

166
2 ej'



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON

ESTUDIO JURIDICO - DOGMATICO SOBRE EL
DELITO DE ROBO Y SU CONSUMACION

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JORGE EDUARDO HERNANDEZ MONROY

FALLA DE ORIGEN

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEX.

1989



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Pág.

INTRODUCCION

	CAPITULO PRIMERO	
I	EL TIPO DE ROBO	I
	I.1 El Tipo	2
	I.2 Elementos Objetivos	25
	I.3 Elementos Subjetivos	63
	I.4 Elementos Normativos	73
	CAPITULO SEGUNDO	
2	EL DELITO DE ROBO	100
	2.1 La Conducta	101
	2.2 La Tipicidad	123
	2.3 La Antijuridicidad	124
	2.4 La Culpabilidad	141
	CAPITULO TERCERO	
3	DETERMINACION DE LA CONSUMACION Y SUS EFECTOS EN EL DELITO DE ROBO	172
	3.1 El Iter Criminis	173
	3.2 La Tentativa	176
	3.3 La Fijación del Momento en que se Consuma	178
	3.3.1 Visión de la Doctrina	178
	3.3.2 En Nuestra Ley	182
	3.3.3 Posibilidad de Encontrar Respuesta en Nuestra Ley	183

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Escogimos el problema de la determinación del momento consumativo en el robo como tema fundamental de esta investigación, por es timar, es importante y de gran utilidad tenerle bien presente y claro, dada por una parte la abundancia de casos que se presentan que requieren de tal herramienta de conocimiento, y, por otro lado, dado también el inculcable caos que reina tanto en doctrina como en jurisprudencia al tratarse sobre el mismo, en vista de las tan variadas opiniones y tesis que sobre él se dan, atinentes no a un único criterio de solución; pero además, lo elegimos, porque éste nos permite hacer un más detenido escudriñamiento sobre ciertos tópicos, podríamos decir con reserva, aledaños, que a más de interesantes y útiles son de esencia para su comprensión. Sin embargo, es -- pertinente reconocer que este estudio, ni aun visto con la mejor -- buena fe, constituye algo acabado, pues estimamos, esa es hasta ahora una meta inalcanzable; aunque por otro lado, consideramos, en el mismo se ven, con la debida amplitud, los puntos claves y básicos -- sobre los que, en última instancia, desenvolvemos nuestra última -- conclusión.

Así pues, en este trabajo buscamos estudiar al delito de robo partiendo de una concepción sistemática sobre el mismo, por lo que le hemos dividido en tres partes: la primera, trata acerca de la -- Teoría del Tipo penal y en ella se ve lo relativo a los diversos -- campos teóricos que circundan a tal noción, y asimismo, se analiza la composición de los elementos que le conforman, comenzando por -- los objetivos, en donde hallamos al núcleo del tipo y a las modalidades y referencias de la conducta, que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio, todo ello encuadrado al delito de robo. En esta parte, se determina que el término apoderamiento se traduce en la -- posesión sobre la cosa, y que ella se alcanza de acuerdo con nuestra legislación, con la relación material, cualquiera que sea, que permita al sujeto ejercer un poder de hecho sobre la misma; y del -- mismo modo, se llega a la consideración de que el apoderamiento no conlleva en todos los casos un desapoderamiento; y asimismo, se ve, el objeto jurídico en el robo lo es, genéricamente el patrimonio -- económico, y específicamente la posesión, y no la propiedad. De la misma manera, en esta primera parte, se trata otro punto clave para la determinación de la consumación en el robo, cual es el elemento

subjetivo, mismo que de acuerdo con la postura más congruente con nuestra legislación, se ve, reside en el propósito de ejercer un poder de hecho, el cual, no excluye a la intención final, ubicada, -- más bien, en la culpabilidad; tal parecer, de igual forma se destaca en ese lugar, es acorde con la teoría objetiva de la posesión, -- de Von Ihering. Finalmente en esta primera parte, tocamos a los elementos normativos del tipo de robo, que son: a) mueble, b) ajena, -- c) sin derecho, y d) sin consentimiento. En esta primera parte, --- igualmente, se examina lo referente a la clasificación del robo en orden a los sujetos y al tipo. La segunda parte, por otro lado, se aboca al estudio de la Teoría del Delito y en ella se investigan, -- tanto los elementos positivos del mismo referidos específicamente al delito de robo, así como sus aspectos negativos, que eximen de -- responsabilidad al sujeto. De esta manera, en un primer espacio se destaca la enorme importancia aunque no definitiva de las teorías -- causalista y finalista de la acción en la fijación del momento de -- la consumación en el robo, dado el diverso planteamiento que ocasionan en toda la cuestión; y además, por otro lado, se revisa la clasificación del delito de robo en orden a la conducta y al resultado; -- y asimismo, en lo tocante a la ausencia de conducta, se tratan las causas que pueden originarla en función del robo, como lo son -- el sonambulismo y el hipnotismo, y de manera excepcional la fuerza física irresistible o vis absoluta, y lo mismo se hace en relación con las que no pueden fundirse con la conducta de ese mismo delito. Y por lo que hace, por otro lado, a la antijuridicidad, se apoya y se propugna por los criterios objetivo y formal de la misma; y de -- igual forma, en este rubro, se destaca, únicamente puede operar como justificante en el robo el estado de necesidad, el cual hallase singularizado en una figura llamada robo de famélico o de indigente; -- pero además, no por ello se deja de consagrar el estudio consecuente de las demás justificantes, aún cuando no lleguen a fundirse con el robo, permitiéndolo. De igual manera, en otro orden de ---- ideas, se habla de las causas de inimputabilidad que pueden aparecer en relación a nuestro delito en estudio. Y finalmente, en esta segunda parte, se aborda a la culpabilidad, primeramente con un análisis de las teorías que hay en torno a ella, concluyéndose en ese lugar, que nuestro Derecho en realidad es sostenedor de la teoría -- llamada "compleja" de la misma; y de igual manera, en esa misma tesitura, se contemplan por un lado las diversas formas de la culpabilidad subjetiva y normativa, refiriéndolas luego al robo, destacándose que en el mismo sólo opera el dolo, y que se discute acerca de la preterintencionalidad, no obstante lo cual, nosotros aceptamos,

puede presentarse en el mismo; y, por otro lado, se hace una especial referencia en ese espacio, también, a las diversas causas que originan la inculpabilidad, referidas al robo, tales como el error de hecho esencial, vencible o invencible, dada la imposibilidad de la culpa en nuestro delito estudiado, al error de tipo, al error de licitud, y asimismo, a la obediencia jerárquica, aunque en este último caso, sólo cuando se ve como especie del error de hecho esencial e invencible; u lo mismo se hace con un segundo capítulo de la inculpabilidad, representado por las especies de la no exigibilidad de acatamiento de la conducta prescrita en la norma, como el caso del temor fundado e irresistible que, aceptamos, puede operar en el robo, y el de otras figuras más, que aunque no pueden alojarse en la descripción típica de ese mismo delito, no por ello omitimos su examen. Finalmente, la tercera y última parte de nuestra explicación, trata sobre la determinación del momento de la consumación y sus efectos en el delito de robo, y en ella se indaga primeramente sobre el iter criminis y sobre la tentativa, todo refiriéndolo a nuestro delito en estudio; para desembocar luego en la fijación final de la consumación en el mismo, en donde son recogidas tanto la visión global que ofrece la doctrina sobre el particular, como el parámetro que marca nuestra ley, debe seguirse en la solución de esta cuestión, representado esencialmente por lo dispuesto en el artículo 369 de nuestro Código Penal. En esta parte, igualmente debemos anotar, son retomadas las ideas fundamentales que atañen al tema, y que se encuentran diseminadas en diferentes partes de esta obra. De esta manera, en ella se ve, dos son básicamente los enfoques imperantes, de índole tanto jurídico como filosófica, que presentan explicaciones para determinar el momento preciso en que el sujeto "tiene en su poder la cosa robada", es decir, para determinar aquel instante del iter criminis en que tiene verificativo, sin desapego a nuestra ley, la consumación en el robo: Uno, llamado de la "amotio", que no está por demás señalarlo aquí, es el criterio más apegado a nuestra legislación, y además, acorde con el idealismo gnoseológico, con el causalismo de la acción, con la teoría objetiva de la posesión, de Von Ihering, y, en fin, conforme con un Derecho en donde el objeto jurídico en el robo es el patrimonio económico y la posesión, y el elemento subjetivo es el de ejercer un poder de hecho sobre la cosa. Y otro, que va más allá de este último, llamado de la "ablatio", que es acorde, más bien, con el realismo filosófico, con el finalismo de la acción, con la teoría subjetiva de la posesión, de Savigny, etcétera. Al final de todo, nosotros nos atrevemos a esbozar otro enfoque para la solución del problema.

C A P I T U L O P R I M E R O

I E L T I P O D E R O B O

I.1 E l T i p o

I.2 E l e m e n t o s O b j e t i v o s

I.3 E l e m e n t o s S u b j e t i v o s

I.4 E l e m e n t o s N o r m a t i v o s

I EL TIPO DE ROBO

Para averiguar si una conducta humana se encuentra teñida de delictuosidad, lo primero que hay que hacer es abrir el Código Penal y verificar si esta se encuentra previamente determinada y sancionada por alguno de sus tipos.

Tal exigencia, según la doctrina, proviene del principio de legalidad "nullum crimen, nulla poena sine lege", acuñado por --- Feuerbach, y acogido por nuestra Constitución Federal, al establecer en su artículo 14, que "... En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate ..."

Así, "... el tipo constituye un presupuesto general del delito ..." (I). He ahí la razón de la inclusión del tipo como punto de partida en el presente trabajo

En consecuencia, el tipo de robo es primero, pues éste existe inmutable, consagrado en el artículo 367 del Código Penal, "viste" llenando todos los momentos, como esperando pacientemente recibir en su descripción al primero de los elementos del consecuente delito de robo que llegue a perpetrarse, que como se sabe,

(I) Porte Petit, Celestino. Avuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 7a. ed.: Porrúa, S. A.: México, 1982. Pág. 423

es la conducta; para luego, una vez encuadrada ésta, pasar a indagar la presencia de los demás elementos del mismo.

También, al existir el tipo de robo contemplado en el Código, no podrá aducirse ausencia del mismo; aunque si, cuestión diferente, ausencia de tipicidad, según se verá en su oportunidad.

I.I EL TIPO

Ninguna definición del tipo resulta plenamente inteligible si no se tiene en cuenta el marco de referencia doctrinal en donde ubicarla. Por ello, considero acertada la opinión de Sergio E. Rosas Romero en el sentido de que: "... no es posible identificar al tipo atendiendo sólo uno de los campos teóricos que lo sustentan ..." (2). Luego entonces, si se quiere comprender cabalmente dicha noción, habrá que hacer referencia a los diversos puntos teóricos que sobre la misma se han esgrimido, los cuales -agunta el citado autor (3)- podemos concentrar en tres criterios, a saber:

1. Por cuanto a la naturaleza de los elementos que abarca, comprendiendo a las teorías del tipo:

- a) Objetivo.
- b) Subjetivo (tipo de autor).
- c) Mixto (objetivo - subjetivo).

2. Por cuanto a su relación con la antijuridicidad, situando a las teorías del tipo:

- a) Avalorado (independencia).
- b) Indiciario (carácter presuntivo).
- c) Ratio essendi. Posición que reconoce dos variantes:

- a') De los elementos negativos del tipo (implicación)
- b') De injusto

(2) Consideraciones Jurídicas en torno al Corpus Delicti. Difusión y Publicaciones de la ENEP Aragón, de la UNAM; México, --- 1986. Pág. I

(3) Cfr. Idem.

3. Por cuanto a su relación con la culpabilidad, abarcando las teorías del tipo:

- a) Leitbild.
- b) De delito.
- c) De culpabilidad.

I. Por cuanto a la naturaleza de los elementos que abarca:

a) Teoría del tipo objetivo.

Al respecto Zaffaroni enseña, que: "... hasta 1906 no puede hablarse propiamente de una teoría del tipo penal, la que en ese año fue enunciada por Ernest Von Beling, quien respetando la sistemática del delito escindida en un injusto objetivo y en una culpabilidad subjetiva, introdujo una distinción en el injusto (elemento objetivo) entre tipicidad y antijuridicidad categorías que continuaban conservando su carácter objetivo. El concepto de tipo penal nace, pues, en 1906 concebido en forma objetiva, es decir, como abarcando sólo la exterioridad de la conducta y prescindiendo de todo lo interno ..." (4).

En este mismo orden, apunta Jiménez Huerta, aludiendo a lo escrito por Maurach, que antes de 1906 era casi unánimemente concebido el delito como 'una acción antijurídica, culpable y sancionada con una pena', en donde la pena era considerada más o menos como un apéndice exterior respecto del injusto (5), por lo que el delito, como afirma Zaffaroni, estaba compuesto o escindido por dos partes, una objetiva (la acción antijurídica) y otra subjetiva (la culpabilidad) y no comprendía, como se vé, a la tipicidad. El mérito de Beling, entonces, vendría a manifestarse en esa fecha con la incorporación de éste último elemento dentro de la sistemática elaborada en torno al delito. Aunque, por otra parte, esta teoría estaba dirigida a considerar al tipo como una mera descripción objetiva, ya que la tipicidad quedaría dentro de la par-

(4) Manual de Derecho Penal. Parte General. 4a. ed. Cárdenas Editor y Distribuidor: Argentina, 1985; y México, 1986. Pág. 27

(5) Derecho Penal Mexicano. La Tipicidad, T. I. 4a. ed.; Porrúa - S. A.; México, 1981. Pág. 28

te objetiva del delito. Aseveración que significa (y que no compartimos, como se hará ver) que el tipo no contempla elementos -- normativos y subjetivos (véanse los puntos correspondientes en este trabajo), y que asimismo, nada tiene que decir acerca de la antijuridicidad (véase teoría avalorada del tipo).

"... El contenido del tipo (enseña Porte Petit), puede ser meramente objetivo, u objetivo y normativo; conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo. De tal manera, que el concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hechos descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos ..." (6). Por lo que el tipo penal, en efecto, no siempre será una mera descripción objetiva.

En el mismo sentido discurre, notamos, el argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, ya que el mismo escribe, que "... los tipos no -- son a veces absolutamente descriptivos, porque en ocasiones acuden a conceptos que remiten o se sustentan en un juicio valorativo jurídico o ético ..." (7), como en el caso del tipo de robo -- que nos habrá de ocupar, donde, desmenuzando su definición (misma que se verá más adelante), encontramos que los vocablos "cosa ajena" y "mueble", incluidos en ella no son descriptivos, sino que -- debemos acudir a la valoración jurídica que está hecha en el Código Civil para comprender su significado, que dicho sea de paso, -- deberá ser jurídico.

Pero precisamente por esa remisión a una valoración que ya está contenida en la ley, es que Beling ya había señalado que los conceptos jurídicos que contienen los tipos penales se presentan simplemente como materia de reglamentación y, por ende, no tienen naturaleza normativa, sino tan sólo despliegan una función descriptiva. Más a pesar de los esfuerzos del citado autor en defensa de su teoría, no puede convencernos (argumenta Jiménez Huerta) -- que todos los elementos del tipo delictivo son puramente descriptivos, pues aunque es exacto que algunos conceptos jurídicos contenidos en los tipos aparecen simplemente como objetos de reglamentación jurídica ("cosa ajena mueble"), no es posible descono--

(6) Ob. Cit. Págs. 323, 324

(7) Ob. Cit. Pág. 392

cer que las figuras típicas contienen también conceptos jurídicos ("sin derecho") que sólo pueden ser determinados a través de verdaderas valoraciones normativas, las cuales estarán expresamente indicadas en los tipos, siempre que en ellos se contenga una especial alusión a la antijuridicidad de la conducta que se describe (8).

b) Teoría del tipo subjetivo (tipo de autor).

Esta teoría proviene, a su vez, del derecho penal de autor, respecto del cual no existe un criterio unitario acerca de lo que es, más a pecar de ello, podemos decir que, al menos en su manifestación extrema es una corrupción del derecho penal en que no se prohíbe el acto en sí, sino el acto como manifestación de una forma de ser del autor. El acto tendría valor en tanto que es el síntoma de una personalidad peligrosa; lo prohibido y reprochable o peligroso sería, pues, la personalidad, o más bien, el sujeto, y no el acto. De acuerdo con esto, entonces, por ejemplo, no se condenaría tanto el robo como el ser ladrón (9).

Lo anterior, nos permite evocar a la escuela positiva del derecho penal, de la cual, el derecho penal de autor constituye una expresión. Con sus exponentes más destacados, los italianos - César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo, quienes, no obstante la variedad de sus argumentaciones, apuntaban a coincidir, entre otros puntos, en los siguientes:

1). El punto de mira de la justicia penal es el delincuente (el delito es sólo un síntoma revelador de su estado peligroso).

2). En consecuencia, lo sancionable será el estado peligroso (la sanción no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor).

3). Con la consecuente negación del libre albedrío (concepción antropológica o determinista que considera al hombre incapaz de elegir entre el bien y el mal. El delincuente es un anormal, - un ser atávico, con regresión al salvaje, es un loco o un epiléptico).

4) Determinismo de la conducta humana (consecuencia natural

(8) Cfr. Ob. Cit. Págs. 82, 83 y 86

(9) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Págs. 74 y 396

de la negación del libre albedrío. La conducta humana está determinada por factores de carácter físico biológico, psíquico y social (IO).

No obstante, no todo derecho penal de autor se funda en una concepción determinista o biológica como se acaba de exponer. Hay una concepción dentro del mismo que no niega la autonomía moral del hombre, misma que parte de la base de que la personalidad inclinada al delito se genera en la repetición de conductas que en un principio fueron libremente elegidas y, por ende, pretende que lo que se reprocha al autor no es un acto, sino la personalidad que ese acto revela (culpabilidad de autor), y también, que lo prohibido es la personalidad, lo que se llama tipo de autor; lo cual significa, por otra parte, que se recoja en el contenido del tipo no ya la descripción de una conducta, sino de una personalidad peligrosa.

Pero, como afirma Zaffaroni, de quien por cierto hemos tomado las anteriores impresiones, el prohibir una personalidad implica la aberrante pretensión de un derecho penal que ignore cualquier límite de privacidad y reserva, toda vez que un derecho que reconozca y respete el libre albedrío de una persona, jamás puede penar el ser de la misma, sino sólo su hacer. No se puede penar a un hombre por ser como ha elegido ser, sin que con ello se viole su esfera individual de libre existencia y disposición de ----- si (II).

El sancionarlo por su mera personalidad, implicaría tanto lo anterior, como también desconocer la esencia misma del derecho, habida cuenta de que las normas que lo integran están expresadas como un deber ser dirigido a la conducta humana, misma que habrá de externarse en forma conciente y voluntaria para que la norma penal descargue su consecuencia lógica; dichas normas parten del supuesto de que pueden ser acatadas o quedar incumplidas, esto es, suponen la posibilidad de que sea dable efectuar un comportamiento contrario, en eso radica su esencia. Pero si, por el contrario, el hombre no fuera capaz, por su propia naturaleza, de

(IO) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. 12va. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1978. Págs. 64 - 66

(II) Cfr. Ob. Cit. Pág. 345

decidir entre obedecer o no lo prescrito, entonces las normas caerían de sentido, o en todo caso, no se postularían en forma de deber ser, sino como expresión de algo que fatalmente ocurre. Si la personalidad no es, como lo quieren los positivistas, una expresión de voluntad de su poseedor, sino un producto de su organismo, al establecer su prohibición el derecho pasaría entonces - (algo incongruente para nosotros) a formar parte de las ciencias naturales. Siendo posible también (aunque no lógico) conminar con pena otras manifestaciones que de igual naturaleza presentare el mismo, tales como la respiración (I2).

c). Teoría del tipo mixto (objetivo - subjetivo).

Hasta después de 1906 en que se incluyó la tipicidad dentro del injusto objetivo, y hasta antes de 1910 en que se reconoció - que el injusto (conducta típica y antijurídica) no podía ser totalmente objetivo, prevaleció el criterio proveniente de "... la ilustración que receptaba la física de Newton por un lado y el idealismo por otro ..." (I3), consistente en considerar al delito escindido en dos partes: injusto objetivo - culpabilidad subjetiva, en donde el tipo sería visto como meramente objetivo.

No obstante, esta concepción presentaba algunas dificultades prácticas, como el no poder individualizar la tipicidad de ciertas conductas sin aludir a elementos subjetivos (I4).

Por lo que para superar tales escollos, fue necesaria la enunciación de dos teorías, por un lado, alrededor de 1907, la teoría normativa de la culpabilidad, con la que se incluyen elementos objetivos a la culpabilidad, ya que para retrocharle a alguien lo que ha hecho es preciso tomar en cuenta consideraciones objetivas. Recuérdese que la culpabilidad hasta ese entonces se había considerado como una cuestión subjetiva. Y, por otro lado, la teoría llamada de los elementos subjetivos del injusto en 1910, con la que, por el contrario de la anterior, se incorporan elementos subjetivos en el injusto. Su inclusión era necesaria para precisar la tipicidad en ciertos casos, como en el tipo de robo, en

(I2) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Págs. 67, 68

(I3) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 345

(I4) Cfr. Idem. Págs. 345 - 399 - 401

el que, como se verá, no sólo se contienen elementos objetivos. - Recuérdese que la sistemática de este período aludido consideraba al tipo como únicamente objetivo. Los principales artifices de estas teorías fueron, respectivamente, Frank de la primera y Edmundo Mezger de la segunda (15).

Con esto, comenzó a abandonarse el esquema objetivo - subjetivo del delito, dentro del cual se contenía la concepción objetiva del tipo. En lo sucesivo habría de pensarse respecto de este último como abarcador tanto de elementos objetivos como subjetivos, de esta manera nace el tipo mixto.

En este orden, Hellmuth Von Weber en 1929 y en 1935 "... no distinguía entre la atipicidad y la justificación, de modo que -- participaba de una concepción bipartita del delito: tipo de injusto y culpabilidad normativa ..." (16). De acuerdo con esto, el delito estaba escindido en dos partes: la primera de ellas estaba integrada por el tipo y la antijuridicidad, siendo objetivo - subjetiva; en tanto que el segundo elemento lo componía la culpabilidad normativa, esto es, la culpabilidad objetivo - subjetiva (véase la teoría normativa de la culpabilidad). Esta concepción ubicó al dolo en el tipo.

Hacia 1936, el conde Alexander Zu Dohna "... mantenía la división tripartita del delito, pero creía que la antijuridicidad -- recaía sobre el aspecto objetivo del tipo y la culpabilidad sobre el subjetivo ..." (17); esto es, que siguió conservándose la concepción objetivo - subjetiva del tipo; empero, a diferencia de lo anterior, Dohna separa la antijuridicidad del tipo, como elementos que no pertenecen a una misma célula, y los interconecta, como elementos unicelulares, relacionándolos a nivel objetivo. De igual manera, la culpabilidad recaerá sobre la parte subjetiva -- del tipo. En esta concepción, al igual que en la anterior, el dolo se encuentra ubicado en el tipo.

Más tarde, en la misma década de 1930, con Hans Welzel, ---

(15) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Ibidem*. Págs. 348, 371, 399 y 401

(16) *Ibidem*. Pág. 400

(17) *Ibidem*.

"... se redondea el concepto de tipo complejo, es decir, con un - aspecto objetivo y otro subjetivo, dentro del marco de una teoría del delito con tres caracteres específicos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) ..." (18). También este autor, al igual que los anteriores, ubica al dolo en el tipo. Para ello, sostiene que una conducta no puede ser contemplada fuera o independiente de su finalidad o cometido, pues de ser así, considera, quedaría reducida a un simple proceso causal; o dicho con otras palabras: -----
 "... la 'voluntad de hacer el movimiento' no existe por sí, sino que se integra en forma inseparable con la finalidad del movimiento. Así, cuando muevo un dedo no tengo una 'voluntad de mover un dedo', sino una voluntad de jugar, tocar, sentir, matar, rasgar, etc. La voluntad sin contenido (finalidad) no es voluntad, y la acción humana sin voluntad queda reducida a un simple proceso causal ..." (19). Esta es la llamada teoría finalista de la acción, la cual se opone a la teoría causalista de la acción (misma que de alguna manera, como se verá, influirá sobre la estructura del presente trabajo). Por ahora sólo nos hemos referido a la primera por tener relación con el tema que nos ocupa.

Pero si he de externar algún concepto al respecto, esto lo hacemos con el señalamiento de que esta teoría no se ve vulnerada en manera alguna con la ubicación del dolo en un estrato posterior llamado culpabilidad. El problema básico que se ha expuesto en los anteriores planteamientos radica en el hecho de que la voluntad no puede quedar sin finalidad, y lo cierto es que esto nunca sucede con la no ubicación del dolo dentro del tipo, habida cuenta de que, aun cuando el tipo contiene elementos objetivos, - subjetivos o normativos, o sease, que sólo describe la base estructural de todo delito y no se ocupa del dolo, éste último, de acuerdo con Villalobos (20), será apreciado o captado posteriormente por alguna de las formas de la culpabilidad, con lo cual la intención o finalidad no quedará soslayada, como lo afirman los anteriores autores citados por Zaffaroni. Este mismo autor, por cierto, en defensa de la citada teoría finalista, es de la opinión de que la construcción dogmática que ve al dolo como una de las formas de la culpabilidad "... resulta bastante artificiosa -

(18) Ibidem.

(19) Ibidem. Págs. 370, 371

(20) Cfr. Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 3a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1975. Pág. 267

y, aun cuando fuese factible, al menos cabe reconocer que viola - la ley de la estética jurídica ..." (21), la cual consiste (según deja ver el mismo autor) en que toda construcción dogmática deberá ser simétrica, natural y no artificiosa; aunque su incumplimiento, ya veremos, sólo propicia una manera diferente de ver las cosas (22).

Pero, de cualquier modo, la sistemática causalista es factible (pudiéndose comprobar con el hecho de que prácticamente toda la doctrina penal mexicana la sigue), y aunque no resulte muy estética, como lo quiere Zaffaroni, nos parece una solución más simple, con la que, asimismo, podremos librarnos de confundir a los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo con este último.

2. Por cuanto a su relación con la antijuridicidad.

Será preciso exponer, primeramente, aunque con la brevedad necesaria, un panorama de las distintas posiciones que recoge la doctrina al respecto; para luego, poder estar en aptitud de inclinarnos por alguna de ellas. En este orden, existen tres posiciones fundamentales, una de las cuales reconoce dos subvariantes:

a). Teoría del tipo avalorado (independencia)

Zaffaroni enseña que con la teoría del tipo objetivo, Be-ling, su autor, ha sostenido, además, que la tipicidad no indica nada acerca de la antijuridicidad. Esta teoría se conoce como del tipo avalorado, también llamado neutro o acromático (23). "... Be-ling (apunta Jiménez Huerta) considera que todos los elementos del tipo son puramente descriptivos (véase teoría del tipo objetivo), ya que en ellos no se expresa la valoración jurídica calificante de lo antijurídico ..." (24). Por su parte, Jiménez de Asúa citado por Pavón Vasconcelos, indica que según esta posición --- "... la creación del tipo no implica valoración de la acción, --- pues en él hay total ausencia de contenido de valor ..." (25); sig-

(21) Ob. Cit. Págs. 370, 371

(22) Cfr. Idem. Pág. 136

(23) Idem. Pág. 401

(24) Ob. Cit. Pág. 83

(25) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. T. I, 3a. - ed.; Porrúa, S. A.; México, 1964. Pág. 273

nificando esto último, que el tipo no tiene valor en tanto que en él no se califica lo antijurídico, y asimismo que no se alude a ello, ni aun en su misma elaboración.

b). Teoría del tipo indiciario (presunción).

Jiménez de Asúa, citado por Pavón Vasconcelos, escribe en torno a esta posición lo siguiente: "... Max Ernesto Mayer en su tratado de Derecho Penal, publicado en el año de 1915, desarrolla una doctrina en la cual pretende otorgar al tipo mayor importancia de la que se le dió en la obra de Beling. Para Mayer, el tipo cumple una función aun más importante, pues tiene valor indiciario de la antijuridicidad de la conducta o del hecho (acción) ..." (26). En este orden, agrega Zaffaroni: "... la tipicidad es un indicio o presunción *iuris tantum* (Que admite prueba en contrario) de la antijuridicidad ..." (27), y le llama "... teoría de la *ratio cognoscendi*, ... según la cual la tipicidad se comporta respecto de la antijuridicidad como el humo respecto del fuego ..." (28); o en otro giro, como lo enseña Castellanos: "... no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad ..." (29). Con lo anterior, Mayer supera a Beling, por cuanto a que el tipo ya no es una mera descripción, sino que posee un más alto valor en relación con la antijuridicidad, ya que es indiciario de esta última; pero cuando afirma que la tipicidad es independiente de la antijuridicidad, se coloca en una fase anterior a este último. Recuérdese que en la concepción Beligniana el primero de los dos elementos que componían al delito, que es de carácter objetivo, estaba a su vez compuesto por la tipicidad y la antijuridicidad conjuntamente.

c). Teoría del tipo como *ratio essendi* (identidad).

Las siguientes posiciones, que son lo opuesto a la del tipo avalorado, sostienen, según Zaffaroni, que "... la tipicidad es la *ratio essendi* (la razón de ser) de la antijuridicidad ..." (30). Edmundo Mezguer, principal representante de esta

(26) Ob. Cit. Pág. 273

(27) Ob. Cit. Pág. 401

(28) *Idem.*

(29) Ob. Cit. Pág. 166

(30) Ob. Cit. Pág. 402

posición, explica al respecto que "... el que actúa típicamente - actúa también antijurídicamente, en tanto no existe una causa de exclusión del injusto. El tino jurídico penal que describe dicho actuar típico veese, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de validez (ratio essendi) de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no - aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad ..." (31). Mezger no define al delito como conducta típica, antijurídica y culpable, sino como "... acción típicamente antijurídica y culpable, superando el criterio independizador del tipo de la antijuridicidad (de Mayer), los cuales aparecen fundidos e íntimamente ligados en su construcción ..." (32).

Esta posición reconoce dos variantes importantes:

a'). Teoría de los elementos negativos del tipo (implicación).

Esta teoría fue sostenida por Hellmuth Von Weber. Con ella, este autor proclama que la tipicidad cierra el juicio de antijuridicidad, o sea que, afirmada la tipicidad, quedará también afirmada la antijuridicidad, y, a contrario sensu, las causas de justificación (elementos negativos de la antijuridicidad) actuarán como elementos negativos del tipo, eliminando también a la tipicidad (33).

b'). Teoría del tipo de injusto.

Es enunciada por Paul Bockelmann. Para él, la tipicidad también implica a la antijuridicidad, pero esta última puede excluirse con independencia de la tipicidad, con una causa de justificación (34).

(31) Derecho Penal. Parte General. Trad. de la 6a. ed. del alemán (1955), al español por Conrado A. Finzi. Univ. de Córdoba, - Arg. En Méx. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985. Pág. 159

(32) Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pág. 274

(33) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 402

(34) Cfr. Idem.

Ambas teorías consideran al tipo como ratio essendi de la antijuridicidad, pero mientras que en la teoría de los elementos negativos del tipo la justificación elimina a la tipicidad, en la del tipo de injusto la justificación elimina sólo a la antijuridicidad.

De todo este bloque de teorías que tratan de explicar las relaciones que guarda el tipo con la antijuridicidad, si es que hemos de adherirnos a alguna, optamos por la del tipo como ratio essendi, por las razones que expondré de inmediato. Pero antes, conviene precisar que los mismos argumentos que sirven de base para afirmar la veracidad de esta teoría, son utilizados, por lógica, para negar a la teoría avalorada del tipo, antípoda de la anterior. Por cuanto a las exposiciones de Mayer, Weber y Bockelmann, expondré su análisis con posterioridad. Comencemos, pues, en la siguiente línea, refiriéndonos a la teoría del tipo como ratio essendi.

Beling mismo (autor de la teoría del tipo avalorado) hubo de reconocer, más tarde, coincidiendo con su más severo opositor (Mezguer), que no es posible independizar a la antijuridicidad del tipo, es decir, que no es cierto que el tipo no contenga o diga nada acerca de la antijuridicidad, pues, afirma: "... el legislador cuando construye los tipos de injusto actúa plenamente dentro del ámbito de la conducta antijurídica ..." (35), lo cual, escribe entre nosotros Villalobos, "... inevitablemente presupone la valoración de las conductas descritas, para entresacarlas de la inmensa variedad de actuaciones humanas y señalar sólo aquellos comportamientos tenidos (en condiciones normales) como antijurídicos, y como antijurídicos precisamente correspondientes al orden penal ..." (36). Castellanos Tena, por su parte, notamos, es partidario también de esta idea, pues para él "... la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad ... -ya que desde el punto de vista del proceso formativo del Derecho, la antijuridicidad, al contrario, es ratio essendi del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritos ..." (37), hecho que no puede ser

(35) Jiménez Hurtado, Mariano. Ob. Cit. Pág. 93

(36) Ob. Cit. Pág. 267

(37) Ob. Cit. Pág. 167

negado, efectivamente, hacerlo implicaría tanto como el querer des-
 conocer que al tipo permanece antepuesta una norma (38). Así, pa-
 ra estos autores, el razonamiento de que el legislador valora al
 elaborar el tipo, constituye el fundamento de la teoría del tipo
 como ratio essendi de la antijuridicidad. No obstante, frente a
 esta postura, existe otra que considera, al contrario, a la anti-
 juridicidad como ratio essendi del tipo, advirtiéndose que con --
 ella se invierte la estimación del papel guardado entre el tipo y
 la antijuridicidad en la estructura del delito. Según esta teoría
 (que es sustentada esencialmente por Francisco Blasco y Ricardo -
 Franco Guzmán), el mismo razonamiento con el que se pretende fun-
 damentar a la teoría del tipo como ratio essendi de la antijuridi-
 cidad, es en realidad el verdadero fundamento de la teoría de la
 antijuridicidad como ratio essendi del tipo. Lo que sucede, ense-
 ña Franco Guzmán, "... es que se confunden los momentos lógicos -
 de formación del delito ... En el desarrollo histórico del delito
 -afirma-, la antijuridicidad es ratio essendi de la tipicidad, --
 aunque no sea así en el proceso mental que recorre desde el momen-
 to del hecho hasta su calificación de delito, en cuya situación -
 la tipicidad es ratio essendi de la antijuridicidad de la acci---
 ón ..." (39), como lo quiere Mezguer al fin de cuentas.

Por su parte, Jiménez Huerta, admite que la antijuridicidad
 es la verdadera ratio essendi de la tipicidad, ya que, sostiene,
 que: "... desde el punto de vista del fundamento del acto legisla-
 tivo por el que surge el tipo penal, esto es, de su proceso forma-
 tivo, la antijuridicidad es ratio essendi de la tipici-----
 dad ..." (40); pero se separa de las opiniones anteriores, cuando
 afirma, que "... si contemplamos la cuestión una vez terminado el
 proceso formativo de la ley, con la vista fija en los tipos pena-
 les que integran el catálogo de los tipos delictivos que constitu-
 ye la parte especial de un Código Penal, resulta indudable que co-
 mo certeramente afirma Mayer la tipicidad es indicio, fundamento
 de cognición, ratio cognoscendi de la antijuridicidad ..." (41).

