre la naturaleza antijurídica real del apoderamiento, estimado falsamente lícito por suponerse amparado en una inexistente causa de justificación. La ley mexicana, dentro del cuadro de las excluyentes, recoge una concreta hipótesis de error en el artículo 15, fracción VII, consistente en "obedecer a su superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía". La operancia de la no exigibilidad de otra conducta encuentra fundamento en la teoría normativa de la culpabilidad, pues sólo a través de un juicio normativo puede decidirse si es o no reprochable al sujeto la conducta ejecutada. El que actúa por vis moral, es decir, bajo la amenaza de un mal inminente y grave en su persona, o de otra a quien le ligan estrechos lazos de amistad o de afecto, no será culpable de robo por que su acción a sido movida por una volun

tad viciada o no libre que suprime uno de los elementos del delito. Dicha situación queda amparada, en el derecho positivo, dentro de la excluyente de temor fundado consignada en el artículo 15, fracción IV del Código Penal, mas es conveniente aclarar la posibilidad de que tal estado puede originar tanto una causa de inimputabilidad como de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, según el temor (fundado e irresistible), derivado de la amenaza del mal inminente y grave, suprima o no en el sujeto su capacidad de entender y de querer la acción constitutiva del delito, que no es otra que el apoderamiento de la cosa ajena. La obediencia debida puede igualmente constituir una causa de inculpabilidad por inexigibilidad, cuando siendo la orden ilícita "no se pueda exigir al sujeto una conducta distinta de la que realizó". El error inesencial no destruye la culpabilidad en el robo cualquiera que sea su especie. Así lo determina el artículo 9, fracción V del Código Penal por lo que no puede alegarse inculpabilidad en los casos de aberratio iustus y aberratio in persona (aberratio in objeto). (100).

En el robo se nos pueden presentar causas de inculpabilidad, entre otras, las ya mencionadas, de miseria absoluta o hambre, que lleva a los hombres a luchar por un mendrugo de pan, del cual puede depender su existencia. Pero, fuera de este caso, que es caso de laboratorio, podemos señalar en este encuadramiento, la obediencia jerárquica, el error y la coacción moral. Las eximentes putativas, que tienen amplio campo de aplicación en los delitos contra la vida y la integridad física no tienen cabida en el robo, sobre todo si consideramos que los casos que pudiéramos presentar tienen aplicación en otros institutos, en especial, en el error o en el estado de necesidad. a) Por lo que toca a la obediencia jerárquica, en la que la responsabilidad estará generalmente vigente en el que ordena, es necesario distinguir entre la obediencia legítima e ilegítima, pues en la primera la culpabilidad será ajena tanto para el superior como para el inferior y siempre se entiende, que la or_

den sea formal y substancialmente legítima; es decir, que emane de superior jerárquico en el ámbito de sus funciones y en condiciones normales, etc. El secuestro de bienes decretados por la autoridad judicial o administrativa, si reúne los requisitos de ley, no podrá reputarse robo por ningún concepto, aún cuando tenga que emplearse la fuerza en los casos, por ejemplo, de ruptura de cerraduras, para ejecutar la orden y previa, se entiende, la orden respectiva. Por lo que toca a las órdenes legítimas, se presentan como en el homicidio o lesiones, diferentes hipótesis que recoge la doctrina. a) Si al ejecutar aprecia la ilicitud de la orden y a pesar de ello la cumple, será responsable en los términos de su participación en el hecho. b) Si está facultado para analizar la orden y a pesar de ello no la analiza, no será responsable porque no puede darse en los delitos patrimoniales la culpa. c) Si se analiza la orden y se considera legítima, sin serlo, se aplican los principios del error y será inculpable (error esencial e invencible). d) Si el inferior carece de elementos para analizar la orden, y la cumple, suponiéndola legítima, estaremos también frente a una causa de inculpabilidad, (error esencial e invencible). e) Si el inferior cumple la orden por coacción, el problema se resuelve de acuerdo con los elementos de la coacción a los que nos referiremos posteriormente. f) Si el inferior no está facultado para analizar la orden, o si existen bienes en conflicto o un deber preponderante, la solución se buscará en función de la teoría de la no exigibilidad de otra conducta. La fracción VII del artículo 15, fija los supuestos que rigen la obediencia, que en disidencia con otros autores, encuadramos entre las causas de inculpabilidad y no de justificación, supuestos que deben tenerse en cuenta para resolver los casos que se nos pueden presentar en relación al robo.

b) Nuestro Código Penal sigue la tradición de reputar el error de hecho como causa de inculpabilidad. El error de derecho al decir de Fernando Castellanos no produce efectos de eximente "por que el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha". El error de hecho, se clasifica en esencial y accidental. El accidental, abarca la aberratio ictus,

la aberratio in persona y la aberratio delicti, que no tiene aplicación en el delito de robo. Por lo que se refiere al esencial, es indudable su aplicación al tipo que estudiamos y se puede cobijar en la definición que del error se contiene en la defectuosa fracción VI del artículo 15 del Código Penal, que establece como causas excluyentes de responsabilidad; nuestro código se refiere a ignorancia, la doctrina distingue la ignorancia, del error; éste, se afirma, es la falsa noción que tenemos sobre algo, la discrepancia entre nuestro conocer y la realidad, en tanto que la ignorancia es la falta de conocimiento sobre la realidad. Aún cuando algunos autores se han empeñado en descartar la conveniencia de aceptar la diferencia entre error e ignorancia, una tendencia unificadora, desde Carrara, se empeñan y con razón, en considerar únicamente el error como causa de inculpabilidad, pues la ignorancia, estado negativo del alma, escapa al penalista; si bien teóricamente la distinción es válida, prácticamente ambas se confunden, ya que tanto el error es ignorancia al decir de Alimena, como este es error. No existe, desde luego, conformidad en la doctrina, con las tesis de nuestro más alto tribunal, pero es unánime por cuanto que el error esencial, inculpable, inimputable, invencible, etc., o como se le llama, es causa que exime la responsabilidad penal. El error es esencial, al decir de Fontan Balestra, cuando impide al autor comprender la naturaleza ilícita del acto que realiza, lo cual se presenta tan sólo, cuando el error recae sobre un elemento de la figura, o sobre la valoración de la cosa, como sucede en el caso del elemento ajeneidad. Si la persona toma una cosa, suponiéndola propia no comete ningún delito, por cuanto el error nace sobre uno de los elementos del tipo "cosa ajena". De acuerdo con nuestro Código, el error, que llama ignorancia del artículo 15, fracción VI, puede recaer igualmente sobre circunstancias del ofendido, situación que relaciona con la ya tratada respecto al "elemento" "con consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa". El sujeto puede ignorar o estar en el error respecto a la circunstancia del consentimiento o mejor dicho sobre si la persona que lo otorgó, tenía o no la capacidad para otorgarlo; el error sobre esta capa

cidad libera al activo de responsabilidad, sin embargo, la doctrina es acorde en sostener que si el error es vencible el hecho debe atribuirse a título de culpa al actor. Sólo cuando el error es esencial e invencible excluye la responsabilidad. Pero como quiera que el robo no admite la culpa es suficiente que el error sea esencial para que excluya la culpabilidad. El error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego con pleno dolo de tipo). El autor sabe plenamente lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitiendo; no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal o supone erróneamente que concurre un canal de justificación). Cada uno de estos errores excluye la responsabilidad cuando es inevitable, o la atenúa, si es evitable. En estas condiciones, es de diferenciar el error de tipo, que excluye el dolo y el error de prohibición que excluye la responsabilidad. El error de tipo no es sólo el error sobre hechos, como cosa, concepto, causalidad, sino sobre elementos normativos o valorativos del tipo, como "carácter lascivo", "ajenidad de la cosa", "documento", "funcionario"; etc. De ahí que el error de tipo rebasa las expresiones "error de hecho" o "error sobre la situación de hecho". La diferencia fundamental, dice Welzel, de ambas clases de error no se refiere a la oposición-situación de hecho-concepto jurídico, sino a la distinción tipo-antijuridicidad. Quien sustrae una cosa que erróneamente supone propia, se encuentra en error de tipo, por cuanto no sabe que sustrae una cosa ajena. Quien cree, sin embargo, tener derecho a una autoayuda para sustraer una cosa ajena (por ejemplo, como acreedor frente a un deudor insolvente) se encuentra en un error sobre la antijuridicidad de un hacer. Quien no sabe que la cosa que ha retirado esta pignorada, está frente a un error de tipo; quien lo sabe pero cree erróneamente tener derecho sobre la cosa, se encuentra en error de prohibición. En los tipos penales, además de los elementos materiales y normativos, se incluyen elementos subjetivos indicadores de la antijuridicidad del hecho, como "contrario a derecho", "ilícito", "sin autorización", "sin conocimiento", "sin derecho", como en

nuestra definición del robo. c) Si mediante la coacción, o sea mediante el amago o la amenaza se obliga a una persona a tomar la cosa o facilitar la fuga del ladrón o impedir la defensa de lo robado, estaremos frente a una causa de inculpabilidad: nuestro código se refiere a la coacción en la fracción IV del artículo 15, al tratar del temor fundado; nuestro código, apunta Servio Vela, no usa la expresión vis compulsiva o coacción moral, sino simplemente se refiere al temor. d) Mezger, siguiendo a Freudental, y las corrientes normativas de la culpabilidad elaboradas por Frank y Goldschmidt, edificó con singular acierto la teoría de la no exigibilidad de otra conducta, acogida en Alemania y en otros países y por la mayoría de los juristas partidarios de las teorías normativa y finalista. Como afirma Mezger, el razonamiento jurídico penal, es en última instancia un razonamiento individualizado, ciertas conductas relacionadas con el tipo que estamos estudiando, pueden cobijarse en la teoría elaborada por este autor y reputarse inculpables, como por ejemplo en el supuesto del policía amagado por malhechores en un asalto bancario, que no resiste la coacción. La causa de inculpabilidad basada en la vis compulsiva no le excusa por cuanto a la obligación que tiene de proteger la institución cuya vigilancia se le ha confiado, pero bien sea, fundados en el estado de necesidad o en la no exigibilidad de otra conducta, no se le puede considerar responsable de acarrear, por ejemplo, el botín alcanzado por los malhechores a los vehículos empleados para el asalto o de no tratar de impedir éste llegando al sacrificio innecesario de su vida, en el supuesto de que no puede resistir por la naturaleza del ataque; debe tenerse en cuenta cada caso en concreto, pues las situaciones pueden variar, desde la responsabilidad penal, administrativa o la ausencia de culpa. (101).

En el delito de robo de frutos, se dan el error de hecho esencial e invencible, en el que el sujeto activo no pudo percatarse del error en que se encontraba, la obediencia jerárquica -

cuando el inferior tiene poder de inspección y conoce la ilicitud del acto, pero no puede desobedecer la orden, como sería el caso de un miembro de ejército, en la cual la disciplina a la que se ven sometidos y la obediencia que se espera de ellos, supera la posibilidad de refutar una orden de un superior jerárquico; el deber y derechos putativos, en los casos de empleados que no se enteraron del cese o baja, suspensión y siguen cumpliendo funciones administrativas o judiciales, o se basan en una norma jurídica, sea ley o reglamento; el temor fundado puede o no darse, sin embargo habría que estudiar con sumo cuidado cada caso concreto; y por último se da el encubrimiento de parientes y allegados establecidos en el numeral 400 última parte del c.s.p.v.

BIBLIOGRAFIA

1. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, pp. 62-63.
2. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp. 217-219.
3. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo V, pp. 51-53.
4. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. - pp. 338-342.
5. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, pp. 200-206.
6. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 221-222.
7. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, - pp. 344-346.
8. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, pp. 206-207.
9. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo V, p. 52.
10. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, p.63.
11. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p.223.
12. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo V, p. 51.
13. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 228-230.
14. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo V, pp. 172-174.
15. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, - p. 344.
16. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo - II, pp. 241-246.
17. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, p. 65.

18. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 227-228.
19. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo IV, p. 184.
20. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal - pp. 342-343.
21. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, pp. 63-64.
22. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 224-225.
23. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, pp. 64-65.
24. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 226-227.
25. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo II, pp. 41-59.
26. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo. pp. 250-259.
27. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General. p. 66.
28. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 231-232.
29. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo II, pp. 374-377.
30. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. pp. 331-332.
31. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo I pp. 199-200.
32. Veia Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. - pp. 4 y 208.
33. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 226-238.

34. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, p. 349.
35. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo I, p. 211.
36. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, - pp. 209-210.
37. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales - de Derecho Penal, pp. 349-258.
38. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, pp. 349-358.
39. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III, p. 346.
40. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo I, pp. 211-215.
41. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, - pp. 209-211.
42. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, pp. 66-67.
43. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales - de Derecho Penal, pp. 245-248.
44. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo II, pp. 372-373.
45. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, pp. 365-374.
46. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo I, pp. 225-230.
47. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, - pp. 228-259.
48. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo VII, pp. 210-211.
49. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, pp. 260-261.

50. Celestino Forte Petit Candaudap. Robo Simple. pp. 109 - 112.
51. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal, pp. 49-51.
52. Semanario Judicial de la Federación. CXII 5a. Epoca, - p. 1624.
53. Semanario Judicial de la Federación LXXVII 5a. Epoca, p. 1219.
54. Semanario Judicial de la Federación XXVIII 5a. Epoca, p. 1008.
55. Boletín de Información Judicial 1959, p. 18.
56. Semanario Judicial de la Federación II 5a. Epoca, p. 631
57. Semanario Judicial de la Federación LXXVIII 5a. Epoca, - p. 1250.
58. Suplemento de Información Judicial, 1956. p. 448.
59. Semanario Judicial de la Federación XLIV 5a. Epoca. p. 178.
60. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, p. 68.
61. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 253-254.
62. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, p. 379.
63. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. pp. 273-276.
64. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General. p. 68-69
65. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 255-256.

66. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV, pp. 81-82.
67. Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal, - pp. 379-383.
68. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, pp. 219-221.
69. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales - de Derecho Penal, pp. 259-260.
70. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. pp. 384-385.
71. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales - de Derecho Penal. pp. 260-261.
72. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. p. 385.
73. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo II, p. 80.
74. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, p. 366.
75. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, p. 261.
76. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, p. 261-262.
77. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, p. 370.
78. Osorio y Nieto, Sergio Augusto, Síntesis de Derecho Penal Parte General p. 70.
79. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 262.
80. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, p. 371.
81. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 262-263.

82. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. - pp. 376-380.
83. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 263.
84. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. p. 279.
85. Csorio Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, p. 71.
86. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 264.
87. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, p. 388.
88. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, - pp. 300-305.
89. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 264-265.
90. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo II, p. 112.
91. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, p. 315.
92. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 265-266.
93. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, - pp. 294-298.
94. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 250-251.
95. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, - pp. 391-392.
96. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo II, p. 107; Tomo I, pp. 211, 231-232.

97. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad o Inculpabilidad, - pp. 264-265.
98. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo II, pp. 67-68.
99. Celestino Porte Petit Candaudap. Robo Simple, pp. 112-115.
100. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal, pp. 51-52.
101. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, pp. 265-275.

CAPITULO CUARTO

PUNIBILIDAD, EXCUSAS ABSOLUTORIAS, CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

4.1 LA PUNIBILIDAD.

4.1.1 CONDICIONES OBJETIVAS.

4.2 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

4.2.1 FORMAS DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

- A. EXCUSA EN FUNCION DE LA CONSERVACION DE LOS VINCULOS FAMILIARES.
- B. EXCUSA POR RAZONES DE MINIMA TEMIBILIDAD.
- C. EXCUSA EN RAZON DE LA MATERNIDAD CONCIENTE.
- D. OTRAS EXCUSAS POR INEXIGIBILIDAD.

4.3 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

4.4 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

- 4.4.1 EN RAZON DEL MEDIO EMPLEADO.
- 4.4.2 EN RAZON DEL LUGAR DONDE SE COMETA.
- 4.4.3 EN RAZON DE LA RELACION PERSONAL.
- 4.4.4 EN RAZON DE LA RELACION PERSONAL Y EL LUGAR DONDE SE COMETA.
- 4.4.5 EN RAZON DEL OBJETO.
- 4.4.6 EN RAZON DEL OBJETO Y EL LUGAR DONDE SE COMETA.
- 4.4.7 EN RAZON DEL APROVECHAMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS.
- 4.4.8 EN RAZON DEL NUMERO DE PERSONAS.
- 4.4.9 EN RAZON DE LAS PERSONAS Y EL MEDIO EMPLEADO.
- 4.4.10 SUSPENSION DE DERECHOS.

CAPITULO CUARTO.

LA PUNIBILIDAD, LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS, LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y LAS AGRAVANTES.

4.1 LA PUNIBILIDAD

El hecho típico, antijurídico y culpable debe tener como complemento la amenaza de una pena, o sea, debe ser punible y sancionado con una pena el comportamiento delictuoso. La punibilidad, como elemento del delito ha sido sumamente discutida. Hay quienes afirman que efectivamente es un elemento del delito y otros que manifiestan que es sólo una consecuencia del mismo. Conforme a la definición de delito que proporciona el artículo 7° del Código Penal podría resolverse que la punibilidad si es elemento del delito, sin embargo, los argumentos contrarios son atendibles y sólo podemos decir que la discusión acerca de la punibilidad, como elemento del delito, subsiste, y que nosotros incluimos su estudio en este apartado por razones de exposición. (1).

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. El comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces una amenaza estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del jus puniendi); igualmente se entiende por punibilidad, en forma más apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes. En este último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de

la amenaza normativa. Aún se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito. Dice Porte Pe tit: "Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática so bre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos lo gales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la - penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuen cia del mismo. El artículo 7° del Código Penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo - alude a la garantía penal "nulla poena sine lege", pues tal - afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordena miento jurídico, el artículo 14 constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la - pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice - que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por tanto, - constitutiva de delito y no es penado por consideraciones espig ciales. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la con ducta por el beneficiario de ella en cuanto no es punible, no encaja en la definición de delito contenida en el artículo 7° del Código Penal". (2).

Al definir el delito expresamos que un concepto substancial - del mismo sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total orde namiento jurídico y de éste se desprende que por tal debe en tendarse la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Dimos por tanto, a la punibilidad, el tratamiento - de carácter fundamental o elemento integral del delito. Des de un punto de vista formal el concepto --del delito-- puede - reducirse, a la conducta punible (acto u omisión que sancionan las leyes penales), según lo determina el artículo 7° del Código Penal. Por punibilidad entendemos, en consecuencia, la - amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los de

beres consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social. Frank Von LIST, al definir el delito, lo estima un acto culpable contrario al Derecho y sancionado con una pena. Para CUELLO CALON el delito es fundamentalmente acción punible, dando por tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquel. Por su parte, JIMENEZ DE ASUA precisa que lo característico del delito es ser punible; la punibilidad es, por ende, el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena. Opina en contrario entre otros, SEBASTIAN SOLER, quien excluye a la punibilidad de sus rasgos esenciales. Para el autor argentino, delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta. Definir el delito como acto punible y decir que éste "Es un acto antijurídico, culpable y punible, importa incurrir --expresa SOLER-- en el error lógico de incluir en los elementos de la definición lo que precisamente es el objeto definido. Si algún sentido tiene definir el delito, éste consistirá en que la definición puede guiarnos, para que, cuando los elementos concurren, la pena puede o debe aplicarse. La construcción en la dogmática jurídica, tiene un objeto más práctico que cognitivo. La punibilidad es una consecuencia, de la reunión de esos elementos, de modo que toda la tarea sistemática consiste en examinar el contenido de estos". Entre los penalistas mexicanos, FERNANDO CASTELLANOS e IGNACIO VILLALOBOS sostienen igual punto de vista. Expresa el primero que la punibilidad no forma parte del delito, bien se le estime como merecimiento, como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena, pues desde el primer punto de vista la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento; en cuanto al segundo, por que el concepto del delito no se identifica con el de la norma jurídica, por más que pueda admitirse que ésta no se integra sin la sanción y, por último, menos puede ser considerada la

punibilidad como elemento integral dado que la imposición concreta de una pena no es sino la reacción estatal respecto al ejecutor de un delito, siendo por tanto algo externo al mismo. "Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren este carácter por que se les sancione penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y la conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente, más no se pueden tildar como delitos por ser punibles". El segundo, se encarga de hacer hincapié en que el delito es oposición al orden jurídico, tanto objetiva (antijuridicidad) como subjetiva (culpabilidad), mientras la pena es la reacción de la Sociedad y por ello externa a áquel, constituyendo su consecuencia ordinaria, terminando por afirmar que un acto es punible por que es delito; pero no es delito por que es punible, invocando con SILVELA la existencia de delitos no punibles conforme a la ley cuando ésta otorga una excusa absolutoria. Ahora bien, si todo el derecho es un orden coactivo, ¿cuál es la diferencia específica entre las normas de Derecho Penal y las de otros Derechos?. No siendo lo injusto ni lo culpable características distintivas, según lo hemos afirmado, sólo dos notas, la tipicidad y la punibilidad concretizan y diferencian la norma penal de otras. A ellas alude la definición del artículo 7º: delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, pues únicamente es punible lo descrito por estas leyes. Es cierto que el delito, como una conducta o hecho dados en el mundo fáctico no se identifica con la norma jurídica que prescribe determinado proceder humano, pero a nuestro juicio resulta incontrovertible que la conducta prohibida ha sido determinada por el Derecho y éste constituye la razón de ser del delito como suceso, pues los actos de los hombres muestran en tal caso inconformidad con aquél cayendo por ello bajo el campo de regulación de sus normas. Quien mata injusta y culpablemente a un semejante; quien se apodera ilícitamente de la cosa aje-

na, realiza actos condicionantes de la pena, por cuanto las normas que sancionen el matar y el robar establecen una relación - entre la conducta o hecho previsto y el acto coactivo del Estado. Decir que la pena es la consecuencia del delito es del todo correcto, pero no debe confundirse con la punibilidad, elemento constitutivo del delito, por cuanto es fuente de la obligatio juris. En consecuencia, negamos la existencia de delitos no punibles, expresión equívoca con la cual se pretende entre otros argumentos, hacer valer el punto de vista negativo - del carácter esencial de la punibilidad en el delito. (3).

La acción antijurídica y típica, para ser incriminable ha de estar conminada con la amenaza de una pena, es decir, que este ha de ser la consecuencia de aquella, legal y necesaria. "Ley sin pena es campana sin badajo", reza un proverbio alemán. En - nuestro derecho se señala a la acción o a la omisión para ser - delictuosas, el estar sancionado por las leyes penales (art. 7 c.p.). El requisito de la amenaza penal ha sido criticado por decirse que está contenido en el tipo de acción punible, antijurídica y culpable (Beling); o bien porque, si la pena es consecuencia del delito, no puede constituir elemento integrante de él, pues todo lo que hace es dar al delito un sello externo y - distintivo de las demás acciones. Pero debe advertirse que la noción del delito se integra, no con la pena aplicada o no en - la realidad de la vida a la acción descrita por la ley, sino - con la sola amenaza de tal pena, con la conminación de punibilidad, independientemente de que la pena misma se aplique o se deje de aplicar. Desde este punto de vista la punibilidad es un elemento esencial de la noción jurídica del delito. (4).

4.1.1 CONDICIONALIDAD OBJETIVA

La condicionalidad objetiva es un requisito, una circunstancia, un dato, que debe darse para que opere la punibilidad, pero sin que sea elemento del delito, pues sólo en contados casos se presentan tales condiciones, tal sucede en los delitos fiscales, - en los cuales se requiere una declaración de la hacienda pública.

ca respecto a la existencia de un perjuicio fiscal. (5).

Las condiciones objetivas de penalidad tampoco son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltaran en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Muy raros delitos tienen penalidad condicionada. Generalmente son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación. Como ejemplo suele señalarse la previa declaración judicial de quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta; nótese cómo este requisito - en nada afecta la naturaleza misma del delito. (6).

On ocasiones la ley exige para que exista punibilidad en la acción un conjunto de condiciones objetivas; así las tenemos en el caso de delincuentes que hayan cometido la infracción en el extranjero y que deban ser sancionados en la República, para lo cual es requisito que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República (art. 4 fr. III c.p.). En ocasiones también la punibilidad está cualificada por el resultado mismo, más o menos grave, no imputable al infractor; y así tenemos cierta sanción para el que provoque públicamente a cometer un delito o haga la apología de él o de algún vicio, si el delito no se ejecutare, pues en caso contrario se aplicaría al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido (art. 209 c.p.). Todas estas son condiciones objetivas de punibilidad de la acción, ajenas a la acción misma en su aspecto individual. (4).

La punibilidad se considera como elemento del delito, o bien, como consecuencia del mismo. Lo importante es conocer cual ha sido el tratamiento que la han dado las legislaciones a la punibilidad en el delito de robo. El sistema de penalidad cuantitativa, que es el seguido por nuestro Código Penal, debe ser totalmente abandonado, porque en esta forma se está atento al da-

no causado y no a la personalidad del delincuente. Consideramos de sumo valor el pensamiento de Quintano Ripollés, que por otra parte concuerda con el de numerosos penalistas y consiste en la crítica al sistema legal de graduar la punibilidad en base al valor de lo robado. El Código Penal mexicano en el artículo 370, señala la punibilidad en el robo simple, pero la sanción es mayor, tratándose del robo, como tipo complementado, subordinado o circunstanciado. (7).

La punibilidad no es sino la amenaza de la pena que se asocia al mandato o precepto contenido en la norma penal. El Código mexicano, siguiendo la tendencia de innumerables códigos, establece como medida para fijar la pena en el robo, el valor de la cosa que constituye el objeto. Las razones que pretenden fundar tal criterio, estrictamente material, son variadas: se atiende a la naturaleza de la acción atentatoria del bien jurídico del patrimonio, para punir con más severidad el apoderamiento que lesiona o puede lesionar más gravemente; o bien, se estima más peligrosa la personalidad de quien realiza la acción en objeto de mayor valor que aquél que se apodera de cosas de escaso valor de cambio. González de la Vega, al abordar esta cuestión expresa: "No parece del todo equitativo el anterior pensamiento clásico (se refiere a la exposición de Groizard), porque en la mayor parte de los robos el ladrón, al realizar el apoderamiento ilícito, ignora el verdadero valor de las cosas de que se apropia, acontece a menudo que proponiéndose el agente apoderarse de cosas que supone de gran valor, resulta defraudada su codicia ante la verdadera calidad inferior de los objetos; también puede suceder que habiéndose propuesto un apoderamiento de objetos de mínimo valor, éstos resulten preciosos, Meade cita el ejemplo de dos carteristas que roban en idénticas circunstancias, sin que haya más diferencia que la de que en un caso la cartera robada no contenía sino papeles sin valor, y en el otro una cantidad considerable de billetes de banco; los ladrones hablarán de buena o mala -

suerte según el resultado final de su acto; ¿pero la ley podrá dejar el acaso la pena? ¿Será admisible que de hecho, a uno de los carteristas se le imponga sólo arresto de meses, en tanto - al otro se le imponga años? En rigor, la culpabilidad de uno y de otro son iguales, sobre todo desde el punto de vista de la perversidad y de la temibilidad y por lo mismo la pena debiera ser la misma o por lo menos semejante". Tal argumento nos parece convincente, ya que el sistema adoptado adolece del defecto de atender exclusivamente, al valor de cambio de la cosa. Aunque es cierto que el juzgador puede moverse dentro de los límites mínimo y máximo establecidos en cada caso, tomando en cuenta además las circunstancias personales del reo, en uso del arbitrio que le conceden, por cuanto a la aplicación de las sanciones, los artículos 51 y 52 del Código, el hecho real es que la graduación de la pena se basa en el valor de la cosa robada. Son los artículos 370 y 371 del Código los que regulan la punibilidad del tipo autónomo e independiente de robo que venimos analizando (artículo 367). El valor de la cosa, esto es, su apreciación en dinero, debe desestimar todos los factores ajenos al intrínseco del propio objeto robado. Ya Carrara arguyó que en su cálculo no deben considerarse el costo original, el destino especial que el propietario le diera, ni la utilidad producida al ladrón. Por ello, en la determinación del valor de la cosa, los peritos deberán atender, preferentemente, al precio de la misma en el mercado. El artículo 371 prescribe que para estimar la cuantía del robo se atenderá, exclusivamente, al valor intrínseco de la cosa, es decir, a su valor de cambio, el cual deberá ser apreciado con relación al momento mismo del apoderamiento. Agrega el citado precepto que "si por alguna circunstancia no fuera estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años". Esta regla viene a dar solución a todas aquellas hipótesis en las que hay imposibilidad de determinar el valor de la cosa, bien por la naturaleza de esta o por cualquier otra circunstancia. (8).

El robo de frutos se sanciona con base en lo dispuesto por los artículos 367, 370, 371, 372, 376, 380 y 381, todos del c.s.p.v., siendo diversas sanciones de acuerdo con la modalidad del ilícito, variando de la simple a la más grave.

4.2 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

En casos excepcionales, señalados expresamente por la ley, y posiblemente en atención a razones que estimamos de política criminal, se considera conveniente no aplicar, en el caso concreto, pena alguna al sujeto activo del delito. Estas situaciones excepcionalmente constituyen las excusas absolutorias. En estos casos el carácter delictivo de la conducta y demás elementos del delito subsisten sin modificación, únicamente se elimina la punibilidad. (9).

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición. (10).

Las causas de impunidad de la conducta o hecho típico, antijurídico y culpable, denominadas excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la inexistencia del delito. JIMENEZ DE ASUA las define así: "Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocia pena alguna por razones de utilidad pública". CASATELLANOS TENA, congruente con su punto de vista de considerar a la punibilidad como una consecuencia del delito, precisa que se habla de ausencia de punibilidad como una consecuencia del delito, precisa que se habla de ausencia de punibilidad cuando, realizado un delito, la ley no establece la imposición de

la pena, haciendo con tal expresión referencia a los casos en los cuales, dada la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador, por motivos de política criminal, basada en consideraciones de variable índole, excusa de pena al autor. "Así entendida, la ausencia de punibilidad opera cuando el ordenamiento jurídico establece de manera expresa excusas absolutorias". (11).

Si, como hemos dicho en las causas de inimputabilidad la acción deja de ser delictuosa porque el sujeto no es culpable, y en las de justificación porque la acción no es antijurídica, - en las excusas absolutorias falta sólo la punibilidad de la acción; son causas que dejan subsistir el carácter delictivo del acto, causas personales que excluyen sólo la pena (Mayer), pues por las circunstancias que concurren en la persona del autor el Estado no establece contra tales hechos acción penal alguna (Jiménez de Asúa). Se las define por ello diciendo: - son circunstancias en las que, a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor (Kohler). - La remisión de la pena obedece particular y principalmente a utilitatis causa. (12).

4.2.1 FORMAS DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

A. EXCUSAS EN FUNCION DE LA CONSERVACION DE LOS VINCULOS FAMILIARES.

Tiene por finalidad evitar situaciones en las que se produzca o acentúe la disgregación de la familia. (10).

El fundamento de la excusa se ha querido encontrar en una supuesta copropiedad familiar; en motivos de intimidad; o bien en el simple recuerdo de aquella copropiedad. Desde hace años, hemos venido sosteniendo que si la familia es la base de la sociedad, interesa al Estado protegerla y por ello se encuentra obligado, antes que a sancionar el robo, a procurar el fortalecimiento de los vínculos familiares, por ser la familia

la célula social. Serían negativos los efectos de la represión si el propio Estado favoreciera la comparecencia de los hijos ante los tribunales para acusar a sus propios padres o a la inversa. (13).

En nuestro derecho se aceptan estas excusas toda vez que la acción desarrollada por el sujeto acredita en él nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble. Las relaciones de familia, los lazos de la sangre, la comunidad del nombre familiar, el afecto en una palabra, que atañe entrañablemente a los hombres entre sí, al mismo tiempo que el respecto a la opinión pública, que en cierto modo justifica al infractor que favorece a los de su propio linaje, o a los que ama o respeta, lleva al Estado otorgar perdón legal de la pena; pues si la familia es una amistad de la sangre que la naturaleza misma impone a los hombres, la amistad es una consanguinidad del espíritu que la sociedad y los hombres necesitan para subsistir. (14).

B. EXCUSA POR RAZONES DE MINIMA TEMIBILIDAD.

El artículo 375 del ordenamiento punitivo establece que si el valor de lo robado no excede de diez veces el salario mínimo establecido para el Distrito Federal y es restituído por el activo espontáneamente, y si, además, éste paga los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del hecho y el robo no se ejecuta con violencia, no se impondrá sanción alguna. Como puede observarse la poca cuantía del ilícito, la restitución espontánea, el arrepentimiento del sujeto y las circunstancias de comisión del delito, indican mínima temibilidad del activo. (15).

La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente. (13).

C. EXCUSAS EN RAZON DE LA MATERNIDAD CONSCIENTE.

El Código Penal en su artículo 333 establece impunidad en el -

gumento del aborto causado por imprudencia de la mujer o cuando el embarazo sea resultado de una violación. En el primer caso se estima que existe mínima o ninguna temibilidad y que la mujer sufre las consecuencias de su propia imprudencia al frustrarse su expectativa de maternidad, la segunda hipótesis la explican los tratadistas en función de que no debe imponerse a la mujer una maternidad odiosa que le recuerde el hecho de la violación, aquí se invoca una razón de no exigibilidad de otra conducta. (15).

El artículo 333 del Código Penal establece la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación. Según González de la Vega, la impunidad para el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, se funda en la consideración de que es ella la primera víctima de su imprudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad; por ende resultaría absurdo reprimirla. Para el aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, la excusa obedece a causas sentimentales. Nada puede justificar --dice Eugenio Cuello Calón--, imponer a la mujer una maternidad odiosa, dando vida a un ser que le recuerda eternamente el horrible episodio de la violencia sufrida. Para la operancia de la impunidad se requiere la demostración previa del atentado sexual, aún cuando respecto a éste no se haya seguido juicio alguno en contra del violador. En el primer caso se exime de pena en función de nula o mínima temibilidad; en el segundo, en razón de la no exigibilidad de otra conducta, pues el Estado no está en condiciones de exigir a la mujer un obrar diverso, más se mantiene incólume la calificación delictiva del acto. Con acierto expresa Ricardo Abarca que el derecho a la libertad sexual no puede llegar hasta el punto de justificar la muerte dada en el feto, pero se excluye la pena a virtud de los sentimientos de repugnancia de la propia mujer al serle violentamente impuesta la maternidad. (16).

El artículo 333, en su primera parte, declara impone el aborto causado "sólo por imprudencia de la mujer embarazada". El precepto recoge, indudablemente, una excusa absolutoria, al eximir de pena el resultado de muerte del producto de la concepción, cuando es consecuencia de la conducta imprudente de la propia mujer embarazada. El origen de la excusa debemos encontrarlo en el hecho innegable de que es la propia mujer la primera en lamentar, en la mayoría de los casos, la frustración de sus esperanzas de maternidad. Agregar a tal dolor el escándalo y la vergüenza de un proceso y de la aplicación de una pena, resultaría no sólo injusto sino aberrante. El propio artículo 333 en su parte final, declara igualmente impone el aborto "cuando el embarazo sea resultado de una violación". Es claro que si el acto erótico le fue impuesto violentamente a la mujer, vulnerando su libertad sexual salvaguardada en la ley, por constituir un bien jurídico motivo de la tutela, no puede exigirsele la aceptación de una maternidad no querida ni buscada; la ley no puede imponer obligaciones jurídicas de esa índole. Se reconoce, en el aborto por causas sentimentales, una "no exigibilidad de otra conducta" y por tanto una causa de inculpabilidad. VILLALOBOS considera necesario, para una correcta estimación de cada suceso, conceder a los tribunales arbitrio para perdonar el hecho únicamente cuando estimen, en virtud de los antecedentes, circunstancias y peculiaridades de acontecimiento, que sería tanto humana como culturalmente excesivo exigir otra conducta de parte de la acusada. Generalizar y consentir el aborto en todo caso en que el embarazo sea resultado de una violación conduce a pensar, dice el maestro mexicano, que el aborto en esas condiciones es un derecho y no en realidad un "delito excusable", expresión ésta justificada, en la posición de VILLALOBOS, que ve en la punibilidad una consecuencia del delito y no uno de sus elementos constitutivos. (17).

No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mu-

ser embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación. A propósito reproducimos el siguiente comentario de González de la Vega: El c.p. mexicano dentro del capítulo de aborto enumera tres distintas formas provocadas, declarándolas no punibles: a) aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada. Esta causa especial de impunidad, derogatoria de las reglas generales aplicables en los delitos de imprudencia, se funda en la consideración de que, cuando la mujer por sus simples negligencias o descuidos, sin intención dolosa, causa su propio aborto, resultaría inequitativo reprimirle por ser ella la primera víctima de su imprudencia al defraudarse sus esperanzas de maternidad. La frase "sólo por imprudencia de la mujer", que emplea el texto legal, es obscura; una estrecha interpretación literal llevaría a la absurda conclusión de que, cuando en el aborto coexistan imprudencias de la mujer y de tercero, la una y los otros deben ser considerados como responsables del delito. La interpretación adecuada para las palabras "sólo por imprudencia de la mujer" es la que ésta no haya tenido la más remota intencionalidad en el aborto. b) aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación. Durante la Gran Guerra, en Francia, fueron absueltas varias mujeres reos de aborto y aún de infanticidio, que alegaron como motivo del delito previa violación por soldados enemigos. Según Jiménez de Asúa en la interrupción del embarazo para liberar a la mujer de los terribles recuerdos de un bárbaro atropello, hay una causa sentimental hasta noble, pero egoísta, es decir, personal; esta especie de aborto va transida de una cuantiosa serie de motivos altamente respetables y significa el reconocimiento palpable del derecho de la mujer a una maternidad consciente. En este caso, como en el de la violación --dice Cuello Calón-- yo no dudo en admitir la legitimidad del aborto. Nada puede justificar que se imponga a la mujer una maternidad odiosa que de vida a un ser que le recuerde eternamente el horrible episodio de la violencia sufrida. La excusa absolutoria del aborto por violación previa supone la demos-

tración evidente del atentado sexual, pero este debe establecerse para los efectos de la no punibilidad del aborto por el juez que conoce de la causa, sin que se necesite previo juicio de los responsables del delito de violación. Por último considerará González de la Vega el aborto por estado de necesidad. (18)

D. OTRAS EXCUSAS POR INEXIGIBILIDAD.

En el capítulo anterior quedó estudiado el encubrimiento de parientes y allegados, verdadera excusa absolutoria fundada, a nuestro juicio, en la no exigibilidad de otra conducta. Igual fundamento opera para las excusas contenidas en los artículos 280, fracción II y 151 del Código Penal del Distrito Federal, la primera alude a la exención de pena a determinados parientes de un homicida si ocultan, destruyen, o sin la debida diligencia seputan el carácter del occiso. El otro precepto excusa a ciertos familiares de un detenido, procesado o condenado cuando favorezcan su evasión, excepto si proporcionan la fuga mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas. Otro caso de inexigibilidad, de donde surge una excusa absoluta, se halla en la fracción IV del artículo 247 del mismo cuerpo legal; se refiere a la falsa declaración de un encausado. La propia constitución protege al inculcado con una rica gama de garantías; por ende el Estado, en el caso de la excusa mencionada, no está en condiciones de exigir un obrar diferente. Advertase, sin embargo, la dificultad de realización de la hipótesis por que tratándose del acusado no se le toma protesta y según nuestra ley, la falsedad debe hacerse precisamente previa protesta de decir verdad, para integrar el delito cuya pena, en la especie, es excusa. El mismo ordenamiento alude al caso de quien es examinado sobre la cantidad en la cual estima una cosa y falta a la verdad. Aquí no existe razón para la excusa; si el que falta a la verdad cree, por error, manifestar lo cierto, indudablemente no comete delito. (19)

El artículo 151 establece una excepción respecto al funcionamiento de la pena prevista en el artículo 150 (al que favorece re la evasión de algún detenido, procesado o condenado) tratándose de los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, de sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, "pues están exentos de toda sanción, excepto el caso en que se hallan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas". Esta situación, como la comprendida en el artículo 15, fracción IX, no integra propiamente una excusa absolutoria sino una "no exigibilidad de otra conducta" y es causa de inculpabilidad al suprimir el delito por ausencia de su elemento subjetivo. Igual razonamiento debe hacerse respecto de la segunda de las situaciones previstas en el artículo 247, fracción IV. La parte final del precepto, releva de pena a la parte cuando sea examinada sobre la cantidad que estima una cosa. Si la persona actúa de buena fe, lógicamente el juicio de apreciación expuesto sobre el valor de la cosa aun probado los elementos descriptivos del tipo, no puede generar responsabilidad penal por inexistencia del delito; habría en tal supuesto ausencia de culpabilidad al no darse el dolo, de necesaria concurrencia en ésta clase de infracciones -- que, por su naturaleza, excluyen la culpa. Si, por lo contrario, la opinión vertida le ha sido maliciosamente, con intención de favorecer a uno de los litigantes, faltándose así a la verdad la hipótesis prevista en la ley operaría como una auténtica excusa absolutoria, pues siendo la conducta a todas luces antijurídica y culpable no hay lugar a la imposición de pena -- por imperativo del ordenamiento legal. La falsedad en que incurrió el acusado al declarar bajo protesta no constituye "infracción punible" por operar en el caso una inexigibilidad que impide la integración del elemento subjetivo y por ello del delito. Sería absurdo que se hiciera general responsabilidad -- por la falsedad de quién, para eludir su culpa por un hecho delictuoso determinado, ocultare la verdad en cualquier forma, -- pues ello equivaldría no sólo a ignorar la naturaleza humana al

imponer al acusado el deber de proporcionar a la autoridad los datos que harán posible a ésta el ejercicio de su facultad per secutoria o sancionatoria, sino a exigir el cumplimiento de una obligación jurídica de imposible ejecución. El artículo-280 fracción II, declara delictuosa la conducta de quien "ocul te, destruya, o sin licencia correspondiente sepulte el cadá ver de una persona, siempre que la muerte haya sido a conse cuencia de golpes heridas u otras lesiones, si el reo sabía esa circunstancia. En este caso no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del res ponsable del homicidio". Esta supuesta excusa consagra la impunidad del encubrimiento (favorecimiento personal) cuan do lo realizan los parientes más próximos, como lo son los as cendientes, descendientes, cónyuge o hermano del homicida. Las razones que fundamentan la impunidad hemos de identificar las con las reguladoras de los artículos 15, fracción IX, y 151 ya examinados. Con apoyo en ellas es preciso declarar la inexistencia del delito por inexigibilidad de otra conducta, - originante de una causa de inculpabilidad del hecho típico y - antijurídico. (20).

Con respecto a este problema se puede precisar, que hay tres - corrientes: A) La que adopta la postura, de no sancionar el - robo en relación a determinados parientes; B) Aquella que - igualmente no sanciona el robo con respecto a determinados pa rientes, pero en cuanto a otros, se requiere la querrela, y C) La que exige en todo caso, la querrela del pariente ofendido. Para fundamentar la excusa absolutoria, la doctrina se apoya - en razones de "comunidad patrimonial" o de orden "moral". Es timamos acertado el juicio de Quintano Ripollés, que decidida mente, opta por aceptar el sistema de excusa germánico, por pa recerle el más razonable, por cuanto que sólo el pariente per judicado, es el llamado a decidir el vigor o lexitud de los - vínculos familiares, agregando, que "el romántico, en cambio, - sacrifica las realidades de la vida a una ficción tantas veces de palmaria falsedad, constituyendo una patente de curso para

despojar de sus bienes a determinados parientes, que, por muy cercanos que sean, sólo ellos son llamados a excusar el despojo, no el Estado, siempre espléndido con los bienes ajenos". (21).

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad. El artículo 377 consagra una excusa absolutoria al declarar que "el robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquél, no produce responsabilidad penal contra dichas personas", pero la misma no beneficiará, pro disposición expresa del referido artículo, a cualquier otra persona que tuviere intervención en el robo. González de la Vega, al comentar este artículo aduce que "la razón que tuvo en cuenta el legislador para proveer de excusa absoluta al robo cometido por un ascendiente contra su descendiente o viceversa, fue, como dice Garraud, la de simple conveniencia que se opone a la persecución de miembros tan cercanos de una misma familia", agregando después: "Aunque nuestro Código no lo menciona, es indudable que la excusa absolutoria para el robo entre ascendientes y descendientes, permite la posibilidad de que el ofendido ejercite sus acciones restitutorias por las cosas materia del delito, salvo que la reivindicación de la cosa no se obtendrá a título de pena pública de reparación del daño, sino conforme a los procedimientos civiles". Como lo pone de relieve Jiménez Huerta, mucho se ha especulado sobre la "ratio" de la impunidad del robo entre ascendientes y descendientes. "prevaleció primitivamente --expresa-- la idea de una comunidad familiar patrimonial, la que dijéramos perdura en los Códigos penales español e italiano, dada las condiciones en los robos entre hermanos. Empero, la fundamentación más sólida y que más coincide con la realidad, es aquella de interés social que ya fue elocuentemente enunuciada en la Exposición de motivos del Código Penal francés: "Las relaciones entre estas personas son demasiado íntimas --se afirma en dicha Exposición-- para que convenga, en relación con sus intereses pecuniarios, facultar al Ministerio Público para indagar secretos de familia que quizás no deben ser jamás revelados; para -

que no sea extremadamente peligroso que una acusación penetre en asuntos donde la línea que separa la ausencia de escrúpulos y el verdadero delito es muy difícil de trazar; en fin, para que el Ministerio Público promueva penas cuyas consecuencias - no se limitan a sembrar amargura entre los miembros de la familia, sino que, además, puede ser fuente eterna de divisiones y de rencor "...". Otra excusa absolutoria es la que se encuentra consignada en el artículo 375 del Código que a la letra dice: Cuando el valor de lo robado no pase de veinticinco pesos, sea restituído por el ladrón espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia". Aquí el agente del delito se arrepiente del hecho ilícito ejecutado y devuelve -- no sólo lo robado sino además paga los daños que haya causado, así como los perjuicios, antes de que la autoridad haya tomado conocimiento del hecho. Tanto el arrepentimiento como la ausencia de medios violentos en la comisión del apoderamiento, revelan la inexistencia de peligrosidad y tal razón fue la que llevó al legislador a establecer la citada excusa. (22)

Se entiende por excusa absolutoria al decir de Von Liszt, la causa personal que libera de pena. Los artículos 377 y 378 de nuestro código disponen, que: "El robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquél, no producen responsabilidad penal contra dichas personas. Si además de las personas de que habla este artículo tuviera intervención en el robo alguna otra, no aprovechará a éste la excusa absolutoria, pero para castigarla se requiere que lo pida el ofendido. Pero si precediere, acompañare o siguiere al robo algún otro hecho que por sí sólo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señala la ley" y el segundo que: "El robo cometido por un cónyuge contra otro por su suegro contra su yerno o nuera, por éstos contra aquél por su padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano con

tra su hermano, produce responsabilidad penal, pero no se podrá proceder contra los delinquentes sino a petición del agraviado". Dos situaciones se presentan en relación a estos artículos; la excusa absolutoria mencionada en el artículo 377 y la necesidad de la querrela prevista en este artículo y el 378. Aún cuando en éste no se menciona a la madrastra o la hijastra, considero que se encuentran comprendidas en el artículo y no procede se ejercite acción penal en su contra sin previa querrela. En las mismas condiciones están, aún cuando no se diga, los que intervengan en el robo, en coparticipación de los conyuges, hermanos, suegros, etcetera, pues si el ofendido no desea proceder en contra de sus familiares para evitar escándalos, divisiones y agravios, no hay razón para proceder de oficio en contra de los coautores, cómplices, auxiliadores, etc. Además, dada la naturaleza de la acción penal y de la querrela debe de procederse en contra de todos, salvo el caso previsto en la primera parte del artículo 377, amparado por la excusa. En cuanto a ésta, apreciamos que en los delitos contra la vida, la integridad física y los sexuales, se menciona a los ascendientes consanguíneos y en línea recta, en tanto que en el 377, sólo se hace referencia a los ascendientes o descendientes. ¿Los padres e hijos adoptivos se benefician con esta excusa? No hace referencia a este problema Pavón Vasconcelos, en tanto que, para Jiménez Huerta la excusa opera sólo en orden a los ascendientes y descendientes por consanguinidad, si se tiene en cuenta, dice, que el parentesco por afinidad, se hace referencia en el artículo 378. Sin embargo, nos preguntamos ¿fue la ley o Jiménez Huerta el que olvidó la existencia de los padres e hijos adoptivos? Más preciso González de la Vega y con el don Antonio de P. Moreno, sostiene que "es necesario adcertir que si bien la ley emplea el término genérico de ascendiente o descendiente en el artículo 377 que comentamos, indudablemente qui so referirse a los por consanguinidad y a los civiles de adopción, puesto que el artículo 378 ordena que el delito de robo realizado entre ascendientes o descendientes por afinidad, sue

gros y yernos, la persecución puede hacerse por querrela de parte". Desde luego, comparto la opinión de González de la Vega y aún cuando la ratio de la excusa se funda en la necesidad de velar por la unidad familiar, la relación de ascendiente y descendiente se prueba en primer término, con las actas respectivas, en especial tratándose de la adopción, y a falta de éstas por cualquier otro medio. Si no existe la relación parental - aun cuando se suponga su existencia, no opera la excusa absoluta. (23).

En el robo de frutos se presenta únicamente la excusa de razón de mínima temibilidad, en la hipótesis consagrada en el numeral 375 párrafo único, donde el Estado renuncia a la aplicación de la sanción.

4.3 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

El juzgador logra imponer una sanción justa y adecuada al caso concreto, cuando la desprende del análisis detallado de la pe_ queña, regular o enorme gravedad del hecho producido. Así ve_ mos, que las circunstancias atenuantes son las que contienen una pequeña dosis de peligrosidad en el agente del delito, lo que mide su responsabilidad penal y origina a su vez una dismi_ nución en la pena con respecto al delito simple. Así vemos, que el arbitrio judicial entra en acción para valorar tales cir_ cunstancias y a virtud de ello, se impone la sanción más ajusta da a la realidad del comportamiento. Si recurrimos a algunos antecedentes y específicamente al proyecto italiano de 1921 o - proyecto Ferri, advertimos que en su a. 22, entre las hipótesis de atenuación se señalan la honradez del sujeto activo del deli_ to (a niveles personal, familiar y social), al obrar por moti_ vos excusables de interés público, el actuar por un estado de - pasión excusable, de emoción, por intenso dolor o por temor, el manifestarse por sugestión de una muchedumbre, el haber pugnado, espontáneamente, la disminución de las consecuencias del deli_ to o procurado resarcir el daño, el haber confesado por arrepen_ timiento el delito cometido aún no descubierto pero antes de -

ser interrogado por el juez, etc. De igual forma observando el proyecto argentino de Tejedor del año de 1866, entre los motivos de atenuación se señalan, que el culpable del ilícito no esté en posibilidad de comprender la gravedad del mismo, que el agente actúe a consecuencia de una amenaza, que el activo obre impelido por miseria, que el delito se produzca por un arrebato pasional o se entregue por sí mismo a la justicia, etc. Un ejemplo de atenuante, aun cuando es manejada frecuentemente como circunstancia modificada, es la riña que de suyo opera con relación a los delitos de lesiones y homicidio. La riña en su aspecto lingüístico, es una contienda de hecho, que se presenta cuando se golpean dos o más sujetos entre sí, impulsados por ira o mala voluntad; vulgarmente es equivalente a un altercado, pendencia, reyerta, discusión o acto de rivalidad. Al decir de Carrara, la riña es una lucha súbita surgida entre dos o más personas por razones privadas, súbita para diferenciarla del duelo, y por razones privadas para distinguirla de la sedición u otros delitos políticos; la riña es pues la contraversia que en vía de hecho surge entre dos o más sujetos, impulsados por el ánimo recíproco de dirimirla. El a. 314 del CP describe la riña como la contienda de obra y no de palabra; el Código Penal de Veracruz que entró en vigor en 1980 no contempla la riña; por su parte el a. 319 del Código Penal de Nuevo León, vigente a partir de 1981, hace referencia a la riña, y el a. 216 del Código Penal de Guanajuato, cuya vigencia data de 1978, si prevé la modalidad que se menciona. Otra hipótesis que nos sitúa dentro de este tema, es el duelo, que por supuesto se presenta con relación a los delitos de lesiones y homicidio. Esta figura constituye un desafío entre caballeros a diferencia de la riña, como dice Jiménez Huerta, que es una pendencia entre plebeyos; conforme al pensamiento de Manzini, el duelo es una riña civilizada en la que los contendientes actúan en igualdad de circunstancias y de armas; para Martínez de Castro el duelo es un combate en el que los peligros son iguales entre los que se desafían, en el que no -

hay fraude ni violencia, no hay ventaja y todo se realiza frente a testigos imparciales por un pacto previo que es cumplido con lealtad. A pesar de que las lesiones y el homicidio en duelo son punibles en los aa. 297 y 308 del CP, no podemos negar que en México, como en casi todas las legislaciones del mundo, el duelo pertenece al recuerdo y desaparece de nuestro tiempo. (24).

Las circunstancias constitutivas del delito se concretan a aquellas exclusivas del fenómeno fáctico, con total independencia de las subjetivas. En cuanto a las personales, son las que tienen influencia para determinar la apreciación del hecho, por requerirse en la ley alguna condición especial atribuida a la persona del autor (la calidad de funcionario en los delitos de funcionarios) o bien para hacer operar una agravación de pena, una disminución de ésta o una excusa absolutoria. (25).

Estas circunstancias calificativas son aquellas que sin modificar el tipo del delito disminuyen su importancia jurídico-penal. (26).

En la ejecución del delito, pueden concurrir ciertas particularidades que la ley toma especialmente en consideración para atenuar la pena, cuenta habida de que las mismas ponen en relieve cortornos y perfiles que la valoración penalística juzga oportuno expresamente destacar. (27).

Pueden ocurrir determinadas circunstancias que, manteniendo la incriminación en pie, la atenúen, la modifique, son de naturaleza varia, las atenuantes son de naturaleza subjetiva. Producen el efecto de disminuir la criminalidad y, por lo tanto, la culpabilidad y la pena. (28).

Este tipo de robo, previsto en el artículo 380 del Código Penal, constituye una variante del delito analizado anteriormente, pues gozando de los mismos elementos se distingue en la especial dirección subjetiva del autor. Este delito, que encuentra su origen en el Derecho romano, se caracteriza por el propósito del agente, que no es el de apropiarse de la cosa -

ajena de la cual se apodera, como sucede en el robo genérico, sino el hacer de la misma un uso determinado. Al hablar de la culpabilidad en el robo expresamos que se requiere, además del dolo genérico, un dolo específico consistente en el animus domine, en el ánimo o propósito del agente de disponer en su provecho de la cosa objeto del apoderamiento. Pues bien, en el robo de uso, el dolo específico no es el propósito de "apropiársela o venderla" (artículo 380) sino en el de usarla o con servarla durante un tiempo determinado. Por esa razón el precepto relativo expresa "siempre que justifique (el agente) no haberse negado a devolverla, si se le requisó para ello", pues de lo contrario, sería patente que el ánimo o la intención del autor fue el de apoderarse de la cosa. Aunque gramaticalmente los verbos "apoderar" y "tomar" tienen significados diversos, pues en tanto el primero lleva insita la específica intención de quien realiza la acción física, el último refiere simplemente al movimiento corporal traducido en la toma de cosa, al afirmarse la identidad material del robo común con el robo de uso, no puede darse a ambos términos más contenido, objetivamente considerados, que el de la propia actividad voluntaria (acción) realizada sobre la cosa. En tal sentido puede afirmarse, como es común reconocerlo, que en ambos tipos se dan idénticos elementos materiales, llegándose a la diferenciación de ellos en cuanto se examina el elemento subjetivo que individualiza la acción típica constitutiva en dichos robos. El propósito de usar la cosa (animus utendi), característico del robo de uso, se encuentra ausente dentro de la estructura del robo genérico recogido en el tipo básico del artículo 367, pero de acuerdo con lo expresado, aquel adquiere necesaria e ineludiblemente el carácter de tipo complementado, subordinado al básico y privilegiado en su tratamiento punitivo. (29).

Desde luego, no estoy conforme con la interpretación que del artículo en cuestión nos ofrece don Mariano Jiménez Huerta, en el sentido de que esta figura debe reputarse como robo atenuado;

en el código vigente, es un tipo autónomo. Pero en lo que sí estoy de acuerdo, es en la crítica que hace el maestro de la poco afortunada "descripción libre del llamado robo de uso que - acoge nuestra legislación vigente". Dejando a un lado los - criterios antagónicos de autores que aceptan o rechazan esta figura, podemos afirmar, con Angelotti, que son dos los elementos básicos que integran el robo de uso y lo distinguen del robo genérico: uno de naturaleza subjetiva y el otro objetiva. El elemento subjetivo se integra con una doble intención; la de hacer uso momentáneo de la cosa y el de restituirla una vez usada y gozada y otro objetivo, consistente en la restitución inmediata después del uso, restitución que debe ser voluntaria. La cosa debe ser por su naturaleza, cualidades y condiciones, susceptible de durar para que se configure el robo de uso y además, el verbo rector debe ser, no "apoderarse", sino "tomar" para usar temporalmente. Una intención distinta a la de uso y uso temporal excluye la posibilidad del robo de uso. De aquí el error del ver o disponer empleado por el código. Por otra parte, la intención de devolver debe ser cierta y evidente, voluntaria y hacerse directamente o mediante mandatario o representante. El encargo a un tercero de entregar la cosa, tiene eficacia según sostiene la doctrina. (30).

El tipo básico de robo (art. 367) deviene calificado y complementado en forma privilegiada cuando concurren las circunstancias que describe el artículo 380. (26).

Se le llama robo de uso, porque si bien en el caso concurren todos los elementos del robo genérico, no existe en su comisión - especial ánimo o propósito de apropiarse de lo ajeno, es decir, de hacerlo ingresar ilícitamente en el dominio del infractor. Aquí, el dolo se manifiesta en una forma menos intensa, menos perjudicial y revela disminuido aún de lucrar con lo ajeno; el agente se propone, no la apropiación de la cosa para quedársela definitivamente o disponer de ella, sino conservarla temporalmente; para emplear otra forma de expresión, el apoderamiento-

materia de la cosa objeto del delito de robo se efectúa desde un principio con el deseo de usarla y restituirla posteriormente. La finalidad perseguida no es enriquecerse con la apropiación, sino utilizar temporalmente la cosa. (31).

El artículo 380 del Código vigente, se contiene un tipo especial de Robo, al que los autores denominan "Robo de uso". En el tipo de delito de que se trata encontramos los siguientes elementos: a)-Apoderamiento de una cosa. b)-Ajena. c)-Mueble. d)-Sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede darlo con arreglo a la ley. Físicamente se realizó de manera completa la acción delictuosa. Estamos en presencia de los elementos físicos y normativos del delito. Lo que falta es el elemento subjetivo. Por eso exige la ley que el acusado rompa con la regla general. Que destruya la presunción juris tantum del artículo 9° del Código Penal. Exige el precepto que el acusado pruebe: Que tomó la cosa con carácter temporal. Que la tomó NO PARA APROPIARSELA o VENDERLA. Bastaba con que hubiera dicho la ley: Es preciso que el acusado pruebe que TOMO LA COSA, sin ANIMO DE APROPIARSELA. Es decir, que pruebe la ausencia del "Animus Furendi", de la intención de apoderarse de la cosa para apropiársela. Exige la ley que justifique el acusado, es decir, que pruebe NO HABERSE NEGADO A DEVOLVER LA COSA, en caso de que se le haya requerido para ello. Es decir, que justifique que no tuvo el ánimo de apropiársela ni de disponer de ella como de cosa propia. Que no la retuvo con ánimo de hacerla suya. Además, le impone la ley la obligación de reparar el daño causado, en las condiciones cuyas bases establece: pago de doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa. Es decir, indemnización y pago de los daños y perjuicios. (32).

El Código Penal estatuye en el artículo 380 una pena atenuada, describiéndose aquí el llamado robo de uso, esto es, el caso del que sustrae la cosa ajena no con el fin de apropiársela, sino con el de servirse de ella y restituirla después. Cabe recordar que según las leyes romanas, estas hipótesis eran consideradas...

como constitutivas de verdaderos y propios robos, y que esta posición fue la seguida por la jurisprudencia de su época. - El maestro clásico se esfuerza en demostrar la corrección jurídica de este criterio, pues estima que en los casos de robo de uso concurren, desde el punto de vista objetivo, los requisitos del robo, y que el fin de lucro es indudable y se patentiza en el disfrute indebido de la cosa ajena. El problema, empero, presenta solución distinta cuando el elemento típico subjetivo que ha de precindir la comisión del robo, está delimitado en forma específica y expresa, como acontece en el Vigente Código de 1931, en el cual, como ya anteriormente señalaros, el apoderamiento de la cosa ha de realizarse por el sujeto activo "para apropiársela o venderla". El apoderamiento de la cosa ajena con fines diversos no es encuadrable en el tipo de robo. Y si la voluntad de la ley es acordar relevancia penal a estas conductas y sancionarias con penas más leves que las establecidas para el robo simple, necesario es que un precepto expreso estatuya dicha relevancia típica. Esta es la "ratio legis" - del artículo 380, subrayada también por la no casual circunstancia de que en él se emplee el verbo "tomar". No puede desconocerse que la expresión "tomar" tiene una significación antijurídica más neutra y desprovista de disvalor que la de "apoderarse". En la figura de robo de uso se reproducen todos los elementos materiales del tipo básico, excepción hecha de la modalidad que imprime a la conducta el propósito o finalidad que impulsa el agente a remover la cosa. Dicho propósito o fin deja su huella material en la propia conducta, pues como el desplazamiento de la cosa se efectúa por el sujeto activo "con carácter temporal y no para apropiársela o venderla", no es identificable o equiparable, desde el punto de vista finalístico, con el "apoderamiento" y solo tiene la significación naturalística y neutra circunstancial al sentido estrictamente muscular insito en el verbo "tomar". No es, en verdad, afortunada la descripción típica que de este privilegiado robo formula el artículo 380. Pues además de haberse omitido hacer explícita mención del elemento típico subjetivo que integra la "ratio" - de esta clase de robo (animus utendi), se ha dejado en la más

ambigua imprecisión y en la más profunda obscuridad la duración cronológica del uso que de la cosa el agente ha de hacer. Lo que, en realidad, ha querido decir el artículo 360 con la infortunada expresión "con carácter temporal", es que la toma de la cosa ha de efectuarse para ser usada inmediata y momentáneamente, pues sólo cuando la conducta se realiza con dicha incontinente y circunstancial finalidad puede estructurarse esta privilegiada especie de robo. Quedan excluidas de la posibilidad de ser objeto materia de esta especie típica, todas aquellas cosas insusceptibles de ser usadas sin consumirse, dado que las mismas no admiten un uso momentáneo que deje a salvo su sustancia. (33).

En tratándose del delito de robo de frutos no existe ningún atenuante, ya que no opera el robo de uso por ser los frutos bienes perecederos, es decir, que por su uso pierden su sustancia.

4.4 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Las circunstancias agravantes (o de la índole que sean), nos ubican en el principio general de que la medida de la sanción - destinada a un obrar delictivo, deriva de la gravedad del hecho, la que se valora conforme a diversos criterios: primero, tendencia del daño social (Beccaria); segundo, la spinta criminosa (Romagnosi), y tercero, el deber violado (Rosai). Para saber cómo se llevó a cabo la conducta delictuosa, es importante tener en cuenta las circunstancias del propio obrar y que el arbitrio judicial haga su aparición para individualizar en forma correcta la sanción destinada al infractor, porque concluir que alguien obró en el extremo de una agravante y que es merecedor de mayor penalidad, sólo redanda en perjuicio de él y en nada afecta a la sociedad. Como ejemplos pueden mencionarse el robo ejecutado con violencia en las personas o en las cosas, que es motivo de aumento en la sanción y equivale a una agravante, el fraude maquinado que origina mayor castigo respecto al simple, pero es pertinente señalar que las agravantes funcionan con más objetividad, tratándose de las lesiones y del homicidio.

En el proyecto italiano, conocido como proyecto Ferri de 1921, se señalan circunstancias reveladoras de mayor peligrosidad en el agente del delito, entre las que destacan los precedentes penales, las anormales condiciones orgánicas y psíquicas anteriores, durante y posteriores al delito que no constituyen enfermedad mental pero que indican tendencia criminal, precosidad en la comisión de un delito grave, el aprovechamiento de las dificultades para defenderse del ofendido, las insidias y engaños del activo, la ejecución del delito aprovechándose de una calamidad pública, el abuso de condiciones inferiores del ofendido, etc. En forma similar al proyecto Ferri, el proyecto argentino de Tejedor de 1866, observa como indicadores de mayor peligrosidad y en consecuencia de agravación de la pena, los numerosos deberes violados, la mayor audacia, coraje, malicia o fuerza corporal impuesta, gran perversidad, los móviles innobles, antecedentes penales, preparación minuciosa del delito, etc. Las circunstancias agravantes que se manejan en torno a las lesiones y el homicidio, son la premeditación, la ventaja, la alevosía y la traición. 1. La premeditación es una actitud reflexiva y relativamente prolongada de una acción u omisión, que por su propia naturaleza agrava la responsabilidad penal del sujeto activo. El concepto es determinable conforme a los siguientes criterios: a) cronológico, que se presenta por el transcurso de cierto lapso entre la resolución criminal y la ejecución delictiva; b) el moral que es la reflexión y persistencia en el propósito; c) el psicológico que se manifiesta por la calma y frialdad de ánimo con la que se prepara el delito; d) el de motivos depravados, por la perversidad de los motivos y el goce del sujeto activo en la realización del delito, y e) la disminución de la defensa, por ser la situación en la que se coloca a la víctima cuando su atacante ha obrado conforme a tal agravante. La razón esencial de la premeditación encuéntrase en la mayor intensidad de la antisocialidad y alarma para los sentimientos valorativos de la colectividad. 2. La ventaja es la superioridad del agente en -

parangón con la víctima y la invulnerabilidad que guarda frente a ella. Es dable cuando el delincuente no corre riesgo de ser muerto o herido por el ofendido y además tiene certeza de su situación, es decir, está consciente de la supremacía que tiene con relación al pasivo del delito. 3. La alevosía es toda cautela empleada para asegurar la comisión de un delito, generalmente sin riesgo para el propio delincuente; dicese que es toda actuación con insidia o toda manifestación que tiende a ocultar el cuerpo y el alma por actos simulados o bien en su acto preparatorio que se efectúa so pretexto y apariencia de fidelidad. Por tanto, obra alevosamente quien para matar a su víctima, la ataca en el momento de que no se da cuenta de que corre el peligro de ser agredido, como por ejemplo, cuando el agente se disfraza de pordiosero y después aprovecha el instante en que se acerca su enemigo a darle una limosna, le asesta una puñalada originando su muerte. 4. La traición considérase como una alevosía específicamente cualificada, por que concurre la perfidia que es la deslealtad o el quebrantamiento de la fe y seguridad debidas, que expresa o tácitamente se promete o se debe por las relaciones de parentesco, gratitud u otro vínculo que inspira confianza, como por ejemplo, al guardaespaldas con respecto a la persona que custodia, el médico con relación a su paciente o el subalterno frente al superior. Los aa. 315 a 319, contemplan estas circunstancias agravantes como lo hacen diversos códigos penales de la República. (34).

Estas circunstancias calificativas son aquellas que sin modificar el tipo del delito agravan su importancia jurídico-penal. (26).

Pueden ocurrir determinadas circunstancias que, manteniendo la incriminación en pie, la agraven, la modifiquen, siempre calificándola. Las agravantes son de naturaleza objetiva. Producen el efecto de aumentar la criminalidad, y por ello la culpabilidad y la pena. (35).

4.4.1. EN RAZON DEL MEDIO EMPLEADO.

Declara el artículo 372 que "si el robo se ejecutare con violencia, a la pena por el robo simple se agregarán de seis meses a tres años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación". La propia ley se encarga de precisar que la violencia puede ser física o moral - (artículo 373): "Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. - Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una - persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo". Se entiende el robo igualmente hecho con violencia, - para los efectos de la imposición de la pena, cuando aquella - "se hace a una persona distinta de la robada, que se halle en - compañía de ella"(artículo 374, fracción I). De los preceptos citados se infiere que la violencia cualifica el robo no sólo - cuando se utiliza o ejerce sobre una persona para lograr el apoderamiento de la cosa, sino además "cuando el ladrón la ejerce - después de consumado el robo, para proporcionarse la fuga o defender lo robado" (artículo 374, fracción II). La correcta interpretación de los aludidos artículos nos lleva a declarar - que nuestro código limita la calificativa en el robo cuando la violencia se ejercita en la persona, con exclusión de las cosas, por lo que no se estimará robo violento el empleo de fuerza en las cosas. En nuestro derecho, a virtud de las consideraciones expuestas por González de la Vega y las deducidas de una interpretación lógica de la ley, tomando en cuenta fundamentalmente los factores históricos ya señalados, la fuerza en las cosas, como medio comisivo, no configura el robo calificado de que nos venimos ocupando, siendo la acumulación real de sanciones el - criterio a adoptarse a los daños causados en las cosas para facilitar y obtener el apoderamiento del objeto del delito. La violencia física sobre la persona no es sino la fuerza material operante sobre la víctima que nulifica toda oposición para impedir el ilegítimo apoderamiento. Dicha fuerza hace posible, al ladrón, hacerse de la cosa, en tanto imposibilita, en la vícti_

ma, la resistencia que en circunstancias ordinarias hubiera podido oponer para lograr la conservación del objeto del delito. Lógico es considerar la posibilidad de la causación de daños materiales mediante el empleo de la fuerza física. En tales casos, según declaración del artículo 372 in fine, se aplicarán las reglas de la acumulación, lo cual sucedería si, por ejemplo, de la violencia física ejercida sobre la víctima o un tercero se produjeran lesiones u homicidio. La violencia moral consiste en el amago o la amenaza de un mal grave, presente o inmediato capaz de producir intimidación a la víctima (artículo 373). Véase que el concepto legal requiere, como elementos: a) amago o amenaza; b) de un mal grave, presente o inmediato, y c) capacidad de producir intimidación en la víctima. El amago o la amenaza consiste en los ademanes o palabras mediante las cuales el activo del delito da a entender la intención de causar un mal, ya en la persona de la víctima o de un tercero que se halle en su compañía (artículo 374, fracción II). El mal con que se amenaza, expresa la ley, debe ser grave, presente o inmediato. La gravedad del mal constituye una referencia valorativa que pretende justificar la operancia de la agravación de la pena. La exigencia legal, sobre la actualidad o inminencia del mal, excluye considerar como robo violento la situación en que se amenaza con malos futuros, pues de darse la entrega de la cosa se configuraría el delito de amenazas, previsto en el artículo 284, sancionable con las penas señaladas para el robo con violencia. Por último, sólo serán punibles, como robo calificado, las amenazas capaces de intimidar a la víctima, estableciéndose una relación necesaria entre el medio empleado y la acción consumativa. (36).

En nuestro código vigente, la violencia no convierte, empleando nuestra terminología, el robo simple, en un tipo autónomo, robo-violento, sino que lo califica, aumentando la sanción en los términos del artículo 372. (37).

No es de extrañar la enérgica actitud de las legislaciones, por

que la violencia física o moral transforma al robo en una especial figura compleja en que concurren: el atentado contra el patrimonio, improbidad, característico de todo latrocinio, y - el ataque directo a la persona de la víctima, sea disminuyendo su seguridad o libertad individual (por la amenaza o el constreñimiento), o sea ofendiendo su integridad bio-fisiológica - (por causársele lesiones u homicidio). Además, la temeraria acción de rapiña produce intensa alarma pública como indicio de inseguridad colectiva. Nuestra legislación distingue dos formas de violencia en las personas: a) Violencia física; Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material - que para cometerlo se hace a una persona.- Esta forma implica tal ímpetu en la acción del delincuente que obliga a la víctima, contra su voluntad, a dejarse robar por medios que no puede evadir. La violencia es, pues, el aniquilamiento de la libertad en la persona contra quien se emplea. La violencia física en las personas puede consistir: en simples maniobras - coactivas, como amordazamiento, atadura o sujeción de la víctima; o en la comisión de especiales infracciones, como golpes u otras violencias físicas (art. 344), disparo de arma de fuego u otros ataques peligrosos (art. 306), asalto (art. 286), plagio o secuestro (art. 366), lesiones (art. 288) u homicidio (art. 302). b) Violencia moral; Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, - presente o inmediato, capaz de intimidarlo. Así como la violencia física domina el cuerpo del hombre y le priva del libre ejercicio de sus miembros o movimientos, la intimidación destruye suspende o impide el libre ejercicio de su voluntad y - produce análogos efectos, que la fuerza física. En virtud de ésta, los ladrones arrebatan las cosas contra la voluntad y resistencia de su dueño. Los delitos formalmente concurrentes - al robo con violencia moral son los de amagos o amenazas (art. 282 y sigs). Tres son los momentos en que puede efectuarse - la coacción física o moral en relación con el robo, a saber: - a) antes del apoderamiento, como medio preparatorio facilita

dor del robo; b) en el preciso instante del robo, cuando el agente arranca los bienes a su víctima; y c) con posterioridad a la desposesión, cuando el ladrón ejercita la violencia después de consumado el robo, para proporcionarse la fuga o defender lo robado. (38).

El primero (artículo 372) señala la pena aplicable a los casos de robo con violencia. El segundo (artículo 373) define y distingue lo que se entiende por "VIOLENCIA A LAS PERSONAS". Finalmente, el artículo 374 del ordenamiento, agrega: "Para la imposición de la sanción, se tendrá TAMBIEN EL ROBO COMO HECHO CON VIOLENCIA". El empleo del adverbio "también", significa igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada. Si la ley considerará la violencia en las cosas como constitutiva del Robo con violencia, hubiera empleado igual método que el usado en el artículo citado, para expresar que la violencia en las cosas constituía delito de ROBO del que estudiamos opuesto al Ordinario o no violento. La violencia en las personas, siguiendo el concepto legal (artículo 373 del Código), se distingue en: a) VIOLENCIA FISICA. Puede ejercitarse por cualquier maniobra en que sea forzoso el empleo de la fuerza física, para obligar a la persona a que haga o deje de hacer lo que tiene derecho de ejecutar o dejar de ejecutar. En la acción física realizada sobre el cuerpo de otra persona. Si los golpes y violencias físicas simples se emplean para cometer el delito de robo, es decir, como medio para ejecutarlo, o bien para protegerse el ladrón la fuga o defender lo robado, por ausencia del "Animus injuriandi", no constituirían el delito tipificado especialmente en el Título vigésimo, capítulo I del Libro II del Código. b) VIOLENCIA MORAL. El amago o amenaza debe ser suficiente para intimidar a la persona a quien se hace. La violencia puede ejercitarse antes del apoderamiento de la cosa: en el momento del apoderamiento, o después del apoderamiento, para proporcionarse la fuga el ladrón o defender lo robado. Puede ejercitarse también en persona distinta del sujeto pasivo del delito, pero en forma tal que la violencia ejercida sobre esa tercera per-

persona, puede producir en el paciente del delito la intimidación. En todos estos casos, el robo se reputa cometido con violencia. (39).

Ya Carrara advertía que "si el delincuente que aspira a enriquecerse con las cosas ajenas, hace violencia sobre la persona del propietario para alcanzar su péfido fin, realiza un ilícito que, aun cuando no cause daño efectivo a la persona ofendida, presenta siempre caracteres de extrema gravedad. En estos casos se lesionan dos, e incluso tres derechos, pues el agresor además de atacar el de propiedad, lesiona también, por el medio que emplea, el derecho de libertad individual, y algunas veces hasta el de integridad de las personas". Por otra parte dichas conductas ofenden intensísimamente los ideales valorativos de la colectividad, pues el hecho de que se recurre a la violencia o a la amenaza como medio para desposeer a las personas de sus bienes patrimoniales, engendran una profunda alarma. La fuerza material empleada en la comisión de un robo da lugar a la agravante de violencia física cuando haya impedido corporalmente a la víctima reactivamente defender los objetos robados o, de otra manera dicho, la hubiere imposibilitado muscularmente poner en juego sus naturales reacciones orgánicas para retener la cosa en su poder, ahora paralizando, ahora dificultando la acción del culpable. Existe violencia física si se mata, lesiona, golpea, amordaza o ata a la víctima para eliminarla o inmobilizarla o, como expresa la fracción I del artículo 374, "a una persona distinta de la robada, que se halle en compañía de ella., v.g., parientes o criados. No existe la calificativa de violencia física si la fuerza material se ejerce sobre la cosa --no sobre la persona-- para arrancarla de manos de la víctima, como, por ejemplo, acontece cuando se da un manotazo o ja-lón sobre el bolso de mano que una señora porta. Empero, si el ratero después de haberse apoderado del bolso, ejerce violencia --"para proporcionarse la fuga o defender lo robado"-- sobre su víctima u otra persona que, por ejemplo, le ha agarrado del traje para evitar que huya, existe la calificativa en estu-

dio por imperio de la fracción II del artículo 374. En torno a la violencia moral surgen problemas de no escaso interés. - Amenaza o amaga quien para ejecutar el robo da a entender, con actos, palabras o ademanes, al sujeto pasivo o a la persona - que se halle en su compañía (art. 374, frac. I), que la infiere un mal si opone resistencia, así como también quien después de consumado el robo diere a entender o hiciera además a cualquier persona, de inferirla un mal si obstaculiza su huida o - intente recuperar lo robado (art. 374, frac. II). El amago o la amenaza no debe superar la conminación intimidativa y traducirse en vías de hecho, pues si esto ocurriera nos hallaríamos ya ante un caso de violencia física. Empero, la violencia moral sólo califica al robo cuando en un mal con que se amaga o amenaza concurren estas circunstancias; a) que sea grave; b) presente o inmediato; y c) capaz de intimidar a la persona - amenazada. Es "grave" aquello que reviste mucha entidad o importancia. Y aplicado el concepto al problema en examen, es grave aquel mal que amenaza con privar de la vida o con inferir alguna lesión corporal, pues estos males, dada su magnitud, son idóneos para enervar o destruir la libertad de las personas. Es "presente o inmediato" el mal que amaga o amenaza en cualquier instante del proceso ejecutivo o en un momento posterior al consumativo, siempre que no hubiere habido solución de continuidad, esto es, sin que el ladrón hubiere logrado huir u ocultar lo robado. Si quien amenaza no exige la entrega inmediata de la cosa sino que condiciona la causación del mal a - que el sujeto pasivo no se la entregue en un plazo más o menos largo durante el cual queda sustraído a la presencia de aquél, no existe robo pues el mal no es actual o inmediato y, en consecuencia, la entrega que el amenazado hiciera no podría estimarse desde el punto de vista del agente como un apoderamiento de la cosa. Tampoco existe la calificativa en examen cuando el ladrón, lejos del lugar en que cometió el robo, es detenido y desposeído de lo robado por los gendarmes, y posteriormente, emplea contra ellos la fuerza, el amago o la amenaza para opo_

nerse a ser conducido a la Delegación, pues en esta hipótesis - no existen vínculos ontológicos y cronológicos entre el robo cometido y la posterior violencia y, por tanto, el agente deberá responder acumulativamente del delito de robo simple y del de resistencia a la autoridad (art. 180). El mal que a otra amenaza ha de ser "capaz de intimidarlo", esto es, ha de hacer surgir en el amenazado la representación de un peligro que coarte su libre voluntad. No es necesario que se demuestre objetivamente que el mal era real y cierto; basta que tenga la suficiente apariencia objetiva para subjetivamente intimidar. Si para perpetrar el robo se amenaza con una pistola descargada o de juguete, la violencia moral subsiste, pues el amenazado ignoraba la inocuidad del arma, y su apariencia objetiva crea la representación de un peligro "capaz de intimidarlo". Mayor perplejidad existe cuando la amenaza no es explícita y, por el contrario, se presenta llena de ambigüedades, retinencias, equívocas cortesías o galanuras burlonas. Desde luego, debe decirse que no es posible resolver esta cuestión con reglas fijas e inmutables; es necesario tomar siempre en especial consideración las circunstancias y antecedentes de cada caso. Empero, podemos afirmar que como las amenazas o los amagos que integran la violencia moral son circunstancias de hecho, esto es, particularidades fácticas de la conducta ejecutiva del robo, no pueden ser apreciadas si, en realidad, el agente no ha dado a entender con hechos o palabras que se proponía inferir algún malgrave o no ha hecho algún ademán o demostración de este propósito. Prevalerse o aprovecharse el culpable del miedo o temor que su presencia inspira por su mala fama, no es por sí bastante para constituir la violencia moral descrita en el párrafo in fine del artículo 373. El amago o la amenaza constitutivos de la violencia moral que califica el delito de robo, no puede también integrar el delito de amenazas que describe el artículo 262, pues, aunque es cierto que el párrafo último del artículo 372 establece que "si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación", existe un insuperable-

obstáculo conceptual para la apreciación simultánea del amago o la amenaza en cuanto hecho configurador del autónomo delito de amenazas, habida cuenta de que se vulnerarían el apotegma *ne bis in idem* si se acordase a un mismo hecho un doble disvalor penal. La violencia física y moral frecuentemente confluyen en el mismo hecho en instantes sucesivos, pues por una parte, es sólido que el agente que empezó usando el amago o la amenaza termine con el empleo de la fuerza material; y, por otra, también lo es que quien ha empleado la fuerza material sobre el sujeto pasivo del robo utilice el amago o la amenaza contra un tercero para proporcionarse la huida o defender lo robado. (40).

4.4.2 EN RAZON DEL LUGAR DONDE SE COMETA

Por lugar cerrado debemos entender, de acuerdo con la significación gramatical del término, el sitio cuya entrada se encuentra cubierta. Por edificio, vivienda, aposento o cuarto habitado o que estén destinados para habitación, debemos entender aquellas localidades que se destinan precisamente a servir de morada a una o varias personas que en ellas establezcan su domicilio, aun cuando en forma accidental se ausenten. La ley, al decir "que estén habitados o destinados para habitación" (artículo 381 bis), alude al destino que se da al edificio, vivienda, aposento o cuarto, aun cuando, en el momento de verificarse el robo, nadie ocupe tales localidades. Si se ha afirmado el carácter complementado cualificado del tipo, contenido en el artículo 381 bis, en virtud de circunstancias de lugar, a nadie ocurriríasele pensar, sin incurrir en ligereza y grave error, que el lugar de ejecución fundamente la agravación de la penalidad. En orden al tipo trátase sólo de un nuevo elemento adicionado al tipo básico que, si descriptivamente hace operar el aumento de la penalidad, no constituye en manera alguna la razón misma de la agravación. Ya González de la Vega, interpretando el precepto, encontró la "ratio" del aumento de la penalidad en la inviolabilidad del domicilio, resulta al que llega igualmente Jiménez Huerta, mediante una interpretación teleológica de la ley. (41).

Sin embargo no puede estimarse como lugar cerrado, si al mismo tiene acceso el público, aun cuando, si los hechos ocurren - cuando ha sido cerrado, debe tenerse en cuenta la calificativa. Así por ejemplo, el robo de un museo fuera de las horas en que está abierto al público, a oficinas, fábricas, etc., fuera de las horas de labor, debe considerarse como robo en lugar cerrado. En lo que están de acuerdo nuestros autores patrios, González de la Vega, Pavón Vasconcelos, Jiménez Huerta y Antonio de P. Moreno, es que, en la calificativa hay que tener en cuenta elementos, en mi opinión, de culpabilidad, de antijuridicidad según ellos, que son evidentes. No cometerá el delito calificado, el obrero que presta sus servicios en la fábrica, el empleado de una negociación, el visitante de un museo, etc., - pues se requiere, como señala con razón Jiménez Huerta, allanar los obstáculos que protegen el lugar cerrado, los signos que se oponían a su perpetración. Sin embargo, reitero lo antes dicho, se da la calificativa, cuando una persona permanece encerrada en el edificio, banco, casa comercial, museo, etcétera, para robar mientras está cerrado y salir cuando se abra al público. El robo en casa habitada, es una de las calificativas que tiene mayor relevancia y tanto de la legislación comparada, como de la sanción señalada, en todos los países, se desprende su importancia y la razón es indudable, no sólo por la protección que se brinda al patrimonio, sino a la seguridad del domicilio. Desde luego el allanamiento de morada, queda subsumido en la calificativa, pero en mi opinión, a diferencia del robo y homicidio en que se aplican las reglas de la acumulación, en la especie estamos frente a un delito complejo, que se configura con el robo y el allanamiento de morada, opinión en las que coinciden numerosos autores. (42).

En términos de generalidad, el derecho penal ha concedido -- gran importancia al lugar en que se efectúa un delito de robo cuando el sitio influye en la intensidad o en la malevolencia de la acción ejecutada por el delincuente. Dentro del vigente sistema legislativo, como circunstancias de cualificación -

del robo consistente en el lugar donde se comete, sólo podemos distinguir dos casos: a) robo en lugar habitado o destinado para habitación; y b) robo en lugar cerrado. La circunstancia calificativa de que el robo se cometa en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, ha sido interpretada por la jurisprudencia mexicana en el racional sentido de que, para la agravación de la penalidad, no basta que se compruebe la consumación del delito en uno de esos lugares, sino que es menester que el ladrón no tenga libre acceso al mismo, es decir, que viole ilícitamente la seguridad o el resguardo de la habitación, introduciéndose en ella en cualquier forma, subrepticia, engañosa o violenta, sin autorización de sus moradores; en otras palabras la calificativa requiere, además de la comisión del robo en la morada, una especie de allanamiento de la misma. Por edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, debe entenderse toda construcción, de cualquier material, que sirva, al cometerse el delito, de albergue, residencia u hogar a las personas, aun en el caso de que en el preciso instante del latrocinio estén alejados sus moradores. Nada interesa que el edificio o la construcción no hayan sido erigidos propiamente para habitación o que sean más o menos inadecuados para este uso; basta la circunstancia de hecho de que sirvan de morada a las personas para que merezcan la especial protección legal. Así, será robo calificado el cometido en aquellas partes de los talleres, escuelas u oficinas en que de hecho habitan personas tales como porteros, veladores, etc. A la inversa, no podrá estimarse el robo cometido con la circunstancia de casa habitada, cuando el agente se introduzca en un edificio construido arquitectónicamente para servir de habitación, si de hecho se le distrae aun transitoriamente de este uso, como en las casas desocupadas, pendientes de arrendamiento o en reparación. Pensamos que al no contenerse en el Código vigente una definición jurídica de "lugar cerrado", el alcance de esta locución debe establecerse conforme a sus significados vulgar y gramatical. Lugar, de locus, sitio y cerra-

do lo que se encuentra interceptado en su entrada o salida, son las palabras que componen la frase usada por nuestros textos legales. Lugar cerrado será, por tanto, cualquier sitio o localidad cuya entrada o salida se encuentren interceptados. Gramaticalmente tiene ese carácter los edificios, cuartos, aposentos o sitios en general a los que las personas no tengan libre acceso por estar interceptados; también tendrán ese carácter - los simples parques, corrales o terrenos aislados por divisiones o valladares de cualquier material. Claro es que no basta que el delito se cometa materialmente en esos sitios, pues la - costumbre jurisprudencial mexicana, con magnífico sentido interno de la calificativa, ha resuelto sistemáticamente que cuando el ladrón tiene libre acceso al lugar en que comete el robo, no habrá lugar a la agravación de penalidad, porque la calificativa, aparte del elemento objetivo: sitio en que se cometió el robo, supone un elemento de antijuridicidad, o sea que el ladrón se haya introducido ilícitamente, por decirlo así, allanado o violado el lugar previsto en la ley. (43).