Asimismo, Franco Guzmán quien es citado por Pavón Vasconce-

(38) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 402

(39) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pág. 275

(40) Ob. Cit. Pág. 85

(41) Idem.

los, observamos, es partidario de esta opinión, toda vez que el mismo sostiene, que "... si un determinado hecho es considerado típico estamos en presencia de un indicio de su calidad antijurídica ..." (42); o sea, que toda conducta que se ha conformado a un tipo, es, como ya se ha dicho, presuncionalmente antijurídica. Jiménez de Agüa, en concordancia con esto último, también notamos, considera, que "... la tipicidad no es ratio essendi de la antijuridicidad, sino, mas bien, un indicio de ella, como M. E. Mayer expuso con acierto, o a lo sumo, función de concretización y de conocimiento de la antijuridicidad a los efectos penales ..." (43)

Raúl Zaffaroni, advertimos, llega también a esta conclusión, sólo que por un camino diferente. Según el mismo, todo comienza cuando el legislador se encuentra frente a un ente (v. gr. el patrimonio de un sujeto) y tiene interés en tutelar ese ente, por lo que lo valora (lo considera privativo, digno de respeto, etc.), su valoración del ente se traduce entonces en una norma ("no hurtarás"), que eleva al ente a la categoría de bien jurídico. Cuando a ese bien jurídico le quiere dar una tutela penal, en base a la norma elabora un tipo penal y el bien jurídico pasa a ser penalmente tutelado. De esta manera, resulta claro, enseña el citado autor, que al tipo (que pertenece a la ley), permanece ante una norma (misma que junto con el bien jurídico no pertenecen a la ley). Así, "... conforme a este proceso de gestación (del tipo), resultará entonces, que la conducta que se adecúe a un tipo penal será necesariamente contraria a la norma que está antepuesta al tipo legal y afectará al bien jurídico tutelado ..." (44); o sea, que toda conducta típica será también antinormativa. Sin embargo, según deja ver el mismo autor, el tipo no cierra por sí sólo el juicio de antinormatividad, pues, indica: "... la antinormatividad no se comprueba con la sola adecuación de la conducta al tipo legal, sino que se requiere una investigación del alcance de la norma que está antepuesta y que ha dado origen al tipo legal, y una afectación sobre el bien jurídico ..." (45). Y una vez comprobada la antinormatividad, señala, -

(42) Ob. Cit. Pág. 275

(43) La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. 9a. ed.: -- Ed. Sudamericana; Argentina, 1979. Pág. 251

(44) Ob. Cit. Pág. 46

(45) Idem.

"... podemos concluir en la tipicidad penal de la conducta ..." (46), la cual se compone por la tipicidad legal más la antinormatividad. Así que, concretamente, toda conducta típica es indicio de antijuridicidad, por cuanto a que no cierra por sí sola el juicio de antinormatividad, sino que requiere, además, una investigación del alcance de la norma que está antepuesta al tipo y también sobre la afectación del bien jurídico. Sin embargo, la teoría del indicio, vista así, sólo es dable en la construcción dogmática que sigue Zaffaroni (véase teoría del tipo mixto), básicamente reconocer que para él, a diferencia de la mayoría de los autores mexicanos, el concepto de antinormatividad del tipo incluye no sólo a la antijuridicidad (como lo quiere esta mayoría de autores mexicanos), sino, además, al dolo y a la culpa. Para nosotros basta que una conducta encuadre en un tipo y no exista causa de justificación (sin importar el dolo y la culpa) para que se reputa como conducta típica y antijurídica (constitutiva del denominado injusto penal, o sea, conducta con relevancia penal).

Resta mencionar la razón por la cual nos adherimos a Mezguer, motivo por el cual estimo adecuado traer a colación, hasta este lugar, las palabras que sobre el particular ha esgrimido F. Castellanos, de la siguiente manera: "... antaño, siguiendo a Mayer, estimábamos al tipo como la ratio cognoscendi; es decir como indicio de ella. Sin embargo al reflexionar sobre los casos en los cuales existe certidumbre de dicha antijuridicidad (por no operar causa de justificación alguna) advertimos que no permanece a manera de mero indicio, sino como absoluta contradicción al orden jurídico. Por ende hemos llegado a la conclusión de que asiste razón a Mezguer al observar como toda conducta típica es siempre antijurídica (salvo la presencia de una justificante) ..." (47).

El tipo puesto en la cúspide del sistema penal, es decir, - el considerarlo como requisito de esencia para tener por injusto o antijurídico a un acto humano, representa una garantía de seguridad compatible, sin duda, con un estado regido por leyes.

Por lo que se refiere a la teoría de los elementos negati--

(46) Ibiden.

(47) Ob. Cit. Pág. 167

vos del tipo, estamos de acuerdo con Zaffaroni en rechazarla, --- pues como este autor aduce, tal teoría "... retrotrae la teoría del delito a los tiempos anteriores a la introducción del concepto del tipo penal, dejando el concepto reducido a dos caracteres específicos ..." (48). En este punto, recomendamos repasar las -- teorías del tipo objetivo y mixto.

Por cuanto a la teoría del tipo de injusto, se señala que -- "... no resulta coherente que un estrato afirme lo que en el si-- guiente se puede negar, que en un estrato se ponga lo que en el -- siguiente se quita ..." (49). Queriéndose decir con ello, según -- nuestro entender, que no es lógico afirmar la antijuridicidad de una conducta, a nivel de tipicidad, para luego, en el siguiente -- estrato anularla.

3. Por cuanto a su relación con la culpabilidad.

Como las siguientes teorías son obra de Beling, antes de re-- ferirnos a ellas, conviene esbozar, aunque sea a grandes rasgos, las líneas directrices que permitieron la construcción de su pen-- sar. De esta manera, según palabras de Jiménez Huerta, "... con -- Beling primero se materializa y despues se espiritualiza el con-- cepto de tipo penal. Se materializa cuando en 1906 publica su fun-- damental obra Die Lehre Vom Verlorechen; se espiritualiza veinti-- cuatro años mas tarde, cuando en 1930 da a conocer Die Lehre Vom Tatbestand ..." (50)

En su primera exposición, Beling concibe al tipo como com-- puesto únicamente por elementos objetivos (véanse teorías objeti-- va y objetivo - subjetiva del tipo), pero en una segunda exposici-- ón, efectivamente, veinticuatro años mas tarde, desarrolla una am-- pliación de su primitiva doctrina, introduciendo nuevos términos, tales como el leitbild (tatbestand legal), el deliktstypus (tipo de delito), el tipo de culpabilidad, etc., con los cuales Beling quería establecer una relación entre el tipo de injusto (que era objetivo) y el tipo de culpabilidad (subjetivo), a fin de resolver algunos problemas que habian quedado sin tocar, como el de la ten

(48) Ob. Cit. Pág. 402

(49) Idem.

(50) Ob. Cit. Pág. 28

tativa, tratándose de delitos de acción que no precisan de un resultado material, y el de la complicidad, en donde el autor intelectual no era tocado por el tipo.

a). Teoría del tipo leitbild

El leitbild llamado también tatbestand legal es, como expresa Pavón Vasconcelos, "... la figura rectora ..." (51), noción -- con la que el tipo en Beling, antes material, cambia y se espiritualiza. Su idea medular es, ahora, la separación que establece -- entre el "tipo" y la "especie delictiva", concibiendo a esta última como un todo compuesto de una pluralidad de elementos, unos de naturaleza externa y objetiva, v. gr., los que caracterizan a la antijuridicidad; y otros de naturaleza subjetiva, como por ejemplo, los que configuran a la culpabilidad. Todos estos elementos de la especie delictiva se orientan hacia una 'imagen unitaria', 'imagen rectora', 'cuadro dominante' o 'tipo regens', que es el tipo, mismo que a su vez norma y preside a cada especie delictiva. De esta manera, el tipo penal viene a ser una 'representación conceptual', que no debe ser confundida con su realización exterior, no es ya el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito por sus elementos materiales. El tipo es, en esta nueva exposición, 'un concepto puramente funcional', que sólo ejerce una función orientadora; 'un libro de imágenes en el cual las especies delictivas están esquemática y estilizadamente representadas', un 'concepto troncal' de 'ordenación metódica' que 'domina el derecho penal en toda su extensión y profundidad'. En consecuencia, la tipicidad, que es la adecuación de una conducta al tipo, no ha de ser adecuación a la especie delictiva, sino a lo que es 'imagen o figura rectora' o 'cuadro dominante' de cada una de ellas (52).

Rodríguez Muñoz, quien es citado por Jiménez Huerta, afirma que el motivo determinante de esta nueva concepción del tipo rector fue el deseo de Beling de asegurar la necesaria congruencia, en el concepto del delito, entre el tipo de injusto y el tipo de culpabilidad. En su construcción de 1906 el concepto de tipo no representaba el vínculo de congruencia, y en rigor, dice, no po--

(51) Ob. Cit. Pág. 268

(52) Cfr. Idem. Pág. 269

día afirmarse el carácter delictivo de una conducta que, realizando objetivamente el tipo, v. gr. el de homicidio, no iba acompañado de la culpabilidad a dicho tipo (dolo de matar a un hombre), sino, por ejemplo, del dolo de lesionar o de estafar (uno y otro, tipos de culpabilidad incongruente con el tipo objetivo de homicidio). "... Es indudable (continúa diciendo el mismo autor) que el carácter delictivo de una conducta sólo puede afirmarse a condición de que el tipo de culpabilidad sea congruente con el tipo objetivo del injusto, y no es menos indudable que los diferentes tipos de delitos que el Código contiene han sido concebidos por el legislador como tipos de injusto y de culpabilidad congruentes ..." (53).

El tipo de robo del párrafo 367 del Código mexicano, podemos afirmar, surge de la conjunción de la conducta objetiva anti-jurídica de apoderarse uno de una cosa ajena mueble y del dolo del agente de sustraer aquella cosa; y así, en todos los delitos. Y precisamente al objeto de explicar el por qué de esta necesidad de congruencia, que en la ley se advierte en todo momento, es que Beling formula su nuevo concepto de tipo rector, como algo esencialmente diferente del tipo de delito.

Esta idea del tipo rector, en consecuencia, resulta redundante e inútil en la doctrina, pues la ley la advierte en todo momento. En efecto, "... valerse del concepto de tipo o esquema rector para lograr la adecuación o vinculación típica en la tentativa y en la participación, es también tratar de explicar, mediante primitivos esquemas ideales, lo que la progresión científica del Derecho Penal ha consagrado en preceptos expresos de la parte general de los códigos penales ..." (54).

Pavón Vasconcelos anota, que "... el esquema de Beling, no ha sido a la fecha debidamente comprendido y se le reprocha la ambigüedad y en algunos puntos la oscuridad de su doctrina, al introducir nuevos y variados términos que no aportaron la claridad deseada y si contribuyeron a embrojar el problema. Para Antolisei, la teoría de Beling constituye una manifestación característica de la decadencia de la ciencia penal alemana ocurrida en el últi-

(53) Ob. Cit. Pág. 30

(54) Idem.

mo treintenico, destinada a 'pasar al museo de las aberraciones -- del abstraccionismo jurídico' ..." (55).

Por último, ya que se ha mencionado que el tatbestand legal o leitbild tiende a reunir en sí a los tipos de ilicitud y de culpabilidad, conviene precisar que se entiende por tales. Al efecto, Pavón Vasconcelos enseña que el tipo de ilicitud llamado ---- "... unrechttypus ... se identifica con el hecho antijurídico referido a una determinada figura (la muerte injusta de un hombre -- por otro, el apoderamiento ilícito de una cosa ajena, ----- etc.) ..." (56); es decir, que es la descripción del hecho injusto o antijurídico.

b). Tipo de culpabilidad.

Por cuanto al tipo de culpabilidad se refiere, hemos de decir, que en la estructura beligniana no es sino "... la culpabilidad típica --es decir-- el dolo concreto exigido por una determinada figura ..." (57), mismo que, como ya se vió, en unión del tipo de ilicitud, va a llenar el leitbild o tatbestand legal, llamado también, recordemos, figura rectora, en donde se concreta y se dirige lo injusto y la culpabilidad.

c). Tipo de delito.

Otro término acuñado por Beling, es el deliktstypus, mismo al que se define como "... la descripción que hace la ley de un -- hecho cualquiera (apoderamiento de una cosa ajena, privar de la -- vida a otro, etc.), es el esquema legal o la llamada por los italianos 'figura de delito' ... --con él-- tan sólo se procura destacar especies ..." (58). Se trata de la idea que se tenía del tipo antes de Beling, en la cual, tal concepto servirá para describir en abstracto a los elementos materiales necesarios, que caracterizan a cada especie de delito.

(55) Ob. Cit. Págs. 269, 270

(56) Idem. Págs. 268, 269

(57) Ibidem. Pág. 268

(58) Ibidem.

Con todo lo anterior, hacemos hincapié, será más entendible cualquier definición del tipo que se nos presente, ya que todas lucen el tinte representativo (por así decirlo) de algunas de las teorías esbozadas. Tócanos, pues, enseguida, hacer apunte sobre algunas definiciones que en torno a tal cuestión se han esgrimido.

Castellanos Tena apunta, que "... el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales ... -agregando más adelante, que es, para muchos, la descripción de una conducta desaprovada de valoración ..." (59). Esto último, nos lleva a creer que aún en nuestros días hay quienes defienden las teorías avalorada y objetiva del tipo, mismas que, como ya vimos, fueron rectificadas por insuficientes, por su propio autor, un tiempo después de haber sido elaboradas. Por cuanto a su primera apreciación, considero (muy probablemente con equivocación), restaría sólo por mencionar, si esa descripción es objetiva, subjetiva o mixta, y asimismo, si existe alguna relación con la antijuridicidad y con la culpabilidad.

Ignacio Villalobos, por su parte, estima que "... el tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal); suponiendo, para declararle punible, que concurren las condiciones normales en esa conducta, tanto objetiva como subjetivamente, pero pudiendo presentarse situaciones excepcionales que eliminen la antijuridicidad (formal y material) o la culpabilidad en algunos casos ..." (60). De acuerdo con esto último, observamos, este autor se adhiere a quienes niegan a la teoría del tipo avalorada, pues expresamente manifiesta, como vimos, que esa descripción es previamente valorada como antijurídica, faltándole agregar, en nuestro concepto, si el tipo es ratio essendi o indicio de la antijuridicidad; y por otro lado, también observamos, este autor coincide con la teoría del tipo mixto, ya que acepta que en condiciones normales, una conducta puede ser tanto objetiva como subjetiva; y finalmente, de acuerdo con la última línea de él transcrita, la antijuridicidad y la culpabilidad son, como él mismo manifiesta más adelante, "... suposiciones im-

(59) Ob. Cit. Págs. 165, 166

(60) Ob. Cit. Pág. 267

plicitas que acompañan a toda descripción típica y no por omitirse su mención expresa en ésta, se encuentran necesariamente ausentes: ya que dichas suposiciones implican, dentro de la estructura del delito (y no solamente del tipo, agregamos por nuestra cuenta) un juicio de valoración respecto de la conducta desplegada y previamente registrada por la fórmula típica (que corresponde a un momento cronológico de análisis posterior a su mero encuadramiento). Siendo, en consecuencia, la función del tipo (de acuerdo con una postura causalista) la descripción de la base de la estructura de una conducta, que posteriormente será captada por alguna de las formas de la culpabilidad ..." (61)

Jiménez Huerta, al escribir sobre el tipo, lo concibe como "... el injusto recogido y descrito en la ley penal ..." (62); De donde, podemos colegir, dá un énfasis total al carácter concretizador de lo injusto, negando con ello, implícitamente, a la teoría del tipo avalorado; sin embargo, al igual que Villalobos, no define si -en consecuencia- el tipo es simple indicio o la razón de ser de la antijuridicidad. Y tampoco alude, por otra parte, a su relación con la culpabilidad, ni a la naturaleza de los elementos que abarca. Aunque, claro, ello no significa que no reconozca a esos elementos, sólo que decide no hacer alusión de los mismos en su definición.

Zaffaroni, por su parte, vierte una definición muy completa, al indicar, que "... el tipo es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; -- que tiene por función la individualización de conductas humanas -- penalmente relevantes (por estar plenamente prohibidas) ..." (63). En donde, desmenuzando, encontramos: a). Que es un instrumento legal, por cuanto a que está ubicado en la ley y no precisamente en el delito; es la fórmula legal que nos sirve para individualizar ciertas conductas; b). Es lógicamente necesario, por ser un requisito legal, de acuerdo con los lineamientos planteados desde el mismo inicio de este trabajo; c). Es predominantemente descriptivo, en razón de que los elementos descriptivos u objetivos, -- ciertamente, son los que predominan en los tipos, más no debemos ol-

(61) Ibidem.

(62) Ob. Cit. Pág. 22

(63) Ob. Cit. Pág. 391

vidar que existen otros que aparecen eventualmente en los mismos, o bien, que los conforman en su totalidad (véase teoría del tipo mixto); d). Su función es la de individualizar (describir) las -- conductas humanas que son penalmente prohibidas, con lo que se dá énfasis al carácter concretizador de lo injusto, negando que el -- tipo sea avalorado o independiente de la antijuridicidad (véase -- teoría del tipo avalorado). No obstante, deja sin mencionar tam-- bién, si este carácter individualizador de lo injusto convierte -- al tipo en un mero indicio o en su razón de ser.

Antes de proseguir y sentar nota sobre los diversos puntos de que habla la teoría del tipo en relación con un delito particu-- lar, que en este caso es el de robo, me parece oportuno cerrar es-- ta teórica sobre el tipo, trayendo a colación las palabras de -- dos autores, en el sentido de que la noción del tipo es básicamen-- te el lugar de ubicación del problema que trataremos en su oportu-- nidad, mismo, que, adelantamos, tiene que ver con la consumación en el robo. De esta manera, tenemos que Jiménez de Asúa afirma ca-- tegóricamente, que "... no podemos averiguar cuando un delito está con-- sumado, sin acudir al tipo, que tanta importancia presenta en to-- do el dominio de la Dogmática penal. En la definición de cada una de las infracciones se describe el delito consumado, y el momento de la consumación se verifica cuando el tipo legal encarna en la vida ..." (64), y asimismo, Jorge Frías Caballero, notamos, es -- del parecer de que "... fijar el proceso ejecutivo, en toda su ex-- tensión, es un problema atinente al tipo delictivo especial y con-- creto ..." (65), y tal extensión, como veremos, comienza con el -- deslinde objetivo de lo impune frente a lo no punible (representa-- do generalmente por el llamado comienzo de ejecución), y termina con el resultado de la consumación.

En cuanto al concepto de robo, nuestro Código Penal vigente dispone en su artículo 367, que "... comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin con-- sentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley ..." Enseguida pasaremos a estudiar los elementos que de tal descripción se desprenden.

(64) Ob. Cit. Pág. 493

(65) El Proceso Ejecutivo del Delito. Valerio Abeledo, Editor; -- Argentina, 1944. Pág. 235

Elementos del tipo

Porte Petit enseña, que debe entenderse por elemento en general "... la parte integrante de algo, lo necesario para que ese algo tenga existencia ..." (66); de modo que esa parte integrante o componente de algo, adquiere significado como elemento de esa totalidad, de ese algo, sólo cuando de su ausencia derive la inexistencia del todo.

Esto trasladado al campo de la teoría del delito, nos permite afirmar, que además de los elementos que deben concurrir para la existencia de todo delito, cada figura típica también requiere de elementos específicos propios y característicos, cuya ausencia impedirá la configuración de la imputación legal. "... Los elementos de las figuras delictivas se clasifican agrupándolas en objetivas, subjetivas y normativas. Estos elementos deben ser distinguidos de los generales comunes a todo delito (véase el siguiente capítulo), y limitados en su función al hecho definido por la figura en el que tales elementos aparecen ..." (67)

Si faltare alguno de los elementos requeridos por el tipo, no se configuraría la especie delictiva, y en torno a esto "... la Suprema Corte de Justicia de la Nación aplicando el principio de la estricta legalidad del delito, contenido en el artículo 14 de la Constitución de la República, ha establecido jurisprudencia constante sobre que la falta de un elemento constitutivo destruye la especie delictiva ..." (68)

Ahora bien, conviene precisar lo que la ley y la doctrina enseñan en torno a dichos elementos. Pero antes, estimo conveniente también acotar una aclaración al respecto, en el sentido de que en la redacción de todos los tipos no se encuentran indefectiblemente los tres elementos juntos, sino que, el tipo puede existir tan sólo la concurrencia de uno de ellos, o bien, de dos, y excepcionalmente de los tres.

(66) Ob. Cit. Pág. 270

(67) Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. II, 2a. ed.; Abeledo Perrot; Argentina, 1970. Pág. 51

(68) El Derecho Penal en México. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Escuela Libre de Derecho; México, 1941. Pág. 130.

I.2 ELEMENTOS OBJETIVOS

Por tales debemos entender, según palabras de Pavón Vasconcelos, "... aquellos susceptibles de ser determinados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal ..." (69); es decir, son "... susceptibles (según anota Mezguer) de ser determinados espacial o temporalmente, perceptibles por los sentidos ..." (70). Pero, además, dicha descripción ha de ser hecha "... mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible ..." (71)

Este elemento objetivo, material o meramente descriptivo -- (o región del tipo descrita objetivamente, podemos decir), está integrado, por una parte, por el llamado por la doctrina: núcleo del tipo, constituido por la acción u omisión relevantes para el Derecho, mismo que generalmente se encuentra expresado por un verbo (apoderar, por cuanto al delito de robo se refiere), y excepcionalmente, por un sustantivo (72). Y también está constituido, por otra parte, por las (llamadas igualmente por la doctrina) modalidades y referencias de la conducta, que pueden ser "... en -- cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio ..." (73). Asimismo (colegimos de la última línea del párrafo anterior), el tipo objetivo en su redacción puede aludir tan sólo a una conducta, o bien, estar integrado, además, por la referencia a un resultado.

Una vez fijado lo anterior (concepto de elementos objetivos y su composición), pasamos a verificar su existencia en el tipo de robo.

Así pues, empezaremos por abordar al verbo, el cual, se estima, "... define una acción, le da nombre, la determina en su forma básica ... denominación que cada conducta tiene (que) es -- siempre formulada mediante una palabra que gramaticalmente cumple fun

(69) Ob. Cit. Pág. 276

(70) Citado por Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. Pág. 75

(71) Idem.

(72) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pág. 276

(73) Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit. Págs. 252, 253

ción del verbo en la sintáxis de la oración ..." (74). El verbo, pues, es la palabra que expresa generalmente una acción.

El apoderamiento es el verbo en la descripción típica del robo, según se ha asentado, y de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, significa "... hacerse alguno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder ..." (75). De donde, se desprende, son tres los significados que la citada institución nos ofrece: en primer lugar, indica, que es hacerse dueño de la cosa, vocablo que, no obstante, resulta, todavía, vago e impreciso (al menos en términos legales y no meramente lingüísticos) si se pretende con el mismo resolver todo cuanto entraña (como se verá en su momento) la citada noción. Por cuanto al término "ocupar", también utilizado por la Real Academia, pensamos, tiene poco o nada que ver con los vocablos usados en el Derecho Penal para desentrañar el significado de la palabra apoderar. Y en relación con la frase "ponerla bajo su poder", consideramos, es la más cercana a la noción legal que se debe tener, aunque también sólo describe rasgos genéricos. La Suprema Corte, por otro lado, como veremos, no mantiene unidad en cuanto al concepto que sobre el vocablo apoderar se debe tener.

Es necesario apuntar, por otro lado, que "... 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 actor..." (76), según ha considerado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y siendo el primero de ellos de naturaleza objetiva, tocaos en este lugar estudiarlo. Por cuanto al segundo, siendo de naturaleza subjetiva, dejaremos su consideración para el momento en que toque explicar el elemento subjetivo del tipo.

Antes de sentar nota sobre algunos problemas que derivan -- por ocasión del citado elemento objetivo, daremos a conocer el --

- (74) Argibay Molina, José F. y otros. Derecho Penal. Parte General. Vol. I, EDIAR; Argentina, 1972. Pág. 203
 (75) Citado por F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo; Porrúa, S.A.; México, 1977. Pág. 104
 (76) Citado por Corte Petit, Celestino. Robo Simple. Porrúa, S.A.; México, 1984. Pág. 12

criterio diverso que se ha sostenido en torno a su concepto.

F. González de la Vega estima, que "... apoderarse de la cosa significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal ..." (77), y en otro texto, considera que el verbo en estudio es "... la acción por la que el agente toma la cosa que no tenía, y la quita de la tenencia del propietario o detentador legítimo ..." (78)

F. Pavón Vasconcelos expresa, que "... el término apoderamiento expresa la acción del sujeto, es decir, el movimiento corporal voluntario de aprehender y sustraer la cosa de la potestad dominical de su titular ..." (79)

Mariano Jiménez Huerta considera, que "... el sujeto activo del robo tiene en su poder la cosa robada cuando, en cada caso -- concreto, concurren aquellas circunstancias fácticas precisas para que lógica y jurídicamente pueda afirmarse que se ha quebrantado la posesión ajena y que, la cosa de hecho, ha quedado, aunque sólo fuere momentáneamente, bajo su potestad material ..." (80).

F. Cárdenas parte por estimar, que de acuerdo con nuestro sistema jurídico, el objeto jurídico en el robo es la posesión, misma que en nuestro Derecho está inspirada en la teoría objetiva de Von Ihering, que dá mayor importancia al "corpus" o relación material entre el hombre y la cosa, es decir, a la aprehensión material de la cosa, y no tanto al aspecto subjetivo del agente, llamado "animus", consistente en que el mismo la reputa como suya; de ahí, prosigue y concluye que el concepto de apoderamiento está integrado por dos elementos, uno material que se traduce en la remoción de la cosa, misma que reside, a su vez, en el hecho de 'atraer' la cosa hacia la esfera de poder del activo; no en un simple tocamiento, ciertamente, pero sí en algo más, en la acción

- (77) Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. 19va. ed.; Porrúa, --- S. A.; México, 1983. Pág. 170
- (78) Código Penal Comentado. 6a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1982. Pág. 63
- (79) Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. 5a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1982. Págs. 22, 23
- (80) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. --- T. IV, 4a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1981. Pág. 32

material, física, cualquiera que ella sea, que permita que el sujeto ejerza un poder de hecho sobre la cosa, como objetivamente - se define a la posesión; y otro subjetivo, que de acuerdo también con la citada teoría posesoria, reside en hacerla entrar dentro - de su esfera de poder, y no en el ánimo domini u otro (81).

Retomando estas ideas, vemos, entre nosotros el apoderamiento debe ser entendido como la adquisición de poder sobre la cosa, o como la obtención de potestad material sobre la misma, lo cual se traduce en la obtención de la posesión sobre ella, y que se alcanza, de acuerdo con nuestra legislación en materia de posesión, precisamente, sólo con la relación material, cualquiera que ella sea, que permita que el sujeto ejerza un poder de hecho sobre la cosa, con independencia, por tanto, de que la cosa sea trasladada hasta otro lugar fuera de cualquier esfera de que se trate.

Veamos ahora si el apoderamiento implica desapoderamiento.

F. González de la Vega, es del parecer de que "... en el robo la cosa no se entrega voluntariamente al autor; éste va hacia ella, la toma y la arranca de la tenencia del propietario o detentador legítimo ..." (82)

Tal opinión, notamos, se encuentra apoyada por diversas ejecutorias de la Corte, que van desde determinar que al robo se le distingue porque 'el agente activo va hacia la cosa', y no al revés, pasando de ahí a la estimación de que no comete robo 'quien dispuso para sí de la mercancía que el dueño le entregó para su venta', e, igual consideración se hace en relación con el 'depositor judicial que toma las cosas dadas en depósito', terminando por considerar, que 'para la existencia del apoderamiento se requiere que la cosa robada esté en poder de personas distintas del agente'; de modo que 'si la cosa se halla en poder de aquél a quien se imputa el robo, no puede hablarse de apoderamiento' (83).

Sin embargo, por contra, los altos tribunales de nuestro país también han sostenido un criterio contrario al anterior, y en

(81) Cfr. Ob. Cit. Págs. 103 - 108 - 112, 113 - 124 - 128 - 139

(82) Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 167

(83) Cfr. Citada por Porte Petit, Celestino. Robo Simple. Ob. Cit. Págs. 5, 6 - 17 - 19

tre otras cosas se ha establecido, que 'no basta que por diversas circunstancias una persona tenga determinados bienes a su alcance para considerar que al disponer de los mismos, comete el delito - de abuso de confianza, pues si ese fuera el criterio del legislador, no habría considerado como robos calificados, el del doméstico, el del trabajador en contra de su patrón, el del inésped, el de los obreros, artesanos, etc., quienes por sus peculiares circunstancias, tienen las cosas ajenas materialmente a su disposición, pero no las han recibido en virtud de un acto jurídico directamente encaminado a transmitirles la tenencia del bien, para que lo destinen a un objeto determinado, en atención a la confianza especial que deposita el dueño, en la persona que recibe la cosa.' 'En estos casos, aunque el autor tenga acceso a la cosa, ésta no ha salido de la esfera de custodia del dueño.' (84).

Celestino Porte Petit, por su parte, opina que "... el concepto de robo abarca tres hipótesis: a) Cuando el sujeto va hacia la cosa, apoderándose de la misma; b) Cuando teniendo sobre la misma una detentación subordinada y no una posesión derivada, se apropia de ella, y c) Cuando obtiene del sujeto pasivo la cosa, a base de la vis moral ..." (85). El fundamento de este criterio -- (de acuerdo con el autor citado), está en el artículo 793 del Código Civil, mismo que a la letra dispone, 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 ordenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor ..."; de manera que cuando el sujeto distrae la cosa que tiene en detentación subordinada y se apodera de ella, se estará frente al delito de robo, pero si el agente -- dispone de una cosa ajena que tiene en posesión derivada, habrá -- cometido abuso de confianza.

Por cierto que este autor, ya veremos con mayor detenimiento más adelante, estima, son aplicables en nuestro Derecho conceptos usados con naturalidad en algunas legislaciones extranjeras diferentes a la nuestra, tales como las esferas de actividad y de custodia, por lo que, apuntemos lo que sigue:

(84) Ibidem. Págs. 5, 6 - 17, 18, 19

(85) Ibidem. Pág. 5

De acuerdo con esta opinión de Porte, resulta que el detentador al no tener la posesión sobre la cosa, por encontrarse ésta bajo la esfera de custodia o actividad de su dueño o poseedor legítimo, sólo podrá ejecutar el apoderamiento, substrayéndola de dichas esferas, sacándola de la potestad dominical del dueño, o sea, mediante desapoderamiento. En relación a la vía moral, --- igual, el apoderamiento conlleva un desapoderamiento, pues, como se verá, el sujeto pasivo del atentado entrega la cosa, pero cual instrumento del activo, y en ese sentido, será éste último quien la desplace substrayéndola.

Dentro de la segunda hipótesis aludida en que puede también presentarse nuestro delito en estudio, cabe hacer mención de algunos casos en que "... el sujeto activo se apodera de la cosa --- aprovechando también la ocasión de tenerla físicamente en sus manos, aunque no por razón de dependencia, sino por cualquier otra de la vida social ..." (86), como acontece, por ejemplo, cuando el comerciante entrega a su eventual comprador una joya, o cuando el dueño del restaurante pone en la mesa el cubierto para el uso de su cliente.

F. Cárdenas, al incursionar sobre el tema, es del parecer -- de que el empleado como el doméstico no cometen robo, sosteniendo, además, que contra lo que dispone el artículo 793 del Código Civil, ya transcrito, que determina que no se le considera poseedor a tal agente, y contra la opinión de varios autores, asegura, materialmente tal sujeto tiene la cosa en su poder, por lo que no tiene que desapoderarla previamente del propietario o del poseedor, pero como quiera que la disposición existe, y aun cuando, -- por ello, jurídicamente el activo no es poseedor en Derecho, materialmente tiene la cosa en su poder y al hacerla entrar dentro de su esfera de actividad, concluye, no requiere de la previa desapoderación de la cosa (87).

Por nuestra parte, nos adherimos a la opinión de Celestino Porte Petit, cuando indica que no es congruente distinguir al robo del abuso de confianza, señalando que en tanto que en el pri-

(86) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Pág. II3

(87) Cfr. Ob. Cit. Págs. 107 - 109 - 124, 125 - 128, 129, 130

mero el agente va hacia la cosa, en el segundo la cosa va hacia - el agente, como lo hace F. González de la Vega, en vista de que - hay casos en que el sujeto pasivo ya tiene la cosa, aunque en detentación subordinada, y no es dable decir, que en ellos el agente va hacia la cosa, puesto que por razones de dependencia con -- respecto del propietario de la misma, y para provecho de éste último, el agente ya la tiene consigo, aun cuando dentro de la esfera de poder o vigilancia de aquél. Por cuanto a la opinión apuntada de F. Cárdenas se refiere, nosotros no coincidimos, en primer lugar porque el mismo sostiene, como veremos, que la noción de posesión que mantiene nuestro Código Civil es la misma aplicable en materia penal, y sin embargo, pretende desconocer una excepción a esa regla general, establecida en ese mismo ordenamiento, relativa a considerar no poseedor de una cosa a quien tenga una detentación subordinada respecto de la misma. Además, en nuestro concepto, el artículo 793 del Código Civil si tiene razón de ser, y con cagra legalmente una realidad que no podemos negar, esto es, que efectivamente no mantiene la misma relación sobre la cosa ajena, quien la detenta bajo la esfera de poder o vigilancia de su dueño, o poseedor legítimo, de aquel que no está bajo ese control, y menos aún, si el sujeto ha de constreñirse a usarla en determinada y precisa actividad.

Sin embargo, si se concluye que el apoderamiento implica un desapoderamiento, cuestión difícil será el determinar si es robo el apoderamiento de animales domésticos, gallinas o palomas, por ejemplo, que se pasan al predio o vuelan al palomar ajeno. Para Soler y Muñoz, en Argentina, "... quienes sostienen que el robo - supone el desapoderamiento de la cosa, para el apoderamiento del activo, no existe robo ..." (88).

Y lo mismo podemos decir, respecto del ganado mayor y menor que se interne en terreno ajeno, salvo las disposiciones contenidas en los artículos 854, 855, 865, 866 y 874 del Código Civil, - de acuerdo con las cuales, existirá robo si el dueño del terreno invadido por el o los animales, los retiene, claro que, a menos - que su conducta esté prevista de antemano por los numerales citados, en cuyo caso, desde luego la retención será lícita. En suma, podemos concluir, el apoderamiento no conlleva necesariamente un desapoderamiento.