En mi opinión, debe entenderse por lugar cerrado, en la actualidad, "todo sitio adonde no tiene libre acceso el público", me fundo en las siguientes consideraciones: 1ª)-Para el estado actual en la ciudad de México, no es cosa común, como en la época en que entró en vigor el Código de 71, encontrar parques o lugares cerrados, rodeados de foso, enrejados, etc. Probablemente no se encuentren lugares cerrados en esa forma, que recuerda casi a la época feudal, ni en los pueblos del Distrito Federal, a menos que constituyan casas habitadas. 2ª)-Durante la vigencia del Código de 71, no fueron raros los casos en los que se aplicó la pena del robo en lugar cerrado, teniendo en consideración la interpretación de don Blas José Gutiérrez. 3ª)-El Código de 71 quedó abrogado, lo mismo que el de 29 por la actual legislación. 4ª)-Desaparecido el precepto del Código de 71, sólo queda la interpretación etimológica del concepto. Y de acuerdo con ella, es lugar cerrado todo sitio al que no tiene acceso el público. 5ª)-El licenciado González de la Vega hace notar que

el actual código suprimió la mención especial de los edificios o cuartos no habitados ni destinados para habitación, porque gramaticalmente son lugares cerrados y omitió dar una definición del lugar cerrado, para dejar su concepto a la interpretación gramatical. Yo considero, con esta interpretación gramatical del concepto, que habrá robo en lugar cerrado cuando se cometa en un establecimiento comercial, en la parte a la que no tiene acceso el público. Robo en edificio, vivienda, aposento o cuarto que están habitados o destinados para habitación, comprendiéndose en esta denominación no sólo los que están fijos en la tierra, sino también los muebles, sea cual fuere la materia de que estén contruídos. Esta calificativa está dictada para proteger el domicilio, la habitación. No importa que el compartimiento destinado para habitación esté deshabitado en el momento del robo. Se realiza la calificación, porque se viola la confianza depositada por el ofendido en su propia morada, según piensa el Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Licenciado Don Carlos L. Angeles. Además, la acción del robo, demuestra gran audacia y temibilidad en el sujeto activo del delito, a quien no le intimida correr las contingencias o peligros de allanar una morada. (44).

Si para apoderarse el ladrón de la cosa que es objeto material del delito de robo irrumpe en el domicilio o en la cerrada heredad ajena, su conducta adquiere desde el punto de vista de la desvaloración penal una plural significación, pues contemporáneamente lesiona el patrimonio de la persona ofendida y el bien jurídico de su libertad individual, en cuanto el domicilio y la heredad cerrada materializan la íntima personalidad del hombre: en ellos halla reposo en su trabajo, descanso en sus fatigas, paz en sus tormentos, refugio en sus luchas, consuelo en sus aflicciones, protección para sus secretos y resguardo y seguridad para sus pertenencias. De ahí que el Código Penal en su artículo 381 bis establece una agravación para el "que robe en edificio, vivienda, aposento o cuarto que están habitados o destinados para habitación...", y de que la -

fracción I del artículo 381 estatuya también un aumento de pena "para cuando se cometa el delito en un lugar cerrado". No es, pues, como pudiera entender cualquier superficial comentarista, el lugar del robo, la "ratio" de la agravación en examen, sino la diversa lesión inferida al bien jurídico de la libertad individual por el ladrón, al allanar, para la comisión del robo, el domicilio o la heredad cerrada ajena. Dentro de la enunciación del artículo 381 bis, quedan comprendidos aquellos que con alguna continuidad sirven de asiento o residencia al sujeto pasivo del robo a alguna otra persona. Aun cuando el edificio o local en que se efectúa el robo no esté destinado específicamente a habitación y aparezca claro que su funcional destino es otro diverso, como por ejemplo, el de establo, almacén, granero o fábrica, la calificativa es de apreciarse si parcialmente sirve también de habitación o vivienda a sus encargos o guardianes y el robo se comete en la parte limitada del local en que éstos realizan su vida doméstica. No es necesario que en el instante de la comisión del robo se halle el morador en el interior de su edificio o vivienda ni tampoco que él sea dueño o titular de la cosa robada. Y por lo que se refiere a aquellos otros edificios, viviendas, aposentos o cuartos que sin estar habitados en la época del robo están "destinados para habitación", esto es, a ser alquilados o rentados con este destino, creemos, no obstante que la letra del artículo 381 bis los comprende expresamente, que el robo cometido en ellos no puede configurar la calificativa en examen, pues al no estar habitados en el momento histórico de la realización del robo, falta la "ratio" que fundamente dicha calificativa, ya que al irrumpir el ladrón en el interior de ellos para perpetrar el robo, no allana una morada ajena. Empero, como allanan --un recinto ocluido, es de aplicarse la diversa calificativa-- del artículo 381, fracción I, referente a "cuando se cometa el delito en un lugar cerrado". Por lugar cerrado ha de entenderse todo local no habitado sin libre acceso a su interior, cualquiera que fuere el obstáculo --puertas, vallas, tapias, cercas, etc.--, que impida o dificulte su entrada. Es indiferente que el recinto cerrado

esté situado, en el interior de un edificio o en campo raso, - esto es, al descubierto o a la inclemencia, con tal de que -- preste inequívocos signos, comprensibles para el común de las gentes, de que no se trata de un paraje abierto al libre paso. (45)

4.4.3 EN RAZON DE LA RELACION PERSONAL.

Este tipo de robo cualificado, en virtud de circunstancias personales del sujeto activo del delito, encuéntrase recogido en el artículo 381, fracciones II a VI, fundamentándose la pena, - en las diversas hipótesis, ya en la violación de la confianza-derivada de las relaciones de trabajo o servicios existentes - entre el autor y el paciente del delito, o en la violación de la seguridad depositada por el pasivo en la persona que realiza el apoderamiento ilícito, a virtud de relaciones de hospitalidad, de hospedaje o enseñanza. Las calidades exigidas por la ley con referencia tanto al sujeto activo como pasivo, dan al delito el carácter de propio o exclusivo, gozando de los dos más elementos del tipo básico, a excepción de su naturaleza independiente o autónoma, pues trátase de tipos subordinados al mismo. (46).

La calificativa en razón de la persona que la comete, además - de agravar la pena, lo convierte en delito propio; es decir, - en un tipo que sólo puede consumarse por quien tenga la calidad descrita en la ley, o sea doméstico, obrero, patrono, comensal, etc. En los términos de las fracciones II a VI, el robo se convierte en cualificado, cuando lo comete un dependiente o un doméstico contra su patrono o alguno de la familia de éste, en cualquier parte que lo cometa. Veamos qué elementos se requieren para que se de la calificativa. a) En primer término, el robo debe ejecutarse por un dependiente o doméstico, entendiéndose por tales, los definidos en la parte final de la fracción II del artículo 381 del Código Penal. b) Que el robo se cometa en contra del patrono o sus familiares; de tal suerte, que si el robo lo comete una criada o doméstica, el -

jardinero que presta sus servicios semanalmente o la lavandera que trabaja por horas, que son estos últimos, entre otros, los reputados dependientes o llamados "gens de service a gage" del Código Francés, en bienes de un invitado del patrono o de sus familiares no se tipifica la calificativa. En cambio, el concepto de familiares en la calificativa, es muy amplio, pues en él no caben las limitaciones que se mencionan en otros delitos; por familiares, debemos entender a todos los que reconoce como tales el Código Civil, sean consanguíneos o no, ascendientes o descendientes, cónyuge e incluso concubina. c) A diferencia de otras legislaciones, entre otras la francesa, en que se inspiró, la calificativa, se funda entre nosotros, en razón de la persona que la sufre, patrono y familiares, y no por el lugar en que se realiza, el domicilio, pues la disposición es terminante, "en cualquier parte que se cometa", aun cuando, al respecto, debemos hacer una aclaración que se desprende del sano uso del sentido común, pues si bien no estoy de acuerdo con la distinción que hace el maestro González de la Vega, entre parientes y familiares, entendido por tales, a los que viven con el patrono, no se puede llegar al absurdo de que cualquier robo cometido por un doméstico o dependiente en contra de un familiar de su patrono, en cualquier lugar que lo cometa, sepa o no el parentesco, conozca o no a la víctima, integra la calificativa. Sin llegar a los extremos que hace el desaparecido maestro, que distingue, donde la ley no lo hace, si debemos entender que para que la calificativa se configure, es indispensable que el familiar se encuentre en el mismo lugar que el patrono o que el robo se cometa por las oportunidades que se le den al activo, en razón de esa relación parental. Por ejemplo, si el patrono manda a su doméstico a la casa de un pariente para cumplir un cometido o en un negocio de los mismos, y en ellos roba, se integrará la calificativa, viva o no el familiar con el patrono. (47).

Estén reunidos los dos anteriores requisitos: prestación de servicios domésticos y robo contra el patrón o sus familiares.

Siendo la noción de los dependientes estrictamente del Derecho mercantil, entendiéndose por tales aquellos que desempeñan - constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste (párrafo segundo del art. 309 del Código de comercio), la posible existencia de la calificativa se limita a aquellos empleados del comerciante sin independencia de su actuación, autorizados para la - contratación de ciertas operaciones y sometidos a las órdenes - que reciban. (48).

La fracción II del artículo 381 del Código califica el delito cometido por un dependiente o doméstico, siempre que lo cometa CONTRA SU PATRÓN, o ALGUNO DE LA FAMILIA DE ESTE, en cualquier parte que lo cometa. La misma fracción indica lo que debe entenderse por doméstico. El segundo párrafo del artículo 309 del Código de Comercio dice que se llaman dependientes. La - calificativa de la ley en este caso obedece esencialmente a la confianza depositada por el patrón y sus familiares en la persona del dependiente o doméstico, y que éste viola con el acto delictuoso que comete. No se califica el delito por el hecho de que el sujeto activo del delito sea dependiente o doméstico; sino por que roba precisamente a su patrón o a sus familiares, siendo indiferente el lugar en que cometa el delito. El fundamento clásico de esta calificativa, es que el ladrón comete - además, un abuso de confianza. (49).

Agrava también el delito de robo, perpetrarlo en ocasión de la confianza existente entre el sujeto activo y el pasivo en virtud de determinados vínculos laborales que presuponen una fáctica seguridad o fé que atempera la eficiencia de la defensa - privada. Por lo que respecta al robo que "cometa un dependiente o doméstico contra su patrón o alguno de la familia de éste" (frac. II), no existe límite espacial para que la agravante opere. Se ha sostenido por González de la Vega que la expresión "dependiente" contenida en la fracción II ha de ser interpretada en el estricto sentido que tiene en el Derecho - Mercantil, lo que presupone, por exclusión, que es inaplicable

a los factores y demás auxiliares o empleados del comercio, como escribientes, mecanógrafos, contadores o encargados de la contabilidad y mancebos. Entendemos que esta interpretación estrictamente mercantilista, no coincide con el fin de la norma penal y, por ende, no debe aceptarse, pues la "ratio" que fundamenta la agravación subsiste igualmente en los robos que en contra del patrón pudieran perpetrar sus escribientes, mecanógrafos, contadores o encargados de la contabilidad y mancebos, y mucho más, por ser todavía mayor la confianza en ellos depositada, en los que pudieran perpetrar los factores. No es posible aceptar que la voluntad de la ley hubiere sido y fuere emplear la expresión "dependiente" en la aceptación estrictamente mercantilista que le acuerda el escritor citado en contra de la que tiene en su sentido lingüístico y natural: "el que, sin ser doméstico, sirve a uno y de él depende". Y esta interpretación se robustece más todavía si se tiene presente: por un lado, que la calificativa de la fracción I no está circunscrita al robo que pudiera efectuar un dependiente en el establecimiento mercantil, sino que entra en función "en cualquier parte que lo cometa"; y, por otro, que en la viceversa de esta calificativa, esta es, en la que establece la fracción IV, la norma no se proyecta específicamente sobre el robo perpetrado por el patrón en el establecimiento mercantil en contra de un dependiente, sino genéricamente sobre el cometido por "el dueño o alguno de sus familiares en la casa del primero contra sus dependientes", de donde se deduce que la expresión en examen está utilizada en su acepción lingüística y natural ya antes subrayada. (50).

4.4.4 EN RAZON DE LA RELACION PERSONAL Y LUGAR DONDE SE COMETA.

En el mismo artículo, fracción VI, se hace referencia al robo que cometan los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan, o en la habitación, oficina, bodega u otros lugares a los que tenga libre entrada por el carácter indicado. Difícilmente podríamos afirmar que el sector obrero presta sus servicios en "talleres" o "casas", que recuerda el trabajo de la época me

dieval, cuando ya, en 1931, las fábricas textiles, las cerveceras, las fundidoras, papeleras, etc., empleaban una importante masa de trabajadores. Bastaba con que se hubiera hecho referencia a los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, que cometieran el robo en el lugar en que trabajan o aprenden, para que se hubiera mejorado el texto, que nos recuerda, repetimos, el principio de la actividad industrial a fines de la Edad Media. Pero como el Código tiene innumerables errores, pasamos esto por alto, ya que los tribunales han aceptado que casa o taller equivale a "fabrica o industria", y destaquemos los elementos que integran esta calificativa. a) La definición de obrero, artesano, aprendiz o discípulo, la debemos referir a la Ley del Trabajo: sin embargo, no podemos calificar como tales, a quienes prestan un servicio esporádico, v. gr.: los que arreglan el televisor, el mecánico que se encarga de reparar en la casa el automóvil, el electricista que llamamos para una compostura, el plomero, el fontanero que realiza una tarea determinada, pues si roban, su robo debe clasificarse como simple, aun cuando el juez, dentro de sus facultades, puede fijar la pena adecuada en consideración a la naturaleza de los hechos, opinión que en parte acepta Jiménez Huerta. b) El trabajo a que se refiere la ley, debe ser habitual. De lo expuesto, se desprende mi desacuerdo con el maestro Jiménez Huerta, pues si bien con él, y ya lo afirmé, considero que no pueden quedar sujetos a la calificativa, los operarios que esporádicamente ejecutan un trabajo en casa, no puede afirmarse lo mismo respecto a los trabajadores "eventuales", cuya relación jurídica se reconoce en la propia ley; una cosa son los operarios, que llama Jiménez Huerta, no sé si técnicamente "adventicios" y otra, los trabajadores a prueba o los eventuales. Después de luego, puedo celebrar un contrato de trabajo para una obra determinada, por ejemplo, la pintura de mi casa o cualquiera de los sinnúmeros contratos o subcontratos que se pueden celebrar en este mundo tan diversificado y complejo, y de acuerdo con las anteriores fracciones (II a VI) enumeran limitativamente

te algunas posibles cualidades personales del titular del delito de robo, en presencia de las cuales procede un aumento de las penas prefijadas para la cuantía del robo simple. Hay una peculiaridad común a los robos cometidos con las características procedentes: en todos ellos se establece el supuesto de que el actor, aparte del atentado contra el patrimonio, ha faltado a la confianza que en virtud de sus vínculos personales se le ha dispensado; o dicho en otros términos: el aumento de sanción para los robos cualificados por condiciones individuales del autor, se justifica por el razonamiento de que en ellos se viola la fidelidad al apoderarse de objetos que el propietario deja confiadamente al alcance del infractor. Además la agravación se explica porque es menester proteger legalmente con mayor eficacia aquellos bienes que están expuestos a un más fácil atentado. Tres requisitos deben reunirse para la integración de esta calificativa (robo de doméstico). El primero, que la persona que cometa el robo tenga el carácter de doméstico, es decir, de trabajador dedicado a las tareas del lugar o residencia de las personas y al servicio directo de los familiares que componen el domus. El siguiente requisito consiste en que el robo, con plena existencia de sus diversas constitutivas, se cometa contra el patrón o alguno de sus familiares; el patrón es el contratador de los servicios del doméstico, utilizador principal de sus servicios, que se los paga en forma de salario u otras retribuciones; los familiares del patrón son los que con él conviven, formando su hogar; no debe confundirse al familiar con el simple pariente, pues éste, por cercano que sea, puede ser ajeno al hogar; de las anteriores reglas se infiere que no podrá calificarse el robo cuando el doméstico se apodera, aún en el domicilio o lugar en que presta sus servicios, de cosas pertenecientes a extraños de la agrupación familiar. Por último, la agravación de la penalidad se aplicará, sin distinciones en cuanto al lugar de ejecución del robo, en cualquier parte en que se cometa, siempre y cuando, por supuesto los casos concretos que se presenten, será posible aplicar o no las -

calificativas, siempre y cuando se reúnan los demás elementos - de la misma. c) A diferencia del robo de domésticos o dependientes, en que la calificativa se aplica en función de la persona que sufre el robo, en la definida en la fracción VI, que es la que estamos comentando, es en función del lugar, casa, taller, escuela, habitación, oficina, bodega u otros lugares a los que tenga libre entrada por el carácter de obrero, artesano o aprendiz, de tal suerte que los robos cometidos entre compañeros de trabajo, a los directivos de la empresa o los que contraen los obreros de los contratistas o subcontratistas, bien contra sus patrones u otras personas, tipificará la calificativa. En la fracción III del artículo 381 se considera el supuesto que el robo sea cometido por un huésped o comensal, o alguno de su familia o los criados que lo acompañen, en la casa en que reciban hospitalidad, obsequio o agasajo. En esta calificativa se dan, como en el caso de la fracción VI que hemos comentado, las dos circunstancias de lugar y persona, ya que no basta ser huésped o comensal, sino que el robo debe realizarse en el preciso lugar en que se recibe la hospitalidad o el agasajo. La ratio de la calificativa puede explicarse, más que en función de la confianza, en el quebrantamiento de la hospitalidad que trae aparejado, en especial en nuestros países, el cumplimiento de ciertas reglas, si bien no escritas, íntimamente sentidas en nuestros pueblos, de cortesía, reconocimiento, lealtad al que nos brinda su hogar y su amistad. En el acto ejecutado hay una especie de traición, de villanía, con una falta de nobleza, con algo que vá mas lejos que la simple censura. En las fracciones IV y V del precepto que estamos comentando, se consideran circunstancias, que se refieren a los actos ejecutados por el dueño o alguno de su familia, en la casa del primero, contra sus dependientes o domésticos o contra cualquier persona, o por el dueño, dependientes o criados de empresas o establecimientos comerciales, en los lugares en que prestan sus servicios al público, y en los bienes de los huéspedes o clientes. En la fracción IV, que tiene una justa reciprocidad con la fracción II, se da una limitación que no tiene explicación, pues en tan-

to que en la fracción II se dispone que la conducta del doméstico o dependiente, se califica en cualquier lugar en que el robo se cometa en contra del patrono o familiar, en la fracción-IV, se limita al robo cometido por el dueño o alguno de su familia, en la casa del primero y se agrega una circunstancia - más, que el robo se cometa por el dueño o sus familiares, en la casa del primero, sin que este agregado tenga justificación alguna, a no ser que se haya pretendido corresponder a lo previsto en la fracción VI. En la fracción V, se consideran hechos que tienen relación con la fracción III, pero que se han ampliado y limitado a su vez injustificadamente, pues en el - texto se excluyen no sabemos por qué, a los familiares, si la acción se realiza en los lugares en que se prestan servicios - al público o en los bienes de los huéspedes o clientes, de tal suerte que si los bienes no son de ellos, sino, de un familiar o amigo que se lo hubiere confiado, no se califica el robo. - (51).

Aparente de la liga o contrato de trabajo, tácito o expreso, - que implican esas cualidades personales, se requiere que los - citados asalariados cometan el robo en los lugares en que habitualmente trabajen o aprendan o en la habitación, oficina bodega u otro lugar al que tengan libre entrada por el carácter indicado. Así pues en la calificativa concurren dos circunstancias: que al agente sea asalariado y que cometa el robo en los lugares donde tiene acceso por razón del habitual trabajo. Sodi encérra su crítica contra la reglamentación de la calificativa de la siguiente manera: "Lo que sí nos parece censurable, es la condición de que sea habitual el trabajo o aprendizaje de los operarios, artesanos o discípulos, para que les - sea aplicable la pena especial cuando roben en el lugar en que trabajen. El adverbio habitualmente, de que hace uso la ley, - quiere decir "por habito", esto es, por costumbre, por repetición, y bien puede suceder que robe en el taller un operario al que sólo se le ocupa por breves momentos, o un artesano al que se llama para que se encargue, por una sola vez, de un tra

bajo insignificante. Para que el trabajo sea habitual, es necesario que sea cotidiano, o repetido sin largos intervalos de tiempo, y así es como la sentencia de casación francesa de 18 de julio de 1813 declaró que los servicios periódicos de pequeña monta, los prestados por salario accidental y de momento, no es tan comprendidos en la ley para el efecto de hacer precedente la agravación. Es cierto que la última parte de la fracción se encarga de corregir lo que ella misma dispone poco antes, cuando dice que se cometa el robo en la habitación, oficina, bodega u otro lugar a que los operarios tengan libre entrada por el carácter indicado; pero esto, que salva las dificultades en la práctica, no evita las justas críticas que se han hecho a la condición del trabajo habitual, que quiere y exige la ley en el robo de los operarios, artesanos o aprendices". En la práctica suelen confundirse el robo efectuado por domésticos y otros trabajadores con el delito de abuso de confianza que los mismos pueden realizar contra sus patronos. El error proviene de que no se examina con propiedad jurídica la distinción entre el elemento característico y consumativo del robo --apoderamiento ilícito y no consentido-- y la disposición indebida propia del abuso que supone la previa tenencia de la cosa. Diremos que un asalariado ha robado a su patrón, cuando ha efectuado ilícitamente la toma de posesión de las cosas, las cuales, si bien estaban a su fácil alcance, no las había recibido en previa tenencia material. Ejemplo: el doméstico, sin consentimiento del dueño, toma un lote de alhajas; aquí, el infractor va hacia la cosa que no tenía y se hace de ella, cometiendo robo. En cambio, el trabajador responderá por el delito de abuso, cuando habiéndole sido confiadas materialmente las cosas, no las destina a su fin jurídico sino las disipa quedándose con ella, enajenándolas o distrayéndolas de su correcto destino. Ejemplo: el doméstico recibe de su patrón dinero para la compra de alimentos familiares y la invierte en su personal provecho; este caso no puede ser robo por ausencia del apoderamiento ilícito, ya que en virtud de la voluntaria entrega la tenencia fué legítima;

es abuso de confianza, por la posterior disposición indebida del bien. Sodi, preocupado por el problema, lo resuelve: "El - abuso de confianza es típico en nuestra ley, preciso, sin las - vaguedades que presenta en otros códigos, y, por tanto, no debe mos entender que el abuso de confianza es el elemento cardinal de los robos consumados por el doméstico, dependiente, operario, etc., por más que en el lenguaje y concepto común abusen de la confianza que se les ha otorgado. El abuso de confianza, como delito especial, implica una defraudación: la disipación o dis - posición de un objeto que se recibe con un fin determinado; en el robo, que radica en el apoderamiento, falta la entrega del - bien mueble, siendo más digno de castigo porque más difícilmen - te puede ser evitado por la persona que lo sufre y por que éste descansa en la buena fe y en la honradez de los que recibe en - su casa o taller, como amigos, comensales, sirvientes, opera - rios o huéspedes". En resumen, como criterio diferenciador en - tre los robos y abusos de confianza, podemos establecer didácti - camente el siguiente: En el robo, el infractor va hacia la co - sa que no tenía y la toma; el delito se consume en el mismo - instante del apoderamiento o toma de posesión material. En el abuso, la cosa va hacia el infractor en virtud de la voluntaria entrega que de ella se le hace; hasta esos momentos no existe - el delito; éste surge después de la toma del bien, cuando el - agente posteriormente lo disipa o distrae. Robo cometido por el dueño o alguno de sus familiares en la casa del primero, con - tra sus dependientes o domésticos o contra cualquiera otra per - sona (frac. VI del art. 381 del Código Penal). Aquí la pala - bra dueño está empleada como sinónima de patrón, contratador de los servicios del dependiente o doméstico. Esta justa califi - cativa obedece a la doble consideración de que el delito se co - mete no sólo con violación a la seguridad que de sus patrones - esperaban los asalariados, sino, en nuestro concepto, a que el delito resulta especialmente censurable, porque lo efectúa una persona que disfruta de una situación patrimonial privilegiada - en contra de sus servidores víctimas de inferioridad económica.

Llama la atención que el Código no mencione entre los posibles pacientes, aparte de los domésticos y dependientes, a otros - trabajadores como obreros, artesanos, aprendices o discípulos, que merecen idéntica protección legal. Por fortuna, la omisión se subsana en parte con la amplitud de la frase final del precepto: o contra cualquier otra persona. Precisa advertir que no es el robo descarado a lo que generalmente acuden los - patrones codiciosos para explotar a sus asalariados, porque obtienen mayor lucro y comodidad con menor riesgo en la defraudación del salario; a evitarlo tienden las iniciativas de establecer ciertos delitos típicos tuteladores de la justa retribución obrera y restrictivos de las diversas formas de defraudación inícuca del trabajo humano, presentadas a la Convención Nacional contra la Delincuencia por Carlos Franco Sodi y Raúl Carrancá y Trujillo. Robo cometido por los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales en los lugares en que presten sus servicios al público y en los bienes de los huéspedes o clientes (frac. V del art.-381). Entre las empresas o establecimientos comerciales incluidos en la calificativa, podemos mencionar desde luego los destinados al hospedaje o albergue de las personas, como mesones, casa de asistencia y hosterías; debe examinarse con escrupúlo la naturaleza jurídica de los atentados patrimoniales-cometidos por los dueños o sus representantes en bienes de los hospedados, porque si éstos han entregado sus valores al hostelero y se los adueñan, la figura delictiva será el abuso de confianza por la distracción del depósito; en cambio, si el alojado conserva de hecho la tenencia de sus cosas, sin perjuicio por supuesto de las simples funciones de posesorias de - asco, vigilancia o cuidado general contraídas por el personal-alberguista, y alguno de éstos toma el bien ilícitamente, existirá el apoderamiento no consentido característico del robo. - Estas explicaciones son aplicables a los delitos cometidos en las fondas, tabernas, empresas de espectáculos o de transporte de personas y otros establecimientos mercantiles. Tratándose

de empresas de transporte de cosas o mercancías por tierra, -
 agua o aire, será difícil imaginar la comisión de un robo por
 el porteador en perjuicio de sus clientes, puesto que la natura
 leza del contrato de transporte de objetos implica necesariamen
 te para el porteador la tenencia de los efectos destinados a ser
 conducidos; la disipación de esos bienes por el depositario cons
 tituirá abuso de confianza. El tercer grupo de calificativas -
 de robo por cualidades personales del protagonista se registra
 cuando un huésped o comensal o alguno de su familia o de los -
 criados que los acompañen lo cometa en la casa donde reciben hos
 pitalidad, obsequio o agasajo (Frac. III del mismo art. 381). -
 En su acepción castiza, huésped es la persona que da o recibe -
 alojamiento, sea en forma onerosa, por un contrato de hospedaje,
 o sea en forma gratuita, por virtud de generoso don de hospita
 lidad. Comensal es el que recibe en casa o en mesa de otro -
 alimentación mediante pago o graciosamente. Pero como la cali
 ficativa se limita al robo cometido por el huésped comensal o -
 sus allegados en la casa en que reciben hospitalidad, obsequio-
 o agasajo, implicando estas tres últimas palabras la donación
 desinteresada del servicio, serán robos simples los efectuados
 por los alojados o abonados en establecimientos tales como fon
 das y hosterías en que se paga el servicio. (52).

La fracción III del artículo 381 del Código castiga el Robo co
 metido por un huésped o comensal o alguno de la familia o de -
 los criados que lo acompañan, si lo comete en la casa donde re
 cibe hospitalidad, obsequio o agasajo. Según el Diccionario -
 huésped es el que está alojado en casa ajena. Mesonero o amo
 de Posada. Es decir, el que da o recibe alojamiento, en forma
 onerosa o gratuita. Comensal, también según el Diccionario, -
 es Compañero de Mesa, bien como amigo bien como dependiente. -
 O sea el que recibe en mesa de otro alimento, sea onerosa o gra
 tuitamente. Por los términos que emplea la ley: "recibe hos
 pitalidad, obsequio o agasajo", debe interpretarse que el hospe
 daje o comensalía, a que se refiere en esta fracción han de ser
 gratuitos. En el caso hay el abuso de confianza de que habla
 mos al estudiar la fracción I del precepto. Además la ingrati
 tud del agente del delito para aquél que sin estipendio de nin

guna naturaleza, bondadosamente le da hospedaje, comensalia o lo obsequia, revela mayor peligrosidad. Encontramos, como en el caso de la fracción anterior, que no solamente influye en la calificativa la cualidad del agente del delito, sino la cualidad del sujeto pasivo del mismo. El Robo cometido por el dueño o uno de sus familiares, en la casa del primero, contra **SUS DEPENDIENTES O DOMESTICOS O CONTRA CUALQUIER OTRA PERSONA.** A este robo se refiere la fracción IV del artículo 381 del Código Penal. En este caso influyen, tanto la cualidad del agente del delito como del paciente del mismo, para la calificación de la ley. Para la calificación del robo influye, no solamente el abuso de confianza que inspira el sujeto pasivo del delito, el patrón o sus familiares, cuando el robo lo cometen en contra de sus dependientes o domésticos; es decir, en contra de los dependientes o domésticos del primero, sino la notoria injusticia de que, los que gozan de mejor posición se enriquezcan ilegítimamente en contra de los intereses patrimoniales de los de inferior posición económica, necesitados por tanto de mayor protección jurídica. La fracción V del artículo lo castiga el robo cometido por los dueños, dependientes o criados de empresas o establecimientos comerciales, en los lugares que presten sus servicios al público, y en los bienes de los huéspedes o clientes. Esta fracción sanciona el caso del robo del que da hospedaje oneroso, en contra de quien lo recibe. Se califica el delito, por el abuso que de la confianza prestada por el sujeto pasivo del delito a las empresas o establecimientos comerciales, hacen los sujetos activos del mismo. Por eso exige el precepto que el robo se ejecute precisamente en el lugar en que se presta el servicio y en bienes de quien lo recibe onerosamente. La fracción VI del artículo califica el robo cometido por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, en la casa, taller o escuela en que **HABITUALMENTE TRABAJEN O APRENDAN**, o en la habitación, oficina, bodega u otro lugar al que tengan libre entrada por el carácter indicado. La razón de la calificativa del delito, es la misma expuesta -

al estudiar la fracción II del precepto. (53).

Agrava también el delito de robo, perpetrado en ocasión de la -
 confianza existente entre el sujeto activo y el pasivo, en vir-
 tud de determinados vínculos laborales o de hospitalidad que -
 presuponen una tácita seguridad o fe que atempera la eficiencia
 de la defensa privada. Y, en verdad, la ley hubiere podido -
 ahorrarse tan casosa y casuística descripción en vez de la mis-
 ma haber hecho sencilla referencia a la "ratio" que motiva es-
 tas agravaciones, con sólo afirmar que el robo se agrava "cuan-
 do se cometa quebrantando la fe o seguridad existente entre el
 sujeto activo y su víctima, en virtud de los vínculos de traba-
 jo, hospitalidad, servicio o enseñanza habidos entre ellos". -
 Debe subrayarse la inequitativa e inigualitaria reciprocidad -
 que el Código estatuye en la fracción IV para "cuando lo cometa
 el dueño o alguno de su familia en la casa del primero contra -
 sus dependientes o domésticos", pues en tanto que en el primer-
 caso (fracción II) no existe límite espacial para que la agra-
 vante opere, en el segundo se establece para la misma un limita-
 do marco espacial. También en la fracción VI del artículo 381
 se toma en consideración otros vínculos laborales, diversos de
 los existentes entre los dependientes o domésticos y los patro-
 nes o dueños, para agravar el robo. Dispone esta fracción VI
 que la pena plus establecida en el párrafo primero, se aplicará
 asimismo "cuando (el robo) se cometa por los obreros, artesanos,
 aprendices..., en la casa, taller ... en que habitualmente tra-
 bajen... o en la habitación, bodega y otros lugares en que ten-
 gan libre acceso por el carácter indicado". Es intuitivo que
 el trabajo que habitualmente los obreros, artesanos y aprendi-
 ces desempeñan en una casa, taller, habitación, bodega o cual-
 quier otro lugar al que tienen libre acceso por sus actividades
 laborales, engendra una tácita seguridad y confianza que el su-
 jeto activo quebranta si roba en dichos lugares. Hacen refe-
 rencia a los lazos de hospitalidad las fracciones III y IV: en
 forma exclusiva la III y alternativamente, como ya antes se di-
 jo, con los de trabajo, la IV. Por lo que se relaciona con la

fracción III, es evidente que la hospitalidad que a las personas se brinda en la casa en que, en concepto de huésped o comensales, se obsequia o agasaja, lleva ínsita la existencia de una plena fe y seguridad en las personas a quienes en nuestra casa recibimos. Y esta fe y seguridad se quebranta y traiciona groseramente. Erpero, como en estos casos la fe y seguridad es recíproca, si por el contrario, es "el dueño o alguno de su familia" quien comete el robo "en la casa del primero", contra las personas a quienes ha recibido para obsequiarlas o agasajarlas como huéspedes o comensales, el delito también se califica, habida cuenta de que la fracción IV agrava el robo "cuando lo cometa el dueño o alguno de su familia en la casa del primero contra... cualquier... persona...". La seguridad o fe que inspiran las empresas o establecimientos comerciales que prestan servicios al público, fundamenta la califica que describe la fracción V, en la cual se agrava el robo. Pues no puede desconocerse que, por ejemplo, los huéspedes de los hoteles, los bañistas de las casas de baño o los viajeros de las empresas de transporte, confían fundamentamente en que mientras permanezcan en los lugares en que se les prestan dichos servicios, no van a ser despojados de las cosas de sus pertenencias por parte de los dueños o del personal que sirven en las indicadas empresas comerciales. Esta especial seguridad y confianza que quebranta incivilmente si el personal --dueños, dependiente, encargados o criados-- a quien incumbe la misión específica de hacer grata a los huéspedes o clientes la estancia en dichos lugares, les roban sus personales pertenencias. Los vínculos de enseñanza existen entre un maestro de un arte u oficio y sus aprendices y el maestro de escuela y sus discípulos, engendran, por último, también una tática confianza que se vio la "cuando (el robo) se cometa por los ... aprendices o discípulos, en la casa, taller o escuela en que habitualmente... aprendan o en la habitación, oficina, bodega u otros lugares en que tengan libre entrada por el carácter indicado". -

Se entiende por "huésped", a los efectos de la fr. examinada - (III), la persona alojada u hospedada en casa ajena, gratuita u onerosamente; no el que da hospedaje, el mesonero o amo de posada, que también es "huésped". "Comensal" es el que comparte la mesa el que recibe en mesa de otro los alimentos, gratuita u onerosamente también. Nótese que el sujeto activo lo es el familiar o el criado del huésped o comensal. La relación de confianza que el pasivo establece con éstos, se prolonga hasta sus familiares y su servidumbre, no obstante que propiamente éstos no son ni huéspedes ni comensales. (fracción IV) El núcleo del tipo configurado en la calificativa examinada, lo constituye el lugar de comisión del delito: ha de serlo la casa del agente. El fundamento de la calificativa no es otro que la violación de la confianza que el pasivo deposita en el activo por el solo hecho de encontrarse al amparo de su casa. (fracción V) El núcleo del tipo lo constituye asimismo el lugar de comisión del delito: ahí donde el agente presta sus servicios al público. La violación de la confianza depositada en el agente se relaciona con los bienes que son objeto del delito: "bienes de los huéspedes o clientes". (fracción VI) Habitualmente: en forma habitual, cotidiana repetida, sin largos intervalos en el tiempo. No opera la calificativa cuando el operario ha sido ocupado esporádicamente o por una sola vez para realizar un determinado trabajo. La calificativa tiene igual fundamento que las anteriores, definido en la locución: "que tenga libre entrada". en razón del carácter que se reconoce al agente. (55).

4.4.5 EN RAZON DEL OBJETO.

Como por "lugar cerrado" se ha entendido tradicionalmente, lo mismo en la doctrina que en la jurisprudencia, aquél que se halla sobre un terreno que pueden serlo un edificio o una casa, excluyéndose en consecuencia los vehículos de circulación de motor, ahora el robo calificado se amplía hasta cuando el mismo se cometa en un vehículo. Sin embargo, la acepción exacta de vehículo corresponde a un artefacto como automóvil o

coche, carruaje, embarcación, narria o litera, bicicleta, moto cicleta, etc. Y habida cuenta de que la ley sólo se refiere al vehículo particular o de transporte público, sin precisar si se requieren llaves para introducirse en él, o sea, sin precisar si se trata de un vehículo cerrado o abierto, se ha de entender a mi juicio que vehículo es todo aquello, in extenso, que señalo líneas arriba. (56).

4.4.6 EN RAZON DEL OBJETO Y EL LUGAR.

La parte final del precepto (381 bis), al cualificar el robo cuando se trate de vehículos estacionados en la vía pública, ha tratado de poner freno, mediante la agravación de la penalidad, a este tipo de apoderamiento que en los últimos años ha tomado, desgraciadamente, un gran incremento. Idéntico fundamento encontramos, en la agravación de la pena, en la hipótesis aludida con respecto al robo realizado en edificio, vivienda, aposento o cuarto habitados o destinados para habitación, por tratarse, como lo señala el autor últimamente citado (Jiménez Huerta), de una prolongación o alargamiento espacial de la morada o casa, según los concinventes argumentos aducidos para apoyarlo. (57).

En el artículo 381 bis se menciona otra circunstancia. El frecuente robo de automóviles en las grandes ciudades de nuestro país, justifica plenamente la calificativa del robo de los vehículos estacionados en la vía pública, sólo que ésta hubiera sido más eficaz si no se hubiese limitado al apoderamiento del vehículo, sino a partes del mismo, ya que es frecuente también el robo de dichas partes, en especial de las ruedas, tapones, llantas, etc. Los elementos de la calificativa, tal como se define en el código, son: a) el apoderamiento; b) de un vehículo; c) estacionado en la vía pública, y d) no ocupado por alguna persona. a) el concepto de apoderamiento lo hemos precisado con anterioridad y presupone el cumplimiento de dos elementos, la movilidad de la cosa y el propósito de ejercer un poder de hecho sobre la cosa. b) Por vehículo debemos entender, como dice la Real Academia Española, el artefacto pa

ra transportar personas o cosas de una parte a otra. Dentro de este concepto, se comprenden las bicicletas, motocicletas, automóviles, camiones de transporte de personas, mercancías, carros de caballos, carretas, tractores, trilladoras, etc.; es decir, de todo mecanismo que permita transportar personas o cosas, aun cuando no esté específicamente destinado para ello, como lo son los tractores, por ejemplo, las barredoras, trilladoras, etc., pero que transportan o pueden transportar personas o cosas y que son diferentes de los aperos, utensilios o herramientas de campo, que no caben dentro de la definición o concepto popular de vehículos: el artículo 5° del Reglamento de Tránsito enumera los vehículos protegidos por el derecho. c) Sin embargo, para que la calificativa exista, es necesario para que el vehículo se encuentre estacionado en la vía pública, de tal suerte que si el vehículo se roba de una casa, de un estacionamiento, de un predio baldío, etc., no se da el elemento estacionado en vía pública. Por vía pública debemos entender la calle, el arroyo trazado para la circulación de peatones o vehículos, esté o no asfaltado, tenga o no banquetas, esté o no limitado por casas, y en mi opinión, también las arterias de alta velocidad, como lo son los periféricos, viaductos, etc., e inclusive las carreteras, son vía pública. El hecho de que esté prohibido estacionar un vehículo en determinado lugar no excluye la posibilidad de incurrir en la calificativa. d) Además, se requiere que el vehículo no esté ocupado por persona alguna, circunstancia que no tiene justificación, pues inclusive, se puede dar el caso que, revelando una mayor peligrosidad en el agente, la pena resulte menor, aun cuando se haga uso de la violencia física o moral, salvo el caso de las acumulaciones previstas en la ley, opinión que sostiene también el maestro González de la Vega. Puede presentarse también el supuesto de que se tome el automóvil, con el fin de apoderarse de sus partes y abandonarlo posteriormente, hecho bastante frecuente en nuestro país. ¿En este caso se integrará la calificativa? En mi -

opinión, reunidos los elementos previstos en el artículo 381 bis, la calificativa existe, aun cuando después se abandone o desapodere el vehículo. Si el monto del daño es menor, no por ello se ha dejado de cometer el robo calificado previsto en el artículo 381 bis del Código Penal. La ratio, entiendo, se funda en la importancia de los vehículos, toda clase de vehículos, tiene en la vida moderna y la peligrosidad de quienes se dedican a robarlos, al grado de que no sólo se están multiplicando en códigos y leyes especiales esta figura, sino que inclusive, desde el punto de vista internacional, se ha tratado de combatir su tráfico, según se desprende del Convenio Internacional de 6 de octubre de 1936, denominado "Convención para la recuperación y devolución de vehículos de motor, remolques, aeroplanos, partes componentes de cualquiera de ellos, que hubiesen sido robados u objetos de cualquier delito contra la propiedad". (58)

Preciso es también aquí fijar el alcance y sentido de lo que debe entenderse por vehículo y determinar las circunstancias que deben concurrir en su apoderamiento, a los efectos de la aplicación del párrafo último del artículo 381 bis. La palabra "vehículo" en el sentido que es utilizada en este precepto de ley, hace referencia a todo artefacto de madera, hierro o lámina de zinc montado sobre ruedas que sirve para transportar privadamente personas o cosas de una parte a otra, como por ejemplo, las viejas calesas, berlinas, landós, tílbury o cabriolet usados en otras épocas para transitar por el interior de las ciudades; y especial y principalmente, a los automóviles que han desplazado totalmente en la vida moderna a aquellos vetustos carruajes de los que ya no queda más que un recuerdo histórico, pues en la actualidad son estos vehículos de motor los que exclusivamente se usan en el transporte urbano y forzosamente debe proyectarse sobre ellos un precepto legal de tan reciente creación como el contenido en el último párrafo del artículo 381 bis, maxime si se tiene en cuenta que son dichos vehículos de motor los que también con carácter de exclu_

sividad son susceptibles, sin ser ocupados por una persona, de ser estacionados en la vía pública. El apoderamiento del vehículo ha de verificarse, como especifica el párrafo último del artículo 381 bis, en momento y ocasión de hallarse "estacionado en la vía pública y no (estar) ocupado por alguna persona". Se establece aquí una referencia positiva temporoespacial y otra negativa personal. Un vehículo se encuentra estacionado en la vía pública cuando permanece situado en una calle, plaza, camino u otro lugar por donde transita o circula - el público, mientras que su conductor y, en su caso, también - sus pasajeros, se dedican a sus ocupaciones o se entregan a sus esparcimientos. (59).

El abigeato que se definía en el código de 71, en el de 29 y - en casi todos los códigos de los distintos Estados de nuestro país, fue suprimido en el código de 31 y en la reforma de 54, se consideró una calificativa, no un delito autónomo de abigeato, como en casi todos nuestros códigos, que tiene dos elementos: cosa y lugar. La acción debe recaer sobre una o más cabezas de ganado mayor, vacas, toros, bueyes, mulas, caballos, etc., y sus crías o cabezas de ganado menor --ovejas, cabras--, pero no de sus crías, omisión inexplicable de la ley. Por cuanto a que, para que opere la calificativa, se requiere que pasten el ganado, como pretende Jiménez Huerta, es necesario - señalar un viejo proverbio jurídico que establece, que donde - la ley no distingue, no tiene por qué hacerse la distinción; - del tal suerte, que si el Código no hace distinción entre rebaño, hato, etc., y cabezas solitarias, por ejemplo un caballo, un toro, no hay por que tratar de distinguir lo que la ley no hace, por lo que su apoderamiento integrará la calificativa, - siempre que se dé la segunda circunstancia, o sea la de lugar, en campo abierto o paraje solitario, entendiéndose por lo primero, como afirma Jiménez Huerta, el terreno extenso fuera de poblado; y por paraje solitario, el lugar, sitio o estancia - desamparada o desierto. (60).

Abigeato. (del latin abigeatus, derivado de ab y agere, arrear, echar por delante). Se habla de abigeato en derecho penal para referirse al robo de ganado; el robo de animales que requiera de arreo, o de acarreo. Esta figura aparece prevista en las legislaciones más antiguas de la historia cuya economía aparcería apoyada en la agricultura y el pastoreo. El abigeato así, aparece previsto en la ley habraica (Exodo XXII, 1,4). Entre los germanos, la Ley salica ocupa ocho títulos, de los 65 de la Ley antigua para el robo de animales. En el derecho romano, el Digesto (D. lib. 47, tít. 14 de abigeis) se ocupa del abigeato con normas precisas en las que se exigía que el ganado fuese sacado del pasto o del establo y que se hurtasen un cierto número de animales, que podrían ser un caballo, o dos asnos o vacas, o cinco cerdos o diez ovejas o cabras, pudiendo sumarse el número de animales hurtados para el total exigido; y no se consideraba como abigeato el apresamiento de animales errantes, aislados o abandonados. En España (La Partida 7, tít. 14, ley 19) se ocupa del abigeato para referirse a los ladrones que se ocupaban de robos de bestias o ganado, imponiéndoles sanciones que iban desde la pena de muerte para el abigeato habitual, que hurtaban una grey formada por un cierto número de bestias, hasta sanciones más leves en casos menos graves no siendo habitual. En el Código Penal Mexicano de 1871, Martínez de Castro, contempló la figura del abigeato en su art. 581 con penalidad de un año de prisión. Con posterioridad el CP de 1931, vigente, derogó dicha disposición de manera que el delito dejó de aparecer previsto en la ley penal, para ser contemplado bajo las reglas generales del delito de robo, en los términos del título 22, capítulo I de la ley. Por decreto de noviembre 16 de 1966, publicado en el Diario Oficial del 20 de enero de 1967, fue adicionado el a. 381 bis, para configurar nuevamente al tipo específico de abigeato, entendido como el robo de una o más cabezas de ganado mayor o menor, o sus crías. La penalidad prevista para éstos, se plantea como independiente de la fijada de acuerdo con los aa. 370 y 371 del CP (penalidad general -

del delito de robo simple), para establecer de 3 días a 10 años de prisión, al expresar la ley "Sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370 y 371 deba imponerse, se aplicarán de 3 días a 10 años de prisión... al que se apodere de una o más cabezas de ganado mayor...". Como consecuencia de la reforma antes señalada, es notable la particularmente orientación punitiva que el legislador mexicano adopta al referirse a esa figura, que, como expresa el autor Jiménez Huerta, contrasta con la comedida y humana penalidad que previó el Código Martínez de Castro. Es notorio que la gravedad de dicha pena resulta incluso superior al de otras circunstancias agravantes en el mismo delito de robo, donde la calificativa aparece más estrechamente vinculada a la persona de la víctima, como son algunos de los casos previstos en el a. 361 o de que es aún más grave que la figura del robo con violencia prevista en el a. 372. (61).

¿Y si el delito se comete, por ejemplo, lo que desde luego exagero o desorbito para ilustrar mi idea, en la Biblioteca del Congreso de la Unión? Allí no se guarda dinero, ni valores, ni caudales o fortunas de ninguna clase, sino libros, documentos y papeles. ¿Es acaso que éstos valen menos que el dinero? ¿Y las personas que custodian aquellos papeles, documentos y libros, o que lo transportan, realizan una tarea de menor responsabilidad que las que hacen lo mismo con dinero y valores? Entiendo, en el caso, el propósito del legislador; pero lo que trato de señalar es que hay casos análogos o similares que la ley no contempla pues no puede contemplarlo todo, ya que si pretende hacerlo llegará a la atomización de los tipos, de las conductas, creando divisiones y subdivisiones que nunca podrán favorecer la buena marcha de la administración de la justicia. Y como prueba de lo que digo, esto es, de la imposibilidad de que la ley lo abarque todo, he aquí el siguiente ejemplo. La frase que me ocupa (X) dice claramente en su parte final: "Contra personas que las custodien o transporten aquellos" (lo que uno se pregunta es si el transporte se puede llevar a efecto lo mis

mo adentro que afuera de la oficina; no diciéndolo la ley). - Pues bien, ¿que sucede si el sujeto activo del delito, con el objeto de apoderarse del dinero, dispara contra la puerta y cerradura del camión blindado que se halla frente a una oficina bancaria? Que conste que no dispara contra las personas que custodian y transportan el dinero, ni tampoco comete el ilícito de manera directa contra una oficina. Lo que pasa aquí es que no sería aplicable la frac. X; aunque a mi no me cabe la menor duda de que el valor social que la ley pretende proteger en dicha frac. es el mismo que se lesiona en el ejemplo que ofrezco. (62)

El robo configurado, con pena agravada, en el art. 381 bis in medium, se refiere tan sólo a los vehículos "estacionados en la vía pública y no ocupados por alguna persona". No comprende a los vehículos estacionados en los garages abiertos al público. Estos no son "lugar cerrado" por lo que no es aplicable la frac. I del art. 381 c.p., y no lo son por que el público tiene libre acceso a ellos. Cuando el robo del vehículo lo cometen los dueños, dependientes, encargados o criados de esos establecimientos comerciales, es aplicable la calificativa del art. 381 fr. V c.p.; pero no así cuando lo comete una persona que no sea de las enumeradas en esta fr., p.e., aquel que se presente falsamente como el propietario del vehículo. Esta situación sólo puede sancionarse como robo simple. La ley derogada decía: "En los mismos términos se sancionará al que se apodere de un vehículo estacionado en la vía pública y no ocupado por alguna persona". La ley vigente substituye el "y no ocupado por alguna persona" por "o en un lugar destinado a su guarda o reparación". De tal suerte que la nueva conjunción disyuntiva "o" da lugar a dos hipótesis: o que el vehículo se halle estacionado en la vía pública o que se encuentre en lugar destinado a su guarda o reparación. Es evidente entonces que el nuevo texto sí comprende a los vehículos estacionados en los garages abiertos al público, denominación "lugar cerrado", ya que la ley habla de "guarda o reparación". Y si los vehículos del caso se -

que se guarde en los locales que tienen acceso al público, no lo es, menos que por "guardar" se debe entender la acción de guardar, conservar o defender. Aparte de que el origen remoto de esta palabra, cuyo espíritu todavía se conserva, se relaciona con el sitio donde se guarda cualquier cosa. Todo lo anterior, como se ve, corresponde sin dificultad al concepto de "lugar cerrado". Ahora bien, cuando el robo del vehículo lo cometen los dueños, dependientes, encargados o criados de esos establecimientos comerciales, no parece que es aplicable la calificación del art. 381 fr. V c.p. Y si el robo es cometido por una persona que no sea de las enumeradas en dicha fr., por ejemplo por alguien que se presente falsamente como el propietario del vehículo, entonces sólo habrá que atenerse a lo que dice el nuevo art. 381 bis. Por campo abierto se entiende un terreno extenso, fuera de poblado. Por paraje solitario, el lugar, sitio o estancia, también fuera de poblado, donde reina la soledad por no encontrarse transitado por persona alguna, - al ocurrir los hechos. El ganado puede ser bravo o domesticado, de cerda, de pata, de pezuña entera o hendida, en vena (no castrado), etc. Ganado mayor es el que se compone de reses - mayores, tales como bueyes y toros o vacas, mulas, caballos o yeguas, etc. Ganado menor es el compuesto de reses o cabezas menores, tales como ovejas, cabras, etc. Las crías del ganado son conocidas también como ganado menudo. (63).

4.4.7. EN RAZON DEL APROVECHAMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS.

No se puede negar la buena fe del legislador como tampoco que cuando aparezcan las condiciones a que alude la frac. que se comenta (VIII) el juez tiene, en uso de su prudente arbitrio, las facultades necesarias para recurrir a una agravante. Yo creo que el robo calificado, lo que llamamos calificado y que obedece a un concepto específico, debe su naturaleza a condiciones propias, exclusivas del evento criminal; y no es el caso a mi juicio, de las llamadas por la ley "condiciones de contingencia que se produzcan por catastrofe o desorden público". Este último es un abuso de ciertas circunstancias, es decir, -

el sujeto activo abusa de las mismas en su beneficio. Y es precisamente tal abuso el que sirve en un elevado índice de casos - para invocar las agravantes. Pero, repito, no se puede negar - la buena fe del legislador apoyada, sin duda, en episodios lamentables de la criminalidad. (64).

4.4.8 EN RAZON DEL NUMERO DE PERSONAS.

La pandilla, pandillerismo o pandillismo, formas diversas con - que se denomina a: la reunión habitual, ocasional o transitoria- de tres o más personas que sin estar organizadas, con fines delic- tuosos, cometen en común algún delito, no es en nuestro criterio delito, como lo consideran distinguidos investigadores, en nues- tra opinión, la pandilla es una agravante en la comisión de cual- quier delito, pero agrava la sanción del delito o de los delitos que se cometen formando parte de esa reunión. La pandilla tam- poco es una forma de participación, consideramos que es una agra- vante. (65).

En el pandillerismo, a que se contrae el artículo 164 bis del Có- digo Penal Vigente, opera también el concurso necesario de perso- nas, por exigir la ley la pluralidad. Téngase presente que el pandillerismo no es un delito autónomo (la asociación delictuosa sí), sino una forma de comisión de otros delitos, que hace aumen- tar la pena a ellos correspondiente. Por otra parte, en el de- lito de asociación delictuosa, el tipo requiere de una organiza- ción con fines delictivos, en tanto el pandillerismo se configu- ra sin ese requisito; basta que cometan en común algún delito - tres o más sujetos, reunidos en alguna de las formas señaladas - por el dispositivo. Debe quedar perfectamente aclarado que si bien en el pandillerismo no es dable admitir la participación, - por tratarse de un "concurso necesario de personas", es operante la participación (o concurso eventual) respecto al o a los deli- tos cometidos por los pandilleros. (66).

En la reforma de 1968 se introdujo, además, una calificativa, - genérica para todos los delitos, al adicionarse el código con el artículo 164 bis. Debemos entender que cuando el robo se come-

ta por tres o más personas, en común, la calificativa de pandillismo operará. (67).

En su acepción estricta una pandilla es la liga o unión de personas, especialmente la que se forma con el objeto de divertirse, por ejemplo en un día de campo. Pero en sentido lato es la unión o liga para negañar a otros o para causarles algún daño. Su etimología es la misma que la de banda, de bando o partido, de bandería o parcialidad, vocablos que derivan del gótico *banwa* o del sajón *ban*, que significa liga, vínculo, alianza o lazo. La pandilla es el lazo que une a varias personas para algo, concretamente, para algo en daño de alguien. Quien forma parte de una pandilla es un pandillista. Ese lo que ejerce es el pandillismo. Van generalizándose entre nosotros un neologismo que no tienen razón de ser. De "pandilla" se ha pasado a "pandillista" y a "pandillerismo". Estos neologismos, suele parecernos malsonantes, carecen de ese toque que el espíritu del idioma da a las palabras. De "banda" viene "bandido" y "banditismo" y no bandillero ni bandillerismo. Fácil es admitir, por el contrario, que de la palabra bandolerismo derive bandolero. La pandilla no es otra cosa que la pequeña banda, - la "bandilla" de donde a pasado a la voz "pandilla". En los sinónimos castellanos de Roque Barcia, vemos que "bandolero" es el que capitanea la partida o bandería que le sigue; es el jefe de ella. El "bandido" por otra parte, es el proscrito por bando, el pregonado. "Fugitivo de la justicia llamado por "bando", lo definen los diccionarios de nuestro idioma. Pero en la pandilla no hay diferente denominación para el jefe que para los demás que la integran, seguramente por su incipiente número y por su inorgánica composición. Todos los que integran las pandillas son pandillistas, adeptos al pandillismo. Una definición legal de la pandilla figura ya en nuestro Código Penal. Se trata, en primer lugar, de una "reunión", es decir, de un conjunto de personas reunidas, esto es, juntas, congregadas. Esas personas han de ser no menos de tres, el mínimo, - sin que el máximo tenga límite alguno. El mínimo establecido

obedece al libre arbitrio del legislador, que como fijó ese, - pudo bien fijar otro; pero en el caso tiene como antecedente - mínimo igual en el delito de asociación o banda delictuosa, - del artículo 164 del mismo Código Penal; y si bien en el caso de este último delito, que sólo puede ser doloso, el dolo está calificado por el conocimiento que tengan los integrantes de - la asociación o banda de que ésta existe, ya que se trata de - una organización "para delinquir", en el caso del pandillero - no hace falta ese conocimiento, sino que basta con la sola "reunión" o congregación de esas tres o más personas, por cuan - to tal "reunión" puede ser hasta "ocasional o transitoria" y - no sólo "habitual", lo que enseña que lo que importa para lle - nar el tipo es que el número de los integrantes de la pandilla ha de ser de tres o más, dato objetivo éste, que nada alude al elemento moral de la incriminación, o sea el dolo. Este es - simple y consiste en la conciencia y voluntad de formar parte de la reunión. Por otra parte, el nuevo artículo con que ya cuenta nuestra ley penal, el 164 bis, fija a los pandillistas - una penalidad acumulada por los delitos que cometa la pandilla: "se aplicará a los que intervengan en su comisión, además de - las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos, la sanción de seis meses a tres años de prisión". O sea, que por los delitos cometidos por la pandilla, ya sea que fueren consumados, ya que quedaren en el grado de tentativa, el pandi - llista participa como autor intelectual o inspirador, conforme al artículo 13 del Código Penal, rigiéndose su participación a los efectos de la concreta pena aplicable por las reglas conte - nidas en diverso articulado del ordenamiento punitivo. Pero con independencia de esa pena se aplica al pandillista la de - seis meses a tres años de prisión, acumulativamente. También la asociación o banda delictuosa sirve de antecedente a esta - penalidad acumulada (las reglas a que se alude están conteni - das en los artículos 51 a 59 y 63 c.p.). Sólo el aguafuerte - del tiempo nos enseñará si la agravación de pena a los casos - de delitos cometidos por pandillistas es capaz de poner un fre -

no a la actividad antisocial de las pandillas. Un resultado inmediato sí podrá registrarse: los pandillistas no podrán gozar de libertad provisional bajo caución o fianza. Ante esta manifestación de la conducta antisocial de ciertos jóvenes, general al mundo entero hoy en día, y no sólo circunscrita a México, los diputados y senadores que debatieron en el Congreso acerca de esta reforma penal reconocieron que existe una crisis profunda en los hogares mexicanos, cualquiera que sea el estrato social al que pertenezcan, y que la educación en el hogar y en la escuela contribuyen a la formación social de la personalidad de los individuos, a la formación de su carácter y a su fidelidad a una tabla de valores éticos. El diputado Manzanilla Schaffer, destacado valor de la Cámara, reconoció que el combate contra la delincuencia juvenil no se agota con sólo castigar en la legislación penal al pandillismo, pues las causas que lo generan son complejas y profundas, y que es necesario fortalecer las relaciones familiares tanto como dar a la escuela su verdadera función de formadora de la personalidad social del individuo, siendo absurdo pensar que con nuevos artículos del Código Penal se habrán de remediar males tan complejos. Por nuestra parte no nos parece dudoso que ha de ser muy limitada la eficacia de la represión penal tratándose de fenómenos de causalidad tan compleja, endógena y exógena, como la inadaptación social de los pandillistas y su rebeldía violenta frente al cuadro de valores jurídicos y sociales en que se sustenta la sociedad de nuestro tiempo, conmovida por profunda crisis que alcanza al mundo entero. Aunque paradójicamente, crear nuevos tipos delictivos es crear nuevos delinquentes, cosa pocas veces aconsejable, no negamos alguna utilidad a las leyes penales que los combaten, por cuando las leyes penales tienen de pedagogía social; pero sin confiarlo todo a ellas y más bien atacando las fuentes del delito como generadores de las conductas delictivas, más que sus manifestaciones exteriores, cuyo valor es sólo sintomático. (66).

4.4.9. EN RAZON DE LAS PERSONAS Y EL MEDIO EMPLEADO.

Yo pienso que aquí la confusión del legislador es grave. Cuando un individuo dispara su arma de fuego sobre otro, hiriéndolo o matándolo, es evidente que el primero está armado. ¿Que es exactamente lo que quiere decir la ley? Y cuando el sujeto activo de una lesión ha golpeado a su víctima con un utensilio determinado, hiriéndola o matándola, es evidente que el primero ha portado y utilizado un objeto peligroso: al margen de que todo objeto puede ser peligroso, según las circunstancias y condiciones. No hay duda de que unas pequeñas tijeras para cortar uñas, con las que se hiere gravemente a un tercero, son un objeto peligroso o lo ha sido en este caso específico. ¿Qué es exactamente lo que quiere decir la ley? ¿A qué se refiere el legislador? piénsese en que un grupo de asaltantes, que disparan sobre la víctima o víctimas sus armas de fuego, están armados. ¿Qué significa esto? ¿Qué además del robo y los posibles homicidios y lesiones se acumulará la frac. IX - que se comenta? Como queda explicado anteriormente, siempre habría que acumularla en casos semejantes; lo que es un absurdo. Pero en fin ... de absurdos están llenas las reformas legislativas de que nos ocupamos. (69).

4.3.10 SUSPENSION DE DERECHOS.

Una pena adicional establece, por último, el artículo 376 para el delito de robo, imponible facultativamente a juicio del juzgador. Esta pena adicional de suspensión de derechos tiene su fundamento en la naturaleza infame que tradicionalmente ha acompañado al delito de robo. Ningún otro de los delitos patrimoniales que tipifica el Código Penal lleva aparejada esta adicional sanción. Y al dejarse en el artículo 376 al criterio del Juez la imposición de esta pena, el Código le obliga a pronunciarse, previo estudio de sus peculiaridades, sobre la índole infamante de cada concreto robo. No es posible dejar de señalar aquí, que esta pena adicional de suspensión de derechos que facultativamente puede el Juez imponer --"si lo creye

ra justo"--, es independiente de la suspensión de derechos que, conforme al artículo 46, produce la pena de prisión, con la que se sancionan todos los casos de robo. La suspensión de derechos que produce la pena de prisión "comienza y concluye --según estatuye el párrafo segundo de la fracción II del artículo 45-- con la sanción de que es consecuencia", o, como más específicamente expresa el párrafo último del artículo 46, "desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo que la condena"; la pena adicional de suspensión de derechos impone al amparo del artículo 376, se regirá por el párrafo último del artículo 45, en el que se dispone que "si la suspensión se impone con otra sanción privativa de libertad, comenzará al terminar ésta y su duración será la señalada en la sentencia". Y no es inoportuno agregar que el alcance de estas diversas penas de suspensión de derechos es diverso, pues en tanto que la accesoria a la de prisión (art. 46) están contenidos los derechos políticos, los de ser apoderado, defensor y albacea, estos derechos no están comprendidos en la suspensión adicional establecida en el artículo 376; y viceversa, mientras en esta última suspensión están incluidos los derechos de patria potestad y de ejercicio de cualquier profesión de las que exigen título, estos mismos derechos están excluidos de la suspensión accesoria del artículo 46. Y, en verdad, estas casuísticas diferenciaciones no tienen justificación desde ningún punto de vista penalístico proyectable sobre la realidad social, pues no se alcanza a vislumbrar qué fundamentos puedan existir para que el responsable de un robo no se le prive, por ejemplo, de sus derechos de patria potestad o de ejercer cualquier profesión de las que exigen título mientras permanezcan en prisión, y se le suspenda en el ejercicio de estos derechos a partir del instante en que termine de cumplir la pena privativa de la libertad. (70).

La suspensión, imponible potestativa y no necesariamente a juicio del juez, comienza a contar desde la fecha en que la pena de prisión ha quedado compurgada. Como lo expresa el art. comentado, tal agravación de la pena es imponible "en todo caso -

de robo". (71).

La Constitución establece cuáles son los derechos o prerrogativas de los ciudadanos mexicanos (art. 35) entre los que se cuentan el ser preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias para toda clase de concesiones, empleos, cargos o comisiones del Gobierno (art. 32), votar o ser votado para cargos de elección popular, asociarse para asuntos políticos, defender con las armas la República o sus instituciones y ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición (art. 35). Y en el art. 38 prescribe que tales derechos o prerrogativas se pierden o se suspenden "por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión" (fr. II), "durante la extinción de una pena corporal" (fr. III), "por vagancia o ebriedad consuetudinaria" (fr. IV), "por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal" (fr. V) y "por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión. La ley fijará los casos en que se pierden y los demás en que se suspenden los derechos del ciudadano". (fr. VI). (72).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el particular en ejecutorias a determinado: Si el quejoso confiesa que aparentemente puso un arma en la espalda del ofendido, al mismo tiempo que lo intimidaba a levantar las manos y a entregarle el dinero, es indudable que el apoderamiento de éste se hizo con violencia, ya que la apariencia del objeto y el modo de proceder del quejoso incuestionablemente ejercieron una coacción en el ánimo del ofendido, que lo llevó a plegarse a las exigencias del repetido quejoso, constituyendo el ejercicio cabal de la violencia moral con que perpetró el robo. (73). Existen en el proceso, como única prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad del inculpado, su confesión, de la que no aparece que haya cometido violencia física o moral a las personas, según definición del artículo 341 del Código Penal aplica

ble (legislación de Jalisco), resulta indebido que la autoridad responsable estime el caso como un robo con violencia, si el - acusado se concretó a referir que es verdad que cometió los ro_ - bos a que se refiere la sentencia reclamada, así como que para ejecutarlos, se valió de un alambre para abrir puertas y que, - además, en uno de ellos empleó escalamiento, sin reconocer en - ningún caso que haya hecho violencia a las personas, y sin que, por otra parte, las víctimas de los delitos, en sus declaracio_ - nes, hayan sostenido que se les hizo violencia. (74). Si la sentencia reclamada hizo concurrir los delitos de asalto y robo con violencia, como precisamente esta circunstancia es elemento integrante del primer típico penal, la misma no puede agravar - el robo consecutivo a tal delito, en el caso de concurrir con - el asalto, y al no estimarlo así, la autoridad responsable hace inexacta aplicación de la ley. (75). Si el robo fue cometido en dos piezas en construcción que estaban vacías, con vista a - la calle, no se trata de robo en casa habitada ni en lugar ce_ - rrado. (76). Si tanto de la declaración del ofendido, como de la confesión del acusado, se desprende que los objetos robados se encontraban en la casa habitación de aquél, esto basta para que en el caso se haga la agravación de la pena correspondiente, pues la ley no requiere medio especial alguno de prueba, sobre_ - tal circunstancia. (77). El caso no cabe en la fracción I del artículo 343 del Código Penal aplicable (legislación de Jalis_ - co) si, aunque el delito fue cometido en un edificio, no existe prueba alguna en autos de que sea un edificio habitado o desti_ - nado para habitación, que es el caso que prevé tal concepto. - (78). Las circunstancias modificativas de la culpabilidad pe_ - nal, sea que la atenúen o que la agraven, deben aparecer compro_ - badas en autos para que legalmente puedan surtir efectos. (79). El artículo 381, fracción VI, del Código Penal Federal, estatu_ - ye que "Además de la pena que le corresponda, conforme a los ar_ - tículos 370 y 371, se aplicarán al delincuente de tres días a - tres años de prisión, en los casos siguientes:...VI.- Cuando se cometa por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, - en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o -

aprendan, o en la habitación, oficina, bodega u otros lugares a los que tengan libre entrada por el carácter indicado". La calificativa a estudio se funda en la deslealtad o infidelidad del reo que siendo obrero de un taller donde habitualmente labora y al que por esta condición tiene libre entrada, falta a la confianza en él depositada con relación a los bienes que en dicho recinto se encuentran y se apodera de ellos segun de que al salir por la misma puerta de acceso no será molestado con un registro en su persona; cuando falta esa circunstancia, la libre entrada, bien porque el activo no sea trabajador de la empresa o bien porque la puerta no esté franca por no ser horas de labores, la comisión de un robo sin la concurrencia de aquél elemento, podrá ser calificada por otro factor, como el de lugar, pero no por el que es motivo de estudio. En esas condiciones, si el robo se ejecuta por un trabajador en forma fortuita, o sea, evitando la vigilancia, y brincando la barda que circunda la fuente de trabajo, es de concluirse que la aludida calificativa no se surte. (80).

La calificativa de robo contenida en la fracción I del artículo 381 del Código Penal (robo en lugar cerrado), no pugna con las diversas calificativas que contienen dicho numeral en otras fracciones, porque cada una es diversa y destaca la mayor entidad del bien jurídico, lesionado por diversas circunstancias que concurren en la substracción, calificándose con mayor penalidad en el robo.- Para la integración de la calificativa prevista en la fracción VI del artículo 381 del Código Penal, basta que se acrediten los elementos del artículo 367 del mismo ordenamiento, más la circunstancia especial en razón de la situación personal del sujeto activo, siendo inexacto que dicha calificativa atienda a la situación especial de personalidad física o moral del ofendido. (81).

La actividad típica de robo se encuentra expresada en el verbo "apoderarse", mientras en el abuso de confianza, dicha actividad se expresa en el verbo "disponer". En el robo el infractor va hacia la cosa, mientras en el abuso la cosa va hacia el in

fractor. La disposición de bienes con motivo de relaciones de trabajo, dependencia, etc., no siempre constituye abuso de confianza, sino que encuentra diversas soluciones en atención a la naturaleza del acto de entrega, debiendo distinguirse entre la entrega de la cosa, la entrega de su custodia o la de su simple vigilancia. Por lo tanto, si por motivo de la relación de trabajo, dependencia o función que desempeña, el autor tiene acceso a la cosa, aún con cierta autonomía de su dueño, pero sin haber recibido la tenencia de ella, ni su custodia, el apoderamiento y sustracción de ella constituye robo, en virtud de que la cosa no ha salido de la esfera de custodia del dueño. (82). Teniendo en cuenta la disposición legal contenida en la parte final del artículo 272 del Código Penal del Distrito Federal, - que tiene su equivalente en otras legislaciones, en el sentido de que "si la violencia constituye otro delito, se aplicarán - las reglas de la acumulación", debe decirse que en el caso de robo en que la violencia se utiliza como medio preordenado para lograr el apoderamiento y dicha violencia integra otro tipo (lesiones, homicidio, etc.), no debe sancionarse el robo como calificado por violencia y además sancionarse el delito que integró dicha violencia, pues si tal se hiciera se estaría recalificando una situación al sancionarla como constitutiva de la calificativa de robo y al mismo tiempo como constitutiva de otro delito. (83). El carácter de dependiente debe definirse con el criterio que lo hace el Código de Comercio, distinguiéndose con precisión de los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, - que son objeto de otra calificativa diferente, tanto en el artículo 381 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, como en los otros Códigos que contienen preceptos semejantes. - (84). Es violatoria de garantías individuales la aplicación de la fracción VI del artículo 381 del Código Penal, cuando se trate de personas que, teniendo el carácter de empleados, no son estrictamente obretos, artesanos, aprendices o discípulos - en el lugar donde cometen el robo. Aunque, por igualdad de razón, podría considerarse que el robo cometido por los empleados

en general cabe dentro de esa disposición legal, por cuanto que estos últimos aprovechan para fines indebidos la confianza que en ellos se ha depositado, de la misma manera que los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, debe tenerse presente, no obstante, que de conformidad con el artículo 14 de la Constitución, la aplicación de la ley en materia penal ha de ser estricta, de manera que no se puede aplicar por simple analogía, ni aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Así pues, mientras el artículo 381 del Código Penal Vigente no sea reformado a fin de tipificar el delito cometido por los empleados, será atentatoria de garantías individuales, la aplicación de la fracción VI del artículo en cuestión, cuando se trate de personas que no sean estrictamente obreros, artesanos, aprendices o discípulos. (85). No se integran los elementos del robo con violencia, si el procesado al detener y amenazar al ofendido de ponerlo a disposición de la Procuraduría General de Justicia por la comisión del delito de estupro, dicho ofendido le entrega diversas cantidades y objetos, pero esta entrega no la hace concomitantemente y como consecuencia inmediata de la coacción moral. Según el artículo 373, segundo párrafo, del Código Penal, hay violencia moral cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente e inmediato, capaz de intimidarla. Ahora bien, la correcta interpretación de este artículo, conduce a establecer que para que se configure el robo con violencia --aparte de la violencia que puede cometerse después del robo para lograr la impunidad del delito--, la violencia siempre precede o acompaña el apoderamiento o a la entrega de la cosa, pues la desposesión a la víctima debe ser consecuencia inmediata de la violencia, ya que el mal inminente y el robo simultáneo constituyen ese delito. En efecto, el sujeto pasivo entrega la cosa inmediatamente, debido a la presión moral de que es objeto, la cual en ese momento anula su voluntad libre. Entre ese estado de radical atemorizamiento y la entrega, no existen elementos neutralizadores, porque si así fuera -

se rompería la concomitancia necesaria entre la presión moral y la entrega, de modo tal que aunque esta última hipótesis se realiza si se advierte que los objetos materia de la averiguación no fueron entregados en las condiciones requeridas para la configuración del robo con violencia, si la entrega no se produjo concomitantemente y como consecuencia directa e inmediata del atemorizamiento. La circunstancia de haber acudido, según las peticiones de un menor ofendido, a un pariente suyo, y el hecho de haber firmado este último un convenio por el cual, como mayor de edad, se hacía responsable de que el menor satisficiera el daño ocasionado, deben considerarse como elementos neutralizadores por los cuales progresivamente se debilitó la presión moral. No existió, por ende, en la violencia moral, la amenaza como un hecho presente, inmediato y subsistente en toda su intensidad. Además debe tenerse en cuenta que en el delito de robo genérico, así como sus modalidades, la intención directa del sujeto activo es la de introducir, con medios ilícitos, una cosa ajena, a su esfera patrimonial. No se observa que éste sea el móvil y finalidad del inculpaado al obtener los objetos materia de la inculpaación, si el propósito era el de exigir al menor ofendido, en nombre del padre de su novia, una reparación del daño que ésta sufrió. A establecer lo anterior contribuye el hecho de que el convenio firmado por el menor y su pariente, haya hecho constar que ambos habían hecho entrega de esas cosas, para el fin mencionado. Desde este particular punto de vista, cabe expresar que la obtención de la cosa en el robo con violencia debe considerarse siempre injusta, puesto que la utilidad que el agente se propone no es legalmente debida; en cambio, esa obtención puede justificarse en caso de que el agente, queriendo ejercer un derecho, se haya justificado por sí mismo recurriendo a la violencia así, el amenazar con un mal legalmente justificado sólo adquiere características de injusticia si se dirige no tanto a llevar a cabo una reparación jurídicamente ilícita, sino a satisfacer fines personales no conformes a la justicia como acontece en el robo con violencia en el que el pro-

vecho injusto es un fin subjetivo; en consecuencia, el hecho de hacerse justicia por sí mismo podrá dar lugar al delito de privación de garantías previsto en la fracción II del artículo 364 del Código Penal, en relación con el artículo 17 de la Constitución Federal, pero no al de robo con violencia. (86). El estacionamiento exterior de edificios, multifamiliares o condominios como por ejemplo la Unidad Tlatelolco, en donde sea robado un vehículo, es de aquellos que constituyen una dependencia de las casas habitadas y están destinados únicamente para el uso de sus moradores. Luego, el automóvil no se halla en la vía pública, y por lo tanto no aparece acreditada la calificativa que sobre el particular señala el artículo 381 bis del Código Penal. (87). Congruente con el criterio que en tesis jurisprudencial número 45, publicada en la Segunda Parte del Último Apéndice del Semanario Judicial de la Federación, ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que las circunstancias calificativas del delito requieren ser comprobadas plenamente para que el juzgador pueda tomarlas en consideración al dictar su fallo, la representación social debe no solamente solicitar en sus conclusiones que el delito se estime calificado y por ello se aplique la disposición punitiva relacionada en el artículo 381, fracción V, del Código Penal del Distrito Federal, sino razonar los motivos por los cuales considera operante la circunstancia agravadora señalada, refiriéndose concretamente a los elementos de convicción existentes en la causa para establecer, sin duda alguna, la prueba plena respecto a la calificativa y, de no hacerlo así, resulta violatoria de garantías la sentencia de la autoridad responsable que condena a los acusados por el delito calificado. (88).

Por lo que respecta al ilícito de robo de frutos, se presentan las agravantes siguientes: 1) En razón del medio empleado; por lo cual son aplicables lo dispuesto en los numerales 372 a 374 del código sustantivo penal vigente, que consagran

el llamado "robo con violencia". 2) En razón del lugar donde se cometa; es decir es aplicable la agravante contenida en la fracción I del artículo 381 del ordenamiento sustantivo penal, no siendo aplicable la agravante que contempla la primera parte del numeral 381 bis del mencionado código. 3) En razón de la relación personal; siendo aplicable la fracción II del artículo 381. 4) En razón de la relación personal y el lugar donde se cometa; hipótesis consagradas en las fracciones III, IV, V y VI del artículo 381 del código sustantivo penal vigente. 5) En razón del aprovechamiento de las circunstancias; tipificado en la fracción VIII del numeral 381 del ordenamiento penal. 6) En razón del número de personas; siendo aplicable la agravante genérica de la pandilla, enmarcada por el artículo 164 bis del código penal. 7) En razón de las personas y el medio empleado; fracción IX del artículo 381 del ordenamiento señalado, y 8) Suspensión de Derechos; - El artículo 376 prevé que el juez a su prudente arbitrio podrá suspender determinados derechos, siempre que se cometa un robo, sea simple o agravado; Además el artículo 46 indica que en cualquier caso en que el juez dicte una sentencia privativa de la libertad, suspenderá determinados derechos. Por lo que se refiere a las agravantes en razón del objeto y en razón del objeto y el lugar, que se encuentran tipificadas en las fracciones VII y X del artículo 381, así como en la segunda, tercera y cuarta hipótesis del artículo 381 bis, no se presentan y no pueden ser aplicables.

BIBLIOGRAFIA

1. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, p. 72.
2. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 268-269.
3. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, - pp. 395-400.
4. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, p. 194.
5. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, pp. 72-73.
6. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 270-271.
7. Celestino Porte Petit Candaudap. Robo Simple. pp. 121 - 122.
8. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pp. 53-56.
9. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, p. 73.
10. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 271.
11. Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal, p. 401.
12. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo II p. 111.
13. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 272.
14. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo II, p. 112.

15. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, p. 74.
16. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 273.
17. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, p. 405.
18. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo II, p. 115.
19. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 273-274.
20. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, - pp. 403-404.
21. Celestino Perte Petit Candaudap. Robo Simple. pp. 123-124.
22. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal, pp. 56-59.
23. E. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, pp. 273-274.
24. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo II, p. 97.
25. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, - p. 455.
26. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo I, p. 296.
27. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo II, p. 53.
28. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo - II, pp. 24-25.
29. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal, pp. 64-67.

30. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, pp. 237-240.
31. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, p. 218.
32. De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano, p. 218.
33. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo IV pp. 89-94.
34. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo II, pp. 95-96.
35. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Tomo II, p. 24.
36. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal, pp. 70-75.
37. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, pp. 173-177.
38. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. pp. 205-209.
39. De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano, pp. 58-61.
40. Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV, pp. 68-74.
41. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal, pp. 76-78.
42. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, pp. 184-188 y 190-199.
43. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, pp. 193-197.
44. De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano, pp. 47-49.

45. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo IV, pp. 74-78 y 80-82.
46. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal, p. 79.
47. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, pp. 188-193.
48. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano pp. 197-200.
49. De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano, pp. 49-50.
50. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo IV, pp. 83-85.
51. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, pp. 193-196.
52. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, pp. 200-204.
53. De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano, pp. 50-53.
54. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo IV pp. 83-89.
55. Raúl Carrancá y Rivas, Raúl Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado, pp. 854-855.
56. Raúl Carrancá y Rivas, Raúl Carrancá y Trujillo. Código Anotado, p. 855.
57. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal, pp. 78-79.
58. F. Cárdenas Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, pp.-199-201.
59. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo IV, pp. 78-80.

60. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, pp. 201-202.
61. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, pp. 23-24.
62. Raúl Carrancá y Rivas, Raúl Carrancá y Trujillo. Código - Penal Anotado, pp. 856-857.
63. Raúl Carrancá y Rivas, Raúl Carrancá y Trujillo. Código - Penal Anotado, pp. 857-859.
64. Raúl Carrancá y Rivas, Raúl Carranca y Trujillo. Código Penal Anotado, pp. 855-856.
65. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, p. 88.
66. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, p. 301.
67. F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo, p. - 202.
68. Raúl Carrancá y Rivas, Raúl Carrancá y Trujillo. Código - Penal Anotado, pp. 403-405.
69. Raúl Carrancá y Rivas, Raúl Carrancá y Trujillo. Código - Penal Anotado, p. 856.
70. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo IV - pp. 107-108.
71. Raúl Carrancá y Rivas, Raúl Carrancá y Trujillo. Código - Penal Anotado, p. 847.
72. Raúl Carrancá y Rivas, Raúl Carrancá y Trujillo. Código - Penal Anotado, p. 186.
73. Semanario Judicial de la Federación. LXXX 5a Epoca, pp. 68 -69.
74. Semanario Judicial de la Federación. XCIX 5a. Epoca, pp. - 31-32.

75. Semanario Judicial de la Federación. CXX 5a. Epoca, pp. 79 -80.
76. Semanario Judicial de la Federación. CXXII 5a. Epoca, pp. 655-656.
77. Semanario Judicial de la Federación. LXXX 5a. Epoca, pp. - 1060-1061.
78. Semanario Judicial de la Federación. XCIX 5a. Epoca, p. - 33.
79. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Segunda Parte, pp. 415-416.
80. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Segunda Parte, pp. 623-624.
81. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Segunda Parte, p. 624.
82. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Segunda Parte, p. 625.
83. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Segunda Parte, p. 626.
84. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Segunda Parte, p. 629.
85. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Sexta Parte, p. 6.
86. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Sexta Parte, pp. 8-10.
87. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Sexta Parte, p. 11.
88. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Sexta Parte, p. 12.