(88) *Ibidem*. Pág. 113

Otra cuestión más, que también atañe al tema a que nos estamos refiriendo, y que asimismo, no hemos querido pasar por alto, dada su notable importancia, lo es la del apoderamiento realizado no a través de una remoción, sino en su lugar, mediante un desplazamiento patrimonial, esto es, como enseña F. Cárdenas, que "... pueden darse conductas, en que no existe desplazamiento físico, pero sí patrimonial, y que por lo tanto integran sin duda alguna la acción de apoderamiento. Por ejemplo, los leñadores pueden formar pilas de madera en las cunetas de los caminos para que las recojan los transportistas, con una marca que sirva para identificar su propiedad y el pago posterior del adquirente, o botes de leche que dejan los dueños de ganado, para su entrega a determinada planta. Si un sujeto cambia las marcas o etiquetas, reemplazándolas por las suyas, cometerá robo, por cuanto mediante ese medio se apodera de cosas que no le pertenecen, sin que valga la afirmación de que en la especie hay fraude, por cuanto se engaña al conductor o se aprovecha de un error ..." (89)

Por último, para mejor completar las ideas sobre el elemento típico en cuestión, nos parece oportuno hacer alusión a lo señalado por F. González de la Vega, en el sentido de que la noción de apoderamiento importa una acción consistente en aprehender o tomar, ya sea directa o indirectamente, a la cosa. Tal aprehensión será directa, cuando el autor, empleando físicamente su energía muscular, utilizando sus propios órganos, tangiblemente se adueña de la cosa, e indirecta, cuando el agente por medios desviados logra adquirir, sin derecho ni consentimiento, la tenencia material de la cosa, como por ejemplo, cuando la hace ingresar a su control por procedimientos tales como el empleo de terceros, de animales amestrados o de instrumentos mecánicos de aprehensión, o bien, cuando la consume (90).

Asimismo, no debemos dejar de señalar, que los problemas relativos al momento consumativo de nuestro delito en estudio, que desde luego conciernen al elemento típico en análisis, serán estudiados básicamente en el capítulo tercero de este trabajo.

Dentro del elemento objetivo en el tipo de robo, nos resta

(89) *Ibidem*.

(90) Cfr. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 167

hacer una breve alusión a las referencias y modalidades de la conducta.

En Derecho Penal, se entiende, que en la comisión de los delitos concurren por lo general dos clases de sujetos: el pasivo y el activo. "... Por excepción no suele ser así; en algunos casos, como en los delitos de traición, portación de armas prohibidas, - apología del delito y otros más, la conducta antijurídica no afecta proviamente a una persona física, más bien a un orden jurídicamente tutelado, indispensable para el desenvolvimiento ordenado y pacífico de los integrantes de la sociedad ..." (91).

El sujeto activo.

F. Pavón Vasconcelos enseña, que el sujeto activo es aquel que "... realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien, cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma - intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente o después de su consumación (cómplice y encubridor) ..." (92). O séase que el sujeto activo, para decirlo - brevemente, es el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice.

Por otro lado, necesario es advertir, que "... sólo puede - ser sujeto productor de conducta ilícita penal, el hombre, único posible sujeto activo de un delito, no puede atribuirse conducta delictiva a animales o cosas inanimadas ..." (93), hacerlo, implicaría tanto como regresar a épocas absurdas del pasado (como el - Fetichismo, en que se humanizaba a los animales, equiparandolos a las personas; o el Simbolismo, en que se entendía que los animales no delinquen, pero se les castigaba para impresionar. En la - actualidad sólo se sanciona al propietario del animal dañado-----

(91) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 4a. ed.: Porrúa S. A.; México, 1977. Pág. 192

(92) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. -- Pág.

(93) Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. -- Parte General. 2a. ed.; Ed. Trillas: México, 1986. Pág. 55

so (94)).

Una vez sentado lo anterior, pasaremos a consignar en este nuevo espacio, que "... el estudio de los sujetos se lleva a cabo en cuanto a la calidad y al número, pues el tipo puede o no exigir calidades en el sujeto activo o pasivo, o bien, la concurrencia de dos o más sujetos ..." (95)

Por cuanto a la calidad del sujeto activo del tipo de robo, según se desprende de la lectura de las palabras: "... comete el delito de robo, el que se apodera ...", consignadas en el artículo de nuestro código que lo define, no se exige ninguna; lo cual quiere decir, que el sujeto activo lo puede ser cualquier persona, abarcando desde luego al que tiene la detentación subordinada, y ello provoca, en consecuencia, que se le clasifique como de sujeto común o indiferente, esto, debemos señalar también, atendiendo únicamente al numeral señalado, toda vez que, como se verá, "... casos hay en que la ley exige determinada situación jurídica o de hecho, por parte del agente, en cuyo caso nos encontraremos frente a delitos que la ley ha denominado propios y que inclusive pueden en atención a determinadas circunstancias, convertirse en delitos calificados ..." (96); por lo pronto, para completar mejor el punto, bástenos enunciar que nuestro Código Penal prevé al lado del tipo básico, independiente o autónomo (arriba aludido) una calidad especial en el sujeto activo que lo convierte en un tipo complementado, subordinado cualificado, la cual se encuentra contenida en el artículo 367, en relación con las fracciones II, III, IV, V y VI del artículo 381, y que 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.

Preciso es anotar, además, que una misma persona no puede ser a la vez sujeto activo y pasivo del delito en estudio, toda vez de que la cosa mueble, objeto material del mismo, según expresión contenida en el artículo 367, ha de ser "ajena", esto es, -- "... que ha de pertenecer a un patrimonio del que es titular una

(94) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 149

(95) Porte Petit, Celestino. Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 81

(96) F. Cárdenas, Raúl. Ob. Cit. Pág. 63

persona extraña al sujeto activo del delito ..." (97): lo cual pone de manifiesto la necesaria concurrencia en el robo, de los dos sujetos de que hablamos, siendo, por eso mismo, impropio hablar - de autorobo.

Respecto a la interrogante de si la persona moral puede ser sujeto activo del delito, debemos decir, existen un buen número - de teorías, cuyo estudio, además de fatigoso, sale del marco de - nuestro trabajo, por lo que sólo diremos, que en opinión de bastantes juristas -los más- sólo puede tener la calidad de sujeto - activo el hombre individual por ser el único dotado de voluntad - (en sentido natural y no ficticio) y conciencia, base para la imputación penal, y no así la persona moral, la cual, principalmente por la razón expuesta (es decir, por carecer de voluntad propia, distinta e independiente de las personas físicas que la integran), no puede ser autora de delitos. Nuestro Código Penal, en concordancia con esto último, sólo establece, en contra de la persona moral que hubiere sido utilizada como medio para perpetrar - delitos (artículo II), una medida de seguridad consistente en su suspensión o disolución, y no una sanción semejante a la que se haría acreedora la persona física implicada en los mismos.

El sujeto pasivo

Celestino Porte Petit expresa, que el sujeto pasivo "... es el titular del bien jurídico protegido por la ley ..." (98). O bien, como apunta Castellanos Tena, "... sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por - la norma ..." (99)

Antes de escribir la peculiaridad que presenta esta definición, nos parece necesario precisar una cuestión previa, en el sentido de que tal sujeto, al igual que el anterior, en el tipo - que venimos analizando, no precisa tener calidad alguna, es decir, que lo puede ser cualquiera, aquí sí, tanto la persona fisi-

(97) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. La Tutela - Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Pág. 47

(98) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 435

(99) Ob. Cit. Pág. 151

ca como la moral, por lo que se le clasifica como de sujeto común o indiferente, o bien, indistintamente, como impersonal.

Otra cuestión más, no menos importante en el elemento típico en exámen, lo es el fijar quien es "... la persona que puede disponer de ella (de la cosa), con arreglo a la ley ...", según las palabras de nuestro código, al definir al robo, y en relación a esto, Jiménez Huerta precisa que se trata, sin más, "... según el sistema del código, del sujeto pasivo del delito ..." (100).

La definición del sujeto pasivo en relación con la clase de los delitos llamados patrimoniales, por otro lado, posee una nota distintiva y exclusiva, un concepto de aplicación sólo a esta clase de delitos, consistente en el desdoblamiento del sujeto pasivo (101).

En relación con nuestro delito en estudio, Jiménez Huerta - enseña, que "... preciso es distinguir entre sujeto pasivo de la conducta y sujeto pasivo del delito. El primero lo es la persona a quien se arrebató la cosa (pudiendo ser aquella persona que man tenía un mero contacto físico con la misma como longa manus del poseedor); el segundo, la que tenía sobre ella un poder de disposición ..." (102). Pavón Vasconcelos estima, que "... 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 esos atributos, los mismos se infieren de la relación jurídica existente entre el sujeto y el objeto de la protección penalística, más no de la descripción legal referida al sujeto ..." (103).

(100) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Pág. 39

(101) Cfr. F. Cárdenas, Raúl. Ob. Cit. Pág. 97

(102) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Pág. 37

(103) Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Pág. 33

El objeto

Según palabras de Celestino Porte Petit, "... también el objeto forma parte del contenido del tipo, pues es inconcebible éste sin aquél, pudiendo ser el objeto, jurídico o material ..." (I04). Tócanos, en consecuencia, dejar sentado, en primer lugar, que se entiende por objeto jurídico, y asimismo, la aplicación de tal noción a nuestro tipo en estudio; y en segundo término, hacer lo mismo, pero en relación con el objeto material. Entremos, pues, sin mayor preámbulo, al desarrollo de tal cuestión.

Objeto jurídico

F. Castellanos apunta, que "... el objeto jurídico es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan ..." (I05), en tanto que Villalobos al respecto escribe, - que "... es el bien o la institución amparada por la ley y afectada por el delito ..." (I06), afirmaciones que concuerdan en precisar los siguientes elementos: un bien, interés o valor, protegido, tutelado o amparado por la ley; y un hecho criminoso que atenta contra él.

En relación al objeto jurídico del tipo de robo, la doctrina, e incluso la ley, anotan criterios diversos, es decir:

- a). Que se protege al patrimonio
 - b). Que a la propiedad
 - c). Que se tutela a la posesión
 - d). Que se protegen tanto a la propiedad como a la posesión
- a). Que se protege al patrimonio

Nuestro Código Penal llama "... delitos en contra de las -- personas en su PATRIMONIO ..." al conjunto de tipologías afines - que recoge en su título vigésimo segundo de su libro segundo (mis

(I04) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 438

(I05) Ob. Cit. Pág. 152

(I06) Ob. Cit. Pág. 269

mas que se encuentran agrupadas en seis capítulos que denomina: robo, abuso de confianza, fraude, extorsión, delitos cometidos -- por los comerciantes sujetos a concurso, desnojo de cosas inmuebles o de aguas y daño en propiedad ajena). De lo que resulta, -- que, este primer parecer, en el sentido de que en nuestro tipo en estudio lo que se tutela es el patrimonio, es avalado por nuestro código, según se desprende de la sólo lectura de la frase con que denomina al título respectivo donde se halla la descripción típica del mismo.

Enrique Cardona Arizmendi, por su parte, y sin dar explicación alguna, anota, que el objeto jurídico del tipo de robo lo es el patrimonio (IO7).

Pero, ¿qué debemos entender por patrimonio?, en el Código Penal no se le define (como no se define tampoco a la propiedad), -- por lo que será necesario fijar su concepto, bien sea tomándolo -- del derecho privado, o bien, elaborando un concepto privativo del Derecho Penal. Para los civilistas, patrimonio es "... 'el conjunto de derechos y de obligaciones de una persona apreciables en dinero ... considerado como una universalidad de derechos' ..." (IO8), definición de Flanhol y Rivert, que en esencia -- caracteriza al patrimonio, por la universalidad, es decir, en la unidad orgánica, ideal, incorpórea o abstracta, o sea, en una mera ficción en la que se encuentran fusionados todos sus elementos para formar un todo, de tal suerte que el activo responda al pasivo. El daño infligido al patrimonio, será resentido por todo en -- su conjunto, sin importar que elemento fué individualmente el saqueado. Para el Derecho Penal, el patrimonio, por otra parte, no es el complejo de relaciones jurídicas o la universalidad de derechos que pertenecen a una persona, sino tan sólo los derechos o -- relaciones susceptibles de una valoración económica, e, inclusive, de satisfacer los gustos o las necesidades de un individuo. -- En consecuencia, no puede afirmarse que el bien jurídico protegido por el Derecho Penal sea el patrimonio, en el sentido del dere

- (IO7) Aruntamientos de Derecho Penal. Parte Especial. 2a. ed.; --
Cárdenas Editor y Distribuidor; México, 1976. Pág. 232
 (IO8) Citada por Aguilar Carvajal, Leopoldo. Segundo Curso de Dere-
cho Civil. 4a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1980. Pág. 19

cho privado, según anota F. Cárdenas en varias partes de su obra (IO9).

b). Que se tutela a la propiedad

Al respecto Soler anota, que "... mantenemos el título de los delitos contra la propiedad, pues siempre hemos creído equivo cada la moderna tendencia a substituir esa designación por la expresión patrimonio. El patrimonio no es un bien jurídico, pues -- aun 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, ... lo cual ocurre porque 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 aquel. 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 ..." (IIO), tal es la opinión del citado autor argentino, misma que, como se verá, no es aplicable en toda -- su extensión en nuestro país.

Creemos, por otro lado, que este punto no estaría debidamente completado si no se hiciera referencia (al menos en un nivel -- meramente conceptual) al derecho de propiedad. La definición más completa al respecto, nos la da Rafael Rojina Villegas, en los siguientes términos: "... La propiedad (nos dice), es un derecho -- real, por el cual una cosa se encuentra sometida al poder jurídico de una persona, en forma directa, exclusiva y perpetua, para -- que ésta pueda retirar todas las ventajas económicas que la cosa sea susceptible de prestarle, siendo este derecho, como todo derecho real, oponible a todo mundo' ..." (III). De donde, se desprende, las propiedades de exclusividad y perpetuidad, indican, la -- primera, que el titular elimina de las ventajas económicas de la cosa a todas las demás personas; y la segunda, que ese derecho escapa

(IO9) Cfr. F. Cárdenas, Raúl. Ob. Cit. Págs. 9 - 18 - 88, 89

(IIO) Citado por Porte Petit, Celestino. Robo Simple. Ob. Cit. -- Pág. 26

(III) Citado por Aguilar Carvajal, Leopoldo. Ob. Cit. Pág. 107

a la prescripción por el no uso.

c). Que se ampara a la posesión

Jiménez Huerta nos dice, que es "... el poder de hecho que se tiene sobre las cosas muebles o la posesión de las mismas, el interés patrimonial que se protege con este delito, habida cuenta de que la conducta típica que le integra consiste en el apoderamiento de la cosa mueble, lo cual presupone conceptualmente despojar a ella a quien la tiene en su poder. Tener la cosa mueble en nuestro poder, tanto significa civilísticamente como poseerla. El artículo 790 del Código Civil elocuentemente proclama que 'es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho ...' En el delito de robo el alcance de la tutela penal abarca ampliamente toda posesión, esto es, todo poder de hecho que el sujeto pasivo tenga sobre cualquier cosa mueble que le interesa conservar ..." (II2)

Raúl F. Cárdenas reconoce, que "... genéricamente, el interés protegido por el robo, es el patrimonio; pero específicamente, la parte que se afecta del mismo, con el tipo (de robo) que estamos estudiando, es la posesión ..." (II3), aunque más adelante anota, que "... en nuestro sistema jurídico, el interés jurídicamente protegido por el robo es la posesión y no la propiedad ..." (II4)

Desde el punto de vista que estamos viendo se han elaborado razonamientos diversos, como el que asegura que al no reconocerle posesión al ladrón, se llega al absurdo de considerar al propietario, víctima del robo, responsable de los daños causados, por ejemplo, con su automóvil, por el ladrón del vehículo; pero se ha dicho, también, que si, por el contrario, se le reconoce posesión al ladrón, entonces el dueño no puede pretender hacerse justicia por su propia mano, ya que, en ese caso, sería autor de robo. En ambos argumentos, en nuestro concepto, hay razón, pues, en primer lugar, en nuestra realidad jurídica, indudablemente, la posesión

(II2) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. ---
T. IV, Ob. Cit. Págs. 26, 27

(II3) Ob. Cit. Pág. 93

(II4) Idem. Pág. 104

es un hecho, y no importa como se obtenga, si no es legítima o si es injusta, pues ésta también produce efectos jurídicos, los cuales variarían según sea justa o injusta, de buena o de mala fe (II5).

Son más, sin duda, los autores que se inclinan por el criterio en el sentido de que es la posesión la tutelada por el tipo de robo. No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado jurisprudencia en relación a los bienes muebles, fijando el criterio de que su posesión da al que la tiene, la presunción de propietario para todos los efectos legales, apreciación que nos podría servir para sostener que es la propiedad el objeto jurídico, y más aún, aceptando el criterio de que el robo atenta -- contra la propiedad (II6).

Lo cierto, es que la propiedad sobre la cosa no se pierde -- ni debilita con el robo, pues el propietario no pierde sus derechos a recuperar la posesión de las cosas perdidas o robadas, salvo en tres casos, a que hace referencia nuestro Código Civil, en los siguientes artículos:

"... Art. 799.- El poseedor de una cosa mueble perdida o robada no podrá recuperarla de un tercero de buena fe que la haya adquirido en almoneda o de un comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sin reembolsar al poseedor al precio que hubiere pagado por la cosa. El recuperante tiene derecho de repetir contra el vendedor. ..."

"... Art. 800.- La moneda y los títulos al portador no pueden ser reivindicados del adquirente de buena fe, aunque el poseedor haya sido desposeído de ellos contra su voluntad. ..."

Es decir, que hablan de los bienes adquiridos en pública subasta o de un comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, así como del dinero y de los títulos al portador. En el primer caso, el propietario tiene derecho a recuperar la cosa, reembolsando el precio que hubiere pagado por ella el adquirente de buena fe.

(II5) Ibidem. Págs. 93 - 95

(II6) Ibidem. Pág. 96

Y el ladrón sólo puede convertirse en propietario por prescripción como cualquier otro poseedor, de acuerdo con los artículos II53 y II55 del Código Civil, que disponen:

"... Art. II53.- Los bienes muebles se prescriben en tres años cuando son poseídos con buena fe, pacífica y continuamente. **Faltando la buena fe, se prescribirán en cinco años. ...**"

"... Art. II55.- La posesión adquirida por medio de un delito, se tendrá en cuenta para la prescripción, a partir de la fecha en que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal, considerandose la posesión como de mala fe. ..."

Por eso es que, efectivamente, el tipo de robo en nuestro Derecho protege a la posesión y no tanto a la propiedad, que no se pierde con el delito.

d). Que se protege tanto a la propiedad como a la posesión.

En este rubro, hallamos impreso el parecer de F. Pavón Vascancelos, mismo que en su parte conducente indica, que "... el dafío objetivo lo puede resentir no sólo el propietario de la cosa, sino su usufructuario y sería contrario a toda lógica que sólo el derecho adquirido por tal título fuera merecedor de la protección de la ley ..." (II7)

De hecho, al propietario como a cualquier otra persona que se agreda con el robo, lo que la ley le protege es la posesión sobre la cosa, que es lo que en resumidas cuentas resulta lesionado con la sola relación material sobre la cosa, cualquiera que ella sea, que le permita al agente ejercer un poder de hecho sobre la misma.

De consiguiente, reiteramos, el objeto jurídico del tipo de robo en nuestro medio lo es, genéricamente el patrimonio, entendido penalísticamente, y específicamente la posesión, tal como se entiende en materia civil.

(II7) Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y -- Fraude. Ob. Cit. Págs. 23, 24

El objeto material.

Fernando Castellanos nos dice, que el objeto material es --- "... la persona o cosa sobre la que recae el daño o peligro; la - persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuo----- sa ..." (II8). O en otro giro, como expone Pavón Vasconcelos, el objeto material es aquel "... sobre el cual recae la conduc----- ta ..." (II9), elemento que en algunos delitos se confunde con el sujeto pasivo, como en el homicidio.

El objeto material sobre el que ha de recaer el apoderamien- to, reside en "una cosa mueble ajena", pero como estas dos últi- mas cualidades de la cosa, han de ser determinadas acudiendo para ello a una valoración jurídica impresa en diversos ordenamientos, dejaremos su estudio, por quedar así mejor ubicado, para el punto correspondiente a los elementos normativos del tipo. Por ahora, - ocupémonos de la cosa.

La cosa.

El concepto de cosa adquiere una especial connotación o un diverso significado, según el prisma con que se le mire. Desde el punto de vista jurídico, por ejemplo, es preferible hablar de bie- nes y no de cosas, ya que este último vocablo posee un matiz más bien económico. Es decir, que, en tanto que el primero alude a -- una condición jurídica, cual es la apropiabilidad, el segundo ha- ce referencia al carácter económico de ser satisfactor. Sin embar- go, como anota Jiménez Huerta, "... se sobreentiende que cuando - la ley penal habla de 'cosa' emplea el vocablo no sólo en su sig- nificado material, sino también jurídico, esto es, provisto de -- los atributos necesarios para indicar un 'bien'. De ahí, la equi- valencia entre 'cosa' y 'bien' en el texto de la mayor parte de - las normas ..." (I20).

Son varias las definiciones que se han elaborado en torno a

(II8) Ob. Cit. Pág. 152

(II9) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. - Pág. 278

(I20) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio, --- T. IV, Ob. Cit. Págs. 38, 39

La cosa, podemos decir que casi cada autor expresa una propia; -- sin embargo, como casi todas coinciden en señalar ciertos elementos comunes, consideramos superfluo hacer alusión a todas ellas, y por ello sólo anotaremos la que nos brinda Celestino Porte Petit, en el sentido de entender por cosa "... a cualquier objeto material susceptible de apropiación y con valor económico o afectivo ..." (I21); de lo cual obtenemos los elementos buscados, es decir:

- a). Corporeidad.
- b). Valor económico o afectivo.
- c). Susceptible de apropiación.

a). Corporeidad.

De acuerdo con el Diccionario Hispánico Universal, este término significa: "... que tiene cuerpo ..." (I22), y tal es el significado que, por otra parte, se maneja en doctrina respecto de la cosa en el robo; así, por ejemplo, para Nuñez, "... un objeto tiene corporalidad cuando posee extensión, y, por ello, ocupa un lugar en el espacio ..." (I23). La cosa, en consecuencia, ha de existir en la realidad, sea observable o apreciable por la simple actividad de nuestros sentidos, o bien, a través de aparatos o -- sistemas creados por el hombre para tal efecto. "... Los bienes -- inmateriales, por otro lado, v. gr., las ideas y los derechos, no pueden ser objeto del delito de robo, pues como no son susceptibles de percepción sensoria no pueden ser objeto de corporal remoción ..." (I24). De lo que resulta, que para que sea siquiera concebible el apoderamiento sobre una cosa, será necesario primeramente verificar que la misma exista y que posea corporalidad, pudiendo aparecer tal corporalidad, como un sólido, como un líquido, o bien, en forma gaseosa, esto es, como lo que en química se conoce como los tres estados de la materia.

(I21) Robo Simple. Ob. Cit. Págs. 28, 29

(I22) Enciclopedia Ilustrada en Lengua Española, T. I, 24va. ed.; W. M. Jackson, Inc. Editores; México, 1981. Pág. 395

(I23) Citado por Porte Petit, Celestino. Robo Simple. Ob. Cit. -- Pág. 28

(I24) Jiménez Muerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio, T. IV, Ob. Cit. Pág. 39

El estado sólido no representa problema alguno, es más, la mayoría de los robos (quizá no sea necesario decirlo) son cometidos sobre cosas sólidas, esto es obvio, pero ello no significa -- que los líquidos o gases no puedan ser objeto del delito en estudio, véamos enseguida como aclara la doctrina esta cuestión.

Por cuanto a los líquidos se refiere, la doctrina precisa -- que si son susceptibles de apoderamiento, ya que, se aclara en -- ella, el sujeto activo podrá ejecutar tal acción valiéndose de un instrumento, una longa manus que le permita superar sus naturales limitaciones físicas y biológicas, como por ejemplo, con un recipiente. Aunque, por otra parte, el tipo no requiere de ese medio, lo que importa es que el líquido sea aprehendido materialmente y en todo caso, el sujeto podrá concretar tal aprehensión, valiéndose de algún instrumento, o bien, tan sólo de sus propias manos. -- En este sentido, también se dará el apoderamiento cuando el líquido se bebe (I25).

Igualmente, las aguas pertenecientes a un inmueble son objeto de robo cuando son sustraídas a través de un recipiente, ya -- que con esa acción el sujeto imprime a las mismas la movilidad necesaria para dejar de ser consideradas como inmuebles; pero, si -- por el contrario, tales aguas son desviadas artificialmente de su curso normal, mediante cañerías u otros obstáculos, entonces dicha conducta es, más bien, subsumible en el delito de despojo que tipifica el artículo 395, fr. III (I26).

Los gases, por otro lado, también pueden ser objeto del delito de robo, ya que la corporeidad de los mismos no puede ser negada, y si bien no tienen forma fija y perceptible al contacto, -- incluso algunos ni siquiera poseen olor, si son, por otra parte, -- aprehensibles y removibles de un lugar a otro, pues el hombre -- cuenta siempre con los medios adecuados para separarlos de su estado natural y someterlos en recipientes a una posesión (I27).

Dentro de la corporeidad debe también hacerse alusión, como

(I25) Cfr. Cardona Arizmendi, Enrique. Ob. Cit. Págs. 220, 221

(I26) Idem.

(I27) Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. La Tu tela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Pág. 40

un problema de difícil encuadramiento, a la electricidad y a la energía electromagnética que utiliza el teléfono, pues de tales fluidos no se tiene conocimiento a la fecha, de corporeidad alguna, y seguramente por eso en nuestro Código Penal se ha establecido, en el artículo 368, que "... Se equivarán al robo y se castigará como tal: ... II.- El aprovechamiento de energía eléctrica o de cualquier otro fluido, ejecutado sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente puede disponer de él ..." De donde se observa, en vez de apoderar, se utiliza el verbo aprovechar, el cual, se vienes en doctrina, encaja mejor con aquellos entes, por llamarlos de algún modo, que son incorpóreos (I28).

En el aprovechamiento antijurídico de estas energías o fluidos, por otro lado, es indiferente, dada la redacción de la fracción II del artículo 368, el medio o el modo de realizar la conducta, por lo que el uso de artificios como la alteración del medidor para que no registre en todo o en parte el consumo, no transforma el robo en fraude, y es indiferente el medio, porque también es lógico que para efectuar tales aprovechamientos, es inevitable hacer uso de algún artificio material (I29).

b). Valor económico o afectivo.

Al respecto, el Código Penal en su artículo 371 preceptúa, que "... Para estimar la cuantía del robo, se atenderá únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años ..." Al comentar esta disposición Jiménez Huerta indica, que "... la cosa ha de tener algún valor, bien sea este apreciable en dinero o simplemente de afección e inestimable pecuniariamente, v. gr., los recuerdos de familia o personales, cartas, retratos o manuscritos, etc., ... A esta diversa categoría de valores hace referencia el artículo 371 del Código Penal, pues tras de establecer que para estimar la cuantía del robo se atenderá exclusivamente al valor intrínseco permutable en dinero según las prescripciones del 370 del objeto del apoderamiento, estatuye una pena especial para cuando por alguna circunstancia -

(I28) Ibidem. Págs. 41, 42

(I29) Ibidem. Pág. 43

no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor ... finalizando en el sentido de que- el Código sigue en este punto, la mejor dirección jurídica, pues el patrimonio no se integra sólo por las cosas que tienen un valor de cambio estimable en dinero, sino también por aquellas que sólo tienen un valor de uso, esto es, que satisfacen los gustos, las aficiones y los efectos de su titular ..." (130)

Pero, ¿qué debemos entender por valor intrínseco de la cosa? González de la Vega nos enseña que por tal ha de entenderse "... el real de la cosa ..." (131), y, por su parte, la Corte ha estimado, que "... lo que la ley pretende evitar al referirse al valor intrínseco, es que los objetos robados, se valgan de acuerdo con la estimación que por motivos personales pueden tener para su propietario, tales como haberlos recibido en regalo de persona muy estimada; pero su valor normal de adquisición, en un valor intrínseco ..." (132); de modo que el valor intrínseco de una cosa, es su valor real de adquisición, el cual, dicho sea de paso, no es precisamente el fijado por los comerciantes, que podría estar inflado por el lucro, sino el determinado en todo caso por los pe-
ritos.

Ahora bien, ¿en qué momento debe considerarse el valor de la cosa? Porte Petit enseña, que es evidente "... que este momento debe ser aquél en que se cometió el delito de robo, o sea, el preciso momento en que se llevó a cabo la consumación ..." (133), y ese mismo parecer, notamos, es sostenido por Jiménez Her-
ta (134) y por González de la Vega (135); de manera que ha de tomarse en cuenta el que tenía al tiempo de ejecución del delito, y no al momento en que se restituye lo robado o cualquiera otro.

(130) *Ibidem*. Págs. 44, 45

(131) Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 189

(132) Citada por Porte Petit, Celestino. Robo Simple. Ob. Cit. -- Pág. 33

(133) *Idem*.

(134) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Pág. 96

(135) Cfr. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 189

c). Susceptible de apropiación.

Nuestro Código Civil siguiendo el criterio jurídico de clasificación (que prefiere hablar de apropiabilidad en vez de su carácter de satisfactor), en su artículo 747 establece, que -----
 "... pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no están excluidas del comercio ...", y de acuerdo con el numeral 748, "... las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley ...", y en el 749 declara, que -----
 "... están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular ..."; lo cual quiere decir, que, por ejemplo, la agresión de apoderamiento sobre el patrimonio artístico o histórico de la nación, no podrá constituir una acción típica de robo simple, por cuanto a que estas cosas están fuera del comercio y no pueden ser reducidas a propiedad privada, lo que desde luego no impide la integración de alguna otra tipicidad.

Respecto del apoderamiento de elementos orgánicos de un individuo, por otro lado, existe la opinión en doctrina de que pueden presentarse los siguientes casos:

a'). Que se dé sobre la persona viva o partes de ella.

b'). Que tenga lugar sobre un cadáver o porciones del mismo.

a'). Que se dé sobre la persona viva o partes de ella.

En el primer caso, se afirma, la persona viva no es susceptible de ser objeto material del delito de robo. "... Los seres humanos (por dice Jiménez Huerta), proscrita por el moderno Derecho la esclavitud, no son reductibles a propiedad privada y, por ende, no forman parte de ningún patrimonio ..." (136). De lo que resulta, que el apoderamiento antijurídico de una persona integra algún otro delito pero no el de robo. El daño infligido en este caso, no va dirigido contra el patrimonio, y ni siquiera contra la posesión, porque la persona humana no es propiedad o posesión de nadie.

(136) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio, --
 T. IV, Ob. Cit. Pág. 43

E, igual afirmación se hace, respecto de las partes que integran el organismo humano vivo, cuya separación antijurídica, -- igualmente, no atenta contra el patrimonio, sino, en este caso, -- contra la vida e integridad humana. En cuanto a la separación que no produce lesión al sujeto pasivo, v. gr., las trenzas de una jóvan, se dice, da lugar por lo común a un delito contra el honor o contra la libertad, pero no contra el patrimonio, excepción hecha en el caso de que dicha separación fuere llevada a cabo por el ag-tivo, con la intención de obtener alguna ventaja económica, apropiándose o vendiendo las valiosas trenzas (I37).

b'). Que tenga lugar sobre un cadáver o porciones del mismo.

Por lo que respecta al organismo de un ser humano, vivo o -muerto, ya sea en sus diversas porciones, manos, pies, algún órga no interno, etc., o bien, en todo su conjunto, tratándose de un -cuerpo sin vida o cadáver, se ha discutido si pueden ser conside-rados como "cosa" en el sentido nominalístico que hemos venido estu-diando; físicamente no hay duda de que tales entes puedan ser una cosa corporal susceptible de apoderamiento físico o material, pe-ro hay duda si pueden ser susceptibles de apropiación. La cuesti-ón no ha sido tomada en cuenta por el legislador, por lo que en -doctrina se estima, que "... siempre que de hecho o jurídicamente hayan ingresado a un patrimonio o se encuentren inmersas en el -- tráfico jurídico, serán "cosas" susceptibles de apropiación, esto es, objetos idóneos para la comisión del delito de ro-----bo ..." (I38); por ello, quien sustrae un cadáver no comete robo si el mismo no se hallaba dentro del tráfico comercial, ya que el cadáver, inmerso bajo esta circunstancia, no constituye bien pa-trimonial.

(I37) Cfr. *Ibidem*.

(I38) *Ibidem*.

Referencias temporal y de lugar

Comencemos por sentar, que el tipo de robo a que alude el artículo 367 de nuestro Código Penal, por sí sólo, no hace referencia al tiempo, al lugar, a la ocasión o a los medios de comisión. Por ello es, que en doctrina se le denomina tipo básico, autónomo o independiente; pero cuando tal figura coincide con alguna o algunas de estas referencias, se dice, estaremos frente al mismo tipo de robo, sólo que ahora complementado o circunstanciado, subordinado cualificado: de este modo, al no presentarse alguna o algunas de las referencias en la realidad de un caso concreto, -- siempre que el tipo las requiera, tendremos un caso de atipicidad.

La referencia temporal, según concepto de Olga Islas de González Mariscal, es "... la condición de tiempo o lapso, descrita en el tipo, dentro de la cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado ..." (139). En algunos tipos esta condición es parte esencial, pues no estarán conformados sin ella, como el de infanticidio descrito en el artículo 325, o sea, "... la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento ...", más en el tipo de robo que estamos estudiando, a diferencia de este último, no se hace referencia a que el delito de ba ser perpetrado en un lapso de tiempo, horario determinado en el día o en la noche, o período especial de días medido en el calendario, por lo que podrá realizarse en cualquier tiempo, sin -- que esa circunstancia agrave o atenúe su penalidad.

En cuanto al lugar, Mezguer anota, que "... es todo lugar -- en el que ha sido realizada alguna parte integrante del hecho, -- tratése de la actividad corporal del autor o del resultado posterior ..." (140): lo cual quiere decir, según nuestro entender, -- que la ley fija en determinadas ocasiones, que el hecho delictivo ha de tener verificativo bajo determinados medios locales, por lo que su ejecución en otro lugar no recaera en el tipo correspondiente. En el robo, tenemos que anotar, si se demandan referencias de lugar, mismas que de acuerdo con nuestro Código Penal, -- son las que enseguida se señalan, y que indican los siguientes ar

(139) Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida. Ed. Trillas; México, 1982. Pág. 6

(140) Ob. Cit. Pág. II5

tículos, en la parte de ellos que se indicará, es decir, en la -- parte primera del artículo 381 bis., y en la fracción primera del artículo 381. Enseguida pasaremos a considerar brevemente al primero, el cual textualmente dice:

"... Art. 381 bis.- Sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370 y 371 deben imponerse, se aplicarán de tres días a diez años de prisión al que robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, comprendiéndose en esta denominación no sólo los que están fijos en la tierra, sino también los muebles, sea cual fue re la materia de que estén contruidos ..."

Si para llevar a cabo el robo el sujeto activo irrumpe en el domicilio o la cerrada heredad ajena, entonces con esta conducta producirá una doble lesión al sujeto pasivo, esto es, tanto en su patrimonio como en el bien jurídico de su libertad individual, por cuanto dichos locales representan una zona de libertad y privacidad para su titular. Por ello, en doctrina se hace hincapié, como razón de la penalidad en este caso, en el bien jurídico de la inviolabilidad del domicilio. Son sostenedores de este parecer, -- notamos, González de la Vega (I41), Jiménez Huerta (I42) y Pavón Vasconcelos (I43).

"... Por edificio, vivienda, aposento o cuarto habitado o -- que estén destinados para habitación (nos dice Pavón Vasconcelos), debemos entender aquellas localidades que se destinen 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' ... 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 ..." (I44), y, por su parte, Jiménez Huerta, asienta, que "... el concepto de edificio, vivienda, apo-

- (I41) Cfr. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 64
 (I42) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Págs. 69, 70
 (I43) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Pág. 84
 (I44) Idem.

sento o cuarto que estén habitados es muy amplio, pues comprende no sólo los locales en los que se yace y yanta, sino también aquellos otros que forman parte de ellos e integran la habitada unidad, como por ejemplo, acontece con sus cocinas, cuartos de baño, despensas, salas, vasillos, gabinetes o despachos ..." (I45)

En la medición del alcance de esta calificativa, hemos encontrado puntos que son discutidos en doctrina, mismos que veremos sucintamente en las siguientes líneas.

Parece suscitar discusión, el encuadramiento en esta calificativa, del robo perpetrado en un local no destinado específicamente para habitación, sino, usado para un fin diverso, como una fábrica, una bodega, un almacén, un granero o un establo, pues, -- en tanto que Jiménez Huerta vierte su parecer diciendo, que ---- "... la calificativa es de apreciarse si parcialmente sirve también en habitación o vivienda a sus encargados o guardianes y el robo se comete en la parte limitada del local en que éstos realizan su vida doméstica ..." (I46), F. Cárdenas, creyendo estar en contra de esta opinión, declara, que "... salvo que el robo se lleve a cabo en el domicilio del portero de una fábrica, en la bodega -- de un establecimiento comercial o en un granero, que no forme parte de una casa habitación, aun cuando en ellos duerma el velador, no es robo en lugar habitado, sino en lugar cerrado, contra lo -- que opina Jiménez Huerta ..." (I47); es decir, según alcanzamos a desprender, este último autor considera exceptuado el domicilio -- del portero instalado en alguno de los locales no habitados ni -- destinados para habitación que se citan, de estos mismos, en donde se integra, según su parecer, la diversa calificativa de lugar habitado o destinado para habitación, y con ello, se coloca en la misma línea esbozada por Jiménez Huerta. De cualquier manera, haya o no contradicción, nosotros creemos más razonable el parecer de que la calificativa en estudio se integra, sólo en la parte de esos locales en donde el vigilante lleve a cabo su vida doméstica, o sease, en donde pueda actuar con libertad y privacidad, incluso junto con su familia.

(I45) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio, ---
T. IV. Ob. Cit. Pág. 70

(I46) Idem.

(I47) Ob. Cit. Pág. 197

Por otra parte, se discute si queda subsumido también en la calificativa en estudio, el robo cometido en las dependencias: es to es, según nota de F. Cárdenas, de acuerdo con una reforma llevada a cabo a nuestro código en 1946 y posteriormente suprimida, en "... los patios, garages, corrales, caballerizas, azoteas, cuadras, jardines, que tengan comunicación con la finca, aunque no estén dentro de los muros exteriores de ésta y cualquier otra obra que esté dentro de ellas, aun cuando tenga su recinto particular ..." (I48). De esta manera, Jiménez Huerta sostiene, que "... como, en puridad, las citadas dependencias tienen una autonomía corpórea y conceptual diversa de la del adyacente edificio, vivienda, aposento o cuarto habitado, no pueden comprenderse en la calificativa del lugar habitado los robos realizados en dichas dependencias, pues si tal se hiciera se aplicaría por analogía o mayoría de razón la ley punitiva y se vulneraría la prohibición establecida en el artículo 14 constitucional ..." (I49), en tanto que González de la Vega, por contra, apunta, que "... no obstante el silencio de la ley cuando estas dependencias forman parte del edificio o casa por estar encerrados en el mismo recinto, debe estimarse existente la calificativa, por formar un todo con el edificio habitado o destinado para habitación. Si no se estimare así nada la anterior interpretación, a lo menos dichas dependencias constituyen lugares cerrados ..." (I50); o dicho con mayor brevedad, mientras que para Jiménez Huerta las dependencias constituyen un lugar distinto al edificio o casa habitada, por lo que deben considerarse comprendidas en la calificativa de lugar cerrado, para González de la Vega éstas mismas también son parte del edificio o vivienda habitada o destinada para habitación. Por su parte F. Cárdenas, notamos, es también partidario de este último parecer, y para apoyarlo presenta algunos ejemplos, a saber: ---- "... el robo de un automóvil (nos dice), que se substraer del garage de la casa, es robo en lugar habitado y no cerrado, pues para llevarlo a cabo se ha violado el domicilio: quien robó la ropa tendida en la azotea, allanó el domicilio, como lo hizo el que se apoderó de objetos que estaban en el jardín o la bodega o granero de una casa habitación y dentro de sus muros. Sostener lo contra-

(I48) *Ibidem*.

(I49) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. --- T. IV, Ob. Cit. Pág. 71

(I50) Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 192

rio, no tiene sentido, pues nos llevaría a una interpretación contraria a la lógica y al sentido común ..." (I51); sin embargo, en nuestro concepto, esta última solución es francamente extremista, y, por otro lado, la opinión de Jiménez Huerta nos parece razonable, pues en la misma considera a la "ratio" que da origen y nace a la calificativa en estudio, o séase, a la libertad del individuo dentro de su morada, y aplicando el sentido común, puede obtenerse la conclusión de que no representa el mismo grado de lesión a este bien jurídico el robo perpetrado en el interior de las habitaciones, que el llevado a cabo en el garage o jardín, y más si estos están apenas protegidos por una cerca o reja mediana, ya que en ellos el hombre generalmente hállase mayormente desprotegido y sin cobijo, además de no contar prácticamente con intimidad en los mismos (palabra que por cierto emplea F. Cárdenas para referirse a la "ratio" de la agravante, y que, sin embargo, parece eludirla sutilmente en su disertación), por lo que no es dable -- pensar que la libertad del individuo sea igualmente vulnerada en ambos sitios. Así que, si bien las dependencias, efectivamente, forman un todo con la casa habitada, el Juez al graduar la pena -- dentro de los mérgenes establecidos para la citada calificativa, de tres días a diez años, deberá tener en cuenta el grado de horadación o penetración al domicilio ajeno, esto es, si éste se ha cometido en las dependencias (cuya naturaleza es discutida, como vimos), o si ha implicado una mayor lesión a la libertad del pasivo, al haberse ejecutado hasta el mismo interior de los cuartos habitados.

Por otro lado, hemos de sentar, la jurisprudencia mexicana ha interpretado a la calificativa en estudio en el sentido de que "... para la agravación de la penalidad, no basta que se compruebe la consumación del delito en uno de esos lugares (edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación), 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 ..." (I52); así que el pasivo no deberá tener libre acce

(I51) Ob. Cit. Pág. 197

(I52) Citado por González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 191

so a la morada, pues, en ese caso, el robo debe ser considerado - como simple. La calificativa, entonces, ha de producirse mediante un allanamiento de morada, por lo que es realizado también el tipo de ésta última figura con la conducta que integra a aquella, - pero como la pena que se establece para el allanamiento (que de acuerdo con el artículo 285 de nuestro Código Penal, es de un mes a dos años de prisión), es inferior a la que el mismo ordenamiento establece para la calificativa, valorativamente quedará subsumido el allanamiento de morada en la calificativa en estudio. De aquí que se estime, que si el sujeto pasivo y el activo comparten la misma casa habitada, no se integra la calificativa por falta - del elemento allanamiento (I53).

En el texto del artículo 381 bis. también se determina que es indiferente "... la materia de que estén contruidos ..." o "... que estén fijos en la tierra ..." o que sean "... movi-----bles ...". En la interpretación de tales palabras, encontramos la opinión de Jiménez Huerta, esbozada en el sentido de que dentro - de la calificativa, como consecuencia de las mismas, "... entran también la sencilla y frágil cabaña construida con rústicas maderas y el trailer en que viven los artistas de un ambulante cir---co ..." (I54); sin embargo, notamos, F. Cárdenas esgrime un parecer opuesto a este último, ya que indica que como la ley sólo hace referencia a los predios que "estén habitados" o a los "destinados para habitación", la citada cabaña estará fuera de tal descripción, pues normalmente sólo es habitada con eventualidad, en verano o en algunos fines de semana, y mientras no lo esté, evidentemente que el bien jurídico que reside en el cobijo y libertad que implica la morada, no es lesionado con alguna intromisi---ón (I55). En nuestro punto de vista, este último criterio es el - correcto, toda vez que el mismo ha tenido en cuenta al objeto jurídico tutelado, consistente en la inviolabilidad del domicilio, mismo que se caracteriza (como ya hemos anotado), no sólo por un daño al patrimonio, sino, además, por la libertad misma que implica el lugar; en este último (apunta Jiménez Huerta), se materializa "... la íntima personalidad del hombre: ... -y también- halla

(I53) Cfr. F. Cárdenas, Raúl. Ob. Cit. Pág. 199

(I54) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. ---
T. IV, Ob. Cit. Pág. 70

(I55) Cfr. Ob. Cit. Pág. 199

repose 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 ..." (156); todo ello representa ese lugar para el hombre.

Esta referencia de lugar, debemos indicar, reviste peculiar importancia en este trabajo, pues mas adelante habremos de retomarla en el apunte de algunas conclusiones, mismas que, adelantamos, tienen que ver con la determinación del momento de la consumación.

La otra referencia de lugar con la que se complementa, su--bordina y cualifica el tipo de robo simple, nos la señala nuestro Código Penal en la fracción Ia. del artículo 381, en los siguientes términos: "... Art. 381.- Además de la pena que le corresponde, conforme a los artículos 370 y 371, se aplicarán al delincuente hasta cinco años de prisión, en los casos siguientes: I. Cuando se cometa el delito en un lugar cerrado ..."

Nuestro Código Penal no contiene explicación de lo que debe entenderse por "lugar cerrado", y en la búsqueda de su significado, la Corte da una pauta a seguir, y esto lo hace en una tesis jurisprudencial, misma que es citada por F. Cárdenas, y que indica lo siguiente: "... 'Robo en lugar cerrado. Si la ley penal respectiva no define lo que es lugar cerrado, debe recurrirse al significado gramatical del vocablo o a los precedentes legislativos que definen esa agravante, y la Corte ha estimado que sólo debe entenderse por lugar cerrado el que no tenga comunicación con un edificio, ni esté dentro del recinto de éste y que para impedir la entrada, haya sido rodeado por enrejados, fosos o cercas, aun cuando sean de piedra suelta, plantas espinosas, ramas secas o cualquiera otra materia.' ..." (157); sin embargo, no es congruente atender a tal indicador, pues de recurrir exclusivamente al significado gramatical del lugar cerrado, entendiéndose por tal a "... lo que se encuentra interceptado en su entrada o sali-----

(156) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. ---

T. IV, Ob. Cit. Pág. 69

(157) Ob. Cit. Pág. 186

da ..." (158), puede llegarse a confundirlo con el edificio, vivienda, aposento o cuarto habitado o destinado para habitación, - pues en estos últimos se halla un lugar, es decir, un espacio delimitado, el cual ordinariamente esta cerrado; e, incluso, podría llegarse a los extremos de considerar, como lo hace Jiménez Huerta (159), rechazando por falta de allanamiento, que la calificación pudiera aplicarse a los bolsos, portafolios, monederos, cajas fuertes, etc. Por otro lado, la definición que transcribimos, se hace notar, sólo alude a "todo terreno", y no considera a las --- construcciones no habitadas e interceptadas en sus entradas y salidas, construidas en él. Tal definición, según expresa F. Cárdenas (160), corresponde a la establecida en el Código Penal de --- 1871, misma que posteriormente fue suprimida; pero es evidente -- que las cosas han cambiado y que aquella legislación ya no tiene tanto apego a muestra actual realidad. Por esta razón, asimismo, es que González de la Vega ha hecho notar, que "... la interpretación histórica a que han acudido algunas respetables Salas y Cortes Penales no es aplicable al código vigente, supuesto que éste, al disminuir el casuismo y al suprimir las definiciones convencionales, permitió ajustar la legislación a la realidad de los hechos o fenómenos en ella previstos, así, el concepto de lugar cerrado se restituyó a su verdadero alcance gramatical, quedando -- comprendidos en él los edificios o cuartos no habitados ni destinados para habitación ..." (161); lo cual significa, que si quedan comprendidos los edificios, viviendas, aposentos o cuartos, -- más sólo los que no estén habitados ni destinados para habitación; pero, además, como apunta Jiménez Huerta, también están comprendidos "... los robos cometidos en edificios, viviendas, aposentos o cuartos que, aun estando destinados para habitación, no estén habitados en el instante histórico de su comisión, como --- acontece, por ejemplo, con los edificios desalquilados o los departamentos vacíos o amueblados desocupados ..." (162)

- (158) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. --- Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 193
 (159) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Pág. 72
 (160) Cfr. Ob. Cit. Pág. 185
 (161) Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 193
 (162) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. --- T. IV, Ob. Cit. Pág. 71

Una vez visto que no es posible atender exclusivamente al significado gramatical de la expresión "lugar cerrado", pasemos a ver como lo define la doctrina.

Jiménez Muerta anota, que "... 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 la entrada ..." (I63); e, incluye dentro de tal concepto, al robo perpetrado en el interior de las dependencias, así como el llevado a cabo sobre las cosas que se encuentran en el interior de los automóviles; y de igual modo, enseña, es indiferente que el lugar cerrado esté en el interior de un edificio o en un campo raso (I64).

González de la Vega expresa, por su parte, que el lugar cerrado es "... cualquier sitio o localidad cuya entrada o salida - se encuentran interceptadas ..." (I65); e, igualmente, considera caen dentro de tal concepto, los robos ejecutados en los edificios, cuartos, aposentos o sitios en general a los que las personas no tengan libre acceso por estar interceptados, añadiendo la consideración a los parques, corrales o terrenos aislados por divisiones o valladares de cualquier materia (I66).

F. Cárdenas al escribir sobre el tema, observamos, después de hacer algunas anotaciones en relación con algunas definiciones que sobre el lugar cerrado se tenían en ciertas legislaciones pasadas, apunta, que "... no puede estimarse como lugar cerrado, si el mismo tiene acceso al público, aún cuando, si los hechos ocurren cuando ha sido cerrado, debe tenerse en cuenta la calificativa. Así por ejemplo -indica-, 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 ..." (I67); señalando, además, que también caen en la misma calificativa, los robos llevados a cabo en el interior de automóviles, carros de ferrocarril, camiones de transporte de mercan-

(I63) *Ibidem.*

(I64) *Cfr. Ibidem.*

(I65) *Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 193*

(I66) *Cfr. Idem.*

(I67) *Ob. Cit. Pág. 186*

oías, aviones, etc., aun cuando no es criterio ampliamente aceptado por la Corte (I68).

En la integración de la calificativa contenida en la fracción primera del artículo 381, al igual que la anteriormente estudiada, es necesario que el ladrón se hubiere introducido al lugar cerrado en forma antijurídica, esto es, "... sin el consentimiento de la persona que tenga interés jurídico en que dichos lugares no sean allanados, cualquiera que fuere el medio que aquél hubiere empleado para vencer los obstáculos o signos que se oponían a su penetración ... -por ello-, cuando el sujeto activo entra o se encuentra en dicho lugar con el consentimiento expreso o tácito del titular de dicho interés jurídico, las calificativas en examen no pueden funcionar si posteriormente aquél se apodera del automóvil o de los objetos que se encuentran en el interior de los demás indicados lugares ..." (I69); de modo que será necesario -- que también esta calificativa se produzca por allanamiento; tal es el parecer de Jiménez Huerta, y asimismo, notamos, opinan González de la Vega (I70), Pavón Vasconcelos (I71) y F. Cárdenas (I72), el último de los cuales, prefiere verlo como un elemento culpabilístico y no de la antijuridicidad.

Por otro lado, se señala, es indiferente a los efectos de la integración de las dos referencias de lugar que hemos venido estudiando, el medio -furtivo, engañoso o violento- empleado por el agente para introducirse en los mencionados lugares; sin embargo, el juzgador deberá tenerlos en cuenta para graduar las penas dentro de los márgenes establecidos por nuestra ley penal, pues, evidentemente, diversa es la intensidad antijurídica de la conducta del que penetra furtivamente aprovechando, por ejemplo, el descuido del sujeto pasivo que deja una puerta entreabierta, de aquel otro que emplea llaves falsas, fractura puertas, etc., o se

(I68) Cfr. Ibidem.

(I69) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. --- T. IV, Ob. Cit. Pág. 72

(I70) Cfr. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 193

(I71) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Pág. 83

(I72) Cfr. Ob. Cit. Pág. 188

introduce mediante horadación o escalamiento (I73).

E, igualmente, se aprecia en doctrina, no operan las calificativas en examen, si el ladrón no se introduce física e integralmente en los lugares comprendidos en ellas, pues aunque esta física y total introducción no es exigida literalmente por la letra de los artículos que las describen, encuéntrase insita en la "ratio" de los mismos; de tal manera que, si el ladrón aprehende la cosa introduciendo únicamente su brazo por una ventana abierta, no se integrará la calificativa por hallarse ausente la razón que la fundamenta; e, igual, acontece, con los anodamientos llevados a cabo sobre los exteriores de un edificio, pues la fracción I del artículo 381 requiere que el robo sea cometido "en" y no -- "sobre" un edificio (I74).

Referencia de ocasión.

A esta noción no todos los autores hacen alusión, como es el caso de Castellanos Tena y de Pavón Vasconcelos, más hay algunos otros que sí la consideran, como Jiménez de Asúa, que, como vimos, la ubica en el elemento objetivo del tipo, y asimismo, Olga Islas de González Mariscal, que la define como aquella "... si tuación especial renuerida en el tipo generadora de riesgos para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado ..." (I75); es decir, que es aquella circunstancia de oportunidad que debe existir para que el sujeto activo pueda realizar la conducta.

En el robo, observamos, nuestro Código Penal había incurrido en un grave olvido, al no hacer expresa mención de la importante hipótesis de que el mismo fuera cometido bajo una determinada circunstancia de ocasión, no obstante que razón no hubo de faltar, pues, evidentemente, en el mismo quedó el hueco del llamado en doctrina robo calamitoso, o séase, el cometido por el sujeto activo aprovechando la situación de calamidad o desgracia en que ha caído el sujeto pasivo; o dicho con otras palabras, de F. Cárde-

(I73) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Pág. 72

(I74) Idem. Pág. 73

(I75) Ob. Cit. Pág. 38

nas, "... el hecho de ejecutar el apoderamiento aprovechándose de las desgracias ajenas o los desastres ..." (176). No obstante, -- nuestro Código Penal, excepción hecha del robo en local habitado, había preferido acoger algunas otras calificativas que según el sentido común son menos graves, como es el caso del robo de doméstico, sirviente, obrero, huésped o comercial, tipificado en el artículo 381, dejando al margen de mención a la citada importante referencia de ocasión, y no es sino hasta una reforma en enero de 1984, que el legislador decide por fin darle cabida en el mismo -- en una nueva fracción, la VIII, que adiciona al artículo 381, misma que textualmente dice: "... Art. 381.- Además de la pena que le corresponde, ... se aplicarán al delincuente hasta cinco años de prisión, en los casos siguientes: ... VIII. Cuando se cometa -- aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público ..." Sin embargo, esto no significa -- que antes de la reforma el juez hubiera estado imposibilitado para considerar al robo calamitoso, pues, según atinada opinión de F. Cárdenas (177), podía hacerlo al individualizar la pena, echando mano, para ello, del arbitrio judicial inaugurado desde 1946 -- (mismo que implica el consagrar como pena un intervalo de años y no un número fijo). Sólo que, se hace notar, existía la insuficiencia de que el mismo debía concurrir dentro de los márgenes -- descriptivos señalados por las calificativas contenidas en nuestro Código Penal, pues fuera de ellas, al graduar la pena, el juez debía tener exclusivo basamento en el monto de lo robado.

Referencia a los medios de comisión.

Olga Islas Magallanes escribe que tales medios "... son el instrumento a la actividad distinta de la conducta, exigidos en -- el tipo, empleados para realizar la conducta o producir el resultado ..." (178); lo cual significa, que el agente activo del delito ha de valerse de algún instrumento para cometerlo, entendiéndose se por tal instrumento, más que una simple herramienta o artefacto, una forma, manera o modo que se conjuga con la conducta del -- activo para imprimirle un matiz distinto a la ejecución. De este modo, cuando el tipo la contenga, habrá que constatar la presen--

(176) Ob. Cit. Pág. 171

(177) Cfr. Idem. Págs. 171 - 173 - 189 - 191

(178) Ob. Cit. Págs. 1, 2

cia de ella en el caso concreto, pues, como enseña Pavón Vasconcelos, "... aun 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 para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena ..." (179); de tal manera, que esta referencia puede aparecer, bien para integrar al tipo básico correspondiente, o bien, para conformar a una calificativa.

En cuanto al tipo de robo, nuestro Código Penal establece una referencia a los medios cuando en su artículo 372 dispone, -- que: "... Art. 372.- Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregarán de seis meses a cinco años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación ..."; de modo que esta referencia a la violencia como medio para ejecutar el robo, convierte al tipo básico, independiente o autónomo de este delito, en tipo complementado (o circunstanciado), subordinado (al tipo básico): cualificado (agravado en su penalidad).

Sobre esta referencia no haremos mayor apuntamiento en este trabajo, por estimar, el mismo saldría del marco de planteamientos necesarios para alcanzar los fines perseguidos en el mismo.

Sin embargo, a efecto de tener en cuenta al menos a las disposiciones de nuestra ley sobre el particular, haremos anotación de los artículos 373 y 374, que igualmente se refieren a la violencia.

"... Art. 373.- La violencia a las personas se distingue en física y moral. Se entiende por violencia física en el robo la -- fuerza material que para cometerlo se hace sobre una persona. Hay violencia moral, cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona -- con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla ..."

"... Art. 374.- Para la imposición de la sanción se tendrá también el robo como hecho con violencia: I. Cuando ésta se haga a una persona distinta de la robada, que se halle en compañía de

(179) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. - Págs. 277, 278

ella, y II. Cuando el ladrón la ejercite después de consumado el robo, para proporcionarse la fuga o defender lo robado ..."

I.3 ELEMENTOS SUBJETIVOS

Los tipos penales algunas veces contienen algún elemento -- subjetivo, esto es, como apunta Jiménez Huerta, "... una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que -- el autor a de imprimir a su conducta o a un específico modo de -- ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta, -- bien perfilado en sus caracteres hasta integrar un estado de conciencia ..." (180), encaminado o dirigido a la consecución de un fin, ánimo, deseo o intención determinados, podríamos añadir; y -- cuando el mismo se precisa en la confección del tipo, ya sea ex-- presa o tácitamente, será entonces también parte importante y -- esencial del mismo, pues no se comprenderá este último sin aquel. De esto último, resulta que los citados elementos pueden no estar expresamente descritos por el tipo y sin embargo existir en él; -- por ello, Jiménez de Asúa ha escrito que cuando "... tales elemen-- tos exceden del mero marco de referencia típica, ... su existen-- cia es indudable, estén o no incluidos en la definición del tipo cuando este lo requiera ..." (181). De consiguiente, tales elemen-- tos, podemos apuntar, aluden a la finalidad de la conducta delictuosa, o bien, a un estado de conciencia, exigidos por el tipo, -- los cuales pueden o no estar expresados en el mismo. O como dice Luis Carlos Pérez, estos elementos "... se refieren: 1o) a la cul-- pabilidad, como son las expresiones 'el que a sabiendas', 'el que sin el propósito de matar'; 2o) a los móviles, como cuando dice -- el precepto: 'el que con ánimo de lucro', 'el que para satisfacer un deseo erótico - sexual'; 3o) a ciertos estados de conciencia, como ocurre con la atenuante por ira o dolor provocados injusta-- mente. Los propósitos o intenciones exigidos constituyen el dolo específico ..." (182). En suma, son aquellos que no siendo captab-- les por la simple actividad de los sentidos por residir imate-- rialmente en la psique del agente, adoptan la forma de móviles o fi

(180) Derecho Penal Mexicano. La Tipicidad, T. I, Ob. Cit. -----
Pág. 92

(181) Ob. Cit. Pág. 40

(182) Tratado de Derecho Penal. Vol. I. s. e. Temis; Colombia, --
1967. Págs. 487, 488

nes dolincuenciales.

Por lo que respecta a la Parte General del Derecho Penal en lo tocante a este punto, es necesario anotar, todavía, que ----- "... sólo los tipos delictivos que no contengan expresas o implícitas referencias a estos subjetivos elementos, son susceptibles de entrar en juego con base en la 'imprevisión, negligencia, imprudencia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que - un delito intencional' a que hace mención el párrafo in fine del artículo 8 del Código punitivo ..." (183), y a contrario sensu, - no podrán ser imprudenciales aquellos delitos cuya descripción típica contenga elementos subjetivos, y esto en virtud de que como apunta J. Ramón Palacios "... en la entraña de (algunos) tipos se agita el elemento intencional, que consiste en el conocimiento de las circunstancias del hecho ..." (184), por lo que estos tipos - no podrán prescindir del citado elemento, pues en tal caso no se configurarán.

Igualmente, se debe precisar como es que se distinguen estos elementos subjetivos del tipo, del que reside -en una sistemática causalista- en la culpabilidad, o sea, del dolo. Sobre este particular Eugenio Zaffaroni manifiesta, que "... si el dolo es - el querer del resultado típico (la voluntad realizadora del tipo objetivo), serán estos elementos subjetivos los que se requieran en los tipos y que difieran del mero querer la realización del tipo objetivo. Estos requerimientos -por otro lado- pueden ser de - dos distintas naturalezas: unos son ultraintencionales, particularmente direcciones de la voluntad que van más allá del mero querer - la realización del tipo objetivo; otros son particulares disposiciones internas del sujeto activo. A las ultraintenciones pertenece, por ejemplo, el propósito de evitar la deshonra, que debe acompañar al dolo de homicidio en el tipo subjetivo del infanticidio ... A las disposiciones internas pertenece la alevosía ... -- que requiere que la muerte sea cometida aprovechando la indefensión de la víctima y no sólo conociéndola ..." (185). En el primer

(183) Jiménez Muerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. La Tipicidad, T. I, Ob. Cit. Pág. 92

(184) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Pág. 7

(185) Ob. Cit. Págs. 447, 448

caso, para intorrrar el homicidio en su aspecto subjetivo, sólo se requiere que el autor ouiera la muerte de un hombre; pero el tipo de infanticidio requiere algo más en el elemento subjetivo señalado en el ejemplo (el cual no obstante no concuerda con la descripción del mismo tipo en nuestro Código, nos sirve al menos para mejor distinguir a los citados elementos subjetivos), en aquel existe que la madre "para ocultar su deshonra" matara a su hijo, de donde la voluntad de matar es el dolo, pero además de este elemento finalista (del querer la muerte, que es la realización del tipo objetivo, utilizando la terminología de Zaffaroni), se precisa un elemento subjetivo adicional, a saber: que se tenga el propósito de "evitar la deshonra", el cual en cualquier sistemática que se siga está ubicado en el tipo.

En la definición del robo que consagra el artículo 367 de nuestro Código punitivo, podemos observar, no se hace expresa mención a algún elemento subjetivo; sin embargo ello no significa -- que éste último esté ausente en la misma, ya que, como expresa Raúl F. Cárdenas, dicho elemento "... es la base para determinar si una conducta se adecúa o no al tipo descrito por la ley, a otro tipo o es irrelevante ..." (186), como acontece, por ejemplo, con quien toma una cosa y la traslada de lugar para jugar una broma, para admirarla, para destruirla, para usarla temporalmente, etc., en los dos primeros casos la intención no es delictuosa, en tanto que en el tercero es una intención mas bien de daño, y en el último, propia del robo de uso. De consiguiente, el citado elemento subjetivo hallase necesariamente impreso en el núcleo de que hablamos.

Una vez descubierto que efectivamente hay un elemento subjetivo pululando en el núcleo de nuestra definición de robo, se debe apuntar, con base en ello, que este último no puede ejecutarse por imprudencia, por cuanto a que como hemos expuesto, sólo los tipos que no contengan referencia expresa o implícita a tan anti-jurídica intención, pueden ser compatibles con el roaje imprudencial, y ya que en el tipo de robo se precisa que el sujeto tenga conocimiento e intención anti-jurídicas, para su propia integración, entonces no es congruente pretender que el robo se pueda integrar por culpa o imprudencia.

(186) Ob. Cit. Pág. 103

Antes de proseguir con este punto, creo conveniente abrir - un paréntesis trayendo a colación las palabras de F. Cárdenas, en el sentido de que el tema que tratamos, "... por lo demás, está a su vez, íntimamente relacionado, como es lógico suponer, con los temas que hemos venido tratando respecto al objeto jurídico tutelado en el robo, a sus aspectos subjetivos y al que trataremos, - posteriormente sobre el momento consumativo del ilícito en cuestión, y que tiene importancia (notese que esto no lo decimos nosotros), no sólo por haber sido y seguir siendo uno de los más discutidos en doctrina, sino por la fijación del límite entre la consumación y la tentativa ..." (187)

Una vez escrita esta nota disgregatoria y aclaratoria a su vez, retomamos de nueva cuenta el hilo del análisis del multicitado elemento subjetivo, para, ahora sí, tratar de determinar cuál es el que impera en nuestro Derecho (en vista de que la definición de nuestro código, repetimos, no hace mención expresa de él), para lo cual, comenzamos apuntando (valganos como parametro -guía), que este elemento en las legislaciones extranjeras asume - un diverso carácter, que va desde un extremo restringido en España, en donde consiste en el ánimo de lucro; pasando por las tendencias intermedias, en Italia, en donde el citado elemento reside en el fin de obtener un provecho para sí o para otro, y en Alemania, en que se requiere la intención de apoderarse de la cosa - mueble antijurídicamente, con lo que se le identifica con el dolo; hasta llegar a otro extremo, éste amplio, del Derecho francés, en donde el elemento subjetivo se integra con la sola intención fraudulenta, sin importar cualquier fin que se haya propuesto el autor de la sustracción, como el de jugar una broma, el de destruir el objeto, el de darlo como limosna, etc., cualquiera de esos fines será indiferente para el mismo. En defensa de esta última postura los franceses aducen que la víctima en cualquier caso tiene la necesidad de la misma protección, ya que la criminalidad revelada es la misma, por lo que concluyen calificando de - ociosa a toda distinción entre las causas que hayan de mover por el otro extremo, al agente activo del delito (188).

(187) Ibidem. Pág. 104

(188) Cfr. Ibidem. Págs. 100, 101

En la doctrina y jurisprudencia mexicanas igualmente encontramos diversas posturas sobre la determinación del citado elemento, las cuales podemos concentrar en tres grupos, es decir:

a). Concepción amplia, que parte de la consideración de que la definición del robo que nos da nuestro Código Penal en su artículo 367 no contiene como elemento típico el ánimo del agente, por lo que llega a sostener que para que exista el robo es necesario únicamente la existencia del dolo genérico, o sea, del querer apoderarse de la cosa, sin tener en cuenta el ánimo del agente.

b). Postura intermedia, que considera que este elemento es el ánimo de ejercer un poder de hecho, el cual, se dice, no excluye la intención: o dicho con otras palabras: es el ánimo o deseo de aprovechar para sí la cosa, lo cual implica que el alcance del mismo va más allá de la mera ventaja económica, aunque, por otra parte, no llega tan lejos, como en la postura anterior, de considerar subsuado en el elemento subjetivo, por ejemplo, al propósito de daño. Esta postura, por otro lado, se estima, está acorde con la teoría objetiva de la posesión de Ihering.

c). Punto de vista más restringido, esto es, abarcador de - menos conductas, es el que estima que tal elemento consiste en el ánimo de dominio, ánimo de apropiación o ánimo de apoderamiento, éste último con sus dos elementos, el "corpus" y el "animus". Se piensa, asimismo, esta postura está acorde con la teoría subjetiva de la posesión de Savigny.

a). Concepción amplia.

Celestino Porte Petit apunta dentro de esta línea, que: --- "... el Código mexicano en el artículo 367, no contiene como elemento típico el ánimo del agente ..." (189).

La Corte, por su parte, ha considerado también en varias -- ejecutorias, que no vale invocar la falta de ánimos como elemento del delito porque la ley así no lo requiere; así, ha establecido, por ejemplo, que "... el artículo 367 del Código Penal, para el - Distrito y Territorios Federales, prescribe que 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. De los términos de la anterior disposición legal, se viene en conocimiento de que no es eximente de responsabilidad criminal, el hecho de que al efectuarse el apoderamiento, - se haga con fines determinados, cualesquiera que estos sean, sino que basta que haya habido la substracción de una cosa mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de él para que se consume el delito' ..." (I90).

b). Postura intermedia.

F. Cárdenas, notamos, es del parecer de que en nuestro Derecho no se requiere el ánimo de dominio para conceptuar el robo, y para llegar a esta consideración, parte de la estimación de que - para nuestro Código Civil, que ha estado inspirado siempre en la teoría objetiva de la posesión de Von Ihering, la posesión se integra con el "corpus", sin necesidad de la concreta y especial voluntad de animus dominis a que hace referencia Savigni en su teoría subjetiva; sino tan sólo es suficiente la voluntad o intencionalidad necesaria, llamada "animus", de tener relación con la cosa, de querer tenerla, de influir sobre la misma, y no, cuestión diferente, el de reputarla como suya. En consecuencia, de acuerdo con esta teoría objetiva, para ser considerado como verdadero poseedor de una cosa, es necesario que el que la detente se comporte como propietario, y que, por tanto, no reconozca a nadie más - un derecho superior al suyo; de ahí que de acuerdo con la misma, el ladrón pueda tener la posesión de la cosa robada, y no así el arrendatario, que no posee por no considerar la cosa como suya (I91).

Y, efectivamente, los redactores de nuestro Código Civil -- prefirieron acogerse a la teoría objetiva de la posesión, y esto, de acuerdo con uno de ellos, don Ignacio García Telles, porvne -- "... aspiró apartarse de la tendencia subjetiva, de toda ficción legal, procurando amparar la posesión en sí, como hecho, sin relegarla como una derivación forzosa de la propiedad ... -exponiendo más adelante, que- de acuerdo con el proyecto, los llama

(I90) Citado por Corte Petit, Celestino. *Ibídem*
(I91) Cfr. Ob. Cit. Págs. 125 y ss

dos detentadores (incluido el arrendatario), serán poseedores, -- porque hay que proteger un estado de hecho que tiene valor social y económico por sí mismo. La posesión es la consagración que el derecho hace de una situación de hecho, y no se necesita averiguar desde el punto de vista puramente individualista, lo que quiere y piensa el beneficiario de esta situación de hecho, sino como afecta ella a la colectividad a la que pertenece como miembro' ..." (I92)

Estas ideas, observamos, al tomar en cuenta a los mismos motivos que inspiraron a nuestro legislador para regular la materia posesoria, debían ser en todo caso, las aplicables para explicar al objeto jurídico en el robo.

c). Punto de vista mas restringido.