CAPITULO QUINTO

EL ITER - CRIMINIS, EL CONCURSO DE DELITOS Y CONCURSO DE PERSONAS

5.1 EL ITER - CRIMINIS

5.1.1. FASES DEL ITER CRIMINIS

5.1.1.1. FASE INTERNA

- a) Ideación o idea criminosa
- b) Deliberación
- c) Resolución

5.1.1.2. FASE EXTERNA

- a) Manifestación
- b) Preparación
 - b.1 Actos unívocos
 - b.2 Actos equívocos
- c) Ejecución

5.1.1.3. TENTATIVA

- a) Formas de tentativa - Acabada
Inacabada

5.1.1.4. DELITO IMPOSIBLE

5.2 CONCURSO DE DELITOS

- a) Real o material
- b) Ideal o formal

5.3 CONCURSO DE PERSONAS

- 5.3.1. AUTOR INTELECTUAL (art. 13, fracs. I y V)
- 5.3.2. AUTOR MATERIAL (art. 13, frac. II)
- 5.3.3. COAUTORES (art. 13, frac. III)
- 5.3.4. AUTOR MEDIATO (art. 13, frac. IV)
- 5.3.5. COMPLICES (art. 13, fracs. VI y VIII)
- 5.3.6. ENCUBRIDORES (art. 13, frac. VII y 400 - 400 bis)

CAPITULO QUINTO
EL ITER - CRIMINIS,
EL CONCURSO DE DELITOS Y CONCURSO DE PERSONAS

5.1. ITER - CRIMINIS

Por iter criminis podemos entender el camino que recorre el delito, desde su ideación hasta su culminación, es decir, desde que en la mente del activo surge la idea criminosa hasta que agota su conducta delictiva. Este trayecto es propio de los delitos intencionales o dolosos, y no se recorre en los delitos imprudenciales o culposos. (1)

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este proceso se le llama iter - criminis, es decir, camino del crimen. Los delitos culposos no pasan por estas etapas; se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino solamente a la realización de la conducta inicial. La vida del delito culposo surge cuando el sujeto descuida, en su actuación, las cautelas o precauciones que debe poner en juego para evitar la realización o la lesión del orden jurídico. En consecuencia, el delito culposo comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, por requerir éste de la realización de actos voluntariamente encaminados al delito. (2)

El iter - criminis comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito desde su ideación hasta su agotamiento.

to. (3)

Según los prácticos italianos del siglo XIII en adelante, el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito. (4)

5.1.1. FASES DEL ITER - CRIMINIS

El iter criminis tiene dos fases: la interna, que se refiere a los procesos mentales y subjetivos del agente del delito y, la externa que comprende las manifestaciones perceptibles por los sentidos del delito. (1)

El delito nace como idea en la mente del hombre, pero aparece externamente después de un proceso interior, más o menos prolongado. A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. Con la manifestación principia la fase externa, la cual termina con la consumación. (2)

Tradicionalmente distínguese en el iter criminis (caminos del delito), la fase interna de la externa, llamadas también subjetiva y objetiva. El delito se encuentra en su fase interna cuando aún no ha sido exteriorizado; no ha salido de la mente del autor; en tal estrado se colocan a la ideación, a la deliberación y a la resolución del delinquir. (3)

Pueden advertirse dos fases: la interna o psíquica y la externa o física. En la vida del delito concurren una actividad mental y una muscular. A la primera pertenece la idea crimino

sa (motivo, deliberación y resolución); a la segunda, la manifestación de la idea (proposición, conspiración, inducción), - la preparación, los actos ejecutivos (tentativa) y la consumación. Salvo en los delitos formales e instantáneos, como el de injurias, en que no caben más que la idea criminosa y la fase externa de consumación, todos los aspectos de cada una de - ambas fases se ofrecen más o menos completamente en todos los delitos, si bien no se dan todos los momentos de cada aspecto, pues sólo cuando el dolo es deliberado y no de ímpetu pueden - distinguirse con relativa nitidez fases y momentos. (4)

5.1.1.1. FASE INTERNA

Esta fase está constituida de tres momentos: Primero, la idea ción o idea criminosa, que es cuando el activo concibe en su mente la comisión de un ilícito penal. Segundo, la deliberación, que se refiere a la valoración, a la meditación, a la -- consideración entre la realización o abstención del hecho delictuoso. Y tercero, la resolución, que es el momento en que el sujeto decide llevar a cabo su conducta delictiva. La fase - interna no es punible en virtud de que el derecho penal sanciona únicamente los hechos realizados, no las ideas, existe en - esta materia la máxima de que nadie puede ser penado por sus pensamientos. (5)

La fase interna abarca tres etapas o períodos: idea criminosa o ideación, deliberación y resolución. Idea criminosa o ideación. En la mente humana aparece la tentación de delinquir, - que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente

le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación. Deliberación. Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, es una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias. Resolución. A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente. En frase que se ha hecho célebre decía Ulpiano: "Cogitationis poenam nemo patitur" (nadie puede ser penado por sus pensamientos) y Rossi, el ilustre clásico, afirma: "El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre; podrá ser criminal, pero no podrá ser encadenado... Por la amenaza de un castigo lo único que se lograría hacer, es que la manifestación del pensamiento fuera mucho más rara; se disminuiría el número de los imprudentes para acrecentar el de los malhechores. Esto es cubrir las chispas para tener el placer de asistir al incendio". A lo anterior sólo agregaremos que la incriminación de las ideas equivaldría a una radical invasión al campo propio de la moral, desentendiéndose entonces el Derecho de su misión especialísima y esencial, a saber: armonizar las relaciones puramente externas de los hombres en vista a la convivencia y a la cooperación indispensables en la vida gregaria. (6)

El primer fenómeno (ideación) se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito. Puede suceder que ésta sea rechazada en forma definitiva o bien, suprimida en principio, surja nuevamente, iniciándose la llamada deliberación. Por ésta se entiende el proceso psíquico de lucha entre la idea criminal y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella. Entre el momento en que surge la idea criminal y su realización puede transcurrir un corto tiempo o un intervalo mayor, según sea el ímpetu inicial de la idea y la calidad de la lucha desarrollada en el psique del sujeto, pero si en éste persiste la idea criminal, después de haberse agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir. La fase subjetiva no tiene trascendencia penal, pues no habiéndose materializado la idea criminal, en actos o palabras, no llega a lesionarse ningún interés jurídicamente protegido. El Derecho regula relaciones entre personas y por ello el pensamiento no delinque, principio consagrado en la fórmula cogitationem poena nemo patitur, recogida en el Libro II de la Séptima Partida, en su Título 31, que proviene de la más antigua tradición jurídica romana. A la simple resolución interna de delinquir sucede la resolución manifestada. A ésta no puede considerársele formando parte de la fase externa por no constituir una actividad material; no es propiamente un acto material sino expresión verbal, como lo hace notar JIMENEZ DE ASUA. Por tal razón, de común no se le incluye en la fase interna pero tampoco en la externa, sino en la zona intermedia entre ambas. Consiste tal -

resolución en el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra. Como sucede en la simple resolución psíquica, aquí tampoco existe infracción jurídica en el más amplio sentido, pues la exteriorización no vulnera objetivamente ningún interés jurídico. No obstante, las legislaciones penales elevan a la categoría de delito algunas resoluciones manifestadas, por razones de índole muy especial, aún cuando doctrinalmente y por su fisonomía propia no constituyen delito. En nuestro Derecho se han elevado a la categoría de delito las siguientes resoluciones manifestadas: la proposición para cometer el delito de traición (artículo 125 fracción I), la conspiración para cometer traición, espionaje, rebelión, sedición y otros desórdenes públicos (artículos 132 y 135-I), y la amenaza (artículo 282), la provocación de un delito (artículo 209) y como coautoría la inducción o instigación (artículo 13, fracción II). Por proponer debe entenderse la invitación formal hecha, por quien ha resuelto delinquir, a otra u otras personas para obtener su cooperación en la ejecución del delito, constituyendo por tanto la simple invitación a cooperar a delinquir. Por conspirar se entiende el acuerdo, el concierto entre dos o más personas para ejecutar determinado delito. Requiere la conspiración no sólo que la idea criminosa haya sido pensada sino decidida en concierto entre dos o más personas y que la decisión tomada se refiera a la comisión de un determinado delito. Estas dos formas genéricas aludidas (proposición y conspiración), están referidas a nuestro Derecho positivo exclusivamente a los deli-

tos contra la seguridad exterior e interior de la Nación, integrando delitos independientes, pero en función de los tipos expresamente recogidos en la ley; por tanto, sólo podemos hablar con propiedad de proposición para cometer traición y de conspiración para realizar traición, espionaje, rebelión, sedición y otros desórdenes públicos. No podemos, por ende y con base en la ley, enjuiciar a nadie por proposición de robo o por conspiración de homicidio. Las amenazas y la provocación de un delito constituyen igualmente tipos autónomos recogidos en los artículos 282 y 209 del Código Penal. Por cuanto a la inducción o instigación, gozan de la misma esencia, la fracción II del artículo 13 declara responsables de los delitos a "los que inducen o compelen a otro a cometerlos". No es usado aquí el término instigar, pero su significado es idéntico al de inducir. Por instigar o inducir entiéndese la actividad desplegada por el instigador o inductor, encaminada a mover el ánimo de aquel sobre quien se actúa para determinarlo a ejecutar el hecho delictuoso; no consiste, por tanto, en la simple proposición o invitación, sino en el convencer en el mover la voluntad ajena plegándola a la propia del instigador o inductor. (7)

El delito se engendra en la conciencia del sujeto, que se representa un objeto ilícito, delibera sobre la posibilidad de su logro, inervado por sus motivos, y resuelve por fin, realizarlo. El delito permanece hasta entonces en el claustro mental del sujeto; nada lo revela al exterior. En esta fase no hay incriminación posible, pues no hay acción criminosa, sobre que sería imposible la prueba del pensamiento delictuoso, el -

que no será tan peligroso si las solas inhibiciones del sujeto han bastado a refrenarlo; pues si no bastaren, entonces engendrarán la volición y ésta la acción, convirtiéndose sólo - por medio de ésta en inculparable. Cogitationes poenam nemo patitur (Ulpiano). El pensamiento es libre; escapa a la acción material del hombre; podrá ser criminal pero no es encadenable; por la amenaza de un castigo lo único que se lograría hacer es que la manifestación del pensamiento fuera mucho más rara; se disminuirá el número de los imprudentes para - - acrecentar el de los malhechores; y esto sería como ocultar - la chispa para saboerar el placer de asistir al incendio (Rossi). En nuestro Derecho puede una persona ser responsable criminalmente por intervenir en la concepción de los delitos (artículo 13, fracción I c.p.). Se trata de la autoría intelectual como forma de participación en el delito; y no quiere ello decir que origine responsabilidad la sola concepción del delito, sino que proviene esta responsabilidad de la participación con autoría intelectual en él. (8)

5.1.1.2. FASE EXTERNA

La fase externa se integra también de tres momentos que son: manifestación, preparación y ejecución. La manifestación es el momento en que el sujeto externa su pensamiento delictivo, cuando proyecta al exterior sus ideas criminosas, pero - precisamente sólo como una idea o un pensamiento. Esta manifestación no es sancionable, excepto en el caso de las amenazas en las que el simple anuncio o manifestación de causar

un mal a una persona, honor o derechos propios o ajenos integran la figura típica del delito de amenazas. La preparación consiste en la realización de actos en sí mismos licítos con el propósito de llegar a la ejecución del delito, pero en los cuales no es apreciable la vinculación de la idea criminal con la transgresión de la norma penal. Se trata de un momento intermedio entre manifestación y ejecución, esta fase tampoco es sancionable. La ejecución es el momento en el cual el sujeto activo agota su conducta para la realización del tipo, la fase dentro de la cual el sujeto lleva a cabo todos los actos necesarios para realizar la conducta delictiva, ideada, deliberada, resuelta, manifestada y preparada. Si se colman o reúnen todos los elementos típicos del delito, se estará en presencia del delito consumado, en caso contrario, de la tentativa. (9)

Comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa abarca: manifestación, preparación y ejecución. Manifestación. La idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto. La manifestación no es incriminable. Por excepción, existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica. El artículo 282 del Código Penal sanciona al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien está ligado con algún vínculo. En este caso

y en algunos otros, la manifestación consume o tipifica el ilícito; normalmente, sin embargo, no integra delito. Nuestra Constitución establece como garantía que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, a menos que ataque a la moral, los derechos de tercero, perturbe el orden público o provoque algún delito (Artículo 6). Preparación. Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Dice Jiménez de Asúa que los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente. Sebastián Soler los define como aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado. Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines ilícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. Con razón, para Cuello Calón, en el acto preparatorio no hay todavía un principio de violación de la norma penal. El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo. El pensamiento es casi unánime en el sentido de la no punición de dichos actos; por excepción, nuestro Código sanciona algunos que por sí mismos agotan el tipo relativo, mas no significa que al erigirlos la ley en delitos, permanezcan como actos preparatorios, habida cuenta de que los comportamientos colman los tipos correspondientes, pero intrínsecamente poseen -

la naturaleza de verdaderos actos preparatorios, tal es el caso del artículo 256 al establecer sanciones para los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz, ganzúas, armas o cualquier otro instrumento que dé lugar para sospechar su propósito de cometer un delito. Este precepto sea dicho de paso, -- además de anacrónico, rompe con el principio de igualdad, por que los potentados portadores de los instrumentos señalados, jamás pueden cometer el delito de referencia. Ejecución. El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúnen todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. (10)

Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos ya dentro de la fase externa u objetiva del delito; penetramos a lo que algunos denominan el proceso ejecutivo del delito. Para MAGGIORE tal proceso comprende: a) la preparación, b) la ejecución y, c) la consumación. La ejecución puede ser subjetivamente completa y objetivamente imperfecta, en cuyo caso se habla de delito frustrado; subjetiva y objetivamente incompleta o imperfecta en el que se habla de delito tentado, tentativa o conato. Inicialmente se adoptó la clasificación bipartita, diferenciándose entre delito consumado y tentativa, sin distinguir, en cuanto a ésta, si los actos realizados agotaban o no subjetivamente el delito. Más tarde los clásicos italianos, con fino sentido analítico, distinguieron la tentativa (conato) del delito frustrado, señalando como carácter de aquéllas, su im-

perfección respecto a la actividad ejecutiva, al contrario de la frustración, en donde el sujeto realiza todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado, - sin que éste llegue a verificarse por causas ajenas a su voluntad. La mayoría de los autores y de los Códigos Modernos han abandonado ya esta concepción tripartita (tentativa—delito frustrado—delito consumado) para volver a la antigua clasificación bipartita (tentativa—delito consumado), distinguiendo ahora entre la tentativa acabada y la in acabada.⁽¹¹⁾ En la fase externa, el primer momento es la manifestación de la idea que tiende a realizarse objetivamente en el mundo exterior. Si el sujeto se juzga insuficientemente para ello buscará coordinar sus fuerzas con - otras afines: propondrá, inducirá, conspirará. También puede ofrecerse la manifestación de la idea por medio de una confesión espontánea del propósito, para no realizarlo, o bien de esa misma confesión, pero producida para dar a entender que ese propósito se realizará en daño de alguien. - Si el resultado no se realiza, ni la sola proposición ni la sola inducción ni la conspiración misma son inculpanbles, por más que la policía preventiva les deba tener en cuenta para prevenir los delitos. Sólo es inculpanble la manifestación del propósito en un caso especial: cuando se da a entender que se realizará el propósito en daño de alguien, -- pues esto integra un tipo legal de delito denominado amenaza; y también es inculpanble una especie notoriamente peligrosa de conspiración: cuando dos o más personas resuel-

ven, de concierto, cometer alguno de los delitos de que se tratan los dos capítulos anteriores (traición a la patria y espionaje) o el I y II del título siguiente (rebelión, sedición, y otros desórdenes públicos), acordando los medios de llevar a efecto su determinación (art. 132 c.p.). La preparación consiste en la manifestación externa del propósito criminal por medio de actos materiales adecuados. Aquí puede darse la preparación putativa, porque los medios no sean realmente aptos para producir la violación -- que se hubiera resuelto cometer (adquirir sal común por arsénico para ejecutar un envenenamiento ya decidido). La adquisición cuando es de cosa que tiene un destino equívoco no puede ser sancionada; no así cuando su destino es unívoco (la de la escalera no lo es; pero sí la de la máquina para falsificar moneda), caso más bien sancionable por considerarse como un comienzo de ejecución y quedar comprendido en la tentativa. La comunis opinio coincide en sostener que los actos preparatorios en general son equívocos, no revelan con claridad y precisión la voluntad de delinquir de donde resultaría más dañoso que eficaz sancionarlos (Rossi), no hay todavía en ellos un principio de violación de la norma penal (Manzini); revelan muy escasa peligrosidad (Hippel). En nuestro derecho cuando esos mismos actos concurren a integrar un tipo legal de delito pueden ser sancionables. También cuando están comprendidos en la figura de la tentativa, no obstante lo dicho, son responsables los que intervienen en la preparación... de los delitos; solución que como en el caso de

la concepción del delito, sólo puede entenderse como participación en su realización. (12)

5.1.1.3. LA TENTATIVA

La realización por parte del sujeto activo de actos de ejecución tendientes a la realización de un delito, cuya consumación no se produce por causas ajenas a dicho sujeto, es lo que se entiende por tentativa. En la tentativa ya se aprecia un principio de ejecución, se penetra en el núcleo del tipo, lo cual, según Jiménez de Asúa nos dice que la tentativa es la ejecución incompleta de un delito. (13)

La tentativa difiere de los actos preparatorios; en éstos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; en cambio en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate. Según Soler, la tentativa estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste; para ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa. Entendemos pues, por tentativa, los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto. (14)

Cualquier concepto que pretenda darse sobre la tentativa, debe hacerse en función del delito perfecto o consumado. -

Eso ha llevado a los autores a denominar a la tentativa un delito imperfecto por faltar en él el acto material de la consumación. Ya CARRASA al exponer su teoría sobre la tentativa, la consideró delito agradoado en su fuerza física y, en consecuencia, de acción imperfecta. No por el hecho de que la tentativa se subordine, por cuanto a su punición, a la referencia típica concreta contenida en otra figura delictiva, se piensa que no constituye una figura autónoma. Este punto de vista ha sido ampliamente discutido en la doctrina, y aunque la generalidad de los autores convienen en que es un delito imperfecto, si se le refiere al delito consumado, reconoce que, considerada en sí misma constituye un delito perfecto, pues es figura con caracteres propios y punibles por sí. La razón de esa aparente contradicción radica en la imposibilidad de "incriminar un delito imperfecto sin darle tal fisonomía". Sin embargo, la opinión no es unánime y así, Eusebio GOMEZ, considera que en sí misma la tentativa no constituye delito, pues siempre está referida a un delito determinado, cuya ejecución ha sido comenzada sin llegar a la consumación; "jurídicamente considerada, la tentativa es un delito imperfecto". Opinión contraria sostiene MANZINI al decir: "Dado que la ley al prever y castigar los delitos presupone abstractamente su consumación, la violación de un precepto penal que no hubiera llegado a aquel efecto, no sería evidentemente punible, si otra norma penal no incriminaba tal violación incompleta, esto es, no hacía punible el hecho que la constituye. Esta norma es precisamente la que incrimina y -

castiga la tentativa de un delito, el cual conserva el nombre - niuris del respectivo delito, pero cambia el título por el - cual es punible, título que resulta de los elementos exigidos para la punibilidad de la particular sanción aplicable y no de la peculiar cualidad del hecho. El delito intentado, por con siguiente, es delito por sí mismo, diverso jurídicamente del - respectivo delito consumado; lo que es, sin embargo, bien diferente de admitir que la tentativa por sí misma represente un delito sui generis idéntico en todo caso. El delito intentado conserva, en el resto, las características de la incriminación típica a que se refiere; y por eso, se tendrá delito intentado de daño o de peligro, mientras como hemos visto, sería erróneo reconocer en la tentativa, en todas las hipótesis un delito de peligro". Para nosotros sigue teniendo pleno valor la definición de OMPALLOMENI: "tentativa punible es la ejecución frustrada de una determinación criminosa". (15)

La tentativa existe por la ejecución incompleta de un delito, o sea en tanto que la ejecución no se ha realizado por completo (Romagnosi). (16)

A. FORMAS DE LA TENTATIVA

Existen dos formas de tentativa, la tentativa acabada o delito frustrado y la tentativa inacabada o delito intentado. En la tentativa acabada o delito frustrado el activo lleva a cabo to dos los actos idóneos para cometer el delito, pero el resultado

no se presenta por causas ajenas a su voluntad. Hay ejecución completa de actos, lo que no se realiza es el resultado. Encontramos que la tentativa inacabada o delito intentado consiste en la omisión de uno o varios actos tendientes a la verificación del delito. En este caso la ejecución es incompleta, y, obviamente el resultado, como consecuencia de la omisión de uno o varios actos, no se produce. En la tentativa acabada o delito frustrado hay ejecución completa de actos encaminados hacia un resultado delictivo, el cual no acontece, como se dijo, por razones ajenas al activo, en tanto que en la tentativa inacabada o delito intentado la ejecución es incompleta, no se realizan todos los actos necesarios para llegar al fin delictivo deseado. (13)

Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. En la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución, v. gr.: si tiene ya atada a la víctima y se le está haciendo ingerir un tóxico preparado de antemano, mas de pronto se presenta un tercero y rompe el recipiente, impidiendo así que beba todo el contenido. Se dice que el delito intentado no se consume ni subjetiva, ni objetivamente; en tanto, el frustrado se reg

liza subjetiva, pero no objetivamente; por ejemplo, cuando alguien administra veneno en cantidad suficiente para causar la muerte, pero ésta no ocurrió por causas ajenas a su voluntad, como la inesperada intervención del médico. Insistimos en que si el sujeto suspende voluntariamente la ejecución de uno de los actos, hay imposibilidad de punición. La tentativa inacabada sólo es punible cuando el acto indispensable para la consumación plena del delito se omite por causas ajenas al querer del sujeto. Si en la especie tentativa inacabada o delito intentado cabe el desistimiento, en la acabada o delito frustrado no es posible y tan sólo podrá hablarse de arrepentimiento activo o eficaz. El profesor Francisco H. Pavón Vasconcelos, define el arrepentimiento activo o eficaz, como la actividad voluntaria realizada por el autor para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado. No es lo mismo el arrepentimiento activo o eficaz, que el post factum. En el primero se evita el resultado y por ende no es dable punir la tentativa; en el segundo surge el resultado porque tal arrepentimiento de viene una vez consumado el delito, por lo que no se excluye la punibilidad. (17)

Esto puede ocurrir bien porque el agente suspenda los actos de ejecución que consumirían el delito (delito intentado o tentativa inacabada), o bien porque el agente realice todos estos actos de ejecución que han de producir el resultado, no ocurriendo éste por causa externa, imprevista o fortuita (delito

frustrado o tentativa acabada. (16)

5.1.1.4. DELITO IMPOSIBLE

El delito imposible es aquél en el cual no se produce el resultado delictuoso por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. En el delito imposible no existe la posibilidad material, factible de realización, por falta de un presupuesto del delito, por ejemplo, la vida en el homicidio, o porque los medios empleados no sean los adecuados, como sucede en el caso de la administración de una substancia inocua, con fines homicidas o abortivos. (18)

No debe confundirse la tentativa acabada, o delito frustrado, con la tentativa del delito imposible. En ésta tampoco se produce el resultado y no surge por causas ajenas a la voluntad del agente, pero por ser imposible. En el delito imposible, no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. Tal sucede cuando se administra un abortivo a mujer no embarazada o se pretende matar a un muerto. Tampoco debe confundirse el delito putativo o imaginario con el imposible. En el putativo no hay infracción a la ley Penal por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe. En el imposible por imposibilidad material. En éste, el acto (en otras condiciones) sería intrínsecamente delictuoso. En el putativo no existe delictuosidad intrínseca sino imaginaria; el sujeto cree, erróneamente, que su conducta es punible sin -

serlo legalmente. Nosotros, interpretando el artículo 12 del Código Penal, consideramos que el legislador de 1931 no quiso captar dentro del precepto la tentativa del delito imposible. (19)

La tentativa es un momento de iter criminis que se ubica entre los actos preparatorios y la consumación, que cierra el camino del delito. En el robo objeto de nuestro estudio, se puede presentar la tentativa inacabada, la acabada o frustración y la tentativa imposible o delito imposible, así como el desistimiento. La inacabada se dará cuando queriendo cometer el robo, existe un comienzo de ejecución y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. La acabada o frustración, cuando queriendo cometer el robo, se han realizado todos los actos de ejecución y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del mismo. Y la tentativa imposible o delito imposible, cuando queriendo cometer el delito, y existiendo un comienzo de ejecución o una total ejecución, no se consuma el robo, por falta del bien jurídico, del objeto material o porque los medios son inidóneos, originándose el aspecto negativo de la tipicidad. Para Jiménez Huerta: "por ser el robo un delito material o de resultado, es configurable la tentativa siempre que el sujeto activo realice actos encaminados directamente a apoderarse de la cosa, ora removiéndola del lugar en que la tiene colocada - su poseedor, ora sustrayéndola de su esfera de vigilancia en los casos en que el sujeto activo tenga contacto físico con ella por razones de dependencia, trabajo o cualquiera otra oriunda de la vida social". La posición de reglamentar la tentativa en el robo cuando no fuere posible determinar su monto,

es correcta, como lo estiman González de la Vega y Pavón Vasconcelos, porque de no incluirse una disposición expresa para el caso de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar el monto de lo que se quería robar, no habría posibilidad de imponer pena alguna, pues es evidente en estos casos la incapacidad del artículo 63, del Código Penal. El problema del arrepentimiento en el robo, es de difícil solución, en cuanto a que el robo es considerado por unos como delito formal o de mera conducta y por otros, como delito material. Es decir, - si se estima de mera conducta, el arrepentimiento no se podrá presentar; pero si se le considera como de resultado material, no cabe negativa alguna sobre la existencia del arrepentimiento. Por lo que respecta a la existencia del robo complementado, subordinado, circunstanciado, cualificado, en grado de tentativa, no debe dudarse, porque muy bien puede darse el caso de tentativa de robo calificado. (20)

Hemos expresado que "cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos ya dentro de la fase externa del delito; entramos a lo que algunos autores en sentido lato denominan el proceso ejecutivo del delito". En el robo, como en cualquier otro delito en -- que la ejecución requiera de un iter, un proceso ejecutivo, se puede presentar la tentativa en cualquiera de sus formas: acabada o inacabada. Pues bien, la ejecución puede ser "subjetivamente completa y objetivamente imperfecta" (tentativa acabada), como el caso del sujeto que es sorprendido cuando, después de haber penetrado en la casa que en su designio crimi--

nal había escogido, aprehende materialmente la cosa, pero sin tener oportunidad, ni siquiera en forma momentánea, de ejercer poder sobre ella; en tal caso, la simple acción (movimiento corporal de aprehensión) no consuma el delito. Igualmente la ejecución puede ser "subjetiva y objetiva incompleta" (tentativa inacabada), sirviendo de ejemplo el de quien pretendiendo robar una casa es sorprendido cuando realiza las maniobras necesarias para forzar las cerraduras de la puerta. Siendo el sistema seguido en la ley mexicana, por cuanto a la punición del robo, estrictamente objetivo al atender, para señalar la pena, al valor intrínseco del objeto del apoderamiento, era indispensable una regla especial que señalara la pena a imponer en el caso de tentativa. La necesidad de tal dispositivo resulta obvia, puesto que, como ya hacía notar Miguel S. Macedo, el mismo agente del delito ignora, en la mayoría de los casos, cuál era el valor de los objetos o de la cosa de que iba a apoderarse, salvo en el caso excepcional de que la acción delictuosa se dirige, precisamente, al apoderamiento de un especial objeto plenamente determinado. (21)

El delito de robo admite, por ser un delito material, la tentativa, siempre y cuando el autor no haya podido consumir el delito por causas ajenas a su voluntad, pero como ya vimos si el activo logra posesionarse de los bienes, el delito se entiende consumado, aún cuando se le desapodere antes de que pueda sustraerlo del lugar en que lo haya tomado. (22)

En los casos de tentativa de robo, cuando no fuera posible -

determinar el monto, se aplicará de tres días a dos años de -
prisión párrafo cuarto del art. 371. Miguel S. Macedo, funda-
mentando la necesidad de establecer penas especiales para los
grados inferiores del robo no consumado, hacía notar: "Limi-
tándonos por ahora al caso de robo, recordaremos la necesidad
de encontrar la cosa robada y de hacer valorizar, o por lo me-
nos de comprobar en términos que no dejen lugar a dudas cuál
haya sido esa cosa y su valor. ¿Pero qué hacer cuando el ro-
bo no se llegó a consumar, sino que se detuvo en uno de los
grados inferiores, conato, delito frustrado o delito intenta-
do? ¿Cómo graduar entonces la pena que al responsable corre-
ponda si, como generalmente acontece, no se trataba de apode-
rarse de una cosa determinada de antemano, sino que el ladrón
pretendía apoderarse de lo que más pudiera, según las circun-
stancias y muy particularmente según el tiempo de que pudiera
disponer sin ser descubierto? ¿Qué hacer con un ladrón a -
quien se encuentra en un aposento o a quien se le impide que
consume el robo de la persona a quien ha asaltado? ¿Cómo de-
terminar cuál era el valor de la cosa de que iba a apoderar--
se?. El mismo no lo sabe a punto fijo, y lo único que podría
decir, si contestara con sinceridad, es que habría robado lo
más que hubiera podido, quitándole a su víctima todo lo que lle-
vara de valor, hasta donde el tiempo y las demás circunstan-
cias se lo hubieran permitido. ¿Qué pena aplicar entonces?.
La Comisión de 1931, recogiendo las atinadas observaciones -
del insigne maestro, solucionó el problema de la penalidad pa-
ra la tentativa de aquellos robos en que no se pudiera deter-

minar el monto de lo que el agente pretendía apoderarse, señalando una pena especial concretamente derogatoria de la regla general de punibilidad de la tentativa a que se refiere el artículo 63 del Código Penal. (23)

Una pena subsidiaria de estricto alcance práctico estatuye el párrafo in fine del artículo 371 para "cuando no fuere posible determinar su monto" en los casos de tentativa. Existen, en efecto, innumerables situaciones de tentativa de robo, en las que no es posible esclarecer los objetos de que el sujeto activo pretendió apoderarse y, por tanto, el valor de los mismos a los efectos de la materia penal. Esta subsidiaria pena —"de tres días a dos años de prisión"— en realidad entrará en función más frecuentemente que la determinable por el monto de lo que se intentó robar, habida cuenta de que existen numerosos racionales obstáculos que impiden en la inmensa mayoría de casos determinar lo que el agente pretendía robar. No basta que el sujeto activo se hubiese hallado en posibilidad de apoderarse de la cosa. Necesario es que se compruebe que efectivamente se propuso apoderarse de ella y que realizó actos ejecutivos directamente encaminados a ese específico fin. No debe sancionarse con la pena que corresponde al valor de todos los objetos existentes en el interior de una casa sino con la sanción subsidiaria a que se refiere el párrafo último del artículo 371, al ladrón sorprendido dentro de ella con instrumento y útiles para el robo, pues se desconoce cuáles eran las cosas que se proponía robar; pero procede tomar en -

consideración el valor intrínseco del objeto material, cuando aparezca apodícticamente probado que el propósito del ladrón sorprendido en el interior de la casa ajena, fue el de apoderarse del brillante de cinco kilates que el sujeto pasivo tenía en su mansión. (24)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el particular, en ejecutorias ha determinado: Si el delito de robo no llegó a consumarse, porque los agentes activos del delito, -- fueron sorprendidos al ir a consumarlo, esos hechos encajan en lo prevenido en el artículo 12 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, ya que tendieron directa e inmediatamente a la realización del robo, que no llegó a consumarse, por causas ajenas a la voluntad de los acusados; y el delito fue el de robo en grado de tentativa. (25) Si el acusado ejecutó hechos encaminados directa e indirectamente al apoderamiento de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de quien podía disponer de ella conforme a la ley, no consumándose se dicho apoderamiento por causas ajenas a la voluntad, es indudable que con tales elementos está comprobado, en el caso, el delito de robo en grado de tentativa. (26) Los datos recabados hasta el momento de dictarse el auto de formal prisión reclamados, son suficientes para acreditar de manera plena el cuerpo del delito de robo en grado de tentativa, si resulta evidente que el inculpado no pudo consumir el delito de robo por causas ajenas a su voluntad; pero es incontestable que ejecutó actos encaminados inmediata y directamente a la consumación del mencionado delito de robo. (27) Si de las cons--

tancias procesales se concluye que el acusado subió a la azotea de un local comercial y quitando el tragaluz penetró al mismo y al ser descubierto por la policía confesó que se proponía robar, siendo ello corroborado por otros elementos de convicción, se tipifica el delito de robo en grado de tentativa y ante la ausencia de datos para determinar el monto, se está en el caso de imponer la pena señalada por el último párrafo del artículo 371 del Código Penal. (28) No por la circunstancia de que el agente aluda a que trató de apoderarse de la cosa ajena mueble, debe entenderse que el ilícito quedó en la fase externa denominada tentativa, supuesto que al ser sorprendido en detentación ilícita, ya había consumado el apoderamiento o elemento rector del tipo y por consecuencia, si ningún provecho extrajo de dicho movimiento, ello explica su estimativa de acto tentado, que en punidad corresponde a delito no agotado en referencia al delincuente, pero consumado -- desde el aspecto jurídico. (29) Como la tentativa punible consiste en la ejecución de actos encaminados directa o indirectamente a la consumación de un delito que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente, es evidente que quien es sorprendido de noche en los momentos de estar forzando la puerta de un carro de ferrocarril cargado con mercancía, incurre en la responsabilidad correspondiente al delito de robo en grado de tentativa. (30) Conforme al artículo 369 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, se dará por consumado el robo desde el momento en que el sujeto activo tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abando

ne o lo desapoderen de ella, y si en un caso, a pesar de que el vehículo no fue desplazado hasta donde se proponía llevarse el inculpado por hechos ajenos a él, la conducta observada por el mismo no engasta dentro del tipo legal que prevé el artículo 12 del Código Penal citado, pues la tentativa es delito inacabado que implica un principio de ejecución y que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto, y si en el caso del acusado ya había consumado el robo sólo que fue desapoderado del vehículo en que recayó el apoderamiento antijurídico, en estas condiciones, la sentencia reclamada no es violatoria de garantías, al considerar el delito como robo simple. (31) Si precedieron al hecho de la posesión ilícita, los actos de captura y movilización de la cosa ajena, es indudable que el agente no se quedó en la fase externa denominada tentativa, sino de lleno penetró -al núcleo del tipo- adecuando su conducta a la descripción del robo, es decir, plenamente consumó esta figura delictiva, al realizar tal apoderamiento. (32) Si el acusado fue sorprendido en el interior de una joyería cuando pretendía robar, no puede aducirse que el delito quedó consumado aún cuando, en su poder, se hayan encontrado objetos de la negociación, pues en ningún momento tuvo potestad dominical sobre los mismos y por ello, no puede hablarse con propiedad, de la consumación del apoderamiento, sino de actos de ejecución que no consumaron el delito por causas ajenas a la voluntad del agente. Si la consumación en el robo consiste, en el apoderamiento de la cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento del titular, sólo quedará la con

ducta en grado de tentativa, si no llegó a consumarse el desajuste del objeto, con relación al pasivo del delito, - pues la mera contretatio y aún desplazamiento o remoción de la cosa, no es índice seguro, en todos los casos, para determinar el momento consumativo del delito en cuestión. (33) Si el quejoso llevó a cabo actos encaminados directa e indirectamente a la realización del delito de robo, el que no llegó a consumarse por causas ajenas a la voluntad, es evidente que la conducta encuadra dentro del artículo 367, en relación con el artículo 12 del Código Penal Federal. (34) Si el quejoso fue detenido cuando maniobraba un automóvil ajeno, tratando de sacarlo del lugar en donde estaba estacionado, sin que lograra su propósito por haber descubierto y detenido, no puede afirmarse que haya consumado el robo, ya que no logró desapoderar al dueño y poseedor del vehículo. En consecuencia, su conducta es punible, pero sólo como tentativa y no como robo consumado. (35) La conducta desplegada por los acusados tiene el carácter de tentativa de robo, si hicieron maniobras para ocultarse en la negociación con el objeto, de una vez que ya se encontraban sin vigilancia, consumir el apoderamiento con ánimo de apropiación, mas por circunstancias ajenas a su voluntad, hubieron de dejar los objetos que habían seleccionado para el robo, de lo que resulta que tal conducta configura el llamado desistimiento activo, por parte del sujeto que delinque, determinado por un obstáculo real o aparente, como puede ser el hecho de haber sido sorprendido por el velador. (36) No es exacto que la modificativa del aj

tículo 381 del Código Penal, no tenga aplicación más que en los delitos consumados. (37) El artículo 60. del Código Penal del Estado de Durango, cuyo contenido es idéntico al artículo 12 del Código Penal Federal, no contempla los actos encaminados directa o indirectamente a la realización de un no delito sino de un hecho típico definido por la ley como delito; luego entonces, respecto de la conducta positiva de los acusados que amenazaron a la víctima con privarla de la vida si no entregaba una suma de dinero en hora y lugar prefijados, y el sujeto pasivo sólo llevó a ese sitio un sobre cerrado sin dinero ni valores, se debe afirmar que el apoderamiento del sobre por parte de los quejosos constituyó una tentativa imposible de robo, porque no se puede robar lo que no existe y no se puede empeñar a realizar lo que no existe. Por lo mismo, la conducta es atípica por falta de objeto material sobre el que pudiera recaer la intención criminal. (38) Tratándose del delito de robo, es importante el tiempo de la acción y se da por consumada desde el momento en que el sujeto tiene en su poder la cosa robada aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella; por consiguiente, si el quejoso auxiliado por otros partícipes, se apoderó de un automóvil desplazándolo del sitio en que se hallaba situado y no pudo llevarlo hasta el lugar donde se proponía, su proceder no engasta dentro del tipo legal de tentativa, que implica sólo un principio de ejecución del delito perseguido. (39) El delito de robo se agota desde el momento en que el sujeto activo se apodera de una cosa ajena, sin consentimiento de su propietario, aún cuando

después la abandone o lo desapoderen de ella. (40) De acuerdo con la teoría y derecho vivo mexicano, basta para que se considere consumado el robo, el hecho de encontrar al sujeto activo en posesión de la cosa mueble, no siendo ya necesario como ocurre en otras legislaciones, que el agente movilizara la cosa y menos aún, que tenga que evidenciarse el ánimo que lo impulsó para apoderarse del bien que no tenía, ya que en ese particular, la ley presume la dañada intención, mientras no se demuestre lo contrario. (41) El delito de robo se consuma por el solo apoderamiento de la cosa y no es necesario su desplazamiento para que se integre, de acuerdo con el artículo 369 del Código Penal para el Distrito Federal. (42) El delito de robo se da por consumado desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella, y el monto del todo del objeto del robo, es el que sirve para la fijación de la pena aún cuando el apoderamiento persista exclusivamente respecto de algunas partes y se abandonan otras. (43) Suelen confundirse los dos momentos enunciados, no obstante que el Código Penal del Distrito y Territorios Federales resuelve el problema, al estimar consumado el robo, desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa (artículo 369), lo que implica, lógicamente, que realizó la actividad típica de la figura o apoderamiento (artículo 367) y, por consecuencia, si el agente devuelve o es desapoderado de parte del objeto no atempera su responsabilidad, supuesto que el valor de las cosas se toma al momento de la consumación y no al ins-

tante de disposición o agotamiento del delito desde el aspecto personal del agente: situación última que es diferente para los fines represivos. (44) Confúndese con frecuencia el acto de consumación de un robo con su agotamiento, siendo que para el primero, es suficiente la verificación de haberse realizado la lesión patrimonial o mutación de la vida de relación, mediante el apoderamiento de la cosa ajena mueble contra la voluntad o en ausencia del consentimiento del titular, aún cuando después sea abandonada, en tanto que en el agotamiento, al ser finalidad personal perseguida por el autor, no siempre se realiza, o se alcanza parcial o sobrepasando la intención de beneficio. dado que la ley establece que se dará por consumado el robo, desde el momento en que el agente tiene en su poder la cosa aún cuando la abandone o lo desapoderen y, en consecuencia, es punible la conducta del ladrón de un automóvil por el valor de éste y no tan solo de los objetos que sustrajo de su interior, sin tener relevancia que a posteriori haya aducido que exclusivamente se lo llevó para apoderarse de los objetos. (45)

Por lo que respecta al robo de frutos, se presentan todas las etapas del iter criminis. En la fase interna se verificará la ideación, cuando al sujeto se le presente la idea criminosa de robar (apoderarse de un bien ajeno sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley); se presenta la deliberación, cuando el sujeto piensa en las conveniencias o inconveniencias de llevar a efecto su idea; y, finalmente, la resolución

cuando el sujeto determina llevar a cabo la idea de robar los frutos. Se presenta la fase externa en todos sus aspectos, es decir, se presentará la manifestación, cuando exterioriza el sujeto activo su deseo de robar frutos; prepara la realización del ilícito comprando o allegándose de cualquier manera los objetos que le servirán para la realización del delito, presentándose los actos equívocos ya que puede comprar una camioneta para transportar los frutos, sin embargo la compra de una camioneta para transportar no implica que el acto en sí mismo sea ilícito o vaya a ser utilizado el vehículo para algún acto contrario a las normas penales; y la ejecución cuando realice todos los actos tendientes a la realización del hecho delictuoso.

Asimismo se presentarán las dos formas de la tentativa, es decir la acabada o la inacabada, según el agente no realice el último o los últimos actos para la consumación del ilícito, o por causas ajenas a su voluntad por ser detenido por policías no llegue a consumarlo.

Puede darse incluso el delito imposible, cuando no exista el objeto material como será la inexistencia de los frutos por haber sido ya cosechados por el poseedor o propietario, o por inidoneidad de los medios empleados, como sería la utilización de instrumentos de juguete como tijeras o serrate sin filo por lo mismo de ser juguetes.

5.2. CONCURSO DE DELITOS

Se da el concurso de delitos cuando una persona mediante una o varias conductas produce varios resultados típicos. (46)

En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas. A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad de la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico. (47)

Los problemas del concurso derivan de la conducta reiteradamente delictiva de un mismo agente o de los diversos resultados obtenidos a virtud de ella. La primera hipótesis que se ofrece es la unidad de la acción y del resultado; pero pueden darse unidad de acción y pluralidad de resultados, pluralidad de acciones y unidad de resultado o pluralidad de acciones y de resultados, imputables todos a un mismo sujeto. (48)

5.2.1. CLASES DE CONCURSO DE DELITOS

El concurso puede ser ideal o formal y real o material, según se trate de conducta singular y pluralidad de resultados o pluralidad de conductas y de resultado, o bien como dicen algunos tratadistas unidad de acción y pluralidad de resultados. Nosotros preferimos hablar de unidad de conductas porque, como es sabido, los delitos pueden ser de acción o de omisión,

que en todo caso es conducta, por tanto se utilizará el término conducta en el mismo sentido con que diversos autores manejan el vocablo acción, al tratar este tema. El concurso - - ideal o formal se presenta cuando existe unidad de conducta y pluralidad de resultados, o sea, cuando mediante una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos, por ejemplo, - - cuando el conductor de un vehículo lo hace imprudentemente y colisiona con otro vehículo causando la muerte de uno de sus ocupantes, lesiona a otro, y ocasiona el deterioro del mencionado segundo vehículo, se estará entonces, en presencia de homicidio, lesiones, y daño en propiedad ajena, causados mediante una sola conducta (acción), o bien en el caso del guardián encargado de efectuar la maniobra correspondiente y, en función de ello chocan dos trenes, lo que provoca la muerte de algunos pasajeros o tripulantes, lesiones en otros y daños materiales en los dos trenes, aquí, también encontraríamos homicidio, lesiones, daños en propiedad ajena y ataques a las vías - generales de comunicación, como resultado de una sola conducta (omisión). Concurso real o material, se da cuando el sujeto - activo realiza diversas conductas independientes entre sí y -- produce resultados también diversos, tal sería el caso del que roba un vehículo, y al darse a la fuga atropella y lesiona a - una persona, choca con otro vehículo al cual le ocasiona daños en este caso habrá robo, lesiones y daño en propiedad ajena. - Aquí se aprecia pluralidad de conductas y resultados, todo - - ello con relación, obviamente, al mismo sujeto. (49)

Aparece el concurso ideal o formal, si con una sola actuación

se infringen varias disposiciones penales. En el concurso - ideal o formal -- y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto --, se advierte una doble o múltiple infracción; es decir, por medio de una sola acción u omisión - del agente se llenan dos o más tipos legales y, por lo mismo - se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho. Se -- pueden citar muchos ejemplos de concurso ideal o formal; tal e ocurre si el individuo, con un disparo de arma de fuego, mata a un adversario, lesiona a un transeúnte y daña la ajena propiedad; también cuando el delito de violación reconoce como sujeto pasivo a un pariente próximo, tipificándose, además el incesto. (Respecto a este último ejemplo, algunos consideran só lo un delito de violación). El artículo 18 reformado del Código Penal señala: "existe concurso ideal cuando con una sola -- conducta se cometen varios delitos...". Por su parte, el 64 - del mismo ordenamiento indica: "en caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración sin que pueda exceder de la máxima señalada en el Título Segundo del Libro Primero". El artículo 15 (ubicado en el Capítulo Segundo del Título Segundo del Libro Primero), dispone que la prisión será de tres días a cuarenta años. Si el sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por algunos de ellos, se está frente al llamado concurso material o real, el cual - se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes -

(dos o tres homicidios) que con relación a tipos diversos (homicidio, lesiones, robo, cometidos por un mismo sujeto). La segunda hipótesis del artículo 18 reformado, establece la figura del concurso real o material; existe cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. El artículo 64, en su segundo párrafo preceptúa: "En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el Título Segundo del Libro Primero". Los tratadistas señalan tres diversos sistemas de represión para los casos de concurso real o material, a saber: acumulación material, absorción y acumulación jurídica. En el sistema de acumulación material se suman las penas correspondientes a cada delito. En el de la absorción, sólo se impone la pena del delito más grave, pues se dice que éste absorbe a los demás. En el de la acumulación jurídica se toma como base la pena del delito de mayor importancia, pudiéndose aumentar en relación con los demás delitos y de conformidad con la personalidad del culpable. El Código Penal de 1931 parece acogerse a los tres sistemas; el artículo 64 permite la aplicación de la pena correspondiente al delito mayor (absorción) pero faculta al juzgador para aumentarla en atención a los delitos cuya pena sea de menor cuantía (acumulación jurídica), y establece la posibilidad de aplicar hasta la suma de las sanciones de todos los delitos (acumulación material) sin que pueda exceder de cuarenta años. (50)

Existe concurso real de delitos cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita. Es concurso ideal, cuando en un solo acto se violen varias disposiciones penales. (51)

Pero también es uno el delito cuando, habiendo unidad de acción hay pluralidad de resultados (ej.: una sola imprudencia del automovilista, produciendo la destrucción de un cristal y las lesiones a un transeúnte). La acción es, en estos casos también, una sola: los resultados, plurales. La sanción puede por ello, ser agravada. En nuestro derecho siempre que con un solo hecho ejecutado en un solo acto, o con una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalan sanciones diversas, se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración (artículo 58 c. p.). Los resultados varios, dañosos, justifican la acumulación de sanciones sobre la base del delito mayor. La gran amplitud de márgenes entre el mínimo y el máximo de la sanción permite el arbitrio judicial adecuar la misma a la peligrosidad del agente. Por último, puede darse pluralidad de acciones con pluralidad de resultados. Entonces se estará en presencia de delitos diversos que permite el concurso real o material. (52)