Finalmente, tócanos hacer apunte sobre la tercera de las -- posturas enunciadas, la cual, no obstante lo visto en los renglones que anteceden, parecen ganar la simpatía y acogimiento de la mayoría de maestros autores patrios, e incluso, la Corte ha establecido en forma constante un criterio adherido a ella. Así, podríamos decir, es casi unánime el parecer en el sentido de que el elemento subjetivo en el tipo de robo lo es el animus domine, esto es, según expresión de Pavón Vasconcelos, el propósito ----- "... animus domine, de disponer en su provecho la cosa objeto del apoderamiento ..." (I93), y en este sentido, suele emplearse para referirse a este ánimo en nuestro Derecho, indistintamente el ánimo de apropiación o el de lucro, ya que, se dice, "... 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 ..." (I94)

Jiménez Huerta en esta línea, expresa, que "... no basta para integrar el elemento típico del apoderamiento la simple remoción o desplazamiento de la cosa. Necesario es que dicha remoción o

(I92) Citado por F. Cárdenas, Raúl. Ibidem. Pág. I26

(I93) Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y -- Fraude. Ob. Cit. Pág. 55

(I94) Idem.

desplazamiento se efectúe con ánimo de apropiación. Un elemento - subjetivo de antijuridicidad hállase, pues, insito larvada y latentemente, pero de modo inequívoco, dentro del concepto de apoderamiento. Para la integración de éste, es preciso que la antijurídica remoción de la cosa se efectúe por el sujeto activo con el fin de apropiársela, o séase, de hacerse dueño de ella de propia autoridad ..." (I95), y funda su aserto en la interpretación del artículo 380 de nuestro Código Penal, que describe la figura penal que se denomina robo de uso, y esto, en el siguiente tenor: - "... Art. 380.- Al que se le imputare el hecho de haber tomado -- una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acreditare haberla tomado con carácter temporal (y subrayamos lo que sigue) y no para apropiársela o venderla ..." En tal artículo, según el citado autor, podemos hallar al elemento en cuestión, ya que, expresa el mismo, "... al fijarse los caracteres o -- elementos especializados de esta figura típica, se subraya la necesidad de que la cosa hubiere sido tomada por el sujeto activo -- 'con carácter temporal y no para apropiársela o venderla', como, sin duda alguna, se exige por exclusión, según la propia voluntad de la ley exteriorizada precisamente en este artículo, en la configuración típica del robo descrito en el artículo 367 ... -de manera que nuestro elemento en análisis, de acuerdo con esto, reside, tal parece, en la intención de apropiársela o venderla, por lo que concluye el autor de referencia, que si el apoderamiento se hace para donarla o repartirla gratuitamente entre terceras -- personas, el hecho es atípico por estar ausente el elemento subjetivo de antijuridicidad, preciso y necesario para la configuración del delito de robo ..." (I96), y si acaso se desee punir también a este reparto irremunerado de bienes llamado donación, entonces, como escribe el mismo autor, "... bastaría que la frase -- 'para apropiársela o venderla' del artículo 380, fuera substituida por la más feliz de para apropiársela o enajenarla ..." (I97); o séase que si se roba para repartir gratuitamente el botín, tal conducta, de acuerdo con esto, no quedará comprendida por el elemento intencional del robo, pues el autor de la sustracción deberá llevar en su mente la idea de vender tal producto y no la de -

(I95) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio, --- T. IV, Ob. Cit. Pág. 34

(I96) Idem.

(I97) Ibidem.

repartirlo gratuitamente, por no precisarlo así la ley.

Sin embargo, pese a la agudeza en la idea y a la seducción en el estilo, al argumento de Jiménez Huerta se le escapan algunas importantes cuestiones; en primer lugar, por cuanto a la potestad dominical, se afirma, el ladrón adquiere ciertamente un poder sobre la cosa, pero no se 'apropia' de la misma, a pesar de la equivocada referencia contenida en el artículo 380 de nuestro Código Penal. Y en segundo término, por cuanto a la destinación de que el reparto irremunerado de bienes no queda comprendido dentro del ánimo de apropiación o venta, hay oposición también, pues, se estima, tal reparto es un acto de dominio que queda comprendido dentro del término genérico apropiación, y por tanto, no es atípico, como lo sostiene Jiménez Huerta, claro que, esto, siempre que se diera como un hecho que el ánimo de apropiación o venta fuera efectivamente el discutidísimo elemento subjetivo del tipo de robo. Finalmente, se observa, a la citada opinión de Jiménez Huerta le falta considerar cual es el origen del artículo en que se funda, así como la precisión y veracidad del mismo, toda vez de que obvio es que no es posible obtener conclusiones dignas cuando se parte de premisas deficientes, como lo es el artículo 380, que no existía en el código de 71, y que fue incorporado en el de 29, y reproducido en el de 31, observándose deficiencias en su redacción, tales como el empleo del término 'tomar' en vez de 'apoderar', que matiza la definición del robo, y asimismo, el de 'apropiación', inadecuado por cuanto a que, ya hemos visto, el ladrón no adquiere la propiedad de la cosa robada. De hecho, se afirma, es un negote cuyo origen se ignora, y que se recibió en el código de 31, sin ser analizado por la premura con que se redactó. Basta con precisar que quien tomase una cosa ajena con carácter temporal, sin consentimiento, etc., y para hacer uso de ella, para que el tipo hubiese quedado debidamente precisado, y de esta suerte se hubieran evitado estas confusiones a que ha dado lugar (198).

Sin embargo, pese a las anteriores consideraciones, la mayoría de autores, seguramente que basándose en otros fundamentos, prefieren estinar al animus domine como el elemento buscado del robo, o seáse, el subjetivo; así por ejemplo, Pavón Vasconcelos -

(198) Cfr. F. Cárdenas, Raúl. Ob. Cit. Págs. 109, 110

externa su opinión diciendo, que el robo "... requiere no sólo el dolo genérico, consistente en representar y cuerer el apoderamiento, sino además el dolo específico que consiste en el animus domini, de disponer en su provecho la cosa objeto del apoderamiento..." (199), y asimismo, vemos, la Corte también ha sostenido este criterio, como puede corroborarse con la lectura de las siguientes tesis recopiladas: "... 'Para su existencia es necesario, como elemento esencial constitutivo, el ánimo de adueñarse de una cosa ajena'. 'El apoderamiento, con ánimo de apropiación, es lo que caracteriza al delito de robo'. 'El apoderamiento, con ánimo de apropiación, es el elemento esencial del tipo...' (200).

Por lo que toca a la propiedad, aceptamos, el ladrón no puede llevar en su mente como fin directo el apropiarse de la cosa, pues, de ser así, tendría que llevar en su mente el hecho de dejar transcurrir los términos señalados por el artículo 1155 del Código Civil para convertirse en dueño, o sea, cinco años contados a partir de la fecha en que se haya extinguido la pena u operado la prescripción penal. Lo que interesa al ladrón, ciertamente, como afirma F. Cárdenas, "... es ejercer un poder de hecho sobre la cosa que ha tomado, disponer de ella como dueño, aun cuando no lo sea, sea o no que puede ejercer actos dominicales sobre ella ..." (201); es decir, que lo que importa es tener la cosa, ejercer un poder de hecho sobre la misma, sea cual fuere, que implique un daño a la posesión, el cual, a su vez, hemos visto, que da integrado tan solo por el "corpus", sin ser necesaria la concreta y especial voluntad animus domini a que hace referencia Savigny en su teoría subjetiva; sino tan solo es suficiente la voluntad o intención de tener relación con la cosa, de influir sobre ella misma, llamada "animus". Por otro lado, es claro que el fin de apropiación no puede ser el elemento subjetivo primordial-

(199) Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y -- Fraude. Ob. Cit. Pág. 55

(200) Citadas por Porte Petit, Celestino. Robo Simple. Ob. Cit. -- Pág. 78

(201) Ob. Cit. Pág. 104

en el robo, pues el pensar así, nos llevaría a caer irremisiblemente en el absurdo de considerar consumado el robo hasta su última etapa de agotamiento (véase etapas del iter criminis). Sin embargo, es claro que de acuerdo con la sistematica que se sigue en nuestro país, el elemento subjetivo en el robo debe ser el de ejercer un poder de hecho, con el fin (que ya corresponde a la culpabilidad) de hacerla entrar dentro de su esfera de poder.

I.4 ELEMENTOS NORMATIVOS

Antes de dar inicio a la lectura de este punto, sugerimos consultar las teorías avaloradas y objetivas del tipo que tienen relación con el mismo. Por cuanto a los elementos normativos del tipo, se piensa, son aquellos que no son captados a través de la simple actividad de los sentidos, como por definición lo son los objetivos, sino que requieran siempre para su comprobación, como lo indica Jiménez Riera, de "... juicios normativos sobre el hecho ... que obligan al interprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada ..." (202); estos, que son conceptos contenidos en los tipos, cuya interpretación adecuada exige una remisión a otra regla de conducta, la cual, a su vez, puede provenir de cualquiera de las materias del Derecho, y aún, de los diversos ámbitos de la cultura (véanse las teorías del tipo por los elementos que abarca y por su relación con la antijuridicidad), por lo que tales elementos los hallaremos clasificados en dos grandes grupos o clases, a saber: "... a) Elementos con valoración jurídica; b) Elementos con valoración cultural. a) Existen estos elementos, cuando la ley dice por ejemplo: 'cosa ajena' (art. 367), ... 'bien mueble' (art. 367) ... b) Estamos frente a un elemento normativo con valoración cultural, cuando el Código expresa: 'casta y honesta' (art. 262), 'acto erótico sexual' (art. 260) ..." (203); de manera que al existir alguna referencia normativa en algún tipo, en el momento del juicio de subsunción que se haga de una conducta concreta al mismo, el juez estará expresamente facultado para acudir a otras disposiciones de todo el ordenamiento jurídico en vigor, sea del Derecho Civil, Administrativo, Mercantil, Laboral, etcétera; o bien para ha

(202) Derecho Penal Mexicano. La Tipicidad. T. I, Ob. Cit. -----
Pág. 81

(203) Idem. Pág. 84

cer un juicio de valoración cuya resolución no se encuentre en -- otra norma jurídica, a fin de completar a la citada fórmula valorativa.

La presencia de estos elementos en un sistema legal como el nuestro, por otra parte, se destaca, se debe, por una parte, a -- que "... el contenido real del injusto, a juicio del legislador, está condicionado por concepciones valorativas rápidamente cambiantes ..." (204), mismas a las que tendrá que hacer frente el juzgador; y por otra parte, a que "... de cuando en cuando el tipo sin la añadidura de antijurídico (sin autorización, etc.) no contendría ninguna prohibición penalmente comprensiblemente ..." (205); es decir, como apunta Jiménez Huerta, "... existen conductas que la técnica legislativa no puede fácilmente modelar sin hacer referencia a un elemento normativo, ya que normalmente son conductas lícitas y sólo por excepción, cuando son realizadas injusta, indebida o lícitamente adquieren relevancia penal ... -- pues si no se aludiera a esto-- daría la impresión de que la ley sanciona conductas de obvia licitud ..." (206), como sucede con el tipo de robo, cuando al término apoderar se le añaden las palabras "sin derecho", o bien, "sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley", en donde se resalta específicamente la antijuridicidad de la conducta. Sin dichos elementos podría incluso en un momento revutarse como robo, por mencionar tan sólo un ejemplo, el embargo de bienes suficientes para garantizar el pago de la suerte principal y los accesorios, en su caso, decretado y ordenado como medida precautoria por un juez civil en un juicio ejecutivo mercantil; en tal caso, aún la autoridad encargada de ejecutar tal diligencia podría ser estimada, por ello, responsable de robo. En fin, aún cuando -- pudiera parecer superflua la inclusión de estos elementos en ciertos tipos, la verdad es que razones de técnica legislativa justifican su presencia.

Por cuanto a los efectos que pudieran derivarse de ello, de

(204) Forte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General -- de Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 435

(205) Idem.

(206) Derecho Penal Mexicano. La Tipicidad. T. I, Ob. Cit. ----- Pág. 86

bemos señalar, así como la seguridad jurídica, también "... la -- técnica legislativa (paradójicamente) queda maltrecha, cuando, co no acontece frecuentemente, el legislador hace un uso abusivo de es tos elementos para evitarse el esfuerzo, a veces arduo, de descri bir la conducta por sus elementos naturales y de circunscribirla por sus propios contornos ... -esto es, que cuanto más uso de es tos elementos se haga en los tipos- se pondrá a cargo del juez la tarea -que incumbe al legislador- de decidir acerca de lo punible y su determinación exacta ..." (207), según opinión de Bauman, -- quien es citado por Jiménez Huerta.

En el tipo de robo base de nuestro estudio, se hace necesari o precisar, existen cuatro elementos de índole normativa, mis-- mos sobre los que pasamos enseguida a hacer un breve apuntamien-- to.

- a). Mueble
- b). Ajena
- c). Sin derecho
- d). Sin consentimiento

a). Mueble.

Esta calidad de la cosa es precisada en el tipo de robo que describe el artículo 367 de nuestro Código Penal, y viene a ser, asimismo, elemento indispensable del delito de robo, pues éste -- así lo requiere, ya que de no contener esta característica el el^g mento material del tipo, podrá darse cualquier otro delito pero -- no el de robo. Ahora bien, tenemos que hacer notar, de igual mane ra, que nuestro Código Penal no define a la citada calidad de la cosa, y por ello, suele hacerse la remisión en doctrina al vasto campo que, por contraste, contiene al respecto el Derecho Civil, a fin de intentar desentrañar su significado.

Nuestro Código Civil, de esta manera, contiene una clasifi-- cación de los bienes que los distingue entre muebles e inmuebles.

Por cuanto a los muebles, distingue, a su vez, en su artícu lo 752, a los bienes muebles por su naturaleza, de los bienes mue

(207) Ibidem.

bles por disposición de la ley; en donde, son bienes muebles por su naturaleza, de acuerdo con el artículo 753, "... los cuerpos -- que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por si -- mismos, ya por efecto de una fuerza exterior ...", y por disposición de la ley, atentos a lo dispuesto por el artículo 754, ----- "... las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal ...", los cuales, notese, son bienes incorpóreales; y asimismo, en atención a lo señalado por el numeral 755, "... por igual razón se reputan muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aun cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles ...", y de igual forma, se reputan muebles por disposición de la ley, según señala el artículo 756, "... las embarcaciones de todo género ...", y según se desprende del 757, -- son también muebles por disposición de la ley, "... 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 ..." Una tercera categoría de muebles, que la doctrina civilista reconoce pero que el Código Civil ubica en parte dentro de los inmuebles, son los muebles por anticipación, los cuales, de acuerdo con Leopoldo Aguilar Carvajal, "... son aquellos que tienen su naturaleza inmueble, como las cosechas en pie, cortes de bosques, material de demolición, etc., pero que debido a que muy pronto van a convertirse en muebles, el legislador los considera como tales, -- aun antes de su separación ..." (208), es decir, como prescribe la fracción segunda del artículo 750, "... Son bienes inmuebles: ... II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la -- tierra, y los frutos pendientes de los mismos ..."

Por lo que respecta a los bienes reputados como inmuebles, nuestra ley civil contiene una expresa referencia a ellos en su artículo 750, que se descompone y les enumera en trece fracciones, pero en todo este artículo, tomado como género de bienes inmuebles, "... conforme a la doctrina, se encuentran las siguientes especies: a) por su naturaleza; b) por su destino; c) por el objeto al cual se aplican; d) inmuebles por declaración y e) por disposición de la ley ..." (209).

(208) Ob. Cit. Pág. 73

(209) Idem. Pág. 66

El estudio de esta u otra clasificación civilista de muebles e inmuebles, a más de fatigoso, creemos, resulta irrelevante en este trabajo, así como en el estudio en general del robo, es decir, que esta clasificación que hemos enunciado poco o nada tiene de útil para el Derecho Penal, pues las ficciones que en ella aparecen no constituyen una explicación satisfactoria para el mismo, sino, antes bien, chocan con su manera de ver. Sobre el particular, notamos, F. Cárdenas, igualmente, es del parecer de que "... para el tipo que estamos estudiando, o sea el robo, integran sólo las cosas materiales, corpóreas, no los derechos clasificados como muebles o inmuebles, por lo que hemos de referirnos exclusivamente a los cuerpos que se pueden movilizar por sí o por efecto de una fuerza exterior de un lugar a otro, según reza la definición civilista de bien mueble -art. 753-. Las cosas corporales ... tales como los derechos, las ideas, los pensamientos, que no pueden ser transmitidos por tradición, no pueden ser aprehendidos ni robados ..." (210); e, igualmente, Enrique Cardona -- Arizmendi apunta, que "... la movilidad del objeto es lo que dará la característica de mueble para los efectos del Derecho Penal, no importando que el mismo se encuentre adherido a un inmueble, -- sí como consecuencia de la actividad humana es posible desprenderlo de tal ente ..." (211)

b). Ajeneidad.

En relación a este elemento, tócanos abordar en el orden en que mencionaremos, tanto a la definición que en nuestro Derecho -- la doctrina y la jurisprudencia nos dan, la cual es importante tener bien presente y anotada desde ahora, para evitar equívocos en la captación de las subsecuentes cuestiones; como, por otra parte, a algunos casos hipótesis en los que la aparente lógica e incontrovertible opinión, que no lo es, de que nadie puede robarse a sí mismo o en sus propios bienes, encuentra su excepción.

Es conveniente, pues, dejar apuntado desde esta misma primera línea, que si bien la noción de ajeneidad, como veremos, se integra por la sola no pertenencia de la cosa al sujeto activo, -- ello no implica en manera alguna, que sea indiferente la presen--

(210) Ob. Cit. Pág. 149

(211) Ob. Cit. Pág. 126

cia del sujeto pasivo para la configuración del tipo y del delito mismo.

Es criterio generalizado entre los autores, notamos, el que el término ajeneidad empleado por nuestra ley al tipificar al robo se refiere a la no pertenencia al sujeto activo de la cosa objeto del delito, así lo estiman Antonio de P. Moreno (212), Raúl F. Cárdenas (213) y González de la Vega (214), y este último sostiene su tesis argumentando, que "... para la configuración del delito (nosotros diríamos: de la ajeneidad, nada más) poco interesa determinar con exactitud quien es su legítimo propietario o poseedor; este dato tendrá sumo interés para determinar quiénes son los perjudicados a los que se debe reparar el daño causado por el ladrón (en esto estamos de acuerdo con el autor: que existe un daño al patrimonio de alguien), pero no es necesario (determinar al propietario o poseedor) para la demostración del delito ..." (215), y nosotros diríamos, que, más bien, no es necesaria esta determinación únicamente en relación con la ajeneidad, pues, consideramos, contra la opinión apuntada del autor de referencia, que la presencia del sujeto pasivo (que la sistemática -- que seguimos ha ubicado en el elemento objetivo del tipo) si es necesaria para la demostración del delito, pero no, cuestión diferente, para demostrar la ajeneidad (la cual se desenvuelve en un rubro distinto del tipo denominado elemento normativo), misma que se colma con la sola no pertenencia de la cosa al activo.

Al tratar el tema de la ajeneidad en el robo Jiménez Huerta se separa de las anteriores opiniones y para definir tal noción, en vez de esgrimir, como lo hacen los autores citados, que basta con que la cosa no pertenezca al sujeto activo, argumenta, que ésta "... ha de pertenecer (no dice: que no pertenezca) a un patrimonio del que es titular una persona extraña al sujeto activo del delito ..." (216), con lo cual pone de manifiesto que será esen-

(212) Cfr. Curso de Derecho Penal Mexicano. De los Delitos en Particular; Porrúa, S. A.; México, 1968. Pág. 73

(213) Cfr. Ob. Cit. Pág. 29

(214) Cfr. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 173

(215) Idem.

(216) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. --- T. IV, Ob. Cit. Pág. 47

cial la existencia de esa persona extraña, que sin duda es el sujeto pasivo, aún para la integración del elemento ajencidad.

Nuestro Código de Procedimientos Penales, por su parte, también alude a esta calidad, y esto lo hace, al señalar en la fracción III de su artículo II5, que en todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes: "... III. Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder una cosa que, por sus circunstancias personales, no hubiera podido adquirir legítimamente, si no justificara su procedencia ..."; es decir, que sólo se tiene en cuenta, en este inciso, la no pertenencia de la cosa al sujeto activo, y con ello se alude a tal calidad.

Ahora, pasémos a ver cada una de las diversas hipótesis que se pueden presentar con motivo de la ajencidad de la cosa en el robo.

- a'). Cosas pérdidas
- b'). " abandonadas o derelicta
- c'). " olvidadas
- d'). Res nullius

a'). Cosas pérdidas.

Porte Petit nos dice que la cosa pérdida es "... la que teniendo propietario, no tiene poseedor ..." (217); o séase, que es la que habiendo salido de la esfera posesoria de su propietario, sin que se hubiera percatado de ello, se halla todavía bajo su propiedad, pero se duda acerca de su posible hallazgo por no saberse donde está.

Por otro lado, se observa, nuestro Código Penal vigente no hace referencia a las cosas pérdidas, a diferencia de los anteriores, que, bastenos decir, establecían sanciones atenuadas, y solamente se cuenta con una disposición civilista oriunda del artículo 775 del código de la materia, en el sentido de que "... el que hallare una cosa pérdida o abandonada, deberá entregarla dentro de tres días a la autoridad municipal del lugar o a la más cerca-

(217) Robo. Amplo. Op. Cit. Pág. 57

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

na, si el hallazgo se verifica en despoblado ..." A estos bienes el mismo código les denomina mostrencos.

González de la Vega al referirse a los bienes perdidos, es de la opinión de que "... su adoberamiento no puede estimarse como constitutivo del delito de robo por ausencia del elemento anti-juridicidad, ya que el mismo Código Civil lo autoriza indirectamente al imponer como obligación al autor del hallazgo entregarlo dentro de tres días a la autoridad municipal, lo que hace imprescindible la aprehensión de la cosa. El que se adobera materialmente del bien mostrenco y no cumple el mandato legal, habrá incurrido en un incumplimiento simple de sus obligaciones civiles: pero si posteriormente procede como dueño de la cosa y la enajena, empeña o grava, podrá estimarse el caso como constitutivo del delito de fraude a que se refiere la fracción II del art. 337, reformado, del Código Penal, por haber dispuesto de la cosa con conocimiento de que no tenía derecho a ello ..." (218); esto es, para decirlo en pocas palabras, que el que toma una cosa perdida no comete robo, porque el precepto aludido del Código Civil le autoriza indirectamente a aprehenderla; hasta este lugar si estamos de acuerdo, pero en cuanto a que sólo habrá legalmente transgresión a un precepto civil, no coincidimos, y esto, en vista de que parece olvidarse que la ajeneidad es un elemento normativo, y que, como tal, autoriza al intérprete a delimitarla acudiendo a otras ramas del ordenamiento jurídico que regulan también la propiedad sobre las cosas, esencialmente al Derecho Civil en el caso, por lo que la valoración proveniente de esta última rama, también tendrá validez en materia punitiva, el legislador mismo así lo ha querido ver. Y por cuanto a que si posteriormente procede como dueño de la cosa y la enajena, empeña o grava, comete fraude, tampoco se está de acuerdo, porque como cuestiona F. Cárdenas: ¿qué sucede si se trata de cosas fungibles, de dinero? ¿podrá enajenarlo, empeñarlo o gravarlo?, y ¿si conserva la cosa para admirarla o transformarla? no la estará gravando, empeñando o enajenando, evidentemente, y ¿si la va consumiendo paulatinamente?, igual sucederá. En suma, se puede concluir que no se trata tan sólo de un incumplimiento civil, así lo hace el autor últimamente citado (219).

(218) Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Págs. 173, 174
 (219) Cfr. Ob. Cit. Pág. 121

Pavón Vasconcelos, por su parte, apunta categóricamente, que --- "... en manera alguna debe confundirse la situación legal derivada, para el autor del apoderamiento, cuando la cosa ha sido abandonada o pérdida. En las cosas pérdidas subsiste el vínculo entre el titular y la cosa, situación bien diversa a la surgida del apoderamiento de cosas abandonadas, en las cuales dicho vínculo ha desaparecido ..." (220); lo cual quiere decir, que en el apoderamiento de cosas pérdidas, efectivamente, habrá robo, y esto, por cuanto a que, de acuerdo con el autor citado, el vínculo de propiedad entre ellas y su dueño existe.

Mariano Jiménez Huerta, notamos, es de la opinión de que -- "... quien realiza el hallazgo no cuebranta la posesión de la cosa ..." (221): de manera que, no hay robo por no cuebrantarse posesión ajena alguna, es decir, por ausencia de objeto jurídico; -- empero, aquí se debe recordar que el término ajeneidad denota tan sólo una noción negativa de no pertenencia, y desde este ángulo, la ajeneidad es configurable en el caso. En cuanto a la aludida falta de objeto jurídico, retomando la primera idea de este párrafo, F. Cárdenas, observamos, intenta demostrar que no siempre en el robo de estas cosas hay ausencia de poseedor, y esto lo hace señalando, que "... si la cosa la pierdo en mi casa, en mi oficina, en mi fábrica, ¿ha salido de mi esfera de actividad? El frecuente 'he perdido mis anteojos'; si a la señora se le cae una -- alhaja en los momentos en que se prepara para asistir a una fiesta y no la encuentra de momento, o 'se traspapela un cheque al -- portador', si un sirviente o empleado se apodera de los anteojos, la joya o el cheque ¿habrá robo? No creo que exista ninguna duda, pues la cosa sigue dentro de la esfera de actividad del dueño o poseedor ..." (222); más utilizando este mismo planteamiento, Jiménez Huerta contesta, revirtiendo la razón a su favor, afirmando, que "... no es cosa pérdida la que está en poder del titular del patrimonio, aunque éste ignore el lugar en que se ha-----

(220) Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y -- Fraude. Ob. Cit. Pág. 42

(221) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. --- T. IV, Ob. Cit. Págs. 49, 50

(222) Ob. Cit. Pág. 116

lla ..." (223). De consiguiente, de acuerdo con esto último, así como también, de acuerdo con la definición legal de cosa perdida, que reza que es aquella cuyo propietario ha perdido su posesión, e, ignora donde está, no es posible reputar como tal a aquella cosa que se extravía dentro de los dominios de su titular porque éste último todavía ejerce posesión sobre la misma, aunque no sepa donde se halla, y el argumento de F. Cárdenas, consecuentemente, carece de sentido; sin embargo, éste último autor insiste más adelante, ahora con razón, y señala, que si "... en una recepción, - en una reunión social, por ejemplo, se pierde una alhaja, una cartera o dinero, y se apodera de tales objetos el encargado del aseo, un mesero, uno de los invitados, etc., ¿habrá robo? Insisto en que sí, que la cosa está bajo la esfera de custodia del dueño del lugar en que se dio la recepción, del restaurante en que se perdió la cosa, etc., pues en su propiedad se recibe a sus invitados, que gozando de su hospitalidad, o la atención en un restaurante, por ejemplo ..." (224), más en estos últimos casos, creemos, las cosas no han salido de la esfera de actividad del dueño del lugar, y no de la de custodia, pues, por otra parte, pueden ya haber dejado de pertenecer a la esfera de custodia de su dueño, esto es, si el sujeto que las ha tomado las ha guardado en el interior de sus ropas o en un bolsillo.

Celestino Porte Petit estima, que "... el incumplimiento -- mandado en la disposición civil no puede integrar un ilícito penal, porque una cosa es la ilicitud civil y otra, la penal, que es la que crea los tipos en particular ..." (225); sin embargo, ya hemos apuntado, que, en el caso, siendo la ajeneidad un elemento normativo, su interprete está facultado por el tipo para acudir a alguna otra rama del Derecho en busca de una disposición -- que complete y delimite la cuestión.

Antonio de P. Moreno considera, que "... el sujeto activo - si será responsable del delito de robo, cuando se apodera de una cosa mueble perdida y no la entrega a la autoridad, en el término indicado en el Código Civil, porque se reúnen los elementos mate-

(223) Derecho Penal Mexicano. La Tercera Penal del Patrimonio. ---

m. IV, Ob. Cit. Pág. 50

(224) Ob. Cit. Págs. II6, II7

(225) Idoe Simplr. Ob. Cit. Pág. 50

riales y normativos del delito, y la desobediencia será prueba in diciaria de su intención dolosa, presumible, de acuerdo con el artículo 90. del Código Civil ..." (226); o dicho en otras palabras: quien aprehende una cosa pérdida cuyo dueño se ignore, en un primer momento, no podrá considerarse responsable de robo, sino hasta haberse transcurrido el plazo fijado por el Código Civil, a menos, claro está, que con su conducta manifieste signos inequívocos de que su intención es otra distinta a la de cumplir el señalamiento indicado por la disposición civil.

Por cuanto a la jurisprudencia se refiere, también encontramos opiniones divergentes: así, mientras que en ejecutorias dictadas en los amparos 35/37 y 6431/39, se admite que la aprehensión de una cosa pérdida y su retención hasta después de transcurrido el plazo fijado por la ley civil, o bien, que dentro del mismo se niega a devolverla cuando fuere requerido para ello por quien tenga derecho a la misma, constituya robo; por otro lado, en la resolución de la Corte dictada en el amparo 3303/53, se llega a sostener que no hay robo sobre objetos abandonados o perdidos (227).

Antes de pasar al siguiente punto, nos parece conveniente traer a este espacio algunos casos interesantes, comentados por F. Cárdenas, que representan un límite sutil entre fraude y robo en relación con la cosa pérdida: en primer sitio, tenemos que el que materialmente encuentra una cosa y la entrega a quien supone es el propietario, pero sin serlo, y éste se queda con ella, como fraude: en segundo lugar, hallamos, por otro lado, distinto el caso, de quien por error entrega una cosa en un lugar equivocado, y el que lo recibe se apodera de ella, en tal hipótesis, no hay fraude, pues falta el nexo de causalidad entre el aprovechamiento del error y la obtención de la cosa, y lo que se configura es un robo; y por último, tenemos el caso, considerado de robo también, de que se entregue por error, junto con un objeto determinado, otro que no debía entregarse, y el que lo recibe se queda también con este último, en el caso, quien se apropia de la cosa, se dice, no es de sustracción o apoderamiento alguno, pues como tal entrega fue hecha, no por error, sino en forma totalmente ignora-

(226) Ob. Cit. Pág. 146

(227) Cfr. Jiménez Hurtado, Mariano. Derecho Penal Mexicano. La Teoría Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Págs. 48, 49

da, se concluye que no se transmite la posesión, sino una simple detentación desprovista de todo efecto jurídico, por lo que al -- apropiársela aquel que la encuentra, usurpa con el ánimo reuerido en el tipo, una posesión que no se le ha transmitido y comete robo (228).

b'). Cosas abandonadas o res derelicta.

De acuerdo con Porte Petit, es cosa abandonada "... la que no tiene propietario ni poseedor ..." (229), o como manifiesta Jiménez Huerta: "... son cosas abandonadas aquellas que, según las concepciones imperantes de la vida social, presentan signos inequívocos de haber quedado desvinculados de cualquier patrimonio ..." (230), por lo que no hallará el que la encuentra, otra persona que con justo derecho le reclame su devolución, el problema, no obstante, no deja de plantear dificultad, "... si lo que se encuentra es un objeto de elevado valor, ¿podría sostenerse -- que es una cosa abandonada? No es extraño, sin embargo, el hecho, ni caso de laboratorio, que un sujeto excéntrico abandone un objeto que ya le 'choco', o que se desapodere del mismo por superstición, o inclusive que en un oleto de enamorados se arroje una -- sortija como expresión de un rompimiento amoroso ... --y si-- se -- apodera un sujeto de un bien abandonado por un ladrón, ¿habrá robo? Así lo han sostenido varios jueces penales, pero, ¿quién es -- el sujeto pasivo? Si abandona la cosa el ladrón, no cabe duda que quien resiente el perjuicio es el dueño o el primer poseedor de -- la cosa ..." (231)

Pero, ¿cual es la situación jurídica en la que queda la persona que recoge y conserva para sí una cosa de tal naturaleza? -- Nuestro Código Penal vigente (a diferencia de los de 1871 y de -- 1929, que bastenos decir que establecían penas atenuadas para los casos de apoderamiento de cosas abandonadas), no hace expresa referencia a tales cosas, e, igual que en el punto que antecede, sólo lo hallamos también el artículo 775 del Código Civil como indica-

(228) Cfr. Ob. Cit. Pág. 120

(229) Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 63

(230) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. -- T. IV, Ob. Cit. Pág. 48

(231) F. Cárdenas, Raúl. Ob. Cit. Págs. 115, 116

dor legal vigente.

En la doctrina, por otra parte, hallamos menor perplejidad de opiniones cuando se trata a la cosa abandonada, al menos en relación con la cosa perdida, pues la mayoría de los autores consultados coinciden en estimar que no comete robo quien se apodera de una cosa abandonada.

Jiménez Huerta al comentar algunas ejecutorias de la Corte con las que no está de acuerdo, en las que se considera robo el apoderamiento de cosas abandonadas (véase cosas perdidas), entre otras cosas, opina, no se quebranta la posesión o el patrimonio ajeno, esto es, que no hay lesión a ningún bien jurídico tutelado, y que, consecuentemente, por falta de objeto jurídico no se integrará el tipo del artículo 367 del Código Penal; y asimismo, termina por calificar de extraños al delito de robo, el plazo fijado por el Código Civil para la entrega de la cosa abandonada, así como la negativa a devolverlo dentro del mismo cuando fuere requerido, aseveración, ésta última, con la que no se esta de acuerdo, toda vez que, ya se ha visto, la calidad normativa de la ajeneidad permite esa remisión a la ley civil; aun que, de cualquier manera, como este mismo autor precisa, si no existe objeto jurídico, el tipo desde un principio no podrá configurarse (232).

Raúl F. Cárdenas, por su parte, al escribir sobre el tema, después de transcribir el parecer de Jiménez Huerta en su obra, apunta lo siguiente: "... coincido con la opinión de don Mariano, por cuanto no puede haber delito de robo, ni conducta delictuosa alguna, en el apoderamiento de cosa abandonada, con o sin consentimiento de las autoridades administrativas por cuanto no se viola ningún interés jurídico protegido, ni se causa perjuicio patrimonial alguno ..." (233); es decir, que al no configurarse el elemento objetivo del tipo (recuerdese que estamos viendo el normativo) por falta de objeto jurídico en el caso que estamos analizando, no podrá configurarse figura delictiva alguna, y, por tanto, será insubstancial e inútil continuar verificando la existencia de los demás elementos del tipo, como el normativo, dentro del --

(232) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Págs. 48, 49

(233) Ob. Cit. Pág. 122

cual podemos encontrar el indicador civilista de la existencia de dolo, del artículo 775; y luego también, de los delictivos, si se venos de antemano que el delito no podrá formarse. En otra parte de su obra, también tocante a esto, el mismo autor escribe, que - "... existe acuerdo entre los juristas en el sentido de que el -- apoderamiento de la cosa abandonada por el dueño, no es delito, -- ya que faltan inclusive los elementos del tipo, 'sin derecho y -- sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa', así como el perjuicio ..." (234); de manera que, con mayor razón, estaremos frente a una atipicidad donde no hay delito, tanto por falta de integración del elemento objetivo, dentro del cual halla mos al objeto jurídico, como por falta de formación del normativo exigido por el tipo, esto es, la ajeneidad, así como por ausencia de sujeto pasivo.

Antonio de P. Moreno sostiene, que "... el artículo 775 del Código Civil actual, impone la obligación de entregar a la autori dad la cosa pérdida o abandonada (nótese que para este autor es -- indistinta una u otra), a quien la encontrare, dentro de tres dí-- as, sin imponer ninguna sanción por la desobediencia del mandato, pero seguramente, aplicando el concepto teórico expuesto, debe -- castigarse al desobediente con la pena señalada en la ley para el delito de robo, sin contar siquiera con la atenuación establecida en el Código de 1871 ..." (235); sin embargo, acatar al pie de la letra la citada disposición civilista, que da trato igual tanto a la cosa pérdida como a la que se halla abandonada imponiendo la -- misma obligación para quien se encuentre una u otra, equivale a -- confundir ambas nociones, y esto lo ha hecho notar Pavón Vasconce los, cuando en forma enérgica apunta, que "... en manera alguna -- debe confundirse la situación legal derivada, para el autor del -- apoderamiento, cuando la cosa ha sido abandonada o pérdida. En -- las cosas pérdidas subsiste el vínculo de derecho entre el titu-- lar y la cosa, situación bien diversa a la surgida del apodera-- miento de cosas abandonadas, en las cuales dicho vínculo ha desa-- parecido ..." (236); no obstante, parece no tener en cuenta esta distinción la citada disposición civilista, más, a pesar de ello,

(234) Ibidem. Pág. 115

(235) Ob. Cit. Págs. 145, 146

(236) Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y -- Fraude. Ob. Cit. Pág. 42

debemos nosotros no cometer el mismo error, y guiarnos por la interpretación más racional, que, desde luego, es la que si reconoce tal distinción y los también diversos efectos que produce.

Y aunque hay ejecutorias de la Corte en las que se sostiene el punto de vista criticado, esto es, que el que se apodera de -- una cosa abandonada comete robo, pese al silencio de nuestro Código Penal vigente al respecto, nosotros, creemos, se debe estar a la interpretación más correcta, que en esta ocasión, sin duda, es la que nos ofrece la doctrina.

c'). **Cosas olvidadas.**

De acuerdo con Porte Petit, la cosa olvidada es aquella en la que, a diferencia de la cosa pérdida, hay posesión, e, igualmente, en forma involuntaria ha quedado en un lugar en el que pareciera quedar a la deriva, aunque es recordado por el autor de su extravío, y por tanto, éste la mantiene todavía bajo su cuidado (237)

El criterio sostenido por nuestros tribunales y por la doctrina sobre este rubro, observamos, todo es en el sentido de que las cosas olvidadas no han salido de la esfera de actividad del pasivo, y que por ello, quien las toma para hacerlas entrar dentro de su propia esfera de poder, comete robo, siempre que no se respete lo ordenado por el artículo 775 de nuestro Código Civil (238).

d'). **Res nullius.**

Según apunta de Porte Petit, por tales se debe entender a aquellas cosas "... que no tienen propietario, que no pertenecen a nadie ..." (239); de aquí, que podamos hallar una similitud en relación con la cosa abandonada, ya que ésta última también carece de propietario.

En relación con estas cosas nuestro Código Civil prescribe

(237) Cfr. Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 61

(238) Cfr. R. Gándara, Raúl. Ob. Cit. Pág. 116

(239) Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 62

en su artículo 785, que "... son bienes vacantes los inmuebles -- que no tienen dueño cierto y conocido ...", y en el párrafo 789 dispone, que "... el que se apodera de un bien vacante sin cumplir lo prevenido en este capítulo, pagará una multa de cinco a cincuenta pesos, sin perjuicio de las penas que señale el respectivo Código ...": sin embargo, se estima, su desacatamiento no implica ilicitud alguna, y menos de índole criminal, pues, al igual que con la cosa abandonada, su apoderamiento no constituye robo -- por falta de sujeto pasivo, de objeto jurídico y de un daño o perjuicio patrimonial correlativo, así como por la consecuente falta de ajeneidad de la cosa.

Por otra parte, atinente también a la ajeneidad en el robo, lo es el determinar si los siguientes personajes lo cometen respecto de las cosas comprendidas en el acervo patrimonial de la figura que representa cada uno.

- a'). Copropietario.
- b'). Socio.
- c'). Coheredero.

a'). Copropietario.

La diferencia de nuestro Código Penal, que no estatuye nada al respecto, y que, por tanto, da la pauta a la estimación de la doctrina, en otras legislaciones, v. gr., las de Alemania, Costa Rica, Panamá y Perú, no existe problema, ya que el robo se define como el apoderamiento de una cosa mueble total o parcialmente ajena; y asimismo, el problema se ha resuelto en Italia, Uruguay y Brasil, al tipificarse en sus códigos el apoderamiento de la cosa en común como un delito propio, que sólo puede ser cometido por quien tenga el carácter de copropietario, socio o coheredero, y además, que el pasivo sea igualmente el socio, copropietario o coheredero; y en Italia, se estima, sólo habrá delito, si la parte de la que disuso el pasivo es superior al valor de su cuota, en cuyo caso, el delito se habrá cometido por la diferencia (240).

En nuestro país, se observa, tanto la jurisprudencia como la doctrina emiten opiniones discrepantes, por lo que, en tal si-

(240) Cfr. R. Cárdenas, Raúl. Ob. Cit. Págs. 30, 31

tuación, nosotros debemos estudiar esas opiniones, aun cuando solamente, a fin de poder estar en aptitud de hacer frente a un caso que se presentara con las características apuntadas.

González de la Vega, en base a lo establecido por el artículo 796, que dispone, que "... cuando varias personas poseen una cosa indivisa podrá cada una de ellas ejercer actos posesorios sobre la cosa común, con tal que no excluya los actos posesorios de los otros coposeedores ...", llega a estimar, no configura robo, el hecho de que un partícipe de la cosa indivisa se apodere de la misma sin el consentimiento de los otros copropietarios; aunque, por otra parte, si la enajena, arrienda, empeña o grava de cualquier modo, obteniendo un lucro, opina, habrá cometido el fraude que describe la fracción segunda del artículo 387; pero, concluye, si no tiene la posesión de la cosa indivisa y, para hacerse de ella, la toma sin consentimiento del que la tenía en su poder, evitando así intencionalmente y de hecho la posibilidad de que los otros propietarios efectúen sus actos posesorios, cometerá robo de la porción indivisa de esa cosa que no le pertenece (241).

Antonio de P. Moreno, por su parte, estima, que si el agente despoja de la cosa a sus copropietarios, no comete el delito de robo sino un ilícito civil, por cuanto tiene derecho de poseer íntegramente la cosa, que no le es ajena; pero si más adelante dispone de la misma, aclara, estará actuando con su conducta o un fraude o abuso de confianza (242).

Favón Vasconcelos ha dicho que "... es cierto que el artículo 938 del Código Civil precisa la existencia de una copropiedad 'cuando una cosa o un derecho pertenecen pro indiviso a varias personas', pero también dicha legislación prohíbe todo acto dispositivo por cuanto el mismo perjudique el interés de la comunidad o 'impida a los copropietarios usarla según su derecho' (artículo 944) ... Por otra parte, si es igualmente cierto que un copropietario tiene derecho sobre la totalidad de la cosa, en la parte alicuota que le corresponde, no lo es menos que en la totalidad de la misma existe otra parte que le es ajena y de la cual carece de poder de disposición, explicándose así, jurídicamente, el por-

(241) Cfr. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 175
 (242) Cfr. Ob. Cit. Pág. 176

qué de las limitaciones impuestas por la ley en el ejercicio del derecho de copropietario ..." (243): de manera que, para este autor, es necesario para determinar la cuestión, dejarse guiar por los lineamientos establecidos por nuestro Código Civil en materia de copropiedad: sin embargo, notamos, el mismo no concreta o define si hay o no robo en el caso.

Jiménez Huerta, en base a la definición de copropiedad que establece nuestro Código Civil en el artículo 938, en el sentido de que "... hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen en proindiviso a varias personas ...", llega a concluir, que "... el apoderamiento que un copropietario hace de la cosa común no puede considerarse que recaé sobre una cosa ajena, ya que hasta la más mínima molécula de la misma, lleva, en la parte alícuota que le corresponde, su derecho de dominio ..." (244); es decir, que la cosa está imbricada, por así decirlo, en todas sus partes, a nivel molecular, en la medida proporcional del derecho que le corresponde a cada condomino, y por tanto, no puede reputarse la cosa como ajena a alguno de ellos en ninguna de sus partes.

F. Cárdenas al escribir sobre el particular, entre otras cosas, considera, que si el Derecho Penal es un derecho de realidades, entonces, "... la realidad nos aclara que los copropietarios representan en el conjunto una cuota y que esta cuota sirve para que disfruten, en proporción a ella, de los bienes o beneficios — que arroje la copropiedad, reporten gastos y cargas y ejerzan derechos de voto en la administración y si así es, no vemos razón — para que no se considere ajena la parte proporcional que no les corresponde ..." (245); de aquí que, a juicio de este autor, el apoderamiento que el copropietario hace de la cosa en común, constituye robo en relación con la porción que no le corresponde, y — que resta de la cosa, hecha exclusión de su cuota parte (246).

(243) Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y — Fraude. Ob. Cit. Pág. 48

(244) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. — T. IV, Ob. Cit. Pág. 54

(245) Ob. Cit. Pág. 39

(246) Fr. Idem. Págs. 34 - 42

En este rubro, notamos, tiene lugar una acalorada discusión entre Jiménez Huerta y F. Cárdenas, pues, sintéticamente, para el primero, diciéndose seguidor de una concepción conocida como *condominium juris romani*, acogida por nuestro Código Civil, considera, la cosa en común no es ajena en ninguna de sus partes al copropietario, por haber sobre cada molécula de la cosa una participación de todos y cada uno de los copropietarios (247); en tanto que F. Cárdenas, adherido más bien a una concepción conocida como *condominium juris germani*, que, considera, los condóminos forman parte de una colectividad en la que pierden su individualidad como titulares, de tal modo que la cosa no pertenece a los individuos sino a la colectividad, estima delictuoso su apoderamiento (248).

b'). Socio.

Es criterio generalizado en la doctrina y en la jurisprudencia, observamos, sobre este particular, que el socio que se apodera de una cosa movable perteneciente a la sociedad es responsable del delito de robo, por ser en este caso cierto el argumento de que la persona moral tiene personalidad jurídica distinta de la de la persona física, ya que al constituirse aquella, se crea un nuevo sujeto jurídico, siendo, en consecuencia, ajena dicha cosa a tal sujeto individual; de esta manera lo apuntan, entre otros, F. Cárdenas (249), Enrique Cardona Arizmendi (250) y Jiménez Huerta (251), y este último esgrime su parecer argumentando, que, por esto, las cosas muebles pertenecientes a una sociedad comercial o a un patrimonio familiar son susceptibles de ser robadas por quien ostenta la cualidad de socio o beneficiario.

c'). Coheredero.

De acuerdo con Rojina Villegas, quien es citado por F. Cár-

(247) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Pág. 54

(248) Cfr. Ob. Cit. Págs. 35, 39

(249) Idem. Pág. 32

(250) Cfr. Ob. Cit. Pág. 230

(251) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Pág. 53

denas, "... en nuestro derecho la herencia es una copropiedad y - el patrimonio común a que se refiere el artículo I, 288 del Código Civil es, en otros términos, la copropiedad entre los herederos ..." (252); es decir, que al morir intestado el de cujus, de acuerdo con esto, los herederos adquieren la masa hereditaria en copropiedad, hasta en tanto opere la división o adjudicación de los bienes de la misma; o dicho en otras palabras: que regresamos al intrincado problema del robo entre copropietarios.

b). Sin derecho.

Otro de los elementos normativos que encierra la descripción típica del delito de robo contenida en nuestro Código Penal, - lo es el "... sin derecho ..." con que debe actuar el agente del delito. La función de este elemento reside en destacar en forma expresa la antijuridicidad de la conducta que se describe, pero, toda vez que la antijuridicidad es un elemento del delito en general, que va implícito en todas y cada una de sus especies que conforman el catálogo delictivo de nuestro ordenamiento legal, su mención expresa en el tipo, sea el de robo o el de cualquier otro, es calificada en forma genérica por los diversos autores nacionales como innecesaria, tautológica y redundante.

c). Sin consentimiento.

También el "... sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley ..." con que debe actuar el sujeto activo del delito, atentos a lo preceptuado por nuestra ley penal al definir el robo, es un elemento normativo, pues igualmente, para su comprobación se hace menester una especial valoración del mismo, la cual esencialmente consiste en la determinación de los siguientes puntos.

Primeramente, en relación con qué elemento del tipo o del delito puede estudiarse, y como consecuencia de esto, qué segmento de los mismos, o en su caso, de uno sólo, puede quedar eliminado. En busca de una explicación a esto, hallamos diversos puntos de vista, mismos que van desde considerar que si nos atenemos a la letra de la ley y también a la prelación lógica de los elemen-

tos del delito, este elemento debe estudiarse en relación al tipo, por lo que, se concluye, su ausencia es productora de una atipicidad, tal es el parecer de Porte Petit (253) y de González de la Vega (254): no obstante, otros autores más, opinan, este elemento puede ser tratado también como tema de la antijuridicidad, así lo hacen Jiménez Huerta (255), Antonio de P. Moreno (256) y Pavón Vasconcelos (257). Analizando este punto, nosotros somos de la opinión de que debe revisarse primeramente la existencia del tipo y su posible encuadramiento en caso de darse el consentimiento en el robo, es decir, que debe seguirse el orden de relación lógica de los componentes del delito, ya que si, por otro lado, se comienza en forma arbitraria por un elemento posterior, como en este caso lo es la antijuridicidad, hacemos nuestras las palabras de Jiménez de Asúa en el sentido de que "... sería comicamente ridículo que cuando permito que otro tome una cosa mía como regalo, se diga que hay hurto justificado por el consentimiento... to ..." (258), pues lo que en realidad tendremos, más que un "hurto justificado", además de una atipicidad, es una figura jurídica bien diferente a nuestro delito en estudio, cual es la donación, misma que de acuerdo con el artículo 2332 de nuestro Código Civil consiste en un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte de la totalidad de sus bienes presentes.

Asimismo, será necesario determinar quién puede o tiene capacidad para otorgar el citado consentimiento. Nuestro Código Penal habla de "... la persona que puede disponer de ella (de la cosa) con arreglo a la ley ...", dejando con ello abierta la puerta a un buen número de cuestionamientos, es decir: ¿sí tal persona es el propietario, o bien, si puede serlo el poseedor, o ambos? ¿sí puede serlo el administrador que se ocupe de un patrimonio co

- (253) Cfr. Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 73
 (254) Cfr. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 178
 (255) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonial T. IV, Ob. Cit. Pág. 57
 (256) Cfr. Curso de Derecho Penal Mexicano. De los Delitos en Particular. Ob. Cit. Pág. 57
 (257) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Pág. 44
 (258) Citado por Porte Petit, Celestino. Robo Simple. Ob. Cit. -- Pág. 88

mún? ¿un menor emancipado o que todavía no lo esté, o un incapaci-
tado?, etcétera; seguramente que hubiera sido mas sencillo si con-
cretara señalando al propietario con plena capacidad de ejerci-
cio, o en su defecto, al poseedor también.

Por lo que hace a la primera interrogante apuntada, nota-
mos, González de la Vega es de la opinión de que pueden otorgar-
lo, indistintamente, "... el propietario o legítimo posee-
dor ..." (259), y por su parte, Jiménez Huerta, considera, -----
"... debe provenir del titular del patrimonio al que la cosa per-
tenezca; no basta(n)do el de la persona que tenga en sus manos la
cosa ..." (260), y en este mismo último parecer, también observa-
mos, se alinea Forte Petit (261).

Ahora bien, para determinar a quien debe corresponder la fa-
cultad para autorizar la disposición de la cosa, se estima, debe
acudirse al significado preciso del término disponer que acufia --
nuestro Código Penal, el cual, se dice, implica el pleno dominio
sobre la cosa, lo que quiere decir, a su vez, que el sujeto goza
del pleno ejercicio del derecho de propiedad sobre la misma, por
lo que, se concluye, sólo puede disponer el propietario; sin em-
bargo, esto último no es absoluto, pues casos hay en que con el --
fin de asegurar la conservación o puesta en valor normal de un pa-
trimonio dado o una de sus partes, el administrador, mandatario,
albacea, tutor, marido, etc., donan o enajenan una cosa pertene-
ciente al mismo (262).

Por lo que toca al incapaz, se dice, es obvio que carece de
la capacidad citada, por lo que, se considera, es responsable de
robo el que con el consentimiento de un incapacitado se apodere --
de un objeto mueble de su propiedad; e, igual sucederá, por otro
lado, con el consentimiento de un menor, tal es el parecer que --
aprueba la doctrina civilista; a menos, claro está, que dicho con-
sentimiento lo otorgue un menor de edad, que aparentemente ya es-
té en posibilidad de actuar libremente, y se trate de objetos de

(259) Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 181

(260) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. ---
T. IV, Ob. Cit. Pág. 65

(261) Cfr. Robo Simple. Ob. Cit. Págs. 88, 89

(262) Cfr. F. Cárdenas, Raúl. Ob. Cit. Págs. 155 - 159

los que presumiblemente se pueda disponer, ya que, se estima, en materia penal no son aplicables en todo caso las reglas del derecho civil, y menos aún, cuando se separan de la realidad objetiva y observable (263).

Por otro lado, en relación al elemento normativo del tipo - que hemos venido analizando, debemos también hacer alusión a tres de las formas que puede adoptar el consentimiento en cuestión, y que refiere la doctrina, esto es: el tácito, el putativo y el ignorado por el activo.

En relación al consentimiento tácito, según apunte de F. -- Cárdenas, "... en ciertos casos es eficaz, por cuanto la persona que toma la cosa se siente fundadamente autorizada para hacer--- lo ..." (264), y, por tanto, actúa sin dolo, produciéndose la consiguiente ausencia de culpabilidad; algunos autores, no obstante, podrían quizá considerar que es el ánimo de apropiación el elemento faltante, por cuanto es un elemento de naturaleza subjetiva, - localizado en el intelecto de la persona el faltante; sin embargo, hacemos hincapié, no deben ser confundidos ambos elementos, - que, inclusive, se hallan localizados en estratos diferentes en una construcción dogmática como la que se sigue en nuestro país.

Por lo que hace al consentimiento putativo, cuyo estudio corresponde más bien a la culpabilidad, adelantamos, tal es "... el que se cree preceder a la acción ..." (265); es decir, que se localiza únicamente y en forma errónea en el autor del apoderamiento; este tipo de consentimiento, se debe agregar, "... no elimina el injusto, aun cuando en otro orden de ideas, puede destruir el dolo acreditándose error suficiente y buena fe' ..." (266)

Finalmente, el consentimiento ignorado por el activo, se estima, opera aunque lo desconozca el activo, y no se estaría frente a tal supuesto, nos dice Quintano A. Ripollés, quien es citado por Porte Petit, en el caso del "... propietario caritativo que - deja frutas o productos a la puerta de su casa, para que los to--

(263) *Ibidem*. Pág. 161

(264) *Ibidem*. Págs. 162, 163

(265) *Ibidem*. Pág. 163

(266) *Ibidem*.

men los monasterosos, y que alguno de ellos, no sabiendo semejante rasgo de caridad, los toma creyendo hurtarlos, hipótesis de delito putativo impone por atípico, a mi modo de ver ..." (267); e, hipótesis, que, a su vez, no compartimos por considerar certera la opinión de F. Cárdenas en el sentido de que "... el propietario o poseedor hizo abandono de la cosa y más que consentimiento, en la especie falta el presupuesto lógico del delito: la posesión de la cosa ..." (268); o séase, que este propietario caritativo, más que el otorgar su consentimiento, se ha desprendido tanto de la propiedad como de la posesión sobre la cosa, dejándola bajo la calidad de cosa abandonada, cuyo apoderamiento, según hemos visto, no produce delito alguno.

Dentro de este mismo elemento normativo, también cabe la de terminación, por otro lado, del momento en que debe darse el consentimiento para que opere excluyendo a la tipicidad: previo, con comitante o posterior a la realización del robo. Sobre el particular, observamos, no existe desacuerdo en estimar que un consentimiento posterior no es productor de una atipicidad (269).

Y por último, también cae dentro de este elemento, la situación en que el sujeto en forma voluntaria entrega la cosa, como resultado de la violencia física o moral sobre él ejercida. En este espacio, sólo diremos al respecto, a reserva de volver a tocar el tema en el estudio del aspecto negativo de la culpabilidad, -- que el sujeto que actúa bajo tal violencia, dando su consentimiento para la ejecución del hecho delictuoso, e, incluso, el que es obligado a participar ayudando en el mismo, no cometen robo por no serles exigible por el Derecho actuar en forma contraria, como héroes, podríamos decir, arriesgando su propia vida.

Por lo que al tipo respecta, sólo nos resta por hacer mención a la clasificación que en relación al mismo debe tener el robo, misma que con lo visto hasta ahora, nosotros mismos podremos obtener. De aquí que la hayamos dejado hasta este espacio; de esta suerte, inferimos, el tipo de robo puede ser:

(267) Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 89

(268) Ob. Cit. Pág. 163

(269) Cfr. Forte Petit, Celestino. Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 89

1. Anormal opuesto a normal, por describir en la conducta - tanto aspectos objetivos, como subjetivos y normativos.

2. Autónomo o independiente, por tener vida por sí mismo y no necesitar de ningún otro para poder vivir, esto, en tratándose de robo simple.

3. De formulación amplia por oposición a los de formulación casuística, por describir una hipótesis única, consistente en el apoderamiento, es decir, por hacer alusión a un sólo núcleo en -- donde caben todos los modos de ejecución.

4. De daño por oposición a los de peligro, porque el tipo - protege contra la disminución patrimonial en el robo. Sobre esta clasificación, rogamos al lector complementar su información remi tiéndose a la línea correspondiente a la clasificación que en orden a la conducta se hace de nuestro delito, en donde, adelanta-- mos un poco, suele ser distinguido mayoritariamente en doctrina - como material por oposición a formal.

5. Fundamental o básico, por estimar, su contenido es base para la adjunción de circunstancias o peculiaridades distintas -- que permiten su complementación; y por no excluir o subsumir al - tipo básico, no es especial, sino, además, subordinado.

Dichas circunstancias o elementos que se integran al tipo - básico, y que lo complementan, no tienen otra función que la de - agravar o atenuar la sanción. De esta manera, se habla de un tipo complementado (o circunstanciado), subordinado (al tipo básico): cualificado (agravado en su penalidad) o privilegiado (atenuado).

Tomando como tipo básico el robo descrito en el artículo -- 367 de nuestro Código Penal (apoderamiento de una cosa ajena mue- ble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede dis- poner de ella con arreglo a la ley), al agregarle nuevos elemen- tos, surgen la subordinación y complementación del mismo y, por - ende, la agravación o atenuación de su sanción.

Así, la punibilidad en el robo simple, debemos apuntar, en- cuentrase determinada en el artículo 370 de nuestro mismo Código Penal, que textualmente dice:

"... Art. 370.- Cuando el valor de lo robado no exceda de - cien veces el salario, se impondrá hasta dos años de prisión y -- multa hasta de cien veces el salario.

Quando exceda de cien veces el salario, pero no de quinien- tas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de - cien hasta ciento ochenta veces el salario.

Quando exceda de quinientas veces el salario, la sanción se

rá de cuatro a diez años de prisión y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario ..."

A. El tipo de robo deviene complementado, subordinado cualificado, cuando se ejecuta:

a) En edificio, viviendas, aposento o cuarto que estén - habitados o destinados para habitación (art. 38I bis.), con una pena de 3 días a 10 años.

b) Sobre vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado para su guarda o reparación (art. 38I bis.), con la misma sanción de 3 días a 10 años.

c) Sobre ganado mayor en campo abierto o en paraje solitario (art. 38I bis.), también con la misma sanción de 3 días a 10 años. Y cuando el apoderamiento se realiza sobre ganado menor, de acuerdo con el mismo artículo, se impondrán hasta 2/3 de la pena comprendida en él.

d) Con violencia en las personas (art. 372), estableciendo una pena de 6 meses a 5 años.

e) En un lugar cerrado (art. 38I, fr. I), con una pena de hasta 5 años de prisión.

f) Aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público (art. 38I, fr. VIII), -- con la misma sanción de hasta 5 años de prisión.

g) En el mismo artículo 38I se establece, igualmente, -- que la pena en el robo se agrava hasta 5 años de prisión:

"... II. Cuando lo cometa un dependiente o un doméstico contra su patrón o alguno de la familia de éste, en cualquier parte que lo cometa.

Por doméstico se entiende: el individuo que por un salario, por la sola comida u otro estipendio o servicio, gajes o emolumentos, sirva a otro, aun cuando no viva en la casa de éste:

III. Cuando un huésped o comensal, o alguno de su familia o de los criados que lo acompañen, lo cometa en la casa donde reciben hospitalidad, obsequio o agasajo;

IV. Cuando lo cometa el dueño o alguno de su familia en la casa del primero, contra sus dependientes o domésticos o -- contra cualquiera otra persona;

V. Cuando lo cometan los dueños, dependientes, encarados 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, y

VI. Cuando se cometa por obreros, artesanos, aprendi-

ces o discípulos, en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o avrendan, o en la habitación, oficina, bodega u --- otros lugares al que tengan libre entrada por el carácter indicado;

VII. Cuando se cometa estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público;

... IX. Cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten otros objetos peligrosos;

X. Cuando se cometa en contra de una oficina bancaria, recaudatoria u otra en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o transporten aquéllos ..."

B. El tipo de robo deviene complementado, subordinado privilegiado, en el siguiente caso señalado por nuestro Código Penal, conocido como robo de uso:

"... Art. 380.- Al que se le imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión, siempre que justifique no haberse negado a devolverla, - si se le requirió a ello. Además, pagará al ofendido, como reparación del daño, el doble del alquiler, arrendamiento o intereses - de la cosa usada ..."

Por último, nos sentimos obligados, hay que decirlo, a señalar que existen una infinidad de clasificaciones en torno al tipo, y que sólo nos hemos referido de esta manera somera a las más comunes, para lo cual, por cierto, nos hemos permitido retomar el apunte que sobre el particular ha esgrimido F. Castellanos (270).

CAPITULO SEGUNDO

2 EL DELITO DE ROBO

- 2.1 La Conducta
- 2.2 La Tipicidad
- 2.3 La Antijuridicidad
- 2.4 La Culpabilidad

2 EL DELITO DE ROBO

La palabra delito, nos dice Ignacio Villalobos, etimológicamente "... deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar y del prefijo de, en la connotación peyorativa se toma como linquere viam o rectam viam: dejar o abandonar el buen camino ..." (271)

Por lo que hace a los diversos elementos que lo integran, - nosotros estamos de acuerdo con quienes opinan que de esencia lo son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, descartando tal carácter en la imputabilidad (que más bien - funge como presupuesto de la culpabilidad), en la punibilidad (esto es, el merecimiento de una pena o castigo, que deviene más bien como reacción del poder público frente al delito, y que, por ende, más que un elemento, constituye una consecuencia del mismo, la cual no es de esencia, además, por no producirse en todos los delitos, como en el caso de que se presente alguna de las llamadas excusas absolutorias, en las que no obstante que la calificación delictuosa permanece, la pena no se aplica), y en relación a las condiciones objetivas de punibilidad (cuya naturaleza aún no ha sido bien precisada, también se rechaza que sean elemento del delito, por cuanto sólo por excepción son exigidas por el legislador).¹ De consiguiente, nos adherimos a quienes han escrito que, - por definición, el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable (272).

Más debemos añadir, por otro lado, para dejar más completado este espacio, que los apenas enunciados elementos del delito, a pesar de que desde un punto de vista cronológico pueden concurrir todos en un sólo momento dado, ya para su estudio, bajo un marco lógico, será necesario tener en cuenta en primerísima línea su distinta prelación lógica.

(271) Ob. Cit. Pág. 202

(272) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Págs. 129 y ss.

2.1 LA CONDUCTA

Sobre este elemento del delito han aparecido a través del tiempo básicamente dos tendencias doctrinarias, las cuales se inspiran, a su vez, de dos corrientes filosóficas, a todas ellas haremos lo posible por esbozar en el siguiente cuadro que hemos tomado de Zaffaroni (273), y que, asimismo, nos hemos permitido detallar con explicaciones que este mismo autor nos ofrece en su obra, así como con explicaciones halladas en la obra de Raúl Gutiérrez Sáenz (274).

<u>Realismo gnoseológico</u>	<u>Idealismo gnoseológico</u>
El conocimiento no altera al objeto (pues el objeto existe en tanto "material" del mundo fuera de nosotros y anterior a nuestro conocimiento).	El conocimiento crea -o poco menos- el objeto; es decir, que el ser se reduce al conocer.
De ahí que el desvalor (la prohibición - tipicidad) no altera a la conducta. Luego, la conducta es primero.	De ahí que el desvalor (la prohibición - tipicidad) crea -o poco menos- a la conducta. Luego, el tipo es primero. Crítica: un hecho de un animal no que daría fuera del delito por no ser conducta sino por ser atípico, lo cual trae consigo una reminiscencia del pasado, superado en este punto ahora.
No hay concepto jurídico penal de conducta distinto del óntico - ontológico, que es el cotidiano y corriente. Por tanto, se trata de averiguar cuáles caracteres de la conducta (que es una realidad tangible y observable a través de	Hay un concepto jurídico - penal de conducta distinto del óntico - ontológico. La conducta debe ser entendida como conducta realizadora del tipo.

(273) Cfr. Ob. Cit. Págs. 375 y ss.

(274) Cfr. Historia de las Doctrinas Filosóficas. 14va. ed.; Ed. Esfinge, S. A.; México, 1983. Pág. 47

los sentidos) pertenecen al injusto (que es un concepto ciertamente pre-establecido), por lo que resulta absurdo para este enfoque, que tenga uno -- que manejarse con un concepto de conducta que se edifica con caracteres -- que aun no se conocen, y esto, en virtud de que la sola prohibición nada dice acerca del ser de la conducta.

Esta concepción corresponde al concepto finalista de conducta: Conducta es un hacer voluntario, voluntad implica finalidad, conducta es un hacer final.

Esta concepción corresponde

al concepto causalista de conducta:	a conceptos "sistemáticos" de conducta: los caracteres de la conducta los da la tipicidad.
Conducta es un hacer voluntario; la voluntad puede separarse de la finalidad: conducta es un hacer, final, pero en el que no se toma en cuenta la finalidad.	Crítica: Para saber qué es conducta se necesita preguntarle al injusto -- qué es ella.
Crítica: la antijuridicidad recae sobre un proceso causal, porque un hacer privado de finalidad queda privado de voluntad y no es una conducta.	

Adelantando un poco, diremos que la conducta posee un coeficiente psíquico, que consiste en la voluntad del agente. Ahora bien, de acuerdo con la teoría causalista de la misma, se entiende, este coeficiente en la conducta sólo abarca el querer realizar la acción o la omisión, dejando el querer del resultado para otro estrato posterior llamado culpabilidad; o dicho con otras palabras: la acción es un movimiento corporal hecho con voluntad de hacer ese movimiento, es decir, una 'inervación muscular', un movimiento voluntario --no reflejo--, pero en el que no importa o se

prescinde del fin a que esa voluntad se dirige: o bien, en la omisión, es un 'no hacer' caracterizado por la 'distensión muscular' e interiormente por la voluntad de distender los músculos. De esta manera, existe una acción homicida si un sujeto dispara sobre otro con voluntad de presionar el gatillo, sin ser necesario tener en cuenta la finalidad propuesta al hacerlo, por no pertenecer dicha finalidad a la conducta. En contra de esta postura, Weyzel ha sostenido que la teoría tradicional (obra de Liszt, Beeling, Radbruch, Mezguer y Schonke) ve en la acción solamente una 'causación ciega de la voluntad' (275).

Por lo que hace al robo, ya veremos que estos dos enfoques son importantes en la determinación del momento en que se consuma, y que la adhesión a alguno de ellos, implica también la asunción a un sistema dado.

Y por lo que a este espacio respecta, sólo cabe recalcar -- las siguientes ideas: que sólo puede ser conducta el comportamiento humano, pero que esta se presenta adoptando una variedad -- prácticamente infinita de formas, para distinguir cuales de ellas son delitos, hay que acudir al código y constatar (en un acto de individualización, por decirlo provisionalmente así) la existencia de un tipo que las describa, y que, por tanto, la conducta es primero.

Por cierto, que este enfoque que ve a la conducta como punto de partida en la teoría del delito es acogido por la mayoría -- de nuestros autores patrios, basta con revisar el índice de sus -- obras para corroborar esta afirmación; empero, tal posición, hace -- nos hincapié, además de ser, por un lado, tributaria del realismo -- filosófico, mantiene, además, estrecha vinculación con la teoría -- finalista de la acción, la cual, recordemos, también es vertiente -- de esa corriente filosófica. De este modo, nuestros autores tal -- pareciera que son aliados de quienes (como los alemanes, argen-- -- tinos e italianos, por ejemplo) defienden a la teoría finalista de -- la acción (la cual presenta un conjunto de ideas que chocan de -- frente con la estructuración del delito que estamos acostumbrados -- a ver en la mayoría de los textos de la materia en nuestro país, -- ideas que van, entre otras cosas, en sus diversas ramificaciones,

(275) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Págs. 369, 370: y -- también cfr. Mezguer, Edmund. Ob. Cit. Pág. 92

también, desde el desplazamiento de la posición del dolo de la esfera de la culpabilidad hasta el tipo, con lo que el dolo y la culpa, antes elementos de la culpabilidad, ahora se localizan en el tipo; y la inmutabilidad y la cognoscibilidad, que eran presupuestos de la culpabilidad, ahora, desde el ángulo finalista, pasan a ser sus elementos integradores; esta teoría, asimismo, pasa por la estimación de que la antijuridicidad, antes elemento del delito, ahora bajo la denominación de violación del deber jurídico penal, se halla ubicada también en el tipo; y de igual manera, la exigibilidad, antes parte de la culpabilidad, es borrada de este capítulo, para pasar al de la violación del deber jurídico penal, o séase, al tipo: en la sistemática finalista, de la misma forma, el error, que antes se veía en el dolo de la culpabilidad, ahora pasa a recaer sobre cualquiera de los elementos objetivos del tipo, así como sobre la cognoscibilidad del reducido concepto que queda de la culpabilidad; e, incluso, se llega al extremo en uno de los enfoques de la citada construcción doctrinal, de considerar a la acción junto con su nexo causal como parte integrante del tipo, contradiciendo con ello a la fuente filosófica de inspiración que la alimenta, que como ya hemos apuntado, es el realismo. En fin, en esta concepción, como podemos ver, el tipo se transforma y adquiere proporciones tan complejas, que en cierto momento, podemos confundirlo prácticamente con el mismo delito; esta versión, además, no debemos pensar que consiste en un simple cambio de nomenclatura, sino que trae aparejada todo un cúmulo de implicaciones, que pueden tocar, inclusive, aspectos tan delicados de la Filosofía, como en el caso de la conducta que hemos visto). Lo decisivo en esta teoría es su consideración, para decirlo según nuestro entender, de que la causalidad no está completa con la presencia de tan sólo la acción (u omisión), que llevan insita una voluntad, que no lo es, el nexo y un resultado, si se prescindiera de la finalidad, más como quiera que la mayoría de nuestros tratadistas patrios tradicionales (por llamarlos de algún modo) no siguen los postulados de la teoría final que acabamos de bosquejar, sino que no obstante que, junto con la misma, ubican a la conducta en primer sitio del delito, disienten de ella en todo lo demás, y siguiendo, antes bien, un enfoque causalista, se justifican reduciendo que se sabe y reconoce que la conducta siempre tiene una finalidad, sólo que esta finalidad no se toma en consideración sino hasta llegar al nivel de la culpabilidad (es decir, en el último carácter específico de la teoría del delito), y que nada cambia que se la tome en consideración allí, pues de cualquier

modo, no se le desconoce o inadvierte en la estructura de la teoría general, esto último, de acuerdo con las palabras que recoge Zaffaroni de Mezquer. Sobre estas cuestiones, hay que añadir, ya hemos apuntado antes algunas otras ideas, mismas que al ser conjuntadas con las que ahora hemos anotado, esperamos, permitieran comprender su importancia, y consecuentemente, la necesidad de su consideración en este espacio (276).