En el delito de robo, puede presentarse el concurso ideal, es

to es que al cometer este delito, con la misma conducta puede presentarse el concurso ideal, esto es que al cometer este delito, con la misma conducta pueden realizarse otros delitos como puede suceder con las lesiones, con el homicidio, con el daño en propiedad ajena. Igualmente, suele darse el caso de concurso real o material en el delito de robo, pudiéndose presentar un concurso real de robo, homogéneo o heterogéneo. Es factible cometer el delito de robo con ánimo de dominio y dañar el objeto robado, debiéndose concluir que el daño en propiedad ajena quedará subsumido en el delito de robo, pero - - cuando el objeto es diferente, hay concurso de daño en propiedad ajena y robo. Puede suceder, que un sujeto quiera apoderarse de una cosa y lleve a cabo la violencia, sin lograr la consumación del delito, es decir, existiendo únicamente tentativa y realizándose además lesiones. (53)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas ejecutorias sobre el particular ha determinado: No es debido que para imponer al reo la sanción que le corresponde como responsable del delito de robo, se sume el valor de lo robado en cada ocasión, cuando fueron varios los apoderamientos, porque - debe atenderse a cada uno de los robos para determinar la pena, haciendo acumulación de sanciones, al estarse en presencia de acumulación real de delito. (54) Si el robo realizado por los procesados, es el genérico y no el de uso, existió en ellos, el *ánimus domini*, ánimo de apropiación y ánimo de dominio, por lo que cualquier acto posterior al de acumulación, -

consistente en el apoderamiento, no puede constituir figura autónoma, siendo en su caso, el daño sufrido por el vehículo robado, intrascendente en el ámbito penal, pues aunque objetivamente se reúnen los elementos típicos de tal figura delictiva, ésta queda subsumida en la de robo. No obstante lo anterior, el daño si debe ser materia de reparación, porque queda en estrecha relación con la acción principal imputada y es consecuencia de ella. (55) Como esta sala lo ha venido estableciendo, el hecho posterior del daño que se causa sobre el objeto robado, debe quedar subsumido en el delito inicial y anterior del robo, pues no puede afirmarse válidamente la existencia de dos lesiones patrimoniales sobre un mismo objeto, causadas una por el apoderamiento y otra por el deterioro y destrucción subsiguiente del mismo objeto, pues semejante afirmación entrañaría una recalificación del hecho técnico y constitucionalmente inadmisibles, por lo que debe concederse el amparo a los quejosos para el efecto de que en nueva sentencia que se dicte, se les absuelva por el delito de daño en propiedad ajena, suprimiéndose la pena que se les impuso por dicho delito. (56) El delito de robo no puede coexistir con el daño en propiedad ajena, respecto a los daños que el agente causa al objeto robado con posterioridad al apoderamiento puesto que el bien jurídico protegido en el robo, es el patrimonio de la ofendida, y la pena que se impone a este delito es la privación del valor patrimonial total del objeto robado, y, por tanto, ya se pena el daño producido por la privación total del bien y resulta redundante condenar por he-

chos posteriores que produzcan un daño parcial al mismo objeto material del robo. (57) Si está acreditado mediante la valoración de las pruebas que obran en el proceso penal, que el imputado se apoderó de un automóvil con ánimo de apropiación y cuando lo conducía después de haberlo sustraído del garage donde se guarecía lo chocó, causándole deterioro, el comportamiento así desplegado configura el delito de robo intencional, mas no el de daño por imprudencia punible, dado que tratándose de un solo evento, es irrelevante la pluralidad de daños, cuando provienen de una sola acción del sujeto activo. (58) Cuando el objeto materia del robo es destruido o deteriorado por el activo, no puede afirmarse válidamente la existencia de dos lesiones patrimoniales, constituidas una, por el apoderamiento y otra, por la destrucción o deterioro. Semejante afirmación entrañaría una recalificación técnica y constitucionalmente inadmisibles. En este caso, debe considerarse únicamente la existencia del robo, y en el momento de condenar a la reparación del daño, tener en cuenta el deterioro sufrido por el objeto materia del delito, ya que éste fue recuperado, y condenar al sentenciado al pago correspondiente. (59) El delito de robo no puede coexistir con el de daño en propiedad ajena, habida cuenta que ésta Sala ha sostenido el criterio de que si el infractor al apoderarse de un vehículo o de otro objeto, causa daño al objeto del delito, el deterioro sufrido por la cosa, teniendo en cuenta que el daño en el robo comprende el valor del bien mueble y que, por lo mismo incluye cualquier otro que haya padecido dicho bien, queda subsumido

en el ilícito de robo. (60) Cuando el objeto materia del apoderamiento es destruido o deteriorado por el responsable del robo, tal destrucción o deterioro no puede considerarse como constitutivo de daño en propiedad ajena, sino que deberá tenerse en cuenta tan solo para la reparación del daño producido por el robo. El porque de ello, fácilmente se advierte si es que se tiene en cuenta que siendo el robo, y el daño en propiedad ajena figuras tutelares del mismo bien jurídico (el patrimonio) se agota la lesión al bien en el robo, y el daño que recaiga sobre el objeto del apoderamiento una posible consecuencia de orden fáctico, pero nunca podrá integrar una nueva figura delictiva. Es una cuestión tan diáfana, que de adoptarse una posición contraria, se llegaría a sostener que si el objeto materia del robo es recuperado y está dañado, hay dos delitos: robo y daño, pero si no se recupera, nada más -- hay robo. Se trataría de una posición aberrante. El daño debe tenerse en cuenta para fijar la reparación en el caso del robo cuando el objeto es recuperado y afectado en forma tal que su valor haya disminuido, pero no puede afirmarse que se integre un delito diverso. (61) Cuando el agente, después de apoderarse de un bien ajeno, lo daña, sólo es responsable de robo y es indebido condenarlo además por daño en propiedad ajena. (62) Hubo indudablemente concurso real de delitos y por lo mismo, estuvo en lo justo el sentenciador al acumular las penas, si el daño en propiedad ajena y el robo se cometieron con un solo acto, sino precisamente en actividades diversas, puesto que primero procedieron los agentes a efectuar la

horadación de un muro y posteriormente a apoderarse de los bienes ajenos, muebles, sin seracho y sin consentimiento de las personas autorizadas para disponer de los mismos con arreglo a la ley. (62) Si bien es cierto que la Sala ha sostenido el criterio de que el daño en propiedad ajena no puede concurrir con el delito de robo cuando aquél recae sobre el objeto materia del apoderamiento en virtud de que tal resultado debe considerarse en el Capítulo relativo a la reparación del daño por haber perdido el pasivo la propiedad del objeto, no acaece lo mismo en lo que alude al robo de uso, en el que debido a que el ofendido no es privado de la propiedad, se hace posible la concurrencia del delito únicamente señalado y el daño en propiedad ajena. En el robo de uso la reparación del daño correspondiente al mismo únicamente abarca lo relativo con el propio uso, sin que en éste pueda introducirse el daño, destrucción o deterioro ajeno al que puede ocasionar exclusivamente el ya mencionado uso del objeto materia del delito. (64)

La penalidad imputada al acusado por lo que toca al delito de daño en propiedad ajena, resulta ilegal, cuando no se trata de una figura delictiva autónoma sino del medio utilizado por el acusado para llegar a la consumación del delito de robo. (65)

Si para apoderarse de un vehículo o de otro objeto, se causa daño al objeto del delito, por ser el medio para consumar el robo, el deterioro sufrido por la cosa, teniendo en cuenta que el daño en el robo comprende el valor total del bien mueble y que, por lo mismo, incluye cualquier otro que haya padecido dicho bien, queda subsumido en el ilícito de robo, y -

ello no basta para que si el dueño recupera el objeto robado - se reparta el daño o deterioro causado al mismo en la condena para que se subsane el daño, que consistirá, en su caso, en - que se indemnice a quien tenga derecho a recibir el importe - del que haya padecido la cosa. Se ampara al quejoso para el único efecto de que se elimine el delito de daño en propiedad ajena, así como la pena correspondiente a esta infracción penal. (66)

El fracturar cerraduras y cajones de las puertas - con objeto de apoderarse del dinero y objetos contenidos en - los muebles respectivos, y de penetrar y salir en los locales donde aquéllos se encuentran, no implica el delito autónomo - de daño en propiedad ajena, sino tan solo el medio de que se vale el agente activo del delito de robo para contenerlo. (67)

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 354, párrafo segundo del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, - la violencia como calificativa del robo, consiste en la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona y si en el caso, el ofendido estaba golpeado y al mismo tiempo le fueron quitados sus objetos, evidentemente que la violencia como calificativa del robo se subsume en el delito de lesiones, -- porque de otro modo, la repetida violencia que empezó con los golpes propiciados al ofendido y terminó cuando le quitaron - sus objetos y no se interrumpió en ningún momento, sería sancionada dos veces, como constitutiva del calificativa de robo y constitutiva del delito de lesiones, lo cual es violatorio de garantías individuales. (68) Si la violencia en el robo, - constituye otro delito (homicidio), se viola la garantía de

legalidad, al aplicársele al autor dos penas por esta misma - circunstancia: como responsable del robo violento y como responsable de homicidio, ya que la situación es resuelta por el legislador en el precepto 372 de la ley sustantiva, al remitir al juzgado al dispositivo 54 que trata los casos de acumulación como el anunciado. (69) Se violó el artículo 372 del Código Penal, si la autoridad responsable impuso una pena en atención al monto de lo robado, agregó la pena relativa al robo con violencia, y, además, la pena correspondiente a lesiones, debiendo aplicarse únicamente las sanciones, sin incluir la del robo con violencia, consignada en el artículo 372 del mismo Código. (70) Si el juzgador consideró el robo cometido con violencia y por otra parte también sanciona las lesiones constitutivas de esa violencia, lo que equivale a que aplicó simultáneamente los dos párrafos que integran el artículo 311 del Código Penal de Guanajuato, tal aplicación es inadmisibles, porque el referido precepto contiene una disyuntiva, o sea, si el robo se comete con violencia, debe aumentarse la pena seis meses a tres años de prisión; pero luego agrega, que si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación, y es esta última parte la exactamente aplicable al caso, porque la violencia consistió precisamente en las lesiones calificadas. (71) El Tribunal sentenciador incurrió en la inexacta aplicación del artículo 372 del Código Penal del Distrito, si establece la violencia del robo que se imputa al reo, como una calificativa para agravar en dos años más la pena de robo simple que se le fija, desen-

tendiéndose de que esa violencia fue constitutiva del delito de lesiones, según se acreditó, y, por ende, que se está en el caso de observar lo que dispone la parte final del invocado precepto, en el sentido de que si la violencia constituye otro delito, cabe aplicar las reglas de la acumulación; de donde se sigue que no debe llevarse a cabo la agravación prevista para el caso de que no se cometa delito diverso a través de la violencia, y la circunstancia de que la prisión preventiva para el caso de que no se cometa un delito diverso a través de la violencia, y la circunstancia de que la prisión preventiva del reo no haya comprendido las lesiones, sólo puede implicar que en el caso a estudiar no se puede llevar a cabo la acumulación correspondiente, ya que el proceso, se siguió únicamente por robo. (72) Teniendo en cuenta la disposición legal contenida en la parte final del a. 212 del CP del Distrito Federal, que tiene su equivalente en otras legislaciones en el sentido de que "si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación", debe decirse que en el caso de robo - en que la violencia se utiliza como medio preordenado para lograr el apoderamiento y dicha violencia integra otro tipo (lesiones, homicidio, etc.), no debe sancionarse el robo como agravado por violencia y además sancionarse el delito que integró dicha violencia, pues si tal se hiciera se estaría calificando una situación al sancionarla como constitutiva de la calificativa del robo y al mismo tiempo como constitutiva de otro delito. (73) No hay razón para dejar de aplicar la pena correspondiente al delito de lesiones, sólo porque el ro

no quedó en grado de tentativa, ya que el Artículo 372 del Código Penal del Distrito, en su parte final dispone que en caso de robo, sin distinguir caso alguno de su consumación, se aplicarán las reglas de acumulación, cuando la violencia constituya otro delito. (74)

Por lo que se refiere al Robo de Frutos, pueden presentarse los dos tipos de concurso: se presentará el concurso ideal o formal cuando con la misma conducta realiza otros delitos, como pueden ser las lesiones, el homicidio, el daño en propiedad ajena; y, se dará el concurso real o material, cuando efectúe dos o más conductas independientes pero que integren en conjunto un solo delito de robo de frutos.

5.3 CONCURSO DE PERSONAS

La mayoría de los delitos requieren para su ejecución la conducta de un solo individuo, por excepción, como en el caso del adulterio se hace necesario una conducta plural, ahora bien, cuando sin requerirlo el tipo intervienen varios individuos, cooperan en la realización de un ilícito penal, se presenta la participación. Autor es el sujeto que produce la causa eficiente para la ejecución del delito, realiza una conducta física y psíquicamente determinante. Se denomina así al sujeto que comete el delito. (75)

PARTICIPACION

La participación criminal es una expresión de carácter eminentemente penal, que se plantea cuando hay pluralidad de sujetos activos, cuyas acciones infieren de alguna manera las acciones de los otros ante un resultado prohibido por la norma, y en la que se puede encontrar los que ayudan, cooperan, determinan, etc.; hay convergencia de las acciones de cada uno de ellos en torno a la producción de un resultado relevante para el derecho penal. La expresión "participación criminal" tiene un doble sentido: uno amplio y otro estricto. La participación criminal lato sensu, se refiere a todas y cada una de las formas de intervención personal en la realización de un hecho delictuoso; comprende, por tanto, las diversas formas que integran la autoría y la participación stricto sensu. En este sentido amplio, es equivalente a "concurrencia de personas en el delito", "codeinfluencia" o "coparticipación criminal", entrando en ella autores (coautores), instigadores y cómplices. Stricto sensu, en cambio, la participación comprende únicamente la instigación y la complicidad, es decir, aquellos intervinientes que no son autores. Dentro del concepto de participación criminal lato sensu, puede, a su vez, manejarse el criterio del autor único o el diferenciador, lo cual obedece a la idea de negar toda importancia a la distinción entre autores y partícipes en sentido estricto, equiparando a todos los que de alguna u otra manera intervienen en la realización del delito, sin tomar en cuenta la cantidad de su aportación o la capacidad con que intervienen, o bien, a la idea - - -

de aceptar la necesidad de distinción entre autores y partícipes. El primero de los criterios, admitido en alguna época, encuentra actualmente rechazo en la ciencia jurídica penal, - por los efectos que trae consigo, no obstante su comodidad - práctica; aceptándose, por tanto, el criterio de la diferen--
ciación. Conforme a este último, además, pueden seguirse di-
versos caminos para llegar a la distinción, con mayor o menor preponderancia de aspectos objetivos o subjetivos, dentro de los cuales puede manejarse un concepto extensivo o uno res- -
trictivo de autor. La necesidad de establecer diferencias en-
tre autoría y participación, se plantea solamente en los deli-
tos dolosos; en los delitos culposos, estructurados de modo -
diferente, la distinción no tiene ninguna significación: au-
tor de un delito culposo es todo aquel que, en la producción
de un resultado típico, interviene mediante una acción que -
viola un deber de cuidado conforme al ámbito de relación. -
Cuando se habla de participación en sentido estricto, que com-
prende únicamente la instigación y la complicidad, se está im-
plicando ya el manejo de un criterio diferenciador. La parti-
cipación criminal lato sensu, por otra parte, no presupone la
existencia de una conducta de otro o otros: es decir, de un -
hecho principal realizado por el o los autores, en cuya perpe-
tración tengan intervención, en calidad de partícipes, otras
personas, pues ella misma abarca también a la coautoría, que
es en principio autoría. Lo que hay es una intervención de
varios, ya sea como autores o partícipes, en la realización -
de un delito. En otras palabras, la participación criminal -

en sentido amplio, no encierra la idea de la dependencia respecto de un hecho principal, que es la conducta del autor, si no únicamente la concurrencia de personas en la realización del hecho punible, independientemente de la calidad en que cada uno lo hace. La participación stricto sensu, en cambio, - si implica la idea de dependencia: se participa en un hecho de otro, esto es, en un hecho ajeno; y se participa prestando una ayuda o cooperación (complicidad) o determinando a otro a la realización de un hecho (instigación). Esa realización - que existe entre la conducta del partícipe (instigador o cómplice) y la conducta del autor del hecho principal, es una - realización de accesoriadad, la cual varía según el concepto que se tenga de autor. Así, p. e., para la teoría del "dominio del hecho", el autor es aquel que tiene el dominio del hecho; el partícipe, en cambio, se caracteriza porque no la - tiene, sólo participa en el hecho del autor, ya sea determinando a éste a la realización del hecho o prestándole ayuda. De lo anterior se deriva que la participación criminal stricto - sensu, no constituye un tipo autónomo o independiente, sino -- una figura accesoría, un "concepto de referencia", como dice - Meurach, con cuya ayuda los partícipes en el delito, no auto--res por falta de dominio del acto, pueden ser sometidos, dentro de ciertos límites, a una pena; constituye, por eso, una causa de extensión de la punibilidad señalada al autor, basada en la realización del injusto por el autor. Por lo que hace - al criterio de la accesoriadad, conforme al cual la conducta - del partícipe es accesoría del injusto realizado por el o los

autores, ésta se ha planteado, en cuanto a su aspecto interno, de diferente manera, por lo que se refiere a los requisitos que deben concurrir en la conducta del autor, es decir, en el hecho principal, para fundamentar la punibilidad de la conducta del partícipe. Según algunos autores, la participación (instigación y complicidad) es accesoria de una conducta típica, antijurídica y culpable; es decir, de un delito técnicamente hablando, por lo que la culpabilidad del partícipe dependerá de la culpabilidad del autor (teoría de la accesoriidad extrema o máxima). Para otros, la conducta del partícipe es accesoria de una conducta típica y antijurídica del autor, sin requerir de la culpabilidad de éste; es decir, se participa en el injusto realizado por otro u otros; el fundamento de la punibilidad de la participación, por tanto, reside en que provoca la decisión a una acción antijurídica (contraria a derecho), o favorece su realización, no siendo necesario que el autor haya actuado culpablemente, concretándose aquí al principio de que "cada partícipe es punible según su propia culpabilidad sin consideración de la culpabilidad de otros" (teoría de la accesoriidad limitada). Finalmente, hay quienes opinan que para que se fundamente la punibilidad de la participación, basta con que la conducta del autor sea típica, por lo que, si el autor del hecho principal actúa amparado por una causa de justificación, el partícipe sí podrá ser merecedor de una pena (teoría de la accesoriidad mínima); esta opinión es muy poco sostenida en la doctrina. Junto a la concepción de que la participación en sentido estricto es

accesoria de un hecho principal, hay también quienes piensan que ella no tiene naturaleza accesoria, sino que constituye un tipo autónomo; es decir, que la instigación es un tipo autónomo y que al instigador se le sanciona por su propia conducta y no por la que realiza el autor. Se trata, pues, de una conducta con desvalor propio e independiente del desvalor de la conducta en la cual se participa; y que, por tanto, puede entrar en concurso con el o los delitos que se cometen o bien quedan con éstos en relación de exclusión por absorción; puede, igualmente, realizarse puniblemente en grado de tentativa y en ella; consiguientemente, puede admitirse otras formas de intervención igualmente punibles, etc. Esta concepción se encuentra en la actualidad desacreditada, en virtud de que conduce a una serie de consecuencias inaceptables. En relación a la ubicación sistemática del problema para el estudio, la participación criminal es un tema de la teoría del delito, dentro de la cual, a su vez, encuentra distinto tratamiento. La teoría tradicional del delito, considera a la participación criminal en sentido amplio, y consiguientemente también a la participación en sentido estricto, como una forma especial de aparición del delito, por tratarse de un caso de pluralidad de sujetos en la comisión de un hecho punible. Esto, en virtud de que en la doctrina jurídica penal tradicional, una vez que se ha planteado qué es el delito, también se plantea el problema de cómo y cuáles son las formas de aparición del mismo. Por lo que hace a la primera cuestión, la doctrina penal contemporánea ha dado diversas respuestas, sobre to-

Lo en cuanto a las características que estructuran el concepto de delito; así siguiendo la concepción estratificada del delito, que ha sido la más aceptada, el concepto de delito se integra de diversos estratos o niveles de análisis, cuyo número es variable según el criterio que se maneje, pero que, conforme a la opinión dominante, lo integran tres, de donde resulta el concepto de delito como conducta típica, antijurídica y culpable. En cuanto a la segunda pregunta, la doctrina tradicional responde que hay formas normales o comunes y formas especiales de aparición del delito, junto a la tentativa y al concurso, se encuentra la "participación criminal", por lo que, en el análisis de la tipicidad únicamente se estudia el problema del autor o sujeto activo, mientras que el problema de la autoría y participación, en que se ven los casos de coautoría, autoría mediata, instigación y complicidad, se estudia después de haber analizado los elementos del delito. Para la doctrina moderna no constituye una forma especial de aparición del delito, sino un problema que se plantea a nivel de la teoría del injusto, por tratarse éste precisamente de un injusto personal, y que es donde se concentra el problema de los sujetos que intervienen en su realización y donde se plantea la delimitación del autor respecto del partícipe. El CP de 1931, hasta antes de las reformas planteadas en diciembre de 1983, se refiere a la participación criminal lato sensu en el c. III del tit. primero, utilizando la expresión "personas responsables de los delitos", con la que se abarca o, por lo menos, eso trata de hacer, las distintas formas de interven--

ción en la realización de un hecho delictivo: coautoría, autoría mediata, instigación y complicidad, pero sin aclarar - quiénes son autores y quiénes partícipes, dando a todos un trato igual en cuanto a la punibilidad. Es decir, en nuestra legislación se sigue el criterio de la participación criminal, conforme al cual personas distintas a las consideradas en cada uno de los tipos penales de la parte especial - del CP, es decir, a los autores, pueden ser considerados - igualmente responsables si tienen alguna intervención, cualquiera que sea, en la realización del hecho punible, aún - cuando su actividad no se traduzca en la concretación por lo menos parcial de la acción descrita en el tipo, es decir, -- aún cuando la actividad desplegada por ellos no caiga dentro del marco de la tipicidad, lo cual resulta de la regulación contenida en la parte general del CP (a. 13), dándose lugar a los distintos conceptos de "autor", según el criterio que se maneje. Dado lo defectuoso de su redacción, que dificulta - una correcta delimitación de estas distintas formas, el Código ha sido en este aspecto objeto de múltiples críticas por la doctrina y de diversos intentos de reforma. En efecto, - de la interpretación que se ha hecho de las frs. II y III del a. 13 del CP, se ha tratado de derivar las figuras de la instigación (o inducción) y de la complicidad, respectivamente, - que conforman la participación en sentido estricto, aunque no hay un manejo adecuado de los conceptos, pues, por un lado, - se parte de una distinción principal entre autor material y autor intelectual, comprendiendo en éste último, tantos casos

de la fr. I como de la fr. II del mencionado a. 13 y, por otro, se utilizan las voces o expresiones "codelinuencia", "coparticipación criminal", etc., sin un preciso contenido y una clara distinción de las cosas. La regulación contenida en el CP de 1931, es adoptada por la casi generalidad de Códigos de los estados de la República, por lo que son objeto de las mismas consideraciones. Modernos Códigos y proyectos penales mexicanos adoptan un sistema diferente, más técnico y más preciso, utilizan la expresión "autoría y participación" para referirse a este problema, procurando, a su vez, distinguir con mayor precisión las figuras de los autores, instigadores y cómplices, conforme a la naturaleza que a cada una corresponde, según el criterio de la delimitación más conveniente que se adopte. Así tenemos, p. e., los Códigos de los estados de Guanajuato (1978) y de Veracruz (1980), lo mismo que el CFF (1983), que adoptan una nomenclatura diferente: en lugar de "persona responsable de los delitos", hablan de "autoría y participación" y en el contenido del artículo respectivo que lo regula, se hace una mayor precisión distintiva. Este mismo criterio se plantea en las reformas al CP de diciembre de 1983, aprobadas por el Congreso de la Unión y publicadas en el DO de 13 de enero de 1984. En efecto, el a. 13 reformado establece ahora: "Son responsables de delito: I. los que acuerden o preparen su realización; II. los que lo realicen por sí; III. los que lo realicen conjuntamente; IV. los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. los que determinen intencionalmente a otros a cometerlo; VI. los que in-

tencialmente presten ayuda o auxilios a otro para su comisión; VII. los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y VIII. los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado". Con la nueva regulación, es palpable la mayor claridad y la posibilidad de una mejor interpretación; la jurisprudencia podrá ahora, siguiendo los criterios adecuados, sin dificultad determinar quién es autor y quién partícipe; la ciencia del derecho penal encuentra ahora un campo fértil, para desarrollarse provechosamente. Conforme a la regulación señalada, podría decirse que, en cierta medida, la legislación penal mexicana mantiene un criterio mixto respecto de la naturaleza jurídica de la participación (instigador y complicidad) se encuentra sistematizada en principio en la parte general del CP y es aplicable, por tanto, al conjunto de los delitos de la parte especial, pero sin dejar de considerar, excepcionalmente, hipótesis particulares que requieren otros términos de solución legal. Es decir, por lo que se refiere a la participación criminal en sentido estricto, ella posee en nuestra legislación, en principio, naturaleza accesoria y no constituye un tipo autónomo, además de ser una causa de extensión de la punibilidad, sin embargo, excepcionalmente, la instigación a la complicidad, que es la participación en el hecho de otro, aparecen como tipos independientes en los que la sola inducción o la prestación de ayuda o auxilio, se traduce en la realización típica. Por lo que hace a la punibilidad de la par-

ticipación, es decir, a la punibilidad que corresponde a quienes no son autores, el CP no hace distinción, debiéndose entender que la misma punibilidad señalada al autor en cada uno de los tipos de la parte especial es aplicable a los demás intervinientes en la comisión del hecho punible, sean coautores, instigadores, o cómplices, hayan o no dado una promesa anterior. El Código Penal de Guanajuato, sin embargo, siguiendo un criterio diferente a este respecto, sí establece, por ejemplo, una sanción menor para el cómplice (a. 22, pf. tercero), en virtud de considerarse que "la contribución causal del cómplice es menor también", el Código de Guanajuato tiene también el mérito de señalar expresamente el principio de que "cada participante será penado conforme a su culpabilidad" (a. 23), - además de que esclarece el problema de la comunicabilidad de las circunstancias en la participación. (76)

AUTORIA

En lo criminal, autor, según el Diccionario de la Lengua Española, que en este caso sigue lo establecido por el código penal español, es la persona que comete el delito, o fuerza o induce directamente a otras a ejecutarlo, o coopera a la ejecución por un acto sin el cual no se habría ejecutado. Cuando en la realización de un hecho delictivo hay una concurrencia de varias personas, cabe distinguir siempre entre las que son autores y otras que participan en el mismo, pero que son autores. A esa concurrencia de personas en el mismo delito, se les llama "participación criminal" (lato sensu), -

que abarca a quienes son autores y a quienes son cómplices e investigadores o inductores (participación stricto sensu), - que dan origen a las formas de: autoría, complicidad e instigación, respectivamente. El problema de la concurrencia de - personas no es propio del derecho penal, sino de cualquier -- hacer cotidiano. Así, con frecuencia se dice que Fulano es autor de tal cosa, que Mengano es autor de tal otra, que Pe-- rengano cooperó con Fulano en tal cosa y que, Fulano indujo a Mengano a hacer tal otra. Los conceptos de autor, cómplice e instigador, por tanto, son tomados en la vida cotidiana de la realidad. El concepto de autor de una conducta de escribir - una carta amorosa no se distingue fundamentalmente del concep- to de autor en una conducta de escribir una carta injuriosa. Conviene, pues, distinguir quiénes intervienen como autores y quiénes como partícipes en la realización de un determinado - hecho, en este caso de un hecho delictivo. Son diversos los criterios que se han desarrollado en la doctrina penal al res- pecto. Hay opiniones en el sentido de negar toda importancia a la distinción entre autores y partícipes, pues considera a todos autores, parten del criterio de la causalidad y sostiene la teoría del "autor único", al considerar autores a todos los que de alguna manera concurren en el delito, pero que son rechazadas por la mayoría de la doctrina actual, el rechazo - se plantea tanto desde el punto de vista político criminal, - como desde el dogmático: es un criterio que, además de am- pliar el ámbito del injusto y de la culpabilidad, conduce a - ciertas injusticias, en virtud de tratar igual a todos, no -

obstante que no todos tuvieron la misma intervención; por otra parte choca con los diversos conceptos y contenidos -- conceptuales de la estructura dogmática del delito. Más aceptación tiene la concepción "diferenciadora" de autor, -- conforme a la cual, tanto en la ley como en la jurisprudencia y en la doctrina, deben hacerse las distinciones de todas aquellas personas que intervienen en la realización del hecho, tomando en consideración la forma y el alcance de su intervención, algunos siguiendo una dirección puramente objetiva, otros una puramente subjetiva y otros que abarcan ambos aspectos. De acuerdo con esto, se distinguirán los que realmente son autores de los que sólo son partícipes. En los criterios diferenciadores, a su vez, se encontrará -- un concepto amplio o extensivo del autor y un concepto restringido; el primero es más propio de los criterios extremos (objetivo o subjetivo). Un primer criterio eminentemente objetivo es el "formal - objetivo", que parte de la consideración de la acción descrita en el tipo para determinar quién es autor y, conforme a él, autor es el que realiza o ejecuta la acción descrita en el tipo y, cómplice el que, o bien sólo prepara, o bien ayuda en el momento de la realización del delito sin llevar a cabo un acto ejecutivo. Este criterio encuentra una primera crítica frente al problema de la llamada "autoría mediata", en aquellos casos en que el tipo requiere que el sujeto ejecute "en persona" la acción descrita, además, porque en tratándose de la coautoría sólo -- abarca a aquéllos que, por lo menos, realizan una parte del

tipo. Ante las objeciones a la teoría formal, se elaboró otra como correctivo que es la teoría "material - objetiva", que se orientó hacia la causalidad; según ella, el autor es la causa, el cómplice la condición del resultado típico (Fauerhach, Finger, Bar. Binding, etc.). El punto de partida de esta teoría lo constituyen, por lo general, las doctrinas individualizantes de la causalidad, que estima que, entre las distintas fuerzas que han contribuido al resultado, se puede distinguir entre causa y condiciones; pero, al aplicar criterios de las ciencias naturales, la postura resulta inadmisibles; además, cuando se hace valer la teoría de la equivalencia de las condiciones esa distinción ya no es posible, cayendo a un concepto extensivo de autor. Ante el fracaso de este criterio, surge otro, ahora puramente subjetivo, para encontrar dicha distinción, y que, al explicar sin contradicciones el problema de la autoría mediata, tuvo gran aceptación en la jurisprudencia alemana. Esta nueva concepción parte de la teoría causal de la condición, y en base a ella, niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y del cómplice; que la distinción ha de hallarse en el terreno subjetivo, en la actitud interna de los intervinientes. Según ella, autor es el que actúa con animus auctoris y quiere el hecho como propio, y partícipe el que actúa con animus socii y quiere el hecho como de otro; pero para saber cuando se quiere el hecho como propio, se echa mano de un correctivo, el criterio del interés, de donde autor es el que tiene interés en el hecho y partícipe el que no lo tiene. Por las consecuencias a que conduce la aplicación de este cri-

torio, resulta insostenible. Con el desarrollo de la dogmática jurídicopenal, sobre todo a partir de la aparición de la teoría de la acción finalista, surge también una propia concepción para delimitar autoría y participación stricto sensu; tal es el criterio final objetivo o del dominio del hecho, conforme al cual autor es el que tiene el dominio del hecho, es decir, de la conducta descrita en el tipo, y, participe el que determina dolosamente a otro (autor) a la comisión de un injusto doloso (instigador), o le presta ayuda o auxilio en la comisión del injusto doloso (cómplice), pero que no tiene dominio del hecho. El dominio del hecho lo tiene quien retiene en sus manos el curso, el "si" y el "cómo" del hecho, pudiendo decidir preponderantemente a su respecto (Zaffaroni, - Manual, p. 46). La teoría del dominio del hecho, que se funda tanto en aspectos objetivos como subjetivos, viene a subsanar en gran medida los problemas que no resuelven los criterios anteriores y está acorde a los avances más recientes de la ciencia jurídicopenal. Pero se trata de un criterio que se plantea fundamentalmente en el ámbito de los delitos dolosos, ya que es en ellos donde se presenta el problema de delimitación entre autores y partícipes. Para ser autor, en la generalidad de los casos se requerirá esta característica: tener el dominio del hecho, pero hay tipos penales que, además exigen ciertas calidades para ser autor, en tales casos tendrá que darse dicha calidad, como ser "funcionario" por ejemplo, o que en el sujeto tenga que concurrir un especial elemento subjetivo diverso al dolo (ánimo, propósito, etc.), en

cuyo caso también debe darse. En tratándose de los delitos -culposos no se plantea el problema de delimitación, porque no interesa saber quién tiene el dominio del hecho y quién no lo tiene; sólo hay autores o coautores. Autor, en un delito culposo, es aquél que produce un resultado típico mediante la realización de una conducta violatoria de un deber de cuidado.

La autoría, sobre todo en el sentido de la teoría final - objetiva, puede revestir diversas "formas" a saber: la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría. Es decir, en la realización de la conducta típica, ésta puede llevarse a cabo en forma personal y directa por el sujeto que tiene en sus manos el curso del devenir central del hecho, pero también puede suceder que éste la haga valiéndose de alguien que no comete injusto sino que actúa como mero instrumento, o bien hacerla conjuntamente con otros que también tienen el dominio del hecho, es decir, que también son autores. Respecto del "autor directo", según lo anterior, no hay ya mayor problema; es aquel que tiene el poder de dirección sobre la configuración del hecho y es a quien en principio se refieren las reflexiones: "al que", "el que", "a los que", "a todo el que", etc., utilizadas en los diversos tipos penales de la parte especial del CP, ya que no hay injusto sin autor. El "autor mediato" es el que para la realización del injusto se vale de otra persona que actúa como mero instrumento, ya sea porque actúa sin dolo, atípicamente o justificadamente, o incluso inculpablemente. En relación a los casos de inculpabilidad, la solución doctrinaria varía para los efectos de determinar si hay

autoría mediata o instigación. El "coautor" es aquél que teniendo las calidades de autor, posee el condominio del hecho; es decir, en la coautoría cada uno de los que llevan a cabo - el hecho típico conjuntamente son "autores". En el derecho penal mexicano, el CP se refiere al problema de la concurrencia de personas en la realización de un delito en el a. 13; - pero en éste no se encuentra recogida la figura del autor en sentido estricto, de suerte que permita halla allí la posibilidad de delimitar de las formas de participación; complicidad e instigación. Pero, si bien el CP no define en su parte general (a. 13) al autor, es obvio que se refiere a él, sobre todo en el catálogo de delitos de la parte especial ya que, según se ha dicho, no hay injusto penal sin autor, el concepto - de éste, por tanto, sin duda es tal como se da en la realidad. Partiendo de la consideración de los hechos tal como se dan en la realidad, autores de algo son los que intervienen en su "concepción" —como podría pensarse, según la fr. I del a. 13 del CP— si la concepción no se traduce en actos externos que den origen a algo; en todo caso serán autores de la concepción, pero ésta por sí sola es irrelevante, sobre todo para el derecho penal. Autores de la "preparación" de un delito, también es aceptable; pero si los hechos no quedan en esta etapa y no llegan a la ejecución del delito, tampoco son, en principio, relevantes para el derecho penal; de manera que autores de un hecho delictivo no lo serán a este nivel y, en consecuencia, "responsables" del mismo tampoco, a menos que la intervención en esta etapa se traduzca en una ayuda o auxilio que,

en tal caso, sería complicidad más no autoría. Por tanto, del autor o autores de un delito sólo podrá hablarse cuando el o los que intervienen lo hacen en el nivel de la "ejecución" del mismo, independientemente de que también lo hagan en etapas anteriores, lo que se deduce con apoyo de lo que se establece en los tipos de la parte especial. Pero no basta decir que "intervienen" en la ejecución para afirmar que son autores del delito, ya que también el cómplice puede intervenir en esta etapa. Es aquí, precisamente, donde se plantea la necesidad de aplicar los criterios de delimitación arriba mencionados. Del criterio que se acepte derivarán, además, las nociones de coautor y autor mediato, pero sobre todo de cómplice e instigador. La jurisprudencia mexicana, así como la doctrina, es bastante imprecisa a este respecto, lo que en mucho obedece a la impresión u obscuridad de la ley. Un avance legislativo muy considerable, se manifiesta en el Código Penal del Estado de Guanajuato (1977), que en su a. 20 define lo que es autor en sentido estricto. Algo semejante se muestra en el Código Penal para el Estado de Veracruz, de 1980 (a. 28) y en el nuevo Código Fiscal de la Federación, de 1982 (a. 95). (76)

A veces la naturaleza misma de determinados delitos requiere pluralidad de sujetos, como en el adulterio, en donde la intervención de dos personas es una condición indispensable, para la configuración del tipo. En la mayoría de los casos, el delito es el resultado de la actividad de un individuo; sin embargo, en la práctica dos o más hombres conjuntamente realizan un mismo delito; es entonces cuando se habla de la partici

pación. El homicidio v. gr., es siempre unisubjetivo porque de acuerdo con el a. 302 del CP, basta sólo un agente para su realización, con independencia de que, en ocasiones, se ejecute por una pluralidad de individuos. En los delitos unisubjetivos por naturaleza, es doble, como ha quedado asentado, la concurrencia de varios agentes y sólo entonces se habla de participación o concurso eventual de personas en la comisión del ilícito penal; así, haciendo referencia al mismo delito de homicidio, si diversos individuos intervienen, tanto en la planeación cuanto en su ejecución y toca a cada uno distinta actividad dentro del mismo propósito concebido, sus conductas, convergentes a la producción del resultado de muerte, configuran el concurso eventual o participación. (78)

A veces el delito no es obra de una sola persona, varias suman sus fuerzas para realizarlo participando en él. La actividad delincuente se sirve a veces de los mismos medios que la actividad honesta, y por ello a veces la codeinfluencia se asemeja a una empresa industrial (Manzini). De aquí los problemas de participación, tanto más importante cuanto que los más graves delitos se cometen con pluralidad de sujetos activos, esto es en sociedades sceleris, y tal es la tendencia de la criminalidad en la vida moderna. (79)

La participación es tan antigua como el delito; las más viejas legislaciones la aceptaron. Así como se reconoce que el hombre, con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios --

hombres, con sus actividades, pueden infringir una sola norma. En el primer caso hay pluralidad de delitos; en el segundo, - unidad en el delito con concurso de sujetos. (80)

5.3.1 AUTOR INTELECTUAL

Es el sujeto que aporta elementos anímicos, psíquicos, morales para que tenga verificativo el delito. (75)

Partícipe en concepto de autor intelectual, por inducir directamente a alguno o por compelerlo a cometerlo. (81)

El que induce o compele a otro a cometer el delito. (82)

5.3.2 AUTOR MATERIAL

La persona que realice una actividad física, corpórea, para la realización del hecho típico, tal actividad se lleva a cabo en la fase ejecutiva del delito. (75)

Por tomar parte en la ejecución del delito. (81)

Es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la Ley. (82)

5.3.3 COAUTORES

Los sujetos que en conjunto ejecutan el ilícito penal. (83)

COAUTOR DEL DELITO

En su acepción gramatical, coautor significa autor con otro u - otros. Es decir, el coautor es también un autor que comparte o divide con otro una misma tarea. Para el derecho penal, coautor es aquél que conjuntamente con otro u otros lleva a cabo la

realización de un delito, en forma tal que cada uno de ellos, aisladamente, ejecuta la conducta típica en su totalidad y ambos reúnen los requisitos típicos necesarios para ser autores. Son coautores de homicidio los tres individuos que se combinan para matar a un tercero, si mientras dos de ellos le reducen y le mantienen indefenso, el otro le apuñala. Para la conceptuación del coautor, es necesario tener en cuenta el concepto de autor. Ello nos lleva inmediatamente a considerar las diversas concepciones que se han elaborado por la doctrina jurídica penal en torno a la delimitación entre autor y partícipe. En primer lugar esta teoría formalobjetiva, que es una de las más antiguas y la que más aceptación ha tenido en la doctrina, sostenida, entre otros, por A. Merkel, Belling, Liszt, Sauer, Mezger. Según ella, coautoría es conjunta "ejecución" de acciones que pertenecen al núcleo del tipo; en tanto que la complicidad es realización de una acción preparatoria o de una acción accesoria para la acción ejecutiva de otro sujeto (Belling), coautor es, por eso, el que realiza una ejecución ejecutiva y cómplice el que lleva a cabo una acción preparatoria o colabora durante la ejecución del delito, pero con una actividad meramente auxiliadora. La teoría subjetiva, por otra parte, trata de fundar la situación en el ánimo, en que el autor "quiere el hecho como propio" (animus auctoris) mientras que el partícipe stricto sensu "lo quiere como ajeno" (animus socii) o, en otras palabras y con cierto correctivo, autor es el que tiene "interés" en el hecho y partícipe quien no lo tiene, de donde, coautor es aquél que interviene con otro u otros en la realiza

ción del hecho y lo quiere como suyo o tiene interés en el mismo. Tanto la teoría formalobjetiva como la subjetiva han sido bastante criticadas por la doctrina: la primera, por dejar fuera del concepto de autor (y coautor) a quienes evidentemente lo eran y, además, por no dar una explicación satisfactoria a la llamada "autoría mediata"; la segunda, por considerar autores (coautores) a quienes realmente no lo son y, en fin, por ser técnicamente incorrecta. Ante el fracaso de esas dos teorías extremas (objetiva y subjetiva), aparece la teoría penal objetiva o del "dominio del hecho", que se finca en la finalidad, como una solución que aparta la teoría de la acción finalista. Para ella, coautor es aquél que, teniendo la calidad de autor posee el condominio del hecho. Todo coautor es, por tanto, autor, en él deben concurrir en primer lugar, la característica general que es el "dominio del hecho", y, en segundo, ciertas características especiales —que el tipo penal puede requerir para el autor—, que pueden ser objetivas (cierta calidad en él), por ejemplo ser funcionario o empleado público, o subjetivas (ánimo, deseo, propósito, etc., por ejemplo, ánimo de lucro, deseo erótico). Los que no reúnen tales características, entonces, no serán autores. Es aquí donde se encuentra en punto distintivo entre autor (coautor) y partícipe (cómplice e instigador). El CP, al no recoger, la figura del autor estricto sensu en su parte general, dificulta también a la doctrina y a la jurisprudencia para la formulación del concepto de autor y, consiguientemente, de coautor. De los tipos de la parte especial es de donde se deriva que el autor es el que ejecuta la acción descrita en el tipo: el coautor, por tanto,

será el que conjuntamente con otro, que también es autor, ejecuta la acción típica. (81)

Al igual que el autor, es quien realiza la actividad, conjuntamente con otro u otros, descrita en la ley. Indebidamente, se habla de coautor pues éste, en rigor técnico; es un autor. Por ello Saver define la actividad de los coautores como "la ejecución común consciente". (La coautoría es autoría cuya participación — dice SAVER— consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien, estando en posesión de las condiciones personales de autor, y participando de la decisión común del hecho, sobre la base de ella, — coparticipa en la ejecución del delito. La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Todo coautor — completa con su parte del hecho las partes del hecho de los demás en un total delictuoso; por eso responden también por el total). (82)

5.3.4 AUTOR MEDIATO

Sebastián Soler, entre otros, habla de autores mediatos para señalar a aquéllos que siendo plenamente imputables, se valen para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad. El autor mediato no delinque con otro, sino por medio de otro que adquiere el carácter de mero instrumento. (85)

Cuando el autor se vale de un medio penalmente inerte para ejecutar el delito se convierte en autor mediato: quod quis -- per alium facit, per se ipsum facere videtur; luego es responsa

ble como autor. El medio que opera como instrumento no debe ser una persona a su vez inculpada ni dolosa ni culpablemente, por el delito ejecutado, pues de lo contrario sería la inducción o instigación por la cual se hace que otro, plenamente responsable, ejecute el hecho en que consistió el delito. (86)

Se denomina tal al que para realizar el delito se vale, como ejecutor material, de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser inimputable. (Soler, para distinguir la autoría mediata de la instigación, propone llamar a la primera impulsión, y comprende como casos de autoría mediata: a) La violencia (vis absoluta), en la cual la calidad de autor se desplaza hacia quien la ejerció; b) La coacción, ya que en ella aunque puede haber imputación de la acción del autor inmediato no habrá lugar a la imputación del delito, respecto al cual debe responder el autor mediato; c) El error, pues en tal supuesto el autor inmediato ignora las circunstancias de hecho en que actúa, así como su índole antijurídica; d) Acciones de inimputables, ya que en estos casos el resultado de la acción del incapaz se pone a cargo del autor mediato por ser aquél un simple instrumento de que éste se vale para cometer el delito). (82)

5.3.5 COMPLICES

Auxiliares, sujetos que realizan una actividad indirecta, pero útil para la comisión del delito. (83)