Otra cuestión más dentro de nuestro elemento en estudio, -- que en este momento es la conducta o acción en sentido amplio, lo es la de precisar la diferente terminología empleada a propósito de la misma, la cual, observamos, suele ser anárquica, veamos por qué es esto.

Decimos es anárquica, en virtud de que prácticamente es nula la unicidad de criterios, pues, mientras que Cuello Gallón (277), entre otros autores, nos habla de acción; Castellanos Tena (278), Osorio y Nieto (279) y Mariano Jiménez Huerta (280) -- prefieren emplear el vocablo conducta, por estimarlo un concepto más preciso, abarcador tanto de la acción como de la omisión; en tanto que Luis Jiménez de Asúa, citado por Pavón Vasconcelos (281), utiliza el vocablo acto; sin embargo, se hace necesario subrayar, que no obstante que Castellanos Tena para referirse al citado elemento objetivo, prefiere utilizar el término conducta, no tiene inconveniente (él mismo nos lo dice) en adoptar también el de hecho, y así precisa, que "... si convencionalmente se habla de hecho para designar la conducta, el resultado y su necesario nexo causal, y el vocablo conducta cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, la distinción nos parece -----

- (276) Cfr. Márquez Piñero, Rafael. El Tipo Penal. Algunas consideraciones en torno al mismo; Ed. UNAM.; México, 1986. ----- Págs. 113 y ss.; y también, cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. - Ob. Cit. Pág.
- (277) Cfr. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Págs. 183, 184
- (278) Cfr. Ob. Cit. Pág. 147
- (279) Cfr. Ob. Cit. Pág. 55
- (280) Cfr. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 134
- (281) Idem. Pág. 183

útil ..." (282), y en ello también coinciden Pavón Vasconcellos (283) y Celestino Porte Petit (284). En consecuencia, si el delito aludido por el tipo es de mera actividad o inactividad, de be emplearse el término conducta, más si para la concreción de la conducta delictiva el tipo exige, además, la presencia de un resultado material, esto es, de un cambio en el mundo exterior, y el nexo causal entre ambos, entonces, podemos emplear el término hecho.

En la aplicación de los conceptos anotados a nuestro delito en estudio, notamos, la doctrina no ha mantenido unidad de criterio, pues, mientras algunos autores, estiman, se trata de un delito material, es decir, que lleva consigo un mutamiento tanto jurídico como material, prefiriendo con ello la utilización del vocablo hecho para referirse al elemento objetivo del delito, otros más, aseguran, es formal, por requerir tan solo para su concreción de un mutamiento jurídico, adoptando con ello sólo la utilización del vocablo conducta. En la primera posición, se alinea, entre otros, Jiménez Huerta, quien en lo relativo expresa, que "... el delito de robo es siempre y en cualquier incidencia de su proceso ejecutivo, un delito de resultado material ..." (285), -- y esta misma postura es compartida por F. Cárdenas, que "... entiende que el delito de robo es un delito material ..." (286), e, igualmente, es adoptada por Porte Petit al escribir, que "... es indudable que el artículo 367 del Código Penal, hace alusión a -- una mera conducta, constitutiva de un apoderamiento, pero también es innegable, que esta conducta lleva implícito un resultado material, pues con el apoderamiento, simultáneamente se produce una -- disminución en el patrimonio del ofendido ..." (287). De lo cual, observamos, estos autores ciertamente coinciden en estimar que el apoderamiento en el robo conlleva un resultado material; aunque --

(282) Ob. Cit. Pág. 148

(283) Cfr. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. ----
Ob. Cit. Pág. 184

(284) Cfr. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. --
Ob. Cit. Págs. 287, 288

(285) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. ---
T. IV, Ob. Cit. Pág. 164

(286) Ob. Cit. Pág. 164

(287) Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 9

por otra parte, habremos de ver más adelante, en la interpretación de la medida o de los alcances de ese resultado, se atienda a una u otra corriente de pensamiento respecto del momento consumativo en el robo. De esta manera, veremos, en tanto que, por un lado, se estima, el resultado material en el robo reside en un disminución patrimonial, por otro lado, se asegura, ese resultado se integra tan sólo con cualquier remoción de la cosa del lugar en que estaba, que permite que el agente goce de un poder de hecho sobre la misma, sin que sea necesario que salga de la esfera patrimonial del sujeto pasivo.

Todavía, para completar mejor este punto creo conveniente - hacer alusión a algunas de las opiniones vertidas en sentido opuesto al anterior, es decir, que se alinean en la posición que considera delito formal al robo, en nuestro país hallamos (parece que sin seguidores) la opinión de Pavón Vasconcelos, la cual es expresada en el tenor siguiente: "... el delito de robo (nos dice) encuentra su expresión objetiva, en la pura conducta del sujeto, con independencia de un resultado material inexistente en la descripción típica ... -agregando más adelante que para él resulta claro que el término 'apoderamiento' expresa la acción del sujeto, es decir, el movimiento corporal voluntario de aprehender y sustraer la cosa de la potestad dominical de su titular y no la acción y un resultado material concreto integradores de un hecho de naturaleza causal, en el cual la actividad humana sea condición ..." (288). Ante todo, debemos señalar, que el elemento objetivo que es el apoderamiento no es lógicamente concebible como compuesto exclusivamente por una conducta con ausencia de un resultado, pues, si atendemos a su definición (que ya hemos anotado), -- que reza que significa poner una cosa bajo su poder, veremos que no podrá verificarse la existencia del apoderamiento sin antes -- constatarse la salida de la cosa del dominio del sujeto pasivo, -- es decir, el resultado material, por ello, rechazamos el punto de vista anotado.

Ahora, nos vamos a referir a los elementos del hecho, los cuales, de manera esquemática enunciaremos en un primer plano, para luego, pasar a la explicación que de ellos nos ofrece la doctrina.

(288) Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y --
 Fraude. Ob. Cit. Págs. 24, 25

Elementos del hecho:

I. Conducta o acción en sentido amplio (hacer o no hacer)

formas acción (sentido estricto)
 omisión omisión simple
 omisión impropia (comisión por omisión)

coeficientes físico, psíquico y teleológico (Este último, que se identifica con el fin, o si se le quiere llamar, propósito, motivo o representación, que es un paso de la conciencia -- que va más allá de la voluntad de distender, no lo trataremos en el espacio dedicado a la conducta, sino en el acápite relativo a la culpabilidad, por estar acordes con la sistemática seguida al respecto en nuestro país).

2. Resultado

3. Nexo causal

Por cuanto al primero de los elementos del hecho, o séase, la conducta, hay que recordar antes de pasar a anotar alguna definición sobre la misma, que si es preferida como base de sustentación la teoría realista del conocimiento (que ve al objeto, en cuanto material del mundo, independiente del sujeto que lo conoce, y, por ende, anterior a su conocimiento), entonces, el concepto que se de o que se acepte sobre conducta humana, debe coincidir con el que se advierte de la realidad común y corriente, es decir, para utilizar el término filosófico adecuado, con el óntico -- ontológico, pues de lo contrario, se regulara cualquier otra cosa, pero no la conducta; de esta manera, observamos, opina Pavón Vasconcelos cuando escribe, que "... la conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria ..." (289), con lo que destaca tanto el actuar como el omitir, que son las dos formas en que puede expresarse el proceder humano, y asimismo, Osorio y Nieto (por citar tan sólo a un autor más), cuando manifiesta, que -- "... es la forma como el hombre se expresa activa o pasivamente --

(289) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. - Pág. 184

... es una manera de asumir una actitud que puede manifestarse como una acción o como una omisión ..." (290), con lo que, además - de respetar el concepto cotidiano que podemos apreciar a través - de nuestros sentidos, propio del realismo filosófico, se hace énfasis, una vez más, de las distintas formas que puede adoptar la conducta, también llamada acción en sentido amplio.

Una de estas formas, lo es la acción en estricto sentido, - misma que de acuerdo con Pavón Vasconcelos, consiste en "... el - movimiento corporal realizado por el sujeto en forma volunta- - ría ..." (291), o bien, como escribe Forte Petit, "... considera- - mos que la acción consiste en la actividad o el hacer ..." (292). De lo que resulta, que la acción se caracteriza tan sólo por un - movimiento voluntario (Aquí podría tener cabida lo ya expresado - acerca de la concepción finalista de la acción, para la cual, re- - cordemos, no basta el concepto que hemos apuntado, ya que, visto así, según esta teoría, la acción humana no es más que un ciego - proceso causal por carecer de otro elemento que no precisamos, a - saber: el fin o propósito: sin embargo, ya hemos anotado, a ras- - gos muy generales, la peculiar postura de nuestros autores nacio- - nales, que sí toma en cuenta a este elemento, sólo que en otro es - trato), y además, si nos fijamos, en los conceptos anotados no se alude al resultado, y en verdad esto se hace deliberadamente, y - no sin razón, pues, éste último (el resultado), más que no formar parte de la acción, constituye una consecuencia de la misma. En - la acción, por otro lado, se ha dicho además, que se presenta una violación de una norma prohibitiva.

Y en la omisión, que es otra de las formas que puede adop- - tar la conducta, encontramos, mas bien, una "... forma de conduc- - ta negativa, o inacción, consistente en el no hacer, en la inacti- - vidad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal ..." (293); es decir, subrayamos, para decirlo en forma bre-

(290) Ob. Cit. Pág. 55

(291) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. - Pág. 198

(292) Avuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 154

(293) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. - Pág. 200

ve, es una inactividad voluntaria (y de paso hemos destacado sus elementos integrantes: la inactividad y la voluntariedad). Por lo que hace a la inactividad, según palabras de Pavón Vasconcelos, - consiste en la "... inacción o el no hacer esperado y exigido por el mandato de obrar -y en relación al segundo elemento- y voluntad de omitir el deber de actuar, sea en forma dolosa o culposa - (olvido) ..." (294): de manera que el primer elemento es una conducta, en tanto que el segundo, desde el ángulo doctrinal que se sigue preferentemente en nuestro país, es elemento integrante de la culpabilidad.

La omisión, por otro lado, puede presentarse en dos formas, una, llamada simple o propia, que tiene lugar cuando se quebranta una norma dispositiva jurídico penal; y otra, denominada omisión impropia o comisión por omisión, que se presenta cuando se viola una norma prohibitiva de la misma índole penal: es decir, en el - primer caso, se ordena hacer algo pero no se hace, en tanto, en el segundo, se prohíbe cierto comportamiento, pero no se acata -- tal mandato (295). Otra diferencia que, asimismo, enseñan los autores, reside en la producción de un resultado material, o cambio en el mundo externo, que mientras que tiene lugar en la llamada - comisión por omisión, en la omisión simple no se requiere, sino - que sólo se da un resultado jurídico o típico (296).

Al aplicar los anteriores conceptos al delito de robo, observamos, la doctrina opina, en orden a la conducta (y no al resultado) es un delito de acción, siempre de carácter comisivo, -- contrariamente a aquellos que se caracterizan por una inactividad u omisión, pues se señala, no es posible pensar que el apoderamiento se lleve a cabo por omisión: tal es la opinión que nos permitimos retomar, sintéticamente, de Pavón Vasconcelos (297), Jiménez

(294) Ibidem. Pág. 201

(295) Cfr. Cortés Ibarra, Miguel Ángel. Derecho Penal Mexicano. - Parte General. Librería Porrúa Hnos. y Cía., S. A.; México, 1971. Pág. 105

(296) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 202

(297) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Pág. 31

nez Huerta (298) y de F. Cárdenas (299).

También en orden a la conducta la doctrina nos habla de una clasificación mas, a saber: por cuanto al número de actos empleados, pudiendo ser el delito unisubsistente o plurisubsistente, en el primer caso, de acuerdo con Pavón Vasconcelos, cuando "... la acción se agota en un sólo acto, (y) es plurisubsistente cuando la acción requiere, para su agotamiento, de varios actos ..." (300).

Al referir estos conceptos al delito de robo, observamos, - la doctrina nacional no discrepa, sino, se complementa, pues, por principio, coinciden en estinarlo unisubsistente Pavón Vasconcelos (301), Raúl F. Cárdenas (302), Jiménez Huerta (303) y Porte - Petit (304); y mientras que los dos autores primeramente citados, admiten, pueda ser plurisubsistente, pero sólo en relación con el llamado delito continuado (caracterizado por la existencia de varios actos y la identidad de propósito y de lesión jurídica), los dos autores restantes, en un concepto más amplio, consideran, el robo puede ser plurisubsistente no solamente en relación con el delito continuado, sino también cuando el sujeto se apodera en un momento de varias cosas, realizando varios actos, pero formando - con todos ellos una sólo acción.

La naturaleza plurisubsistente de un delito está manifiesta, a decir de Soler, quien es citado por F. Cárdenas, en el hecho de que en el mismo "... se unifican varios hechos, que naturalmente separados no constituyen delito ..." (305); de manera --

- (298) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Pág. 65
 (299) Cfr. Ob. Cit. Pág.
 (300) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. - Pág. 233
 (301) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Pág. 31
 (302) Cfr. Ob. Cit. Pág. 163
 (303) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, Ob. Cit. Pág. 66
 (304) Cfr. Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 21
 (305) Ob. Cit. Págs. 163, 164

que, desde esta perspectiva, el robo es, efectivamente, como lo -
quieren Pavón Vasconcelos y F. Cárdenas, un delito unisubsisten-
te, sin embargo, lo expuesto por los otros autores citados, hace
suponer que ellos no siguen esta fundamentación.

Por último, en torno al primero de los elementos del hecho,
debemos también referirnos a los llamados por la doctrina coefi-
cientes físico y psíquico de la conducta, los cuales, según el de-
cir de la misma, tienen lugar dentro de la teoría del delito como
elementos del citado elemento delictivo, por lo que serán impres-
cindibles para la configuración de este último, pues de faltar --
tan sólo uno de ellos en un determinado caso, no será posible ha-
blar de conducta penal.

Cada uno de los coeficientes enunciados deben ser analiza-
dos sobre cada una de las formas de expresión de la conducta, en
la acción, por ejemplo, de acuerdo con Pavón Vasconcelos, "... se
habla de actividad, en la cual se encuentra siempre un factor fí-
sico, consistente en el movimiento corporal, al que se suma uno -
de naturaleza psíquica identificado con la voluntad del sujeto de
realizar dicha actividad (actividad voluntaria), mientras en la -
omisión el agente permanece inactivo, omitiendo voluntariamente -
un actuar esperado y exigido por el Derecho ..." (306); de modo -
que, el factor físico en la acción se halla identificado con el -
movimiento corporal del agente activo, y en la omisión, por el --
contrario, con la propia inacción del sujeto, y no con un "hacer"
distinto al esperado (como lo hubieron de suponer erradamente du-
rante algún tiempo algunos autores que no viene al caso mencio-
nar); en tanto que el coeficiente psíquico, en la acción, consis-
te en la voluntad (estar plenamente consciente) de realizarla, y
en la omisión, en la voluntad de omitir, o bien, como señala el -
mismo autor, refiriéndose a los delitos culposos, específicamente
a los de olvido, el coeficiente psíquico, señala, reside también
en "... la voluntad de no inhibir el movimiento corporal (acción)
o la inactividad (omisión) ..." (307), estando en posibilidad de
hacerlo, agregamos nosotros: es decir, que, en relación a esto úl-
timo, un acto involuntario (en el momento de verificarse) es vo--

(306) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. -
Pág. 187

(307) Idem. Págs. 195, 196

luntario para el Derecho por cuanto no ha sido inhibido por la voluntad que debía y podía impedirlo.

Hemos apuntado que el robo en orden a la conducta es un delito de acción (y que no es concebible llevar a cabo un apoderamiento por medio de una omisión), por lo que, los coeficientes de que hablamos en el citado delito, simultáneamente, son los propios de la acción, es decir, un movimiento corporal de apoderamiento y la voluntad plena y consciente de realizarlo.

Por lo que toca al resultado, que es otro de los elementos del hecho, debemos asentar que para la construcción de alguna definición sobre el mismo, los autores recomiendan aludir, por principio, exclusivamente, es decir sin incluir a la conducta, a las modificaciones que ésta última produce en el mundo fenomenológico, esto, en vista de que el resultado no forma parte de la conducta, sino que es su consecuencia, más como no toda modificación que se produzca constituye jurídicamente hablando un resultado legal, debe tenerse en cuenta, además, que el mismo sea de importancia para la ley, o séase, que se debe precisar que se trata de una mutación en el mundo externo conforme al tipo particular que se esté analizando, descrito en el Código Penal, pues de no considerarse esto último en la definición, podría caerse en el equívoco de estimar como parte del resultado en el hecho, por ejemplo - en el homicidio, además de la muerte de la víctima (que es la única modificación relevante para el tipo), el cambio de sitio del gatillo del fusil, la explosión de pólvora y del cartucho, etcétera, situaciones todas que ya no tienen que ver con el tipo; tales ideas son las que fundamentalmente parecen inspirar la construcción de las definiciones que se dan sobre el particular, así por ejemplo, nos parece conveniente, por citar tan sólo a una de ellas, traer a colación lo que al respecto apunta Jesús Gonzalo Trujillo Campos, quien, enfatiza, el resultado es "... un concepto naturalístico que asume el rango de concepto técnico jurídico en virtud de la descripción típica que acota y delimita la infinita cantidad de efectos materiales que la actuación del hombre determina en el mundo exterior ..." (308), naturalístico, por cuanto acaece en el mundo real y no en el conceptual, y que, no obs--

tante, asume el rango de concepto técnico jurídico, pero respetan do la realidad observable, por cuanto a que de aquella compleja - realidad sólo considera la parte relevante, que es lo que describe el tipo.

Al aplicar lo anterior a nuestro delito en examen, hay que recordar algo ya precisado en este trabajo, en el sentido de que el robo es un delito material, es decir, un delito que requiere - de la presencia de un resultado material para su concreción, y este resultado se exterioriza a través de aquella modificación suce dida en el mundo fenomenológico, que nos permita caer en la cuenta de que la cosa ha salido de la esfera de poder del sujeto pasi vo y ha pasado a la del activo, concretándose con ello el apoderam iento exigido por el tipo de robo, un resultado, evidentemente, de naturaleza económica.

Por otro lado, también en relación con el resultado, en doctrina se habla de una clasificación de los delitos, a saber: ---- a) instantáneos: b) instantáneos con efectos permanentes: c) continuados y, d) permanentes.

De acuerdo con Castellanos Fern, el instantáneo se caracteriza porque "... la acción que lo consuma se perfecciona en un sólo momento ... -y este 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 sólo instante, como en el homicidio y el robo ..." (309); de manera que, será instantáneo, cuando el momento consumativo tenga verificativo, una vez realizados los elementos integrantes del tipo del delito, en un sólo momento; nuestro Código Penal en su artículo 70. párrafo 10. prescribe, que el delito es instantáneo "... cuando - la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos ..." Por ello es, que aquel se determina, colegimos, no por la instantaneidad del proceso ejecutivo, sino por la consumación. En el robo, bastenos con apuntar por el momento, que de acuerdo con nuestra ley positiva, el mismo se consuma en el instante mismo en que se realiza la acción ejecutiva de apoderamiento, la cual, de acuerdo con lo obtenido, puede tener verificativo no precisamente en un sólo instante de tiempo,

o séase, que la calidad de ser instantáneo de un delito, debe entenderse, enfatizamos, sólo en relación a la instantaneidad de la consumación, pero no en relación al tiempo que se lleve el proceso ejecutivo.

Nuestra doctrina al escribir sobre el particular, notamos, coincide en señalar que el robo es un delito instantáneo, opinando de esta manera, entre otros, F. Cárdenas (310), Pavón Vasconcelos (311) y Celestino Porte Petit (312); e, igualmente, nuestros Tribunales en diversas ejecutorias, han sostenido este parecer.

Ahora bien, los delitos instantáneos también pueden presentarse bajo la modalidad de ser instantáneos con efectos permanentes, y estos últimos, a su vez, de acuerdo con Pavón Vasconcelos, "... son aquellos en los cuales permanecen las consecuencias nocivas ..." (313); o de otra forma dicho, según nuestro entender: -- son los que una vez agotada la consumación, dejan atrás de sí consecuencias dañinas. En el robo, por ejemplo, estas consecuencias indudablemente que están representadas por un detrimento en el patrimonio, el cual, según el caso, puede perdurar por cierto tiempo.

Por otra parte, frente al delito instantáneo la doctrina coloca al que llama delito permanente, o también, continuo o sucesivo, mismo que (a diferencia del primero, que se consume en un instante) se caracteriza por tener una consumación duradera; es decir, que, de acuerdo con Maggiore, citado por Pavón Vasconcelos, "... permanente es el delito de consumación indefinida, el delito que dura ... cuyo tipo legal continua realizándose hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar ..." (314): o séase, que todo el espacio de tiempo que abarca puede imputarse como consumación, como por ejemplo, en las detenciones ilegales, que en todo tiempo mientras que no se libere a la persona el estado de consu-

(310) Cfr. Ob. Cit. Pág. 136

(311) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Pag. 31

(312) Cfr. Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 22

(313) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. - Pág. 236

(314) Idem. Págs. 236, 237

mación estará latente. Nuestro Código Penal al referirse a esta -- clase de delitos, señala en la fracción II de su artículo 7o., -- que el mismo se presenta cuando "... la consumación se prolonga -- en el tiempo ..." En nuestro delito en examen, nosotros podemos -- inferir, no se dan las características apuntadas para esta última -- especie.

Todavía, al lado de estas clases de delitos, la doctrina ha -- bla de uno más, llamado continuado, mismo que, de acuerdo con F. -- Castellanos, presenta "... varias acciones y una sólo lesión jurí -- dica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecuci -- ón ..." (315). Aquí podría también encuadrarse el caso del sujeto -- que decide robar veinte latas de cerveza, más para no ser descu -- bierto, diariamente se aodera de una, hasta completar la canti -- dad propuesta.

En suma, el robo puede ser instantáneo, instantáneo con --- efectos permanentes y continuado, y no puede llegar a constituir -- un delito permanente, en orden a lo expuesto.

En relación al nexo causal, que juntando a la conducta con -- el resultado integra al hecho, y que, por tanto, se torna un ele -- mento indispensable para la integración del primero de los elemen -- tos del delito, dado que para poder atribuir un resultado a la -- conducta del hombre, se hace necesaria la presencia del correspon -- diente nexo causal, o séase, de acuerdo con Porte Petit, de ---- "... la relación que media entre la conducta y el resultado ha --- ciendo posible la atribución material de este a aquella como a su -- causa ..." (316)

Por lo que toca a la regulación jurídica sobre el particu -- lar, cabe mencionar que nuestro Código Penal no contiene reglas -- de alcance general, que abarquen a los delitos cuyos tipos requie -- ran de la presencia de un resultado material, y sólo se hace alu -- sión a este tema en los artículos 303, 304 y 305, que regulan el -- delito de homicidio, y cuyos lineamientos, según la doctrina, pue -- den ser aplicados a los delitos cuyos tipos requieran de la pre --

(315) Ob. Cit. Pág. 138

(316) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. -----
Ob. Cit. Pág. 110

sencia de una conducta, un resultado material y un nexo causal -- que los una: sin embargo, notamos, los diversos autores de la doctrina no han logrado la unidad de criterio por cuanto a la determinación del sistema adoptado en los artículos citados de nuestra ley penal, ya que, mientras F. Castellanos (317), Pavón Vasconcelos (318) y Jiménez de Asúa (319), estiman, se siguió el de la teoría de la equivalencia de las condiciones, Jiménez Huer-----ta (320) y Gonzalo Trujillo Campos (321), creen, fué el de la causalidad adecuada.

Dichos sistemas, tenemos que señalar, han sido elaborados por autores extranjeros, y asimismo, tienden a dar una respuesta a la importante cuestión de determinar cuáles actividades humanas deben ser tenidas como causas del resultado, algunos de los más sobresalientes son los que, con la brevedad necesaria, apuntaremos a continuación.

En la teoría de la equivalencia de las condiciones, conocida también como la de la *conditio sine qua non*, se sostiene, todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes, y por ende, todas son su causa, y asimismo, todas tienen el mismo valor. En otra teoría, llamada de la última condición o de la causa próxima o inmediata, se asevera, en cambio, que entre las causas productoras del resultado sólo es relevante la última, es decir, la más cercana al resultado. En otra teoría más, llamada de la condición más eficaz, se asegura, sólo es causa del resultado aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia preponderante. Y en otra más, también -- *sui generis* como las anteriores, conocida como la de la causalidad adecuada o de la adecuación, se sostiene, la única verdadera causa del resultado es la condición normalmente adecuada para producirlo, y esta última, surge según lo normal y corriente de la --

(317) Cfr. Ob. Cit. Pág. 159

(318) Cfr. La Causalidad en el Delito. 2a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1983. Págs. 119 y ss.

(319) Cfr. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 217

(320) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tipicidad, T. I, Ob. Cit. -- Pág. 200

(321) Cfr. Ob. Cit. Págs. 226, 227

vida. Todo ello, es parte del gran catálogo de teorización que -- existe sobre este punto, mismo que nos permite en buena medida -- comprender la postura de los autores citados (322).

En relación al intrincado problema del nexo causal Raúl Carrancá y Trujillo, considera, la teoría adoptada por nuestra ley es insegura y no satisface todos los extremos que la limitan, por lo que, señala, como consecuencia de ello es de diaria aplicación el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (323), que prescribe textualmente, que: "... En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa ..."

En el robo el nexo causal es un requisito indispensable para la integración de su elemento objetivo, dado que, ya hemos anotado, la mayoría de nuestros juristas coinciden en considerarlo material, cuya ejecución produce un resultado, y éste último, debe ser atribuido mediante un nexo causal a la conducta de una persona, por lo que, reiteramos, sin la concurrencia plena de este requisito, no podrá formarse el hecho delictivo, que es el primer elemento de los elementos de nuestro delito en estudio.

Ausencia de conducta

Esta situación en el robo puede derivar de diferentes razones: comenzando por la falta de acción en estricto sentido, que es la única de las formas de la conducta que tiene cabida en el robo, pasando por la falta también de alguno de los dos coeficientes de la misma, el psíquico, identificado con la voluntad de apoderamiento, o el físico, caracterizado por el movimiento de llevar la cosa de la esfera de poder del pasivo a la del activo; o bien, también puede devenir por la falta de cualquiera de los otros dos elementos del hecho, es decir, el resultado material, concretizado en la constatación de que la cosa efectivamente ha dejado de pertenecer (aunque fuere instantáneamente) al patrimonio del sujeto activo, y asimismo, el nexo causal, que es la relación entre la conducta como causa, con el resultado como efecto.

(322) Cfr. Castellanos Tena. Fernando. Ob. Cit. Págs. 156 y ss.

(323) Cfr. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Iva. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1977. Pág. 303

Todas estas hipótesis dan, a su vez, origen a las llamadas causas de ausencia de conducta, mismas que, de acuerdo con la doctrina en el delito en general, son: la vis absoluta, también llamada fuerza irresistible, la fuerza mayor, el sonambulismo, el hipnotismo y los actos reflejos, veamos a continuación, con brevedad, en que consiste cada una de ellas y cuales tienen cabida en nuestro delito en estudio.

La fuerza irresistible o vis absoluta, es recogida por la fracción I del artículo 15 de nuestro Código Penal, en el siguiente tenor: "... Art. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: I. Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntaria ..."

De este texto, colegimos junto con Pavón Vasconcelos (324), se pueden desprender los elementos constitutivos de tal figura, - que son: a). Una actuación consistente en una actividad o inactividad involuntaria, en donde, la involuntariedad pone de manifiesto la ausencia del coeficiente psíquico o voluntad; b). Motivada por una fuerza física, es decir, no moral o psicológica, exterior, proveniente de otro ente, e irresistible, contra la cual el constreñido no ha podido materialmente oponerse, dada su superioridad manifiesta; c). Proveniente de otro hombre que es su causa, o séase, que es dominante de otro hombre, de una voluntad ajena; tal inciso, se observa, no se encuentra contenido expresamente en la porción del artículo transcrito, sin embargo, la doctrina lo incluye enseñando que es precisamente el elemento distintivo en relación con la llamada fuerza mayor, que, adelantando, procede de una causa natural o sobrehumana, aunque lo importante aquí, hacemos hincapié, es la falta del coeficiente psíquico de la conducta.

En nuestro país, F. Cárdenas escribe en relación al robo, - que podemos "... excencionalmente suponer la intervención de la vis absoluta o fuerza física irresistible, previste en la fracción I del artículo 15 del Código Penal ... Si el inculcado es físicamente constreñido por una persona, para remover una cosa, con el propósito de inodarlo en el ilícito y no puede resistir dicha

(324) Cfr. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. ----
Ob. Cit. Págs. 255, 256, 257

posible suponer un robo por omisión ..." (329)

El sonambulismo como causa de ausencia de conducta, de acuerdo con Pavón Vasconcelos, es similar al sueño, aunque se distingue del mismo por cuanto el sujeto deambula dormido (330): de tal manera, que un sujeto puede cometer una conducta de anodamiento, bajo tal estado, aunque carente del coeficiente psicológico de la voluntad, que hace imposible la configuración del mismo; este mismo autor, estima, es dable como causa de ausencia de conducta en el robo "... 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 ..." (331); en este caso, además, igual que en el anterior, puede tener lugar una acción libre en su causa, con su consecuente responsabilidad culposa o dolosa, según se desrenda, cuando el sujeto conociendo su estado, no hace algo por prevenir la producción de un eventual resultado dañino durante el mismo.

El hipnotismo ha sido considerado como un fenómeno comprobado en la realidad. Raúl Carrancá y Trujillo en relación al mismo escribe: "... El estado de sonambulismo del hipnotizado se verifica por la ausencia del dolor y el olvido de lo sucedido durante el sueño hipnótico cuando se despierta de él, es decir, 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 ..." (332). De consiguiente, es fácil desentender el por qué de su ubicación como causa de ausencia de conducta, si el sujeto hipnotizado obra como mero instrumento del hipnotizador, evidentemente, no estará presente el coeficiente psicológico en la producción de tales movimientos, y, consecuentemente, el resultado deberá ser atribuido y reprochado al hipnotizador, quien es considerado autor mediato, a menos, claro está, que el sujeto se haya hecho hipnotizar ex -

(329) Ob. Cit. Pág. 242

(330) Cfr. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. ----
Ob. Cit. Pág. 260

(331) Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y --
Fraude. Ob. Cit. Pág. 22

(332) Ob. Cit. Pág. 51

fuerza, no será responsable del acto ejecutado a resultas de la acción ejercida en su contra, aun cuando, quien coacciona, deberá responder por el delito ..." (325)

La fuerza mayor o vis maior, constituye según el criterio de Fernando Castellanos, una causa supralegal, por no estar contenida en la ley, pero que puede operar, por cuanto su presencia de nota la falta del elemento psicológico de la voluntad (326): sin embargo, notamos, Pavón Vasconcelos no está de acuerdo con ello, pues, estima, dicha causa es recogida por nuestro Código Penal, y precisamente en la fracción I del artículo 15, ya que, nos cuenta, tal disposición no hace distinción entre el origen o causa -- que crea la fuerza exterior irresistible (327).

En el robo, podemos afirmar, esta causa no tiene cabida, -- pues si la fuerza exterior que impulsa al sujeto proviene de la naturaleza o de seres irracionales, evidentemente que el apoderamiento no se integrará, por ausencia del elemento subjetivo en el mismo, consistente en la intención de apoderamiento.

El sueño como causa de ausencia de conducta aceptado por la mayoría de autores, ha sido definido por Pavón Vasconcelos como -- un "... estado psicológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, (que) puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos ..." (328), y tales movimientos involuntarios significan --desde luego-- la falta del elemento psicológico de la conducta, y la inexistencia, por consecuencia, del hecho; más si el sujeto prevé o conoce su agitabilidad en el dormir, y no hace algo para evitar la producción de un eventual resultado dañino, entonces estaremos frente a una acción libre en su causa, que será imputable al mismo a título de dolo o de culpa. Por lo que se refiere al robo, estamos de acuerdo con F. Cárdenas cuando afirma que "... el sueño no tiene cabida en nuestro estudio (de robo), pues sueño y acción no son compatibles; no es

(325) Ob. Cit. Pág. 241

(326) Cfr. Ob. Cit. Pág. 163

(327) Cfr. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. -----

Ob. Cit. Págs. 257, 258

(328) Idem. Pág. 259

profeso para cometer el delito, pues, en este caso, estaremos --- frente a una acción libre en su causa, que da lugar a la imputabilidad del hipnotizado a título de dolo o de culpa, según se desprenda. En el robo Pavón Vasconcelos, considera, este fenómeno -- del hipnotismo si puede ser factible como causa productora de ausencia de conducta, dado que el actuar del sujeto bajo tal influjo es involuntario (333), y nosotros agregamos, que de tener lugar una acción libre en su causa, cuando el sujeto conoce tal posibilidad de ser hipnotizado para robar, y esto lo acepta, entonces, de llevarse a cabo el robo bajo tales circunstancias, el hipnotizado será también responsable del mismo a título de dolo.

En los actos reflejos, de igual manera, no existe la voluntad o coeficiente psicológico, necesario para la integración de la conducta, en virtud de que son solamente un producto de estímulo los fisiológicos en los que no interviene la conciencia del sujeto, pero sí, por otra parte, "... el sujeto puede controlarlos o retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito --- to ..." (334). En el robo tales actos no tienen aplicación alguna, nos dice F. Cárdenas (335), y con él estamos de acuerdo.

Finalmente, debemos avuntar, el sueño, sonambulismo, hipnotismo y los actos reflejos han sido considerados por algunos penalistas como causas supralegales de ausencia de conducta, por estimar, no están contenidos en ninguna norma legal; sin embargo, a partir del 23 de diciembre de 1985 tales hipótesis son recogidas por la fracción I del artículo 15 de nuestro Código Penal, que ya transcribimos, al aludir a la vis absoluta, concretamente, en las palabras "... actividad o inactividad involuntarias ..." Por otro lado, a pesar de que hay autores que quieren ver a tales causas, bien como eximentes de responsabilidad, bien como causas de inmutabilidad, nosotros preferimos este sitio en la conducta, por cuanto, ya hemos dicho, no es necesario buscar el fundamento de la inexistencia del delito en aquellos extremos, cuando es evidente la inexistencia de voluntad, que se da en las hipótesis anotadas, que trae consigo la inexistencia de la conducta.

(333) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Pág. 32

(334) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 164

(335) Cfr. Ob. Cit. Pág. 241

2.2 LA TIPICIDAD

Hemos dicho que el tipo deviene como una necesidad imperiosa proveniente del artículo 14 Constitucional, que consagra el -- principio de legalidad (véase primer capítulo). Ahora, añadimos, en la reglamentación de dicha disposición, nuestro Código Penal -- establece en su artículo 7o. al delito como "... el acto u omisión que sancionan las leyes penales ...", erigiendo de esta manera, legítimamente, a la tipicidad como un elemento más del delito.