COMPLICIDAD

Calidad de cómplice. Cómplice, del latín complexicis; participante o asociado en crimen imputable a dos o más personas. La complicidad es un instituto jurídico que se ubica en la teoría de la participación criminal lato sensu. La complicidad es una forma de participación criminal stricto sensu, -- que presupone la conducta de otra u otras personas que no -- son cómplices sino autores, coautores o instigadores. Cómplice, en un sentido más técnico, es el que presta auxilio o coopera dolosamente en el injusto doloso de otro. El cómplice es un partícipe, en sentido estricto y, en tal virtud no tiene el dominio del hecho al que ayuda o coepra; quien lo tiene es el autor. La conducta del partícipe (cómplice o -- instigador) es, por eso, accesoria del injusto realizado por otro u otros. Como antecedentes legislativos del criterio -- de la accesoriidad, que se inserta en la naturaleza de la acción del cómplice, se menciona el Código penal prusiano de -- 1851, que contrapone el concepto de autor --que es el que -- realmente causa-- al de cómplice -- que pone una simple condición que el proceso dinámico causal de aquél-- . A partir de ahí, se desarrolla la teoría llamada "materialobjetivo de la causalidad", para explicar la delimitación entre autoría y complicidad que, por influencia de von Buri sostiene la relevancia causal de todas las condiciones (teoría de la equivalencia de las condiciones), pero que, en virtud de la dificultad para distinguir causa y condición y, por tanto, autor y cómplice, condujo a aceptar criterios eminentemente subje-

tivos en torno a los animus intervinientes (animus auctoris y animus socii), con lo que la conducta del cómplice es accesoria de la del autor. El criterio del Código prusiano, que fue adoptado posteriormente por el Código penal italiano (a. 119), no permite determinar una accesoriidad de la motividad del cómplice y, en cierto modo, elimina el requerimiento siempre más ajustado a una concepción valorativa del delito, que pretende recabar de cada sujeto un examen propio e individual de culpabilidad. Aunque el cómplice no realiza la acción típica por sí, sino que ayuda a otro u otros a su realización, es conveniente tomar en cuenta las circunstancias de hecho (agravantes o atenuantes), las calidades especiales, vínculos personales, etc., respecto de varios participantes entre sí, así como los elementos subjetivos que integran el tipo. La teoría de la accesoriidad de la complicidad (y de la instigación), desde su aparición se ha sostenido por la doctrina de diferente manera, con un mayor o un menor número de requisitos en el hecho principal del autor. Así se tiene, por una parte, la teoría de la accesoriidad extrema, conforme a la cual la participación stricto sensu (complicidad e instigación) es accesoria de una conducta típica, antijurídica y culpable; es decir, de un "delito". Por otra, la teoría de la accesoriidad limitada, según la cual la participación es accesoria de una conducta típica y antijurídica, es decir, de un "injusto", sin requerir de la culpabilidad; y, finalmente, la teoría de la accesoriidad mínima, para la que la participación es accesoria de una conducta típica. Si la pu

nición del cómplice (o instigador) se basa en la "culpabilidad del autor", entonces se manejará la teoría de la accesoriadad extrema; si, en cambio, la culpabilidad del partícipe no depende de la culpabilidad del autor, podrá entonces manejarse una teoría limitada o incluso una mínima de la accesoriadad. Pero todo ello dependerá de las regulaciones contenidas en el CP, así como de la concepción que se tenga respecto de la estructura del concepto de delito y de la ubicación sistemática que se le den a ciertos componentes, como por ejemplo, el dolo. La opinión aceptada es la de la accesoriadad limitada. Hay por supuesto, autores que niegan que la complicidad (como la instigación) tenga naturaleza accesoria, y afirman que se trata de un tipo independiente, es decir, de una "autoría de participación", de una conducta con desvalor propio e independiente del desvalor de la conducta en que se participe, que puede entrar en concurso con el o los delitos que se cometen o bien queda con éstos en relación de exclusión por absorción; pero se trata de una concepción doctrinariamente desacreditada, por las consecuencias inaceptables a que conduce. Tomando en consideración las fórmulas normativas respecto de la naturaleza jurídica de la complicidad, puede decirse que el CP mexicano adopta un criterio mixto, ya que si bien la complicidad está sistematizada en la parte general (a. 13, fr. III), y es aplicable, por ende, al conjunto total de los delitos de la parte especial, no dejan de salir al encuentro hipótesis particulares que requieren otros términos de solución legal, así tenemos, por ejemplo,

el tipo del a. 317 CP que reprime al que "preste auxilio" a otro para que se suicide, que se corresponde al criterio - que considera a la complicidad como tipo independiente; lo propio podría decirse respecto de la evasión de presos para el que "favorezca" la evasión de otro (a.150), o el que - - "aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento", para la ejecución de alguno de los delitos contra la salud (a.197, frs. III y IV), entre otros. Por lo que respecta al problema - de la accesoriidad, el CP contiene diversas disposiciones, - que hacen suponer que no es la teoría de la accesoriidad extrema la que se acepta: así por ejemplo, los aa. 13, 52 y 53. El CP de Guanajuato, de 1977, es claro en este caso al establecer que "cada partícipe será penado conforme a su culpabilidad" (a. 23). Para que haya complicidad es necesario que exista un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica de otro pues quien coopera con una conducta justificada de otro, quien coopera en una conducta atípica de otro, o quien coopera en los movimientos de otro que no realiza conducta, no puede ser cómplice. Por otra parte, ese injusto - debe ser injusto doloso, esto es, la complicidad (como la - instigación) sólo se plantea en los delitos dolosos, ya que la ayuda o auxilio debe ser doloso en el injusto doloso de otro, con lo que se excluye la participación (complicidad o instigación) en un injusto culposo. Esta concepción que, si bien no resulta clara en el CP, si en cambio lo es en el CP de Guanajuato, que en su a. 22 establece: "Es cómplice el que -

colosamente presta ayuda a otro para la comisión dolosa de un delito". En idéntico sentido el CP de Veracruz, de 1960, (a. 19, fr. VI). El hecho principal en el que se participa, o del que es accesoria la complicidad, debe, además, hallarse por lo menos en la etapa ejecutiva, para que la participación sea punible; por lo que una participación a nivel de concepción o de los actos preparatorios (a. 13, fr. I, CP) no será punible si el hecho principal no llega, por lo menos, a la etapa de la tentativa. La complicidad se distingue de la autoría (o coautoría) en virtud de que en aquélla el cómplice no tiene el dominio del hecho, es decir, no tiene la posibilidad de controlar la configuración del hecho, como sucede con el autor (o coautor). La jurisprudencia mexicana no es clara a este respecto ya que indistintamente, se habla del "coautor" y "cómplice": véase por ejemplo: amparo directo 5731/1961, José Luis González. SJF, 1a. Sala, sexta época, vol. LVII, segunda parte, p. 14. La cooperación en la complicidad se distingue de la cooperación en el encubrimiento, en que en éste ella es posterior a la ejecución del delito y, además no es una forma de participación en el delito, sino en tipo independiente en los casos concretos, sin embargo, con frecuencia se presentan dificultades de distinción. Una modalidad sui generis de la complicidad y, en cierto modo, una parcial derogación de su dogmática, es la que en la terminología moderna se denomina complicidad correlativa. Fue ideada, según se dice, por la jurisprudencia napolitana a comienzos del pasado siglo para resolver

un caso dudoso en que dos individuos habian asesinado a un -
tercero, sin poderse precisamente determinar quién de ellos
hubiera asestado el golpe mortal. En todo caso, ha sido en
la ciencia penal italiana en la que el concepto ha logrado -
mayor desarrollo y más completa bibliografía. En la legisla
ción penal mexicana, esta figura ha adquirido ya carta de na
turalización; en el CP y en los códigos penales de los esta
dos de la República que siguen su ordenación, la complicidad
correspectiva sólo vale para determinados delitos en particu
lar, como son homicidio y lesiones (aa. 296, fr. II y 309).
En el CP de Guanajuato, en cambio, la fórmula de la complici
dad correspectiva es aplicable a todo tipo de delitos y de -
ahí que se le considere un tema de la parte general del dere
cho penal, encuadrable en la teoría de la participación (a.
17). (87)

Cuando al delincuente principal lo ayudan o socorren otros -
mediante previo acuerdo, éstos son cómplices. El cómplice -
ha de ser un sujeto plenamente responsable y no inductor, -
pues en este caso sería coautor. (86)

Consiste en el auxilio prestado a sabiendas, para la ejecu
ción del delito, pudiendo consistir en un acto o en un cons
jo. De ello se infiere que la complicidad exige, en el as
pecto subjetivo, un doble elemento: a) Un auxilio al delito
y, b) La ejecución del delito por otro. Con razón VILLALLO--
BOS afirma que tal auxilio puede prestarse "desde que se ini
cia la secuela criminal hasta que finaliza" y tiene como re-

quisitos su eficacia dentro de la ejecución total y su naturaleza secundaria y sustituible en abstracto. En tal virtud, a quien realiza la acción secundaria se le denomina cómplice, debiéndose distinguir, con relación a él, la complicidad moral y la material. La primera consiste en instruir o alentar al autor sobre la forma de realizar la ejecución del delito o de facilitar su impunidad, mientras la segunda consiste en facilitar los medios materiales para la ejecución del mismo. JIMENEZ DE ASUA define objetivamente al cómplice estimo "es el que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la comisión del delito". (88)

5.3.6 ENCUBRIDORES

El delito de encubrimiento, previsto y sancionado en el a. 400 del CP, es un delito específico y no debe confundirse con la participación en grado de complicidad a que alude la fr. IV del a. 13 del mismo ordenamiento, en la cual se hace referencia a un auxilio que debe ser concertado previamente a la ejecución del delito, en tanto que en el encubrimiento el auxilio o cooperación debe ser por acuerdo posterior a la realización del delito, según el texto del citado a. 400 del Código punitivo. (89)

Dentro de nuestra legislación penal, el encubrimientoso encuadra tanto como forma de participación (a. 13, fr. VII), cuanto como delito autónomo (a. 400). Si se considera a la participación como la vinculación de los sujetos que intervienen en la preparación o ejecución del delito, evidentemente no -

puede ser considerado el encubrimiento como una forma de - - aquélla, salvo el caso excepcional de que la acción posterior al delito haya sido acordada previamente. Sobre esta importante cuestión, Fernández Doblado expresa: "Como consecuencia lógica de vincular el concurso de personas en el delito con la teoría de la causalidad, se excluyó de aquélla toda - forma de intervención que no tuviera influjo causal en el re sultado, es decir, que no hubiera puesto una condición anterior a éste; si bien entre los modos de concurrencia criminal se admiten junto con los anteriores y concomitante, a -- los posteriores; en este último caso, éstos deben estar liga dos al delito en relación de causa a efecto, como sucede con la promesa anterior, que ya hemos examinado al referirnos a la participación. Fuera de estos casos la figura de los cóm plices posteriores resultaría tan contradictoria como la de la causa posterior al efecto". La reforma penal de 1983, pu blicada en enero del año siguiente, reelaboró el a. 13 del - ordenamiento represivo. El texto original establecía como - forma de participación, auxiliar a los delinquentes después de efectuar su acción delictuosa. Como por otra parte, el - a. 400 sanciona el encubrimiento, fue necesario armonizar am bos preceptos, y concluir en el sentido de que el encubri- - miento de la fr. IV del anterior a. 13 (forma de participa- - ción), sólo operaba en los casos de concierto previo a la eje - cución; de lo contrario, el sujeto únicamente podía ser sancionado como encubridor, en términos del a. 400. Ahora, la mencionada reforma, claramente establece en la nueva fr. VII

del a. 13. que es partícipe quien, ya cometido el delito, auxilia a quien lo ejecutó, pero en cumplimiento de una promesa anterior. (90)

El encubrimiento consiste en la realización de una acción posterior a la ejecución del delito y en favor del delincuente, sin acuerdo previo a la ejecución del delito mismo. En las legislaciones clásicas más perfectas es considerado el encubrimiento como un delito especial, no como un grado de la participación, por lo mismo que la causa debe preceder siempre al efecto, como ya dijo Passina. (91)

La aplicación del principio de la causalidad, base de toda construcción jurídica de la participación, en la forma restringida en que lo hemos adoptado, excluye al encubrimiento, pues el concurso de sujetos implica intervención en la producción del delito, sea en forma directa o indirecta. De ahí que el encubrimiento se construya como una figura autónoma en el cuadro de los delitos de los códigos. Cuando nos referimos a las formas de participación, según el tiempo, precisamos que ésta puede ser anterior, concomitante o posterior. Respecto a la última (posterior), sólo puede surgir cuando el acto del partícipe se encuentra necesariamente ligado a la ejecución del propio delito, de tal manera que integra -- condición causal del mismo, siendo ésta la razón para excluir los actos posteriores al delito que no hayan constituido un factor en su realización. Lo anterior nos lleva a precisar la existencia de una forma de participación posterior al de-

lito, de complicidad a él, consistente en la cooperación con posterioridad a su ejecución, cuando la acción del partícipe ha constituido, en razón del acuerdo previo, un factor determinante en su ejecución y por ello condición causal del mismo. Como ya CARRARA precisaba, en tales situaciones no surge la calidad de cómplice por lo hecho con posterioridad sino por lo prometido anteriormente, siendo de particular importancia precisar, según lo observa SOLER, la naturaleza y característica de la acción ejecutiva, para saber a ciencia cierta si el acto enjuiciado es anterior, concomitante o posterior. (92)

Proviene de la voz latina occultatio que significa ocultación, la acción de ocultar u ocultarse, ocultado, encubierto, escondido, oculto. El verbo encubrir se compone de "en" y "cubrir", que es ocultar una cosa o no manifestarla, impedir que llegue a saberse una cosa, hacerse responsable de encubrimiento de un delito; este último es la acción y efecto de encubrir; cubierta con que se tapa una cosa para que no se vea; participación en las responsabilidades de un delito, con intervención posterior al mismo o, por aprovechar los efectos de él, impedir que se descubra, favorecer la ocultación o la fuga de los delinquentes. Alcanzar la dimensión gramatical del encubrimiento no ofrece problema, sino en su turno, porque mientras algunos pensadores lo sitúan como una forma de participación, otros estima que se trata de un delito independiente que tiene como presupuesto la comisión de otro ilícito penal. Según el Código Toscano en Italia, el encubrimiento -

es un acto mediante el cual, con conocimiento y después de la consumación del delito, pero sin acuerdo anterior y sin llevar al delito mismo a consecuencias ulteriores, se ayuda a sus autores para asegurar el provecho criminal resultante o eludir las investigaciones de la justicia. Sobre esta particular, Francisco Carrara dentro del tema de la concurrencia de varias personas en la consumación de un delito, indica que si la participación no tiene existencia intelectual o material con anterioridad al delito, porque la idea y la acción - digamos de un tercero fueron posteriores, es indispensable hacer un distinguo. Puede ocurrir que el acto posteriormente ejecutado tenga como propósito sustraer al delincuente (al que se cubra) de la persecución del Estado encargado de hacer justicia, o bien, llevar al delito más adelante. En el primer caso estamos frente al encubrimiento y va en contra de la justicia pública, por lo que se dice que el derecho violado por el encubridor es el universal de todo ciudadano de que no sea burlada la justicia del Estado. En la segunda hipótesis, se presenta la complicidad, lo que es indispensable si se trata de un delito sucesivo que permite prosecución de la ofensa. Para Eugenio Cuello Colón, el encubrimiento consiste en la ocultación de los culpables del delito o del cuerpo de los efectos de éste, o de los instrumentos con que se cometió; o el de sus huellas, con el fin de eludir la acción de la justicia; o en auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o de las ventajas económicas que éste les hubiera proporcionado, o en aprovecharse el propio encu-

brido de aquellos beneficios. Como se advierte, el problema que nace en relación a la figura de nuestro estudio, es determinar si constituye una forma de participación o funciona como delito autónomo; asimismo, se hace necesario en busca de mayor claridad, hacer referencia a las clases de encubrimiento que doctrinalmente y conforme a las diversas legislaciones existen. Beling, autor alemán, considera que el encubrimiento es una forma de participación, porque funciona dentro de la teoría de "la unidad del acto desconpuesta", que actúa de la siguiente manera: a) la realización de actos del mismo tipo es codelincuencia; b) la producción de actos vinculados con el núcleo del delito que es participación accesoría, que es dable de dos formas: en vía de complicidad si tiene lugar antes de la total producción del delito y como una acción post delictum (encubrimiento), si opera después de la realización del tipo propiamente dicho; las acciones de esta segunda hipótesis posterior al delito, pertenecen como la complicidad, a la esfera exterior del tipo, suponen un hecho consumado y actúan como el "mantenimiento o empeoramiento" del estado ilegal creado con antelación. Una vez consumados los múltiples delitos regulados por la legislación, estimase que son susceptibles de originar encubrimiento; pero según esta corriente o posición, no es posible crear un tipo genérico de encubrimiento, ya que de admitirse se rompería la unidad del hecho delictuoso. Dentro de la segunda postura doctrinal, que establece la autonomía del encubrimiento y que tuvo un mayor impulso al sostenerse dicho criterio en el Congreso Peni-

1988

carácter de cómplice de él. En consecuencia, según, al menos, sostener la idea de la complicidad con respecto al delito que se cometa. Si observamos que los actos posteriores al delito encubierto se son consecuencia de acuerdo anterior, sobre todo si no existe causa posterior al efecto, ni en su existencia material, ni en su realidad intelectual. Vincenzo Manzini sostiene que el encubrimiento tiene carácter de delito posterior objetivamente como nexo con el otro delito precedente, pero no de accesorio en sentido propio. No se admite una relación de "principal y accesorio" entre el delito anterior y el encubrimiento; éste no tiene inmediata relación con la actividad, con la objetividad jurídica ni con el fin del primero, sino solamente con la persecución penal de él. Al referirse a las diversas clases de encubrimiento, cabe señalar las que a continuación se precisan: 1. Por favorecimiento. Opera cuando después de ejecutado un delito y sin haber participado en el mismo, el sujeto de que se trata, ayuda en cualquier forma al responsable, a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de esta última. De acuerdo con su naturaleza, se afirma que es un delito que se opone a la administración de justicia. 2. Por receptación. Es doble, cuando alguien con ánimo de lucro, adquiera, reciba, u oculte el producto del delito producido por otro, a sabiendas de que provenía de un hecho ilícito, o si de acuerdo con las circunstancias debería presumirse tal extremo. Al percibir su alcance, se entiende la inclusión de este tipo en el título de los delitos patrimoniales. 3. Por el complemento.

Que surge cuando el agente de este delito (encubrimiento) tiene como propósito asegurar el provecho económico al sujeto encubierto. Se distingue de las dos clases anteriores, por el interés pecuniario pretendido por el que se va auxiliado con la actividad complementaria que recae sobre los objetos producto del delito. Al trasladarnos al ámbito legislativo en México, vemos que el encubrimiento se encuentra regulado en la fr. IV del a. 13 y por el a. 400, ambos del Cr. (93)

Se puede participar en robo, con el carácter de: a) Autor o coautor; b) Cómplice, y, c) Encubridor. Se es autor intelectual en el robo, cuando se instiga, determina o provoca a otro a realizar la acción material descrita en la ley, operando, en el primer caso de participación moral: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación. Se es autor material o inmediato en el robo cuando se realiza la acción típica descrita en el a. 367 del Código, apoderándose de la cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley. Se denomina autor mediato, "el que para realizar el delito se vale, como ejecutor material, de una persona que está, por circunstancias personales, exenta de responsabilidad, bien por error o por tratarse de inimputable". Coautor en el robo es, al igual que el autor, "el que realiza la actividad, conjuntamente con éste, descrita en la ley." Indebidamente se habla de coautor, porque éste en rigor técnico, es un autor. Savat define la actividad de los coautores como 'la ejecución común consciente'. Subjetivamente se ha negado diferencia alguna

entre el autor y el cómplice, mas objetivamente salta a la vista la diferencia entre ellos; el autor es quien ejecuta la acción típica (apoderamiento), mientras el simple auxiliador o cómplice realiza actos accesorios. Por tal razón Jiménez de Asúa define objetivamente al cómplice afirmando que "es el que presta al autor cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la comisión del delito". Por último, se es encubridor, como partícipe en el robo, cuando por acuerdo previo o concibiente se auxilia a los delincuentes en cualquier forma, "una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa", según lo prescribe el a. 13, fr. IV del CP. (94)

En el delito de robo será autor material o inmediato, el que integra los elementos de la figura delictiva (a. 13, fr. II). Habrá coautoría en el robo, cuando el sujeto realice conjuntamente con otro u otros el delito de robo, atendiendo al concepto que de coautor nos da el a. 13, fr. III. Así Córdova - Roda y Rodríguez Mourillo expresan que "desde el punto de vista teórico, coautoría es la realización conjunta del hecho por varias personas. Coautor es el que, como autor inmediato o mediato, realiza el hecho punible conjuntamente con otros - autores". O como dice Mezger, "es coautor el que como autor conjuntamente con otro autor plenamente responsable, ha causado el resultado". Cuando un individuo determina a otro, a que cometa el delito de robo, descrito en el a. 367, del CP, estamos frente a la instigación, a que se refiere la fr. V, - del a. 13, del mismo ordenamiento. Será autor mediato del delito de robo, el sujeto que se vale de un inimputable, de un

inculpable por error esencial e invencible o por no exigibilidad de otra conducta, para que se apodere de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley (Cfr. a. 11, - fr. IV). Así Rodríguez Devesa, al tratar el tema relativo a la "esencia de la acción", expresa, que "también puede conseguirse la apropiación por medio de un tercero que actúa como un instrumento en manos del autor, ya por ser inimputable, - bien porque obrando de buena fe proporciona, ignorante de los propósitos del agente, la cosa a éste: son casos de autoría mediata". Y será cómplice, el que ayude a otro a cometer el delito, de acuerdo con la fr. IV del a. 13 del CP.⁽⁹⁵⁾ Aún cuando el delito de robo es un delito monosubjetivo; es decir, que no requiere necesariamente la intervención de dos o más personas para su ejecución, admite que en su comisión intervengan varias personas con el carácter de autores o partícipes; en la comisión del delito de robo es aplicable lo dispuesto en el a. 13 del CP. Sin embargo, no estamos de acuerdo con la resolución dictada por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo 5905/58, José Luis Caballero Pérez y publicado en el Boletín 1958, pág. 17, en el que se resuelve que es intrascendente el alegato del acusado sobre la distinción entre coautor y cómplice, frente al dispositivo legal penal contenido en el a. 13 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, que alude a la figura de la coparticipación, máxime cuando está demostrado por la propia confesión del quejoso, que éste coadyuvó sirviendo de "aguador" y yendo a traer el automó-

vil para transportar los objetos robados. En efecto, es indispensable que se fije en el auto de formal prisión qué hecho se le imputa al inculcado, para que pueda defenderse y además, en la sentencia debe determinarse por qué se lo considera responsable, no en forma genérica, en los términos - del a. 13 del CP, sino concretamente por su propia actividad, en el delito. Doctrinalmente, no es lo mismo el instigador, el coautor, los cómplices o auxiliares y aún cuando a todos se les considere responsables, las reglas para determinar su responsabilidad, son diferentes y deben tenerse en cuenta, tanto por la defensa, por el Ministerio Público como por el juzgador. Es, en mi opinión, una grave violación de garantías el no precisar los hechos por los que se sigue un proce- so o dictar una sentencia por una responsabilidad genérica, sin precisar los hechos por los que se dicta la sanción. En cambio, de acuerdo con lo dispuesto por el a. 3o del CP, que fija la reparación del daño se considera como solidaria y mancomunada, es fundada la tesis de la Corte que aparece publicada en el apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965. (96)

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha exteriorizado su opinión con los siguientes tesis: Si el acusado junto con otro sujeto, penetran a una casa habitación, apoderándose el primero de una canasta de tortillas y el segundo, de un reloj de pared, esto fue suficiente para estimar al inculcado responsable por coautoría, máxime si auxilió a su socio a cargar con el reloj. (97) Cuando la intervención del acusado quedó limitada al hecho de dar protección a los

agentes materiales del delito de robo, consistente en ponerlos sobre aviso, para que no pudieran ser sorprendidos por el ofendido o por los órganos del Estado, sino concluirse, como lo hizo la responsable, que es culpable del delito, en los términos del a. 10, fr. III del Código aplicable, por co-operar en su ejecución. (98) No sólo son participantes de un delito los que cooperen en la preparación, y ejecución del mismo, sino igualmente cuando, en los casos previstos por la ley, realicen dicha actividad de auxilio una vez ejecutado el hecho delictivo, pero mediante acuerdo previo con lo cual ponen una condición causal en el mismo. Por tanto, el quejoso no pudo tener el carácter de autor del delito de encubrimiento por receptación de cosas robadas, sino de partícipe en el de robo, por haberse puesto de acuerdo previamente, con sus coacusados, respecto que compraría el material de construcción del edificio abandonado del que aquéllos pretendían apoderarse, lo que evidentemente cumplió a virtud de acuerdo previo tenido con los ejecutores materiales del apoderamiento ilícito. (99) Carecen de eficacia las retractaciones producidas por el acusado y sus socios, si omitieron motivar y demostrar la causa por la que modificaron sus primitivas declaraciones, de las que se desprende, articuladas a otros elementos del sumario que las confirman, que el inculpado tomó parte en los apoderamientos sucesivos, de dos automóviles, ubicándose en una de las formas de participación delictuosa que se refiere la ley punitiva. (100) Es intrascendente el alegato del acusado sobre la distinción en

tra coautor y cómplice, frente al dispositivo legal contenido en el a. 13 del Código de Defensa Social del estado de Puchla, que alude a la figura de coparticipación, máxima cuando está demostrada por la propia confesión del quejoso, que éste coadyuvó sirviendo de "aguador" y yendo a traer el auto móvil para transportar los objetos robados. (101) El a. 13 del CP Federal, previene que son responsables de un delito todos los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución del mismo, o prestan auxilio o cooperación, de cualquier especie. De los términos de este precepto se deduce, que el concierto posterior a que se hace referencia en el mismo, presupone un acuerdo directo entre los responsables materiales del delito y la persona que después les presta auxilio o cooperación, ya sea para la plena consumación del hecho delictuoso o para que se aprovechen de su producto, tratándose, por ejemplo, del delito de robo. Por tanto, si no puede aceptarse lógicamente que el quejoso hubiera obrado de acuerdo con los responsables materiales del delito de robo, pues los actos que ejecutó resultan desvinculados y sin ningún lazo de unión con los que constituyeron el mencionado delito, no debió aplicarse la prevención del a. 13 del CP Federal, para fijar en ella la próxima responsabilidad del agraviado, en el propio delito. (102) Si el acusado conviene en que en el garrajo de su casa, se encontró el automóvil robado; existe la declaración de uno de los ladrones, de que la puerta de ese garrajo les fue abierta por una persona que salió de dicha casa, y el mismo acusado admite también que

oyó el ruido que hacían los ladrones al introducir en su casa el automóvil de referencia, pero que no se levantó de su cama sino hasta media hora después, cuando oyó un disparo de arma de fuego, evidentemente que tiene que convenirse en que los datos del proceso hacen suponer que hubo una verdadera convivencia entre el quejoso y los autores materiales del robo, pues no se concibe que sin éste acuerdo previo, el quejoso hubiese continuado tranquilo en su cama, a pesar de los ruidos que oía en su propio domicilio; y si a esto se agrega el informe del agente de policía, acerca de que el corral en que fue encontrado el automóvil, es un lugar en que ya en otras ocasiones acostumbran ocultar los coches robados, no cabe duda de que la culpabilidad del quejoso está plenamente demostrada, como autor del delito de robo, que dió lugar al proceso que le fue instruido. (103) Si de autos sólo aparece que la persona a quien se imputa el robo de una cantidad de dinero, hizo entrega de cierta cantidad al acusado de encubrimiento, para que lo invirtiera en negocios propios del acusado de robo, diciéndole que la había obtenido de una pequeña herencia, es decir, ocultándose el verdadero origen de su adquisición, el acusado de encubrimiento obró sin tener conocimiento del hecho delictuoso, origen del apoderamiento. La circunstancia de existir un amante entre el autor del delito y aquél a quien se considera encubridor, no puede constituir un elemento presuncional en el conocimiento del robo, porque tal situación es o puede ser ajena a las actividades de cada uno de los concubinos; máxime si la amante era pupilo de una

casa de citas, según aparece en autos; y, por tanto, no sujeta al control de la vida marital, sino sólo de amasiato, frecuentemente interrumpido. En estas condiciones, el encubridor, atento seguramente a las actividades sexuales de la concubina, no estimó necesario indagar el origen del dinero que le fue entregado, por lo que se conformó con las explicaciones que provenían de una pequeña herencia; y el auto de formal prisión dictado en tales condiciones, por el delito de encubrimiento, es violatorio del art. 19 Constitucional. (104)

Es legal la sentencia condenatoria si del conjunto de declaraciones de los coacusados, entre ellas la del quejoso, se desprende que realizaban una actividad conjunta para apoderarse indebidamente de automóviles que, después de ocultar sus características originales, vendían en poblaciones diversas; particularmente de la confesión del acusado en el sentido de haber conocido y tener relaciones con diversas personas dedicadas al robo de automóviles; de haber encargado a una de ellas que le proporcionara uno de dichos vehículos; de saber que se les arreglaba una documentación falsa; y de que recibió para su guarda de uno de sus coacusados, a quien dijo que ya no se dedicara a la venta de automóviles robados, porque lo descubrirían a la larga, diversos objetos como facturas, tarjetas aduanales, sellos, tipos para remarcar motores, etcétera, aunque se encontraban dentro de un veliz cuyo contenido dijo ignorar. (105) Es legal la sentencia que condena al acusado no obstante que niegue haber sabido que el au-

automóvil era robado, si además se admitir que lo manejó la noche antes en compañía de sus reos acusados. éstos sin dejar de admitir su propia responsabilidad, le imputan a aquél el haber participado en toda la secuela de los hechos y haber sido quien conectó directamente la instalación para que el motor del automóvil pudiera funcionar. (106) Establecido por la propia confesión del acusado, que llegado al lugar donde se encontraba estacionado el vehículo que fue robado, sus dos acompañantes, bajándose del automóvil que los transportó, se apoderaron del mismo, entre tanto el acusado manejó el primer automóvil, no puede ni debe considerarse como encubridor, sino como sujeto activo en la comisión de un delito, -- pues habiendo prestado auxilio para la ejecución del evento, logró su realización. (107) Aunque el acusado de robo no haya ejecutado acción alguna de apoderamiento material sobre las cosas hurtadas, surge la responsabilidad si su conducta estuvo encaminada a auxiliar, ayudar y cooperar a la ejecución de los robos, por concierto previo. (108) Constituyendo la detentación de una cosa ajena mueble, elemento consumativo del robo por disposición legal sustantiva (a. 369), articulada a la presunción de ser dolosa esta actitud (a. 90.), no se libera el acusado si aunque haber sido engañado por el auténtico ladrón para que lo ayudara a remolcar el coche de su primo, ya que si aceptó diversas partes del vehículo a sabiendas que aquél no era el propietario y se le sorprendió en posesión del automóvil desmantelado que implicó su previa

aprehensión y movilización, o sean las constitutivas del -
 =apoderamiento= es indubitable que coparticipó en el delito
 de robo. (109) Existiendo aviso al Banco, del robo de un
 cheque al portador, efectuado por dos individuos en la vía
 pública, cuando los dos acusados se presentaron a cobrarlo -
 en la primera hora del día siguiente a la del suceso, es cla-
 ro que no se les conculcaron garantías, por estimárseles res-
 ponsable de tal robo, por permitirlo así la relación hermenéu-
 tica: de los preceptos relativos de los ordenamientos penal y
 procesal aplicables. (110)

Se presentará el concurso de personas en el robo de frutos, -
 en todas las hipótesis a que se refieren las diversas frac-
 ciones del a. 13 del CSPV, en virtud de tratarse de un deli-
 to monosubjetivo, es decir, que únicamente requiere para su
 ejecución la conducta de un solo individuo; pudiendo darse -
 también el encubrimiento previsto en el número 400 del orde-
 namiento citado. Por lo que se refiere al a. 13, se respon-
 sabilizará: según lo previsto en la fr. I, el o los autores
 intelectuales, es decir, aquel o aquellos sujetos que planean
 la comisión del ilícito; en la fr. II, el o los autores mate-
 riales, es decir, el activo o activos que efectúan la conduc-
 ta determinada por el verbo núcleo del tipo "apoderamiento";
 según la fr. III, serán coautores el o los activos que en -
 conjunto efectúan la conducta ilícita; de acuerdo con la fr.
 IV, será(n) autor(es) mediato(s) el o los que se valgan de
 un sujeto al que no se le pueda imputar el delito ni a títu-

lo de culpa ni de dolo; finalmente, conforme a las frs. VI y VIII serán cómplices los que de manera indirecta auxilien a la comisión del ilícito.

En cuanto al encubrimiento, se presentarán dos hipótesis: -

- a) Según lo dispuesto por la fr. VII del a. 13, cuando con anterioridad al hecho delictuoso prometen auxiliar a los sujetos activos y,
- b) Conforme al numeral 400, serán encubridores los que posteriormente al delito y sin acuerdo previo, auxilien de cualquier manera a los delinquentes.

1. Osorio y Nieto, César Augusto.
Síntesis de Derecho Penal. Parte General. p. 79.
2. Castellanos Tena, Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 281.
3. Pavón Vasconcelos, Francisco.
Manual de Derecho Penal. p. 409.
4. Carrancá y Trujillo, Raúl.
Derecho Penal Mexicano. Tomo II. p. 121.
5. Osorio y Nieto, César Augusto.
Síntesis de Derecho Penal. Parte General. pp. 79-80.
6. Castellanos Tena, Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp. 282-283.
7. Pavón Vasconcelos, Francisco.
Manual de Derecho Penal. pp. 409-411.
8. Carrancá y Trujillo, Raúl.
Derecho Penal Mexicano. Tomo II. pp. 121-122.
9. Osorio y Nieto, César Augusto.
Síntesis de Derecho Penal. Parte General. p. 80.
10. Castellanos Tena, Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp. 283-285.
11. Pavón Vasconcelos, Francisco.
Manual de Derecho Penal. pp. 412-413.
12. Carrancá y Trujillo, Raúl.
Derecho Penal Mexicano. Tomo II. pp. 122-123.
13. Osorio y Nieto, César Augusto.
Síntesis de Derecho Penal. Parte General. p. 81.
14. Castellanos Tena, Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 285.
15. Pavón Vasconcelos, Francisco.
Manual de Derecho Penal. pp. 413-417.
16. Carrancá y Trujillo Raúl.
Derecho Penal Mexicano. Tomo II. p. 123.
17. Castellanos Tena, Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp. 287-289.
18. Osorio y Nieto, César Augusto.
Síntesis de Derecho Penal. Parte General. p. 82.
19. Castellanos Tena, Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 289.
20. Porte Petit Candaudap, Celestino.
Robo Simple. pp. 132-139.
21. Pavón Vasconcelos Francisco.
Comentarios de Derecho Penal. pp. 61-62.

22. F. Cárdenas, Raúl.
Derecho Penal Mexicano del Robo. p. 166.
23. González de la Vega, Francisco.
Derecho Penal Mexicano. p. 192.
24. Jiménez Huerta, Mariano.
Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. pp. 104-105.
25. Semanario Judicial de la Federación. LXIV. p. 108.
26. Semanario Judicial de la Federación. LXXX. 5a. Epoca. p. 5204.
27. Semanario Judicial de la Federación. CVII. 5a. Epoca. p. 509.
28. Boletín de Información Judicial. 1962. p. 432.
29. Informe de 1960. p. 40.
30. Semanario Judicial de la Federación. XXII. 6a. Epoca.
Segunda Parte. p. 177.
31. Semanario Judicial de la Federación. LXXX. 6a. Epoca.
Segunda Parte. p. 41. Informe de 1964. p. 48.
32. Boletín de Información Judicial. 1964. p. 453.
33. Informe de 1970. Sala Auxiliar. Colegiados y Defensoría
de Oficio. Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. p. 154.
34. Semanario Judicial de la Federación. Tomos 133-138.
7a. Epoca. Segunda Parte. p. 194.
35. Informe de 1980. Primera Sala. p. 46.
36. Semanario Judicial de la Federación. CXXIII.
5a. Epoca. p. 1795.
37. Semanario Judicial de la Federación LXXIV.
5a. Epoca. pp. 2471 y 3275.
38. Informe de 1970. p. 193.
39. Informe de 1964. Primera Sala. p. 48.
40. Semanario Judicial de la Federación XXX.
Segunda Parte. p. 80. XXXIX. Segunda Parte. p. 100.
LXIV. 6a. Epoca. Segunda Parte. p. 27.
41. Semanario Judicial de la Federación. XXVII. 5a. Epoca. p. 791.
Boletín de Información Judicial de 1957. p. 538.
42. Semanario Judicial de la Federación. LXXXI. 6a. Epoca.
Segunda Parte. p. 34.
43. Informe de 1955. pp. 73-74.
44. Boletín de Información Judicial de 1962. p. 69.
45. Informe de 1959. p. 61.
46. Osorio y Nieto, César Augusto.
Síntesis de Derecho Penal. Parte General. p. 91.
47. Castellanos Tena, Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 305.

48. Carrancá y Trujillo, Raúl.
Derecho Penal Mexicano. Tomo II. p. 143.
49. Osorio y Nieto, César Augusto.
Síntesis de Derecho Penal. Parte General. pp. 91-92.
50. Castellanos Tena, Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp. 305-306 y 308.
51. Pavón Vasconcelos, Francisco.
Manual de Derecho Penal. pp. 468-470.
52. Carrancá y Trujillo, Raúl.
Derecho Penal Mexicano. Tomo II. pp. 144-145 y 147.
53. Porte Petit Candaudap, Celestino.
Robo Simple. pp. 142-148.
54. Informe de 1970. Primera Sala. p. 19.
55. Semanario Judicial de la Federación. XXX. 6a. Epoca.
Segunda Parte. pp. 19-20.
56. Informe de 1967. Primera Sala. pp. 37-38.
57. Semanario Judicial de la Federación. XXX. 6a. Epoca.
Segunda Parte. p. 50.
58. Suplemento de 1956. pp. 455-456.
59. Semanario Judicial de la Federación. CXIV. pp. 33-34 y 52.
XXI. p. 71. XXXIV. p. 36. CXII. p. 48. CVIII. p. 35
6a. Epoca.
60. Semanario Judicial de la Federación. Vol. III. Segunda
Parte. p. 71. XXII Segunda Parte. p. 80. XXXIV.
Segunda Parte. p. 36. 6a. Epoca. Volumen 48. Segunda
Parte. p. 40. Volumen 43. Segunda Parte. p. 33. 7a. Epoca.
61. Informe de 1975. Segunda parte. p. 51. Semanario Judicial
de la Federación. Tomo 73. 7a. Epoca. Segunda Parte. p. 33.
62. Informe de 1968. Primera Sala. p. 35.
63. Semanario Judicial de la Federación. XVII. 6a. Epoca. Se-
gunda Parte. pp. 276-277.
64. Semanario Judicial de la Federación. CXXIV. 6a. Epoca.
Segunda Parte. pp. 40-41. Informe de 1967. p. 39. Informe
de 1964. p. 39.
65. Semanario Judicial de la Federación. CXXX. 5a. Epoca. p. 354.
66. Informe de 1967. pp. 38-39.
67. Boletín de Información Judicial de 1956. p. 793.
68. Semanario Judicial de la Federación. CXX. 6a. Epoca. p. 366.
69. Boletín de Información Judicial de 1964. p. 140.
70. Semanario Judicial de la Federación. CIX. 5a. Epoca. pp. 25-80.
71. Semanario Judicial de la Federación. XXXI. 6a. Epoca. Segun-
da Parte. pp. 20-21.

72. Semanario Judicial de la Federación. LXXXVII. 5a. Epoca. pp. 129-130.
73. Semanario Judicial de la Federación. XXXI. Segunda Parte. p. 20 ---XXXVIII Segunda Parte. p. 83. 6a. Epoca. --- Volumen 13. Segunda Parte p. 31. ---Volumen 49. Segunda Parte. p.31. 7a. Epoca.
74. Semanario Judicial de la Federación. LXXXII. 5a. Epoca. pp. 12-13.
75. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Parte General. p. 85.
76. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VIII. pp. 40-44.
77. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I. pp. 244-246.
78. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp. 291-292.
79. Carrancá y Trujillo, Raul. Derecho Penal Mexicano. Tomo II. p. 131.
80. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. p. 435.
81. Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo II. p. 135.
82. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. p. 449.
83. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Parte General. p. 86.
84. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo II. pp. 115-116.
85. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 295.
86. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo II. p. 132.
87. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo II. pp. 171-173.
88. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. p. 450.
89. Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Parte General. p. 87.
90. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho. pp. 297-298.
91. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo II. p. 133.
92. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. p. 456.
93. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV. pp. 62-64.
94. Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pp. 63-64.

95. Porte Petit Candaudap, Celestino.
Robo Simple. pp. 151-152.
96. F. Cárdenas, Raúl.
Derecho Penal Mexicano del Robo. pp. 167-168.
97. Boletín de Información Judicial de 1964. p. 355.
98. Semanario Judicial de la Federación. CXXIV. 5a. Epoca. p. 634.
99. Informe de 1980. Primera Sala. p.33.
100. Boletín de Información Judicial de 1962. p. 368.
101. Boletín de Información Judicial de 1958. p. 17.
102. Semanario Judicial de la Federación. LXXXVII. 5a. Epoca. p.6963.
103. Semanario Judicial de la Federación. LXXII. 5a. Epoca. p. 561.
104. Semanario Judicial de la Federación. LXII. 5a. Epoca. p. 162.
105. Boletín de Información Judicial de 1958. p. 18.
106. Boletín de Información Judicial de 1957. p. 256.
107. Boletín de Información Judicial de 1960. p. 273.
108. Semanario Judicial de la Federación. XLII. 7a. Epoca.
Segunda Parte. p. 47.
109. Boletín de Información Judicial de 1958. p. 264.
110. Boletín de Información Judicial de 1963. p. 281. ---Boletín
de Información Judicial de 1962. p. 633.

CAPITULO SEXTO

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

6.1 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

6.1.1 LA DENUNCIA

6.1.2 LA ACUSACION

6.1.2 LA QUERELLA

CAPITULO SEXTO
REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

6.1 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que - deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra la probable responsable de la conducta típica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos alude en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad, la denuncia, la acusación y la querrela. (1)

La común interpretación de los mandatos constitucionales en materia procesal penal sostiene que, proscribita terminantemente la investigación, el procedimiento penal sólo se incita mediante denuncia o querrela, entendidas como requisitos de procedibilidad. (2)

Examinemos qué requisitos deben reunirse para que los funcionarios de la Policía Judicial y del Ministerio Público, procedan al levantamiento de los actos con que dé principio el procedimiento penal. Son dos los medios que reconoce la ley para que se ponga en movimiento las facultades de la Policía Judicial: la querrela y la denuncia. (3)

Las condiciones de procedibilidad y los obstáculos procesales, se encuentran regulados por la ley y siempre tienen carácter excepcional, obedeciendo su presencia una vez a la necesidad de proteger la integridad o solidez de la familia, (pues se considera que posiblemente resultará más perjudicada la sociedad al perseguirse invariablemente por denuncia de cualquiera y aún contra la voluntad de los directamente afectados, determinados delitos entre los que figuran, por ejemplo, el adulterio) y en otros casos el legislador, al establecer las condiciones de procedibilidad, ha tomado en cuenta que el hecho ilícito a cuya persecución se refiere, afecta más intereses privados que sociales o bien que refiriéndose al honor de una persona conviene a ésta más para su protección, que no se suma al daño ocasionado por el delito, el escándalo que resultaría de la publicidad del proceso instaurado contra el delin-

cuenta. Finalmente los obstáculos procesales encuentran su razón de ser en el imperativo de que sean resueltas algunas relaciones jurídicas conexas al delito y cuya naturaleza imposibilita, jurídicamente hablando, la determinación o comprobación de aquél, sin la previa resolución judicial recaída sobre la relación jurídica antes mencionada. (4)

6.1.1. DENUNCIA

Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio. (1)

Es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe hacer) a la autoridad competente. Opera en el supuesto de delitos perseguibles de oficio y es ineficaz en la de los que se persiguen a instancia del legitimado para querellarse (delitos privados). "El ejemplo más común del acto procesal facultativo es la denuncia, subespecie de la naturaleza de la relación procesal, entre la denuncia por una parte y la querrela por la otra; por la misma razón que induce a contemplar en la querrela un negocio jurídico, debe ser reconocida a la denuncia la naturaleza de acto facultativo." (Carnelutti, Lecciones, Tomo III p. 168). La denuncia es "la exposición de la noticia de la comisión del delito hecha por el lesionado o un tercero a los órganos competentes. La denuncia es el instrumento propio de los actos perseguibles de oficio" (Florián, Elementos, p.235). "La denuncia facultativa es el acto por medio del cual quisque de populo, que no esté a ello obligado, lleva a conocimiento del Procurador de la República, del Jefe o de un oficial de policía judicial, la noticia de un hecho que constituye delito" (Leone, Tratado, Tomo II, p. 11). "Denunciar, en general, es notificar, dar aviso de algo. En derecho es dar parte o aviso a la autoridad sobre un hecho que se estima delictuoso, que se ha presenciado o conocido y sobre el cual existe acción pública, es decir, que no exija denunciante exclusivo o querellante" (Rodríguez R., Nuevo Procedimiento, p.44). "Es la transmisión de conoci

miento, por la cual un particular comunica formalmente a la autoridad la existencia de un hecho delictuoso que da lugar a acción penal promovible por el ministerio fiscal" (Clariá-Olmedo, Tratado, -Tomo IV, p. 432). "Entendemos por denuncia el acto procesal consistente en una declaración de conocimiento emitida por una persona determinada, en virtud de la cual proporciona el titular caracteres de delito o falta" (Fenech, Derecho, Vol. I, p. 529). Denuncia es la "manifestación que se hace al juez del delito y delincuente, para que se averigüe aquél, y se castigue a éste: no mostrándose parte ni querellando agravio el que lo hace, sino proponiendo al juez ocasión de cumplir su ministerio" (Valdés, Diccionario, p. 125). (5).

La denuncia es la obligación sancionada penalmente, que se impone a los ciudadanos, de comunicar a la autoridad los delitos que saben se han cometido o que se están cometiendo, siempre que se trate de aquellos que son perseguidos de oficio. (6).

Del verbo denunciar, que proviene del latín denuntiare, el cual significa "hacer saber", "remitir un mensaje". La expresión denuncia tiene varios significados. El más amplio y difundido es el que la entiende como un acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad, la verificación o comisión de determinados hechos, con el objeto de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley o los reglamentos para tales hechos. Dentro de este significado amplio se puede ubicar el que se da a esta expresión dentro del derecho procesal penal, como acto por medio del cual una persona pone en conocimiento del órgano de la acusación (el Ministerio Público, en México) la comisión de hechos que pueden constituir un delito perseguible de oficio. Al lado de la denuncia, el a. 16 C, permite la querrela como medio de iniciar la averiguación previa; al igual que la denuncia, es una participación de hechos que pueden constituir delito, formulada ante el órgano de la acusación, por persona determinada o identificada, pues a diferencia de la simple denuncia, debe tratarse de un supuesto delito persegui-

ble a petición del ofendido y debe estar hecha precisamente por éste o su representante legal. Fuera de estos dos medios legítimos de iniciar la averiguación previa en el proceso penal, todos los demás medios, como las declaraciones secretas y anónimas y las pesquisas general y particular. Además de este significado preciso de la expresión denuncia dentro del derecho procesal penal, también tiene uno similar en el derecho disciplinario de los funcionarios judiciales, donde se le utiliza como medio para poner en conocimiento del Órgano sancionador las posibles faltas oficiales en que incurren dichos funcionarios. En este sentido, el CPC alude a la llamada "queja" como denuncia de faltas oficiales (aa. 171, - 724 y 47 del título especial de la justicia de paz) y la LOTJFC, -- utiliza indistintamente las expresiones queja y denuncia (aa. 278 a 280). En el derecho procesal penal, la denuncia de hechos probablemente delictuosos puede ser formulada verbalmente o por escrito, ante el Ministerio Público (a. 118 CFPP). Cuando se presenta verbalmente, la denuncia se incorpora al acta de la Policía Judicial (aa. 270 y 274 CPP y 118 CFPP). Para la denuncia escrita, se exige que ésta contenga la firma o huella digital y el domicilio del denunciante, a quien se citará para que la ratifique y proporcione los datos que sobre el particular se le soliciten. (a. -- 119 CFPP). (7)

Denuncia es una participación de conocimiento. (8)

La denuncia puede ser considerada como una participación de conocimiento que da el particular a los Órganos estatales. (9)

6.1.2. ACUSACION

Es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido. (10)

Se entiende que la Ley Suprema, ha empleado la voz "acusación" (artículo 16 constitucional), como sinónimo de querrela. (12)

La acusación es la pretensión hecha valer por el ministerio público al ejercer la acción penal. (8)

Del latín *accusatio*, derivado del verbo *acusare*, acusar. La acusación como concepto general implica el señalamiento ante la autoridad respectiva de que una persona ha realizado una conducta que se considera delictuosa, a fin de que se siga en su contra el proceso judicial respectivo y en su caso, se le aplique la sanción correspondiente. En segundo término, es conveniente destacar que el vocablo está relacionado con los sistemas del enjuiciamiento penal, en cuanto se califica de régimen acusatorio a aquél en el cual predomina la separación de funciones entre los diversos sujetos del proceso penal, ya que existe la libre defensa y la igualdad procesal entre los contendientes, encomendándose la acusación a un órgano público, al MP; mientras que por el contrario, en el llamado proceso inquisitorio o inquisitivo, la persecución tiende a concentrarse en el juzgador, que se transforma así también en acusador y -- por ello, en parte. No puede afirmarse que ni siquiera históricamente se han configurado sistemas puros, sino aquellos en los cuales existe predominio la acusación o de la inquisición. En el ordenamiento mexicano posterior a la independencia, debido al derecho español que se continuó aplicando al proceso penal hasta que se expidieron los primeros códigos de enjuiciamiento penal, que lo fueron el del Distrito de 1880 y el federal de 1908, no se precisa con claridad, inclusive en los últimos ordenamientos, las funciones del juez y del MP, en virtud de que otorgaron al juzgador facultades persecutorias en cuanto realizaba también funciones de policía judicial, lo que ocasionó graves abusos que se pretendió -- corregir con las disposiciones de los arts. 21 y 102 de la C de 1917, de acuerdo con los cuales se encomendó exclusivamente la función -- persecutoria al MP, así como la dirección de la Policía Judicial -- como cuerpo técnico especializado en investigaciones penales, y al juzgador únicamente la imposición de sanciones a través del proceso respectivo, y dentro de los límites de la acusación del primero, por lo que puede afirmarse que nuestro sistema es predominantemente acusatorio. En relación también con el vocablo acusación, -

es preciso mencionar que el a. 16 de la misma C parece distinguirlo de otras dos instituciones a través de las cuales se inicia el procedimiento penal. En efecto, dicho precepto establece que toda orden de aprehensión o detención debe expedirse por la autoridad judicial, cuando preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, -- apoyadas aquéllas en declaraciones bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado. A su vez, el a. 20, fracción III, de la misma C exige que se haga saber al inculpado el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, por lo que al parecer existe una confusión sobre el alcance de estos términos y para precisarlos es posible interpretar ambos preceptos constitucionales considerando como acusación la que sostiene el ofendido o sus representantes; querrela cuando dicha acusación corresponde a delitos que sólo se persiguen a petición de parte, en tanto que la denuncia se atribuye a cualquier persona que, sin ser afectada por el delito, lo pone en conocimiento de las autoridades persecutorias. En sentido estricto, puede afirmarse que en el ordenamiento mexicano la acusación corresponde en exclusiva al MP a través del -- ejercicio de la acción penal en la consignación y posteriormente, -- en las conclusiones acusatorias, ya que el ofendido y sus representantes no son parte en el proceso penal, en cuanto intervienen sólo en lo que se refiere a la reparación del daño y la responsabilidad civil proveniente del delito. Según los aa. 9 del CPP y 141 CFPP, el ofendido sólo está facultado para proporcionar al MP todos los datos que tenga y que conduzcan a comprobar la existencia del delito y la responsabilidad del inculpado. Tan es así, -- que la jurisprudencia obligatoria de la SCJ ha establecido que -- el juez debe resolver dentro de los límites de la acusación del -- MP (tesis 10, p. 31, Primera Sala, del Apéndice al SJF, publicado en el año de 1975). No existe en nuestro sistema la figura del acusador privado, por lo que toda persona que pone en conocimiento de la autoridad persecutoria la existencia de un delito y señala al presunto responsable, actúa únicamente como denunciante, -- pues ya hemos visto que no participa en la materia de fondo en el

proceso penal, aún cuando esté afectado por el delito. Hasta cierto punto puede señalarse por excepción la posible existencia del acusador privado en la acción popular, que en nuestro ordenamiento está restringida a los delitos comunes u oficiales de los altos -- funcionarios de la Federación, y que se ejercita ante la Cámara de Diputados en los términos de los aa. 109 y 111 de la C; 2-31 (para delitos comunes) y 32-42 (en el supuesto de delitos oficiales) -- en la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los altos funcionarios de los Estados, del 31 de diciembre de 1979, ya que en dichos preceptos -- se otorga la intervención al propio acusador privado en las diligencias que se efectúan ante las Secciones Instructoras del Gran -- Jurado de la Cámara de Diputados, pero tratándose de delitos oficiales, si la misma Cámara de Diputados considera, por votación que existe la responsabilidad del funcionario inculpado, se transforma en jurado de acusación, y designa una comisión de tres diputados -- para que sostenga la acusación ante el Senado, ya que a este último -- le corresponde dictar la sentencia definitiva (aa. 43-45 de la Ley de Responsabilidades. (11).

6.1.3. QUERRELLA

La querrela puede definirse como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido, con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de -- un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre -- la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la -- acción penal. (12)

En derecho comparado, la vez querrela posee una doble acepción: -- como sinónimo de acción privada y como simple requisito de procedibilidad. En México, donde priva el monopolio acusador del Ministerio Público, la querrela es siempre requisito de procedibilidad -- que se resume en una manifestación de conocimiento sobre hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal. Este requisito se plantea en el ca

so de los llamados "delitos privados", para cuya persecución predomina el interés privado sobre el público. Aún cuando dentro de la evolución general del sistema penal, la persecución privada - constituya una fase generalmente superada, razones de política criminal han mantenido cierto ámbito de vigencia de la querrela, que en ciertas hipótesis tiende a ampliarse. "Que una ofensa no sea punible sino a querrela de parte significa que depende en primer lugar del juicio del ofendido su castigo, no en el sentido de que tal juicio sea suficiente, sino en el de que es necesario; no obstante la querrela, un hecho puede no ser castigado, pero sin ella no puede ser castigado..." (Carnelutti, - Lecciones, Tomo II, p. 33). "La querrela es la exposición que la parte lesionada por el delito hace a los órganos adecuados para que se inicie la acción penal" (Florián, Elementos, p. 235). También sostiene Florián: "Lo más acertado es considerar la querrela como una condición de procedibilidad, pues se afirma la existencia del delito con independencia de ella; la querrela no es una condición de derecho sustantivo, sino una instrucción que tiene existencia en el ámbito del proceso: es decir una institución procesal" (Elementos, p. 196). "El derecho de querrela, bajo el aspecto sustancial, es un poder de disposición de la punibilidad del hecho que se reconoce a la libertad privada. Bajo el aspecto formal, es un poder de disposición que se reconoce a esa misma voluntad sobre el procedimiento penal, pero no absolutamente un derecho al procedimiento penal, puesto que la querrela no determina necesariamente una acción penal" (Mazzini, Tratado, Tomo IV, p.27). - "Desde el punto de vista sustancial, se le considera (a la querrela) como la manifestación de voluntad del sujeto pasivo del delito de pedir el castigo del delito: de manera que se ha observado exactamente que se vincula a un derecho de perdón" (Leona, Tratado, Tomo II, p. 15). "Entendemos por querrela el acto procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al titular de un órgano jurisdiccional, por lo que el sujeto además de poner en conocimiento la

noticia de un hecho que reviste los caracteres de delito o falta, solicita la iniciación de un proceso frente a una o varias personas determinadas o determinables y se constituye parte acusadora - en el mismo, proponiendo que se realicen los actos encaminados al aseguramiento y comprobación de los elementos de la futura pretensión punitiva y de resarcimiento en su caso (Fenech, Derecho, Vol. I, p. 543). En cuanto a la acción dependiente de instancia privada Vélez Mariconde señala que "en estos caso el ofendido no tiene el ejercicio de la acción penal sino una facultad preprocesal, anterior al proceso y también sustantiva, que es la facultad de promover la promoción" (Derecho, Tomo I, p. 279). "La querrela es un presupuesto o condición indispensable para el ejercicio válido de la acción penal, en los delitos no perseguibles de oficio. De ahí que los expositores la denominan "condición de procedibilidad". - Es una institución de excepción, por cuanto a la regla general es que los delitos se investiguen oficiosamente" (Mesa Velásquez, Derecho, Tomo I, p. 45). "A muchos les basta sostener - para explicar la querrela- que se trata de una excepción del carácter público de la acción penal. Pero ello nada nos dice, nada nos explica, debe irse al fondo de la cuestión, expresando que los delitos afectan bienes o intereses, y que sobre los ilícitos está interesada la sociedad en general en que se investiguen y sancionen. También -- ese interés general se extiende a dichos bienes afectados con el delito, porque se dice que hay un interés de la sociedad sobre la propiedad privada - en donde ella está institucionalizada-, como sobre la integridad personal, como sobre la administración pública, como sobre la administración de justicia, etc., lo cual hace pública la acción penal. Pero además existen ciertos intereses -- particulares constituidos sobre bienes un tanto subjetivos, en los que, dada esa subjetividad, sólo el titular puede determinar cuándo su lesión constituye acción antijurídica. Tal sucede con la injuria, con la revelación de invenciones científicas o de aplicaciones industriales, con la violencia carnal y el estupro en la matriz, con el rapto, etc. Como se ve, habría dos tipos de delitos, según el daño causado, conforme a la clasificación que hicieron los romanos de delitos en público y privado. En el caso de los privados,

la ley exige la querrela para iniciar la acción penal. Es, pues, una condición de procedibilidad" (Rodríguez R., Nuevo Procedimiento, - p. 35). Valdés entiende la querrela como "acusación que una pone el juez contra otro, quejándose de alguna injuria o daño que le - ha causado, pidiendo la indemnización, y el castigo" (Diccionario, p. 280). "La querrela es el derecho que se le concede a la vícti ma de un delito que por disposición de la ley se persigue a ins tancia de parte, para poner ese hecho en conocimiento del órgano competente, y expresarle su voluntad de que se proceda en contra del deliciente" (González Blanco, El Procedimiento, p. 85). (13)

Querrela es una manifestación de voluntad para que se castigue a un sujeto que ha cometido un daño en perjuicio del querellan - te. (8)

La querrela es una forma de instancia similar a la denuncia y con siste también en una participación de conocimiento a la autoridad; es decir, es una participación cualificada de conocimiento y el - carácter cualificado radica en que la querrela sólo puede ser he - cha por la parte directante afectada o interesada por los actos o hechos que van a ser materia de la participación al órgano esta - tal. En materia penal tiene una muy especial importancia la que - relle porque existe un gran número de delitos que se persiguen - precisamente, a querrela de parte, como por ejemplo: el estupro, el abuso de confianza, el adulterio, etcétera. La querrela se -- resenta ante el ministerio público, y sólo está legitimada la par te interesada para presentarla: por el contrario, en el caso de - la denuncia, no es necesaria esta circunstancia, sino que puede - denunciar cualquier persona aunque no está directamente interesa - da ni se vea afectada por los hechos o actos materiales de la par ticipación de conocimiento. Además, en el caso de la denuncia, -- una vez hecha, se comienza a mover la maquinaria estatal, sin que el denunciante pueda hacer nada ya por detenerla. Por el contrario, en la querrela, una vez presentada nuevamente ante el órgano de - la autoridad y desistirse de la querrela, haciendo imposible el - ulterior desenvolvimiento de la función o de la actividad estatal -

que había desencadenado o iniciado o provocado, la mencionada querrela. (9)

Del latín querrela, acusación ante juez o tribunal competente, -- con que se ejecuta en forma solemne y como parte en el proceso la acción penal contra los responsables de un delito. Para la -- iniciación del procedimiento penal, y consecuentemente para que -- pueda darse válidamente el proceso, en el plano doctrinal y en el estrictamente legal se han señalado la necesidad ineludible de ciertos elementos que le dan vida; ello implicaría la consideración investigativa de los presupuestos procesales, de las condiciones objetivas de punibilidad, de las cuestiones prejudiciales y de los requisitos de procedibilidad. En el trámite normal, ordinario, en relación a la mayoría de los delitos contenidos en la parte especial del ordenamiento jurídico punitivo, sería el de la denuncia, verbal o por escrito, ante el Ministerio Público (MP) o ante cualquier funcionario o agente de la policía judicial, situación que obliga a proceder de oficio a la investigación de los delitos denunciados, pero hay algunas infracciones que requieren para su persecución el cumplimiento de algún requisito de procedibilidad, o que sufre de algún obstáculo procesal que impida la iniciación del procedimiento o la persecución del mismo (aa.- 262-263 del CPP y 112-114 del CFPD). Manzini indica que los presupuestos procesales son condiciones de existencia, requisitos esenciales para el nacimiento y la válida constitución de la relación procesal, considerada en sí misma, y en sus distintas fases. En este orden de cosas, conviene precisar la diferenciación de los presupuestos referentes al contenido material del proceso, de lo relativo a la esencia y a los contenidos formales de él. Los primeros conciernen al derecho penal sustantivo, con independencia de que tenga su reflejo obvio en el derecho penal objetivo. Los segundos atañen directa e inmediatamente, a la propia existencia de la relación jurídica procesal, ya que supone la promoción de la acción penal. En esta tesitura, los presupuestos procesales se sintetizarán en los siguientes: a) la iniciativa del MP en el ejercicio de la acción penal; b) la legítima constitu

ción del Juez, y c) la intervención, del imputado en los casos - y con las formalidades preceptuadas en la ley. No obstante lo anterior, los presupuestos procesales sin cuya presencia no puede darse un procedimiento penal auténtico, presuponen - a su vez - un elemento material, o material-formal, indispensable para su consideración práctica. Este elemento es el hecho jurídico de la noticia del delito, noticia que puede vincularse a determinados actos jurídicos, que influyen en la constitución de la relación procesal (denuncia, querrela, requerimiento, etc.), o puede dimanar de otra fuente, determinando la actividad del órgano competente para promover la relación plena de la relación mencionada. En dichas condiciones, para que se dé el proceso, resulta indispensable: a) un órgano de la jurisdicción penal, legítimamente constituido; b) una "jurisdicción penal genérica", sea o no competente para el concreto supuesto fáctico; c) una relación jurídico penal de carácter sustantivo; d) la presencia del MP y e) la intervención de la defensa. En función de todo lo anterior, cabe deducir la necesidad de todo un conjunto de antecedentes jurídicos, previamente exigibles, para la realización del proceso. Así: sin el acto o hecho material sustantivo penal, sin el órgano acusatorio, sin el órgano jurisdiccional y la actuación de la defensa, no es dable la concepción procesal, si no integrarse la relación jurídico procesal no habría proceso.- En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, noción ésta de raigambre eminentemente sustantiva penal, son exigencias específicas y concretas, que el legislador establece, con carácter ocasional, para la punición de algunos eventos. El caso típico de esta exigibilidad lo tenemos en el adulterio de los arts. 273-276 del CP. Puede detectarse una cierta identidad entre dichas condiciones objetivas de punibilidad y las denominadas cuestiones prejudiciales, que quedarían conceptuadas como cuestiones de derecho, cuya resolución es presentada como antecedente, lógico y jurídico, de la estricta problemática sustantiva penal, objeto del proceso, y que atañen a una relación, de naturaleza particular y debatida, y muestran su similitud con los requisitos de procedibilidad. En sustancia, puede hablarse aspectos diversos de

una misma cuestión, porque cuando nos referimos a las condiciones objetivas de punibilidad, estamos utilizando la perspectiva sustantiva penal en general, y cuando aludimos a las cuestiones procesales el enfoque se avoca al conocimiento del punto de vista procesal stricto sensu, enlazado todo ello con los requisitos de procedibilidad como condiciones que han de ser cumplidas, en cuanto trámite previo para proceder contra quien ha infringido una específica norma penal sustantiva. El preámbulo expuesto resulta necesario, o al menos conveniente, para entrar directamente y de relativo a la querrela. Colín Sánchez afirma que, algunas veces, al referirse a la querrela se la ubica dentro de las condiciones objetivas de punibilidad, en otras ocasiones se le confiere el carácter de verdadero instituto procesal. Persiste, por tanto, la doble vertiente de dignificancia lingüística. Y en el derecho mexicano los requisitos de procedibilidad son: la querrela, la excitativa y la autorización. Existen supuestos, en que — para iniciar el procedimiento — es necesario que se den los requisitos mencionados, y aunque pudiera ocurrir que el MP, prescindiendo de ellos, llevara a cabo la averiguación previa y la consignación de los hechos, no se conseguirá el completo desarrollo del proceso. La querrela, entre los requisitos de procedibilidad, es uno de los más interesantes, especialmente por su sugerente problemática. En una concepción generalizadora, más que nada descriptiva, la querrela es una facultad (derecho potestativo, Colín), del ofendido por el delito para hacerlo llegar al conocimiento de las autoridades y dar su consentimiento para que sea perseguido. En los delitos perseguibles exclusivamente a instancia de parte, no solamente el agraviado, sino también su representante legítimo, cuando lo considera pertinente, hará conocer al MP la ejecución del evento delictivo, con la finalidad de que éste sea perseguido, aunque siempre será necesaria la expresión de voluntad del titular del derecho. Sabido es que, en nuestro país, por imperativo del art. 21 de la C, el MP, tiene la titularidad excluyente y exclusiva, del ejercicio de la acción penal: "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Ju-

dicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de --
agué" (a. reformado según decreto publicado en el DO del 3 de -
febrero de 1983). En el proceso penal mexicano, solo el Minister
rio Público, ya sea federal o local, según su respectiva esfera -
jurídica, puede iniciar el juicio crinal propiamente dicho, a --
través de la consignación, que equivale a la demanda en las res-
tantes ramas del enjuiciamiento. En efecto, de cuardo con una -
interpretación (sumamente discutida en el campo doctrinal) del -
a. 21 constitucional, los códigos procesales mexicanos han con-
sagrado el principio del monopolio del ejercicio de la acción pe-
nal por parte del propio MP, (aa. 3-8, del CPP y 136-140 CFFP, -
que son las normaciones típicas para los restantes códigos de --
las entidades federativas). Este principio esencial tiene va-
rias consecuencias dentro del enjuiciamiento penal, ya que por -
un parte, el ofendido por el delito carece de la calidad de par-
te, ni siquiera de forma subsidiaria; así lo establece expresam-
te el a. 141 del CFFP, que sólo concede al ofendido la facultad
de proporcionar elementos que conduzcan a comprobar la existen-
cia del delito y la responsabilidad del inculcado (y, de análoga
manera, la preceptúa el a. 9 del CPP). Sólo se admite la parti-
cipación del ofendido o de sus causahabientes tratándose de la
reparación del daño y de la responsabilidad civil proveniente --
del delito, y su actuación puede tener consecuencias sobre la --
responsabilidad del propio inculcado exclusivamente en cuanto --
otorga perdón tratándose de los delitos perseguibles a instancia
de parte o de querrela necesaria (a. 93 del CPP). El señalado
principio del monopolio del ejercicio de la acción penal por par-
te del MP, se ha llevado a extremos (que un considerable sector
doctrinal ha estimado inconveniente), tanto por la legislación -
como por la jurisprudencia, en cuanto al propio MP puede negar-
se a ejercitar la acción penal, o bien, cuando ya se ha iniciado
el juicio, formular conclusiones no acusatorias o desistirse de
la acción penal, con efectos vinculatorios para el juez de la --
causa, a través de un simple control interno del mismo MP, deter-
minado el sobreseimiento definitivo y la libertad del inculcado
con indenticos efectos a los de una sentencia absolutoria (aa. -

323-324 del CPP y 298, Frac. I y II del CFPPP. Si el MP no realiza la consignación, desiste de la acción penal, o formula conclusiones no acusatorias, el ofendido carece de legitimación para acudir al juicio de amparo solicitando el examen judicial de estas decisiones del propio M.P., de conformidad con la jurisprudencia de la SCJ (Apéndice al SJF de 1917-1975, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis nú 198, pág. 408). La situación es de considerable gravedad como resultado de los dimanantes tanto de la normación legal como de la tesis jurisprudencial indicada, a lo que se une que la policía judicial, a pesar de su denominación, depende de las órdenes del MP (aa. 43 fr. I del CPP; 3 Fr. I del CFPP), y 21 de la C pfo. primero, segundo lineamiento). A todo lo expuesto, aplicando la conexión normativa de sentido, hay que añadir que el MP (tanto federal como local), está jerárquicamente organizado y encabezado por el pertinente procurador general, designado y libremente removido, ya sea por el presidente de la República (aa. 102 de la C. reglamentada por la Ley de la Procuraduría General de la República, 73 Fr. VI, base 5a., de la C, así como por las disposiciones reglamentarias correspondientes, en lo referente a los procuradores de la República y del Distrito Federal, y por los gobernadores de los estados en los demás casos. Tras ésta contextualización, ubicatoria de la especificidad del régimen mexicano, se impone el terminar de perfilar todo lo restante en relación a la querrela. La querrela, como ha quedado oportunamente indicado, tiene una doble proyección: sustantiva (bajo el aspecto de condición objetiva de punibilidad), y estrictamente procesal (donde tome la configuración de requisito de procedibilidad). En el plano sustantivo, puede ser estimada como una manifestación de voluntad del sujeto pasivo del delito dirigida a solicitar el castigo del mismo; bajo esta conceptualización queda en estrecha conexión con el perdón, en cuanto derecho. En fundamento de la institución jurídica de la querrela reside en una doble exigencia; a) en ciertos eventos típicos, por su escasa relevancia social y comunitaria, la ley permite al sujeto pasivo del delito (es decir, al titular del bien o bienes

jurídicamente tutelados), una determinación volitiva en orden a la misma ilicitud del *factum*, o de la oportunidad o no de poner en movimiento a la maquinaria judicial, y b) en otros delitos, éstos si da mayor trascendencia socio-comunitaria (estupro, aa. 262-264 del CP.; abuso de confianza, aa. 382-385 del CP), la ley remite a la volición del sujeto pasivo del delito la elección o no de la vía judicial. La razón, en este supuesto, es que la utilización de la vía judicial podría - (por el cortejo, inevitable, del *strepitus, fori*, que la acompaña, en frase de Giovanni Leone), provocar al mismo ofendido un daño mayor que la posible reparación o satisfacción judicial. De todas formas, los dos supuestos vienen a desembocar en el principio de la subordinación del interés público particular, "subordinación producida, o por la conveniencia para el Estado de atender el interés particular frente a un interés público..., o por lo tenue del interés público". Desde luego, la regla general es la persecución de oficio, mientras que la perseguibilidad mediante la querrela solamente procede en los casos expresamente previstos por la ley: códigos o leyes especiales. La doctrina se ha escindido en dos posiciones en cuanto a la naturaleza jurídica de la querrela, y en su correspondiente ubicación dentro de la parcela penal. Un grupo de distinguidos tratadistas entiende que la querrela debe situarse en el ámbito general de la materia punitiva; la estiman una condición objetiva de punibilidad, y no un mero presupuesto procesal, ya que --con ella-- no se promueve la acción penal, por ser ésta una condición de derecho sustantivo para la punibilidad; el evento delictuoso se hace punible y constituye, por consiguiente, delito sólo en cuanto sea querrellado. Manzini, Ma sari, Pannain, etc., la incluyen dentro del derecho sustantivo o material. El estado ve limitado su poder de sancionar, al quedar en manos del sujeto pasivo del delito la posibilidad de poner en movimiento la acción penal. Frente a esta postura, destacados especialistas actuales no hablan de la querrela como de un requisito o condición de procedibili

dad, así Florián, Attaglini, Riccio, Ranieri, Vannini, Maggiorre, Antolisei, entre otros, de los extranjeros y Villalobos, González Bustamante, Franco Sodi, Rivera Silva, Piña y Palacios, Colín Sánchez entre los nacionales. El fundamento de esta posición reside en que se trata de un derecho potestativo del ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades; la actuación de la máquina judicial se encuentra condicionada a la manifestación de voluntad del particular, sin la cual no es factible el proceder; la conclusión, tras este razonamiento, se impone (para los particulares de esta postura doctrinal), la querrela es un verdadero requisito de procedibilidad. En realidad, como se ha esbozado anteriormente, son dos caras de la misma moneda. Cabe sostener la caracterización como condición objetiva de punibilidad, sin desdoro de su conceptualización como instituto procesal. Entendemos que se trata de un derecho subjetivo público. Y creemos que es así, porque no queda al arbitrio del particular el decidir si la pena será o no aplicada (el jus punendi tiene un único titular: el Estado); por otra parte, aun interpuesta la querrela no se sigue indefectiblemente la llegada de la sentencia - ni tampoco que ésta vaya a ser automáticamente condenatoria. Finalmente, la posibilidad del desistimiento del particular no significa, en absoluto, que sea dejado a su decisión, o su capricho, la punición del hecho delictuoso. En cuanto a la forma de la querrela, en el derecho comparado, hay distintos tratamientos. Países (nos referimos a hispanoamericanos) como España o la República Argentina exigen requisitos muy específicos para su formulación legal. El a. 176 del Código de Procedimientos Penal Argentino establece, cuando menos seis exigencias formales en la redacción de la querrela con las demandas civiles. La Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, por su parte, en el a. 277 eleva a siete los requisitos para su debida formulación. Entre ellos cabe destacar la necesidad de su presentación mediante procurador, con poder bastante, y bajo la dirección técnica-jurídica de un profesional de derecho-

(abogado en ejercicio), es decir, de letrado. En la República Mexicana, pueden diferenciarse los requisitos y el contenido. Su formalismo es mucho menos que en los ordenamientos citados. 1. En cuanto a los requisitos, podrá presentarla: a) el ofendido (aa. 115 del CFP y 264 del CP); b) su representante legítimo, y c) el apoderado, siendo suficiente la tenencia de un poder general para pleitos o cobranzas, con cláusula especial, sin necesidad de acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto (a. 264 del CP). 2. En referencia al contenido, la querrela contendrá: a) una relación verbal o por escrito de los hechos, y b) la ratificación, ante la autoridad correspondiente, del presentado de la misma. El reiterado a. 264 del CP señala que estará válidamente interpuesta, debidamente formulada, cuando sea presentada por la parte ofendida independientemente de que sea menor de edad. La querrela presentada por los legítimos representantes será válida, porque la normación procesal lo autoriza; sin embargo, en las querrelas presentadas por personas físicas será suficiente un poder semejante, con excepción de los casos de rapto, estupro o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas referidas en la parte final del primer párrafo del a. 264 del CP. Chiovanda mantiene que la querrela da nacimiento a una auténtica sustitución procesal, porque quién la ejercita obra procesalmente en nombre propio para ejercitar un derecho de otro, el jus punendi que es patrimonio exclusivo del Estado. Pero no es una sustitución procesal cualquiera sino muy especial, sui generis, por que el sustituto no actúa con el sustituido, representante del titular del derecho material. Por último, el derecho de querrela se extingue: a) por muerte del agraviado; b) por perdón; c) por consentimiento; d) por muerte del responsable, y e) por prescripción. (14).

La querrela es una manifestación hecha por el ofendido a la autoridad competente, dándole a conocer el delito de que fué víc

tima y su interés en que se persiga al delincuente. Tratando se de algunos delitos, como el abuso de confianza, el adulte_ rior, el rapto, el estupro, las injurias, la difamación, la ca_ lumnia y algunos casos espaciales de daño en propiedad ajena - por imprudencia, de robo y de fraude, el Ministerio Público, - aún cuando tenga noticias de su comisión, no puede proceder - contra los responsables sin previa querrela del ofendido o su - legítimo representante, al extremo de que el Código de Procedi_ mientos Penales ordena que en los casos en que se haya inicia_ do la averiguación penal o inclusive en los casos en que se ha_ ya instaurado ya el proceso ante el juez competente, tratándo_ se de uno de estos delitos, al advertir la falta de querrela - deberá inmediatamente suspenderse el procedimiento. Como se vé la ausencia de querrela, en los casos en que la ley la esti_ ma necesaria, impide al Ministerio Público proceder a la perse_ cución del ilícito penal, lo que a primera vista parece derrum_ bar el edificio de la acción penal cimentado sobre la naturale_ za pública de ésta; pero no sucede así puesto que el quere_ llante no ejercita la acción penal que permanece siempre a car_ go del Ministerio Público. La querrela es simplemente una - condición de procedibilidad y el titular de la acción sigue, - en todo caso, siendo el Estado quien continúa ejercitándola - por conducto del Ministerio Público, resulta claro que en ta_ les condiciones la querrela no contradice el carácter público de la acción penal. (15).

Por lo que respecta al ROBO DE FRUTOS, se presentan como requi_ sitos la denuncia, es decir que cualquier persona que se perca_ te de la comisión del ilícito puede hacerlo del conocimiento - de las autoridades; la querrela conforme lo dispuesto por el numeral 399 Bis del c.s.p.v. párrafo primero, siempre y cuando se hubiesen cometido por ascendientes, descendientes, cónyuge, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo gra_ do, concubina o concubinado (unión libre de más de 5 años), - adptante y adoptado, así como para los terceros que lo hubie_ sen cometido en compañía de los antes mencionados.

BIBLIOGRAFIA

1. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, p. 21.
2. Sergio García Ramírez, Victoria Adato de Ibarra. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, p. 23.
3. González Bustamante, Juan José. Prontuario de Derecho-Procesal Penal Mexicano, p. 127.
4. Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano, pp. 25-26.
5. Sergio García Ramírez, Victoria Adato de Ibarra. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, pp. 23-24.
6. González Bustamante, Juan José. Prontuario de Derecho-Procesal Penal Mexicano, p. 130.
7. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo III, pp. 90-91.
8. Briseño Sierra, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano, p. 73.
9. Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso, p. -
138.
10. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, p. 22.
11. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I, pp. 95-97.
12. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, p. 23.
13. Sergio García Ramírez, Victoria Adato de Ibarra. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, pp. 25-27.
14. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VII, pp. 316-319.
15. Franco Sodi, Carlos. Procedimiento Penal Mexicano. pp. 25-27.

CONCLUSIONES

- 1.- Estimo y me adhiero a las críticas elaboradas por los tradu__
tadistas, en el sentido de que la definición de robo esta__
blecida en el numeral 367 del ordenamiento penal, es tau__
tológica, al hacer mención de que se lleve a cabo la con__
ducta "...sin derecho...". Siendo --a mi criterio-- iló__
gico e innecesario la inclusión de esta expresión, en vir__
tud de que la antijuricidad es integrante de todo delito
y el actuar con derecho evita la posibilidad de conside__
rar esa conducta como delictuosa. En mi opinión, basta__
ba con indicar que comete el delito de robo, el que se -
apodera de un bien mueble ajeno. Únicamente agregándo__
le, con ánimo de dominio. Que aunque la Suprema Corte -
ha determinado que existe implícitamente, no está por de__
más incluirlo en la definición, para que esta resulte más
afortunada.
- 2.- Por otro lado la definición resulta redundante al expre__
sar "... y sin consentimiento de la persona que puede dis__
poner de ella con arreglo a la ley.", ya que es obvio que
al tomar un bien mueble sin el consentimiento, la conduc__
ta llevada a cabo será sin derecho y por ello antijurídi__
ca.
- 3.- Comete el delito de robo de frutos aquel que se apodera -
de un bien mueble --denominado fruto-- ajeno, con ánimo -
de dominio.
- 4.- El ilícito en estudio es un delito de acción, pues el ver__
bo núcleo del tipo "apoderarse", implica necesariamente -
un actuar, y conforme al artículo 369 del Código Penal, -
se dará por consumado en el momento en que se apodera (el
agente) de la cosa, sin embargo hay que estudiar con sumo
cuidado cada caso concreto, para poder determinar feha__
cientemente en que momento el sujeto activo aprehende la
cosa.

- 5.- Como se puede apreciar y de acuerdo a las consideraciones expresadas en el capítulo primero, parte cuarta, se darán la fuerza física, el sonambulismo, el hipnotismo y los actos automáticos, como casos únicos de ausencia de conducta.
- 6.- El delito de robo de fruto se clasifica en orden al tipo como anormal, básico, especial, complementado, autónomo, amplio de daño, conforme a lo señalado en la primera parte del capítulo segundo.
- 7.- Podríamos decir que el robo es doblemente antijurídico en virtud de ser la conducta violatoria del numeral 367 del ordenamiento penal, es decir, daña el patrimonio del sujeto pasivo, violando una norma tutelar de bien jurídico, y además por contener la expresión "...sin derecho..." en la definición; y por consiguiente el robo de frutos.
- 8.- Las causas de justificación que operan en el robo de frutos son el Estado de necesidad, y el consentimiento del interesado en la hipótesis descrita por la fracción I del artículo 368. Y en relación al ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica, cumplimiento de un deber y consentimiento del interesado que normalmente operarían como causas de justificación, en virtud de la definición contenida en el numeral 367 del Código Penal, son tratadas como causas de atipicidad.
- 9.- En el robo de frutos se presentan la minoría de edad, el trastorno mental y el estado de inconsciencia, como causas de inimputabilidad, de conformidad con lo expresado en la parte segunda del capítulo tercero.
- 10.- Se presentarán las siguientes causas de inculpabilidad en el Robo de frutos atento a las consideraciones establecidas en la cuarta parte del capítulo cuarto. El error de hecho esencial e invencible, la obediencia jerárquica, el deber y derechos putativos, el encubrimiento de parientes

y allegados, y finalmente estudiando con sumo cuidado cada caso en concreto tal vez se pueda presentar el temor fundado.

- 11.- El robo de frutos se sanciona con base en lo dispuesto por los artículos 367, 370, 371, 380 y 381, todos del ordenamiento penal. Por lo que varía entre un día a 2 años de prisión y multa hasta de 100 veces al salario como leve y 4 a 10 años, más 3 días a 3 años, más multa de 180 a 500 veces el salario como la más grave.
- 12.- Por las razones expresadas en la parte segunda del capítulo cuarto, únicamente se presenta la excusa absolutoria por razón de mínima temibilidad.
- 13.- En lo que se refiere a las circunstancias agravantes que pueden presentarse en el robo de frutos, se darán las contenidas en los artículos 372, 373, 384 bis, 386 y 46, así como las fracciones I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII y IX del numeral 381, todos del ordenamiento punitivo.
- 14.- A pesar de ser considerado como una excusa absolutoria en función de la conservación de los vínculos familiares, el contenido de la primera parte del artículo 399 bis del Código Penal, por algunos Tratadistas, soy del parecer que lo que se contiene en dicho párrafo es simplemente la men_ ción del requisito de procedibilidad llamado querrela.

BIBLIOGRAFIA

- 1) Briseño Sierra, Humberto. EL ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO. Primera Reimpresión. Editorial Trillas. México, 1982.
- 2) Carrancá y Trujillo, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO. Tercera Edición. Editorial Antigua Librería Robredo. México, 1950.
- 3) Carrara Francesco. PROGRAMA DEL CURSO DE DERECHO CRIMINAL. Traducción de Jorge Ortega Torres y Jorge Guerrero. Editorial Temis. Bogotá 1957-1958.
- 4) Castellanos Tena Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Duodécima Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1978.
- 5) Celestino Porte Petit Candaudap. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. Editorial Jurídica Mexicana. - México, 1969.
- 6) Celestino Porte Petit Candaudap. DOGMATICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1975.
- 7) Celestino Porte Petit Candaudap. ROBO SIMPLE. Editorial - Porrúa, S.A. México, 1984.
- 8) Cuello Calón. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Novena Edición. Barcelona, 1955.
- 9) De F. Moreno Antonio. CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO. Primera Edición. Editorial Jus. México, 1944.
- 10) De Pina, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa, S.A. México, 1970.
- 11) DICCIONARIO DE BIOLOGIA, Ediciones Rioduero. México, 1980.
- 12) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Primera Edición. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídica. (Universidad Nacional Autónoma de México). México, 1983.

- 13) Franco Guzmán Ricardo. APUNTES DE LA CLASE DE DERECHO PENAL II.
- 14) F. Cárdenas, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO DEL ROBO. Editorial Porrúa, S.A. México, 1977.
- 15) Franco Sodi, Carlos. PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1946.
- 16) Gómez Lara, Cipriano. TEORIA GENERAL DEL PROCESO. Tercera Reimpresión. Editorial Textos Universitario (Universidad Nacional Autónoma de México). México, 1981.
- 17) González Bustamante, Juan José. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO, Octava Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1985.
- 18) González de la Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO, - Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1964.
- 19) Jiménez de Asúa, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Quinta Edición. Editorial Hermes, México, Buenos Aires. 1967.
- 20) Jiménez de Asúa, Luis. TRATADO DE DERECHO PENAL. Tercera Edición. Editorial Lozada. Buenos Aires, Argentina, 1964.
- 21) Jiménez Huerta, Mariano. DERECHO PENAL MEXICANO. Primera Edición. Editorial Antigua Librería Robredo. México, 1963.
- 22) Jiménez Huerta, Mariano. LA TIPICIDAD. Editorial Antigua Librería Robredo. México, 1955.
- 23) Maggione Giuseppe. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Traducción de Jorge Ortega Torres. Editorial Temis. Bogotá, - 1955.
- 24) NUEVO DICCIONARIO ENCICLOPEDICO LAROUSSE ILUSTRADO. Segunda Edición, Décima Segunda Reimpresión. Editorial Ediciones Larousse. México, 1964.
- 25) Osorio y Nieto Cesar Augusto. LA AVERIGUACION PREVIA. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983.

C

- 26) Osorio y Nieto, Cesar Augusto. SINTESIS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Primera Edición. Editorial Trillas. México, 1984.
- 27) Pavón Vasconcelos, Francisco. COMENTARIOS DE DERECHO PENAL. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, - 1973.
- 28) Pavón Vasconcelos, Francisco. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1976.
- 29) Pavón Vasconcelos, Francisco. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1967.
- 30) Quintano Ripolles, M. CURSO DE DERECHO PENAL. Editorial - Revista de Derecho Privado, Madrid. 1963.
- 31) Ranieri. MANUALE DI DIRITTO PENALE PARTE SPECIALE. Padova 1952.
- 32) Raúl Carrancá y Trujillo, Raúl Carrancá y Rivas. CODIGO - PENAL ANOTADO. Editorial Porrúa, S.A. México, 1986.
- 33) REVISTA PROMECO (Médica). Número 25. Artículo: Sueños y Ritmos Siccadios. Dra. Carolina Barbero de Arúffo.
- 34) Sergio García Ramírez, Victoria Adato de Ibarra. PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.
- 35) Vela Treviño, Sergio. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Primera Edición. Editorial Trillas. México, 1973.
- 36) Vincenzo Manzini. TRATTATO DI DIRITTO PENALE ITALIANO, DELI TTI CONTRO IL PATRIMONIO. Torino 1938.

LEGISLACION

- 1) Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-1975.
- 2) Anales de Jurisprudencia.
- 3) Boletín de Información Judicial. (1962, 1964, 1957, 1956, - 1960, 1958, 1963, 1959, 1961).
- 4) Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de - la Nación. (1960, 1970, 1980, 1964, 1955, 1959, 1967, 1975, 1968).
- 5) Penal Práctica. Editorial Andrade.
- 6) Semanario Judicial de la Federación.
- 7) Suplemento de Información Judicial. (1956).