La tipicidad, nos dice Soler, quien es citado por Pavón Vag concelos, es "... el encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal ..." (336); de tal manera, que no se puede confundir al tipo con la tipicidad, pues, en tanto que el primero no requiere para su existencia de la realización de una conducta concreta que lo abrace, ya que, recordemos, parece "vivir" llenando todos los momentos, como esperando pacientemente recenter a la -- subsecuente conducta delictiva que se llegue a perpetrar; la tipicidad, por otro lado, sí exige la concurrencia de una conducta -- concreta sobre la cual desplegar el juicio de subsunción que ella implica.

De este modo, la tipicidad como elemento imprescindible del delito, quedará integrada al tener acomodo perfecto la conducta -- en el tipo, y como ya hemos hecho una especial mención de este él tipo, para verificar la existencia de dicho elemento delictual en nuestro delito en estudio, en obvio de repeticiones, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo primero de este trabajo.

Todavía, antes de correr el punto, conviene anotar dos apreciaciones de la doctrina que dan cuenta de la importancia de la -- tipicidad, una, externada por Jiménez de Asúa, citado por Jiménez Huerta, en el sentido de que esta última es "... rigurosamente penal, porque sólo en este derecho funciona el tipo con carácter -- agotador, cosa que no ocurre en las demás ramas del Derecho, en -- materia civil o comercial, ya que puede invocarse la costumbre, -- la analogía, los principios generales del derecho, la equidad, --

(336) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. -- Pág. 277

etc., ..." (337), y otra, referida por Osorio y Nieto, en el sentido de que la misma posee "... el rango constitucional de garantía individual, por lo que podemos afirmar que ... tiene la función de principio de legalidad y seguridad jurídicas ..." (338).

2.3 LA ANTIJURIDICIDAD

En ocasiones una conducta típica encuentra un permiso en la ley para su cometimiento, es decir, lo que se conoce como causa de justificación, que excluye el carácter delictivo tanto de la conducta como de la tipicidad, y, a contrario sensu, cuando la conducta típica no está permitida o amparada por una causa de justificación, además de ser típica, será también contraria al orden jurídico, y tal característica, de contradicción con el orden jurídico, es lo que se conoce como antijuridicidad (339).

Reunidos los tres elementos del delito estudiados hasta ahora, es decir, la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad, integran lo que en doctrina se conoce como injusto penal, que aún no es delito, pero que puede llegar a ser cometido, por ejemplo, por un inimputable, que comete conductas antijurídicas aunque no culpables, este hecho, viene de relieve, a su vez, que la antijuridicidad deberá ser apreciada en forma independiente de la culpabilidad, y es refrendado por nuestro Derecho Positivo con el establecimiento de las llamadas medidas de tratamiento del inimputable contenidas en los artículos 67 y 68 del Código Penal, que tácticamente indican que el inimputable sólo comete injusto penal.

La antijuridicidad, expresión misma de un concepto negativo, con su anti, es entendida, de acuerdo con Pavón Vasconcelos, como "... un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas de Derecho ..." (340); o como lo expone Zaffaroni, es "... el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo (anti--

(337) Derecho Penal Mexicano. La Tipicidad. T. I, Ob. Cit. Pág. - 22

(338) Ob. Cit. Pág. 58

(339) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Págs. 339, 340, 341

(340) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. - Pág. 295

normatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos ..." (34I): o séase, que es un choque, contradicción o desacuerdo entre la conducta (acción u omisión voluntarias), o más ampliamente, el hecho (que engloba a la conducta, el resultado y el nexo causal) y las normas de Derecho (que están por encima y detrás de la ley, y que no deben confundirse con esta última, como lo quiere Zaffaroni), pero establecer esta discrepancia entre la conducta y la norma penal, supone un juicio de valoración, que puede ser objetivo o subjetivo, según la corriente doctrinal que se siga, examinemos esto.

La teoría de la antijuridicidad objetiva, sostiene, el fundamento de la antijuridicidad reside en la conducta o el hecho -- realizados, que es lo que daña al orden jurídico establecido, y -- no en la dirección de la voluntad del sujeto o en su imputabilidad, que sólo se utilizan para delimitar su responsabilidad; así por ejemplo, no podrá desvanecerse lo antijurídico del hecho del homicidio, aduciendo que su autor fué un infante o un enajenado, pues el matiz antijurídico, en este caso, existe.

La teoría subjetiva de la antijuridicidad, por otro lado, -- propugna que la esencia de lo antijurídico no reside únicamente -- en la oposición que objetivamente representa la conducta en relación con el orden jurídico, sino, además, en los rasgos subjetivos del sujeto, que son: su peculiar intención y su inmutabilidad; aunque este modo de presentar las cosas, por otra parte, se estima, equivale a fundir, en un sólo concepto, los elementos antijuridicidad y culpabilidad, dado que, si para el establecimiento de lo antijurídico es necesario tener en cuenta la inmutabilidad y culpabilidad del autor de la conducta, faltando estos rasgos subjetivos, lo antijurídico no existirá, y asimismo, de acuerdo con este criterio, los únicos sujetos destinatarios de la norma son los incapaces, porque son los únicos susceptibles de calificación antijurídica, pero de aceptar esto, entonces también tendremos que aceptar que dentro de este grupo, que queda fuera del mandato legal, están, además, aquellos otros que han actuado con ignorancia de la ley, o por error.

Por nuestra parte, consideramos aceptable únicamente a la --

teoría objetiva de la antijuridicidad, por virtud de que, por --- principio de cuentas, en la subjetiva, por contra, se incurre en el error de confundir a la antijuridicidad y a la culpabilidad como si se tratase de un sólo elemento, sin tomarse en cuenta que ambos elementos del delito poseen peculiares y propias características que los distinguen entre sí, y, por otro lado, porque pretende excluir del Derecho a los incapaces como sujetos productores de actos antijurídicos, negándole con ello el carácter absoluto de valor que el mismo tiene, que le hace tener validez frente a todos, y olvidándose, de paso, que la misma ley, al prescribir medidas de seguridad para el incapaz cuya conducta ha lesionado un interés protegido por la norma, a puesto en evidencia a ese razonamiento subjetivista, estableciendo la posibilidad de la producción de una antijuridicidad inculpable. Al estudiar este tema Raúl Zaffaroni, y preguntarse sobre si es objetiva la característica de antijuridicidad que presenta el injusto, con su peculiar brillante forma de razonar expone, que "... si por 'objetiva' se entiende que se trata de una desvaloración de la conducta que hace la ley o el orden jurídico y que el juez traduce mediante un juicio fáctico, comprobando si los extremos que exige el orden jurídico para considerar antijurídica a una conducta se han dado en el caso concreto, muestra respuesta será afirmativa, o por lo menos intentaremos siempre que la antijuridicidad sea lo más 'objetiva' posible en este sentido, como meta ideal de la seguridad jurídica. Pero esta 'objetividad' no pasa de ser la sustracción de la antijuridicidad del campo de la arbitrariedad subjetiva. En este sentido la meta general de la dogmática --consistente en hacer lo más previsible posible las resoluciones judiciales-- intenta --dar 'objetividad' tanto a la antijuridicidad como a cualesquier otro carácter del delito ..." (342).

La antijuridicidad suele ser dividida también en formal y material, según la teoría dualista de Franz Von Liszt. Es considerada material, nos dice este autor, quien es citado por Pavón Vag concelos, sólo por cuanto "... resulta contraria a la sociedad --(antisocial) ..." (343); o séase, que sólo se tiene en cuenta la dañosidad social de la conducta para su calificación de contraria

(342) Ibidem. Pág. 515

(343) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. -- Pág. 301

a Derecho, por eso, Villalobos escribe, considerando esto último, que tal tipo de antijuridicidad "... consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el sólo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales ..." (344). La antijuridicidad formal, por otro lado, es desprendida por el juicio de valoración tomando en cuenta solamente a la transgresión de la norma que la conducta realiza, esto es, tomando en cuenta la sólo oposición a la ley, por lo que, para que una conducta sea contraria a Derecho, basta que infrinja el mandato o la prohibición contenida en la ley, sin apelar al daño social.

Ahora bien, estas dos corrientes que tuvieron su origen a principios de nuestro siglo, son en realidad tributarias del positivismo imperante en aquel tiempo, sólo que, en tanto que una, la material, viene a ser un concepto sociológico, con su exclusiva consideración de la dañosidad social, la otra, es decir la formal, por oposición a esta primera, posee un matiz formalista, por considerar en único término a la ley. En cuanto al criterio material, se debe decir, si la antijuridicidad es reconocible como algo socialmente dañoso, fuera o independiente de la ley, entonces será posible extenderla más allá de ésta última. De hecho, en un tiempo, así fué como surgieron, primero, las llamadas causas de justificación "supralegales", y después, directamente un injusto "supralegal". Así, vemos, en Alemania fué que se dió el caso de la construcción de un estado de necesidad justificante, dadas las carencias de su código penal de 1871, y, más tarde, no precisamente en este país, pero sí con ocasión esencialmente del mismo, se planteó, en términos por demás dramáticos el injusto "supralegal", cuando se trató de juzgar a los jueces del nacionalsocialismo y, en general, a quienes alegaban la obediencia debida; sin embargo, la magnitud de los crímenes cometidos contra la humanidad, hacía insostenible el punto de vista formal de lo antijurídico, reverdecido entonces los ecos del concepto material. Hoy en día, superadas aquellas dramáticas circunstancias en que la cuestión se planteó, el orden jurídico nacional e internacional contiene soluciones prácticamente para todos los planteamientos, evitándose así la construcción de figuras "supralegales" que possibilitan la arbitrariedad en la impartición de justicia. Este concep

to material, que es evidentemente bastante manejable, iluminó también, en otra época, al fascismo, y en la actualidad es manejado en la Unión Soviética, donde se entiende que una conducta sólo es antijurídica si constituye un peligro para la sociedad socialista (345).

Nuestra posición, desde luego, es de aceptación de la antijuridicidad formal y de la consecuente negación de la material, - nosotros creemos y pugnamos porque la determinación de lo antijurídico en el caso concreto no tenga otro fundamento que la ley, - que es un ente definitivamente más confiable.

La antijuridicidad material y formal, sin embargo, no pueden existir en forma independiente una de la otra, pues en la elaboración del tipo indudablemente que está presente la valoración de la gravedad del daño infligido a un bien jurídico determinado, y una vez puesto en vigor para regular no se independiza de aquella, sino que la llevará siempre en forma objetiva como su contenido propio.

Aspecto negativo de la antijuridicidad

Puede suceder que una conducta típica esté en aparente oposición al Derecho, y sin embargo, no sea antijurídica por existir una causa legal que la justifique. De esta manera, las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad, y asimismo, nuestro Código Penal las agrupa al lado de otras causas de naturaleza diversa que impiden también la configuración del delito, todas bajo la denominación de circunstancias excluyentes de responsabilidad.

Dado el carácter objetivo de la antijuridicidad, por estar referida al hecho y ser impersonal, como hemos visto, las justificantes aprovechan a todos los coparticipes, y, por otro lado, en vista de su doble carácter formal y material, las justificantes - deberán estar expresamente indicadas en la ley, pues sólo de ésta podrán desprenderse. De consiguiente, al estar la conducta apegada al orden jurídico, no podrá exigirse ni responsabilidad penal, ni reparación civil a los sujetos autores, por no ofenderse o -

(345) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Págs. 513, 514

lesionarse intereses o bienes ajenos.

Estas causas de justificación son: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho e impedimento legítimo, pasemos enseguida a hacer un sucinto estudio sobre las mismas, verificando en cada caso su posibilidad de aparición en nuestro delito en estudio.

a). Legítima defensa

En relación a esta justificante se han elaborado numerosas definiciones en la doctrina, pero nosotros sólo haremos mención a la que nos ofrece Pavón Vasconcelos, por estimar, todas guardan similitud; así, este autor, enseña, la legítima defensa es ----- "... la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados para el Derecho ..." (346), y por lo que respecta a nuestra ley penal, es en la fracción III de su artículo 15 - donde se consagra una definición sobre la misma en los siguientes términos, se dice que lo es "... Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente o inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende ..."

Por lo que hace al tema del fundamento de la legítima defensa la doctrina no mantiene unidad de criterio, pues, mientras que para los seguidores de la Escuela Clásica la legítima defensa viene a ser una defensa privada subsidiaria de la pública, que se torna lícita y justa en un momento en que el auxilio del Estado - pudiera no presentarse con la oportunidad requerida; para los seguidores de la Escuela Positiva, por otra parte, la legítima defensa, más bien, reside en el ejercicio de un derecho de repeler una agresión, que - a su vez - descansa en la antisocialidad del sujeto atacante que con su conducta pone de manifiesto su temeridad, y asimismo, en la falta de peligrosidad de quien se defiende; siendo, por tanto, el interés del agredido de conservar el derecho amenazado también el de la sociedad, dado que el del atacante

(346) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. - Pág. 315

ta está -precisamente- contra ella.

Para Villalobos la legítima defensa se funda en la preponderancia de intereses, pero no meramente individuales, sino frente al interés público, "... en virtud de que para el Estado existe una preponderancia indiscutible para mantener incólumes los derechos y bienes jurídicos integrantes del orden social, sobre la posibilidad de que se cause daño al agresor de esos derechos y, por tanto, trastornador del orden público, de la paz pública y de -- cuanto constituye la médula, el fin y la razón de ser del propio Estado, con el propósito de paralizar su ataque ..." (347)

Por lo que a nosotros toca, nos adherimos a quienes ven en esta repulsa la fundamentación subsidiaria de la legítima defensa, pues consideramos más acertado pensar, que más que una pugna de intereses, ya individuales, o bien, con el Estado, la defensa privada es legítima o lícita, sólo por cuanto no se tenga a la mano otro medio jurídico con el cual proveer la defensa de los citados bienes: o dicho con otras palabras: es más certero pensar en la necesidad del acto para fundamentarlo como lícito, que en las supuestas características de peligrosidad que el sujeto agresor revela con su conducta, las cuales en última instancia no --- constituyen, por sí mismas, conducta, es decir, materia regulable por el Derecho.

Por otro lado, nos dice Zaffaroni, "... el problema más complejo de la legítima defensa no es su naturaleza, sino su fundamento ..." (348), ya que este último, como hemos visto, no es mantenido con unidad de criterio, pero en cuanto a la naturaleza de la misma, por otra parte, vemos que es unánime el parecer en el sentido de considerarla como justificante. Hegel para explicar esta naturaleza razonaba diciendo, que "... si la agresión injusta es la negación del Derecho, la defensa legítima es la negación de esa negación y, por lo tanto, la afirmación del Derecho ..." (349)

Una vez asentado lo anterior, debemos pasar al estudio de -

(347) Ob. Cit. Pág. 381

(348) Ob. Cit. Pág. 521

(349) Citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 190

Los elementos constitutivos de la legítima defensa, los cuales podemos desprender de las definiciones en un principio apuntadas sobre la misma, estos elementos son: a) una agresión real, actual o inminente y sin derecho; b) repulsa de dicha agresión; c) una defensa de bienes jurídicos propios o ajenos; d) que haya una necesidad racional de la conducta de defensa; y e) que no haya habido provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Entrando particularmente al estudio de los mismos, vemos, - en primer término se precisa de una agresión para el establecimiento de la legítima defensa, es decir, como sostiene la Corte, que "... Para los efectos justificativos de la exculpante de legítima defensa, por agresión se entiende el movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia -- por parte de quien la rechaza ..." (350), nótese que nuestro máximo tribunal no habla de una mera amenaza, sino de un movimiento corporal, que nos sugiere cuando menos un inicio de ataque, por lo que, dicho sea de paso, no es posible hablar de violencia moral, como lo hace González de la Vega (351). Dicha agresión, además, para dar nacimiento a la justificante, debe ser real, entendiéndose por tal, que no debe existir solamente en la mente del agresor, o bien, del agredido como una conjetura imaginaria, sino que debe provenir de efectivos actos externos del atacante, que además, ocasionen un verdadero estado de peligro o lesión; pero, además de real, la agresión debe ser actual o inminente de acuerdo con nuestra ley, es decir, que suceda en el presente o que esté próxima a suceder; de acuerdo con lo cual, no será legítima, - ni defensa, entonces, aquella repulsa llevada a cabo contra una agresión pasada y que ya se haya consumado, en tal caso, estaremos, más bien, frente a una venganza privada no aceptada en nuestro sistema legal; ni tampoco se integrará la citada justificante, cuando la defensa fuere contra actos futuros, ya que, en tal caso, podría preverse el ataque y prepararse una no tan premurosa defensa con el auxilio de la autoridad o eludiendo el mismo ataque. Por cuanto a la característica de inmediatez, que, como -

(350) Citada por González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado. Ob. Cit. Pág. 87

(351) Cfr. Idem.

ya apuntamos, significa que esté próxima a suceder, nos parece -- adecuado traer aquí las palabras de Eugenio Zaffaroni, a fin de -- detallar un poco más este punto: "... Este requisito (de que la -- agresión sea inminente, nos dice), es coherente si por tal se en- -- tiende que el agresor puede llevarla a cabo cuando quiera, porque -- es inequívoca su voluntad de hacerlo si ya tiene aprestados los -- medios para ello, pero no debe ser entendida en el mero sentido -- de inmediatez temporal. Así, quien nos apunta con una pistola y -- nos mantiene contra un muro, no sabemos en que momento va a dispa -- rar, pero sin que nos diga nada sabemos cuáles son sus intencio -- nes y estamos a su merced. No se cambia la situación por el hecho -- de que vaya a demorar cinco segundos o cinco horas en dispa ---- rar ..." (352). Luego, la inmediatez en la agresión debe medirse -- o está en las maniobras externas realizadas por el agresor, y no -- en ver que pasa con su mente, por lo que, la legítima defensa no -- operará contra las puras amenazas respecto de un mal futuro; aun -- que, quedaría por resolver si puede estructurarse como agresión -- la amenaza de un mal inmediato: "si no realizas tal conducta, en -- este mismo momento te liquido", en nuestro concepto, siguiendo a -- Zaffaroni, la violencia moral, en este caso, caracterizada por la -- amenaza de un mal inmediato, viene a ser una forma de aprestar -- los medios para el ataque, y por ello, el requisito de inmediatez -- se integra. Siguiendo con el examen de la agresión, vemos, se pre -- cisa que la misma sea sin derecho, queriéndose decir con ello que -- la agresión no tiene justificativo de ninguna naturaleza ni apoyo -- en ninguna ley, y que se dá, más bien, en oposición a las normas -- objetivas de valoración establecidas por el Estado a través de su -- órgano legislativo, lo cual, por contra, dá a su vez, legitimidad -- a la reacción defensiva.

Por otro lado, la defensa, precisa nuestro código, puede -- ser propia o de terceros, sin que en este último caso (cuando son -- ajenos) sea necesario un lazo de parentesco entre el agredido y -- quien lo defiende por no requerirlo así la ley, sobre este requi -- sito de que el bien defendido sea propio, en doctrina se ha esti -- mado que prácticamente todo bien es legítimamente defendible, aún -- cuando no se halle penalmente tutelado; de tal suerte, que, como -- bien indica Zaffaroni, podrá defenderse legítimamente hasta el de -- recho de preferencia en el estacionamiento, atravesando el propio

vehículo en forma que impida estacionar a otro, o bien, podrá defenderse hasta el derecho a descansar sin ruidos contra el borracho bullanguero, arrojándole un baldazo de agua (353).

Que exista necesidad racional de la defensa empleada, exige la fracción citada de nuestro Código Penal, debiéndose entender -- por necesaria, cuando "... el sujeto no haya estado obligado a -- realizar otra conducta menos lesiva o inócua en lugar de la conducta típica ..." (354). De ahí, que deba tenerse en cuenta la -- circunstancia de que el sujeto agredido no haya contado, en el momento mismo de estarse verificando la agresión, con la posibilidad del empleo de otro medio para repeler la agresión; así, por ejemplo, no será necesaria la conducta de quien para defenderse -- de una agresión a golpes responde con una ametralladora, habiendo podido, en vez de ello, responder de la misma manera, a golpes; e igualmente, estas observaciones son válidas en el empleo de medios mecánicos de defensa, como, por citar uno de ellos, el caso de la electrificación con alto voltaje de un alambrado para evitar que hurten flores, lo que desde luego no es necesario, pues con el simple alambrado es suficiente para proteger. Además de necesaria, la revulsa, por otro lado, deberá ser racional, entendiéndose por tal racionalidad, la no aparición de una desproporción manifiesta entre la conducta defensiva y la del agresor, en forma -- que la primera cause un mal inmensamente superior al que hubiese producido la agresión (355). De lo anterior, inferimos, estas características pueden aparecer, en un momento, en forma singular, independientes una de la otra, como en el caso del empleo de una escopeta para evitar que un niño se apodere de una manzana, que -- si bien podría ser necesario en el caso de que el propietario fuera un paralítico y la escopeta fuese el único medio que tuviese -- al alcance de su mano, es a todas luces irracional por propiciar la acción de defensa un mal inmensamente mayor al que hubiere producido la conducta de agresión; así, pues, podrá ser necesaria, -- por no existir otro medio a la mano, pero no racional por exceder, y con mucho, a los propios extremos de daño que hubiera dejado el atacante. De esta manera, la defensa será legítima cuando, además de reunir los elementos ya apuntados en los párrafos prece-

(353) Cfr. Ibídem. Pág. 533

(354) Ibídem. Pág. 528

(355) Cfr. Ibídem. Pág. 529

dentés, presente también los de necesidad y racionalidad, pero si faltare alguno de estos dos últimos elementos citados, se estará frente al llamado exceso en la legítima defensa, el cual, de ---- acuerdo con nuestro Código Penal (art. 16), trae aparejada una -- sanción para quien emplee tal defensa, equivalente a la contraída en los delitos por imprudencia.

Finalmente, nuestra ley establece como requisito para la integración de la justificante, que no haya mediado provocación suficiente o inmediata por parte del agredido o de la persona a --- quien se defiende, desprendiéndose de tales palabras, primero: -- que la provocación es anterior a la agresión, dada su inmediatez, y segundo: que se encuentra suficientemente desvalorada por el de recho, al grado tal de hacer cesar el carácter antijurídico en la agresión que sobrevendrá como consecuencia, por parte de quien -- así ha provocado.

Todavía, antes de cerrar este punto, hemos de aludir a la - presunción iuris tantum de legítima defensa que registra nuestro Código Penal en su artículo 15 fracción III, al menos de una manera enunciativa, como lo hace nuestro propio código cuando precisa, que "... Se presume que concurren los requisitos de 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 le encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una --- agresión ..."

Por lo que hace al delito de robo, observamos, autores como Porte Petit (356) y F. Cárdenas (357), coinciden en estimar, no - puede entender tal defensa a aquel delito, por cuanto los elementos de una y otra figura no se alcanzan a fundir en su totalidad, pues, a pesar de que pudieran concordar los elementos materiales de ambas, quedarían, sin embargo, discrepantes los subjetivos, ya

(356) Cfr. Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 93

(357) Cfr. Ob. Cit. Pág. 243

que, en tanto que en el robo se tiene el ánimo de dominio, o de ejercer un poder de hecho sobre la cosa para hacerla entrar al patrimonio del sujeto activo, en la defensa legítima, por otro lado, se tiene el ánimo únicamente de rebelar una agresión, y, por ende, se asevera, la legítima defensa no encuadra en el tipo de robo por faltarle el elemento subjetivo requerido por el mismo: en ello nosotros estamos de acuerdo, aun cuando, por otro lado, notamos, Pavón Vasconcelos (358) disiente de este parecer, y opina, el robo puede asumir la forma de legítima defensa.

b). Estado de necesidad

En torno al mismo se han elaborado numerosas definiciones - en la doctrina, pero nosotros sólo anotaremos las que nos ofrece Pavón Vasconcelos, en el sentido de que tal figura se caracteriza "... por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares, es una situación de peligro cierto y grave cuya sujeción, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio de intereses ajenos como único medio de salvaguardar el propio ..." (359)

Nuestro Código Penal, por su parte, lo refiere en la fracción IV de su artículo 15, en los siguientes términos: "... Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal ... IV. Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia del agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance ..."

La naturaleza jurídica del estado de necesidad, nos explica Castellanos Tena, se obtiene de distinguir si los bienes en conflicto son de igual o de diferente valor, ya que si el bien sacrificado es de menor entidad que el amenazado, estaremos frente a una causa de justificación; más si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, exceptuándose esto

(358) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Pág. 49

(359) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. - Pág. 327

cuando concurre alguna otra causa de justificación. Pero si los bienes son equivalentes, la antijuridicidad se configura, pero el delito podrá no llegar a conformarse, por la presencia de una causa de inculpabilidad, o bien, aún conformado, podrá no aplicarse la pena, por la presencia de una excusa absolutoria (360).

Por cuanto a la fundamentación de la justificante, observamos, se han dado toda una gama de opiniones, dentro de las cuales, nosotros, si hemos de adherirnos a alguna en particular, preferimos hacerlo, junto con Castellanos (361) y Pavón Vasconcelos (362), en el criterio del valor preponderante que dentro de la jerarquía de los bienes que se encuentran en conflicto, tiene el salvado respecto del sacrificado.

En la integración de esta figura, por otro lado, concurren los siguientes elementos: a) un peligro real, actual o inminente; b) que dicho peligro recaiga sobre la persona o bienes propios o de otro, es decir, prácticamente "... sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno) ..." (363); c) que se de un ataque que lesione o destruya el bien jurídico considerado de menor valor, por parte de quien se encuentra en estado de necesidad; d) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial; y e) que el peligro no haya sido ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia del agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar.

Ahora bien, respecto de estos elementos conviene subrayar algunas breves consideraciones: en primer lugar, cabe decir que ciertamente algunos vocablos como real, actual o inminente suelen ser interpretados atribuyéndoles el mismo significado que se emplea en la legítima defensa, sólo que claro referidos a una situación de peligro entre dos bienes, en el que la sobrevivencia de uno, a menester del sacrificio del otro, y no a una agresión injusta; e, igualmente, podemos decir, sobre el segundo de los requisitos apuntados, que habla de que el objeto de esta justifican

(360) Cfr. Ob. Cit. Pág. 204

(361) Idem.

(362) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Págs. 48 - 50

(363) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 206

te lo puede ser cualquier bien, propio o ajeno. El requisito de actualidad anotado, por otro lado, debemos decir, fué incorporado por el legislador en diciembre de 1985, así como los dos últimos precisados en el último inciso de nuestro desgloce, que se refieren, por una parte, a que el peligro no fuere producido por dolo ni por grave imprudencia, aseverándose en doctrina a propósito de este punto, que, a contrario sentido, cuando esa imprudencia no se diera con carácter de grave, el estado de necesidad tendrá opre- encia; y asimismo, fué incluido en la redacción del artículo 15 en esa fecha, el requisito de que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontar el peligro, más en cuanto al mismo, se hace hincapié en doctrina, que "... el deber de afrontar el peligro, no puede estinarse absoluto, encontrando su límite allí donde, la imposibilidad del ejercicio del deber impuesto, hace del todo inútil el propio sacrificio, pues aun los peligros obligatorios, como lo pone de manifiesto Villalobos, 'deben sufrirse dentro de límites razonablemente humanos' ..." (364). Finalmente, en cuanto al requisito precisado en el inciso d, es menester señalar, como se hace en doctrina, que el mismo resulta redundante, por cuanto a que la frase "que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para suberar el daño", ya se encuentra implícita en la redacción del citado precepto cuando se menciona que se obra "por necesidad", pues, entiendese que "... existe necesidad, cuando -- hay inevitabilidad y esto 'significa (a su vez) imposibilidad de evitar el peligro de otro modo que cometiendo el hecho' ..." (365). Todavía, de la redacción del artículo aludido, observamos, por otro lado, se exige un ánimo de conservación por parte del sujeto que se encuentra bajo el mencionado estado de necesidad.

En el robo específicamente, vemos, aparece una figura atemada conocida como robo de famélico o de indigente, que encuadra dentro de la fórmula general del estado de necesidad contenida en la mencionada fracción IV del artículo 15; empero, que también es recogida, de manera un tanto redundante en el artículo 379 del mismo ordenamiento, en el tenor siguiente: "... No se castigará --

(364) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 333

(365) Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 546

al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere una s^g la vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento ..."

Jiménez Huerta opina al respecto, que "... la situación que describe el artículo 379 es una de las más clásicas que el estado de necesidad puede presentar, y no hay, por tanto, razón alguna técnica para reglamentar específicamente una situación que enraiza en la fracción IV del artículo 15 ..." (366), y Porte Petit se f^gala que por ello, "... nos encontramos ante un caso de concurrencia de normas incompatibles entre sí; general una: fracción IV -- del artículo 15, y especial, la otra: 379, aplicándose esta última, de acuerdo al principio de especialidad ..." (367)

De hecho, para la mayoría de los autores en la materia, y con ellos también para nosotros, la naturaleza del robo de familiar es la de ser causa de justificación, y esto, en vista de que en el mismo coinciden los elementos fundadores del estado de necesidad, es decir, una colisión de intereses de desigual valor (la vida y el matrimonio) en el que uno, el de menor valor, tiene que ser suprimido o lesionado para la sobrevivencia del otro. En nuestro medio, se debe decir, existe pluralidad de criterio en cuanto a la determinación de la naturaleza del robo necesario, y tal distinción, lejos de ser ociosa, antes bien, posee una importancia práctica, toda vez de que, si se admitiera que se trata de una justificante, como esta última es objetiva e impersonal como hemos visto, aprovecharía a todos los que de algún modo hubiesen participado; en tanto que si se le prefiriera ver como excusa absoluta, entonces únicamente se vería favorecida la persona que se encontrara dentro de la hipótesis típica correspondiente, en vista del carácter personalísimo de la excusa

Todavía antes de cerrar este punto, nos parece conveniente hacer alusión a dos cuestiones importantes que se destacan en la descripción que del mismo hace nuestro código: en primer lugar, que pueden tener cabida las conductas aún de personas acomodadas, con tal de que experimenten la necesidad: y en segundo término, -

(366) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. --- T. IV, Ob. Cit. Pág. 99

(367) Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 97

que el mismo se extiende más allá de la necesidad de la mera alimentación, para abarcar también a las necesidades "personales y familiares del momento" como lo indica textualmente nuestro Código Penal.

c). y d). Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho

La fracción V del artículo 15 de nuestro Código Penal incluye a estas justificantes como excluyentes de responsabilidad al indicar textualmente, que "... Art. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: ... V. Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley ..."

Dentro de la hipótesis de cumplimiento de un deber jurídico, podemos citar los casos que suelen ser más referidos en doctrina, y que desde luego tienen su fundamento en la ley, de la detención ejecutada por un agente de la autoridad en cumplimiento de una orden de aprehensión; y el del actuario que para el aseguramiento del cumplimiento de una obligación dada, se constituye en el domicilio del deudor para secuestrar algún bien que sirva de garantía a tal cumplimiento; o bien, el del 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.

De la misma fracción V del artículo antes citado, obtenemos también que quien actúa en ejercicio de un derecho consignado en la ley, igualmente, no comete delito, más debemos decir que siempre que ese derecho provenga: a) del reconocimiento hecho por la ley, debiéndose determinar en este punto, si el ejercicio del derecho reconocido en la ley debe siempre subeditarse a los procedimientos legales o si es posible ejercerse mediante el empleo de vías de hecho, a lo cual, a falta de reglamentación expresa, en doctrina se da la opinión mayoritaria en el sentido de rechazar las vías de hecho; asimismo, el derecho de que hablamos deberá provenir: b) de una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente, dado que, por contra, la autorización concedida extra o contra legem no hace a la conducta conforme a derecho. De esta manera, la facultad o autorización concedida deberá reunir los siguientes requisitos: 1o. provenir de una autoridad, 2o. que ésta actúe dentro del marco de su competencia,

y 3o. que la autorización reúna los requisitos legales (368). Dentro de esta figura, y por cuanto al robo se refiere, en doctrina se citan los casos, también abegados a la ley, del padre que, en ejercicio de su derecho de patria potestad le quita al hijo un libro peligroso para su salud mental; y el del director de una escuela que, en ejercicio de su autoridad, hace lo mismo con su --- alumno.

Sobre estos casos anotados, observamos, nuevamente encontramos opiniones dispares, pues, en tanto que Jiménez Muerta (369), estima, si pueden operar como causas impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad en el robo ambas excluyentes de responsabilidad, Porte Petit, opina, esto no puede ser, por cuanto a que, tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio de un derecho, autoridad o cargo "... suponen en el agente una finalidad muy distinta a la de desahoderar al dueño de su cosa y a la de apoderarse de ésta ... -por lo que, en todos los casos que citamos, en donde pudiera la actitud materialmente coincidir con la figura de robo- 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 ..." (370); de tal manera, que no es congruente referir estas causas de justificación en el robo, toda vez de que, aun cuando las conductas subsumibles en unas y en el otro pudieran coincidir en la materialidad de los actos realizados, ideológicamente poseen una diferencia notable, lo cual nos hace caer en la cuenta de que más que aplicar estas justificantes al robo, se estaría haciendo en relación a un acto de secuestro o de privación de la cosa.

e). Impedimento legítimo

Esta justificante se encuentra prevista en la fracción VIII del artículo 15 de nuestro Código Penal, que la ubica como excluyente de responsabilidad, describiéndola como el "... Contravenir lo dispuesto en una ley venal dejando de hacer lo que manda, por

(368) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Págs. 343 - 346

(369) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio T. IV, Ob. Cit. Pág. 62

(370) Robo Simple. Ob. Cit. Págs. 90, 91

un impedimento legítimo ..." De donde, observamos, la conducta -- descrita entraña siempre una omisión, es decir, tan sólo contempla una de las formas de la conducta, que es la omisión, lo cual, a su vez, nos permite concluir en la inoperancia de esta justificante en el robo, por tratarse éste último, como ya hemos visto, en orden a la conducta, de un delito de acción por oposición a -- que pudiera ser cometido por omisión.

2.4 LA CULPABILIDAD

La culpabilidad como el tercero de los caracteres específicos del delito (recordando que el genérico lo es la conducta), se obtiene precisamente en ese lugar de la consideración de que la conducta típica y antijurídica, llamada injusto penal, llega a -- ser delito hasta el momento en que se verifique una condición -- más, a saber: que se relacione psíquicamente a la conducta con el resultado, y que se establezca un reproche a su autor.

Pero esto lleva como presupuesto que el hecho sea producto de una elección racional, esto es, que la actividad desplegada -- sea proveniente de un sujeto capaz de entender la ilicitud de sus actos, y que los quiera realizar, a esta capacidad del sujeto a -- la que algunos autores, especialmente psicólogos, ven como presupuesto de la culpabilidad, se le conoce como imputabilidad.

La imputabilidad

El fundamento sobre el que descansa esta característica es visto desde diferentes ángulos, pues, en tanto que para la Escuela Clásica: a) el cimiento sobre el que descansa la imputabilidad reside en el libre albedrío y en la responsabilidad moral, y con esto, b) se estima a la libertad como un atributo indispensable -- para la existencia de la voluntad, c) distinguiéndose, por ende, entre imputables e inimputables, en donde sólo podrá responsabilizarse a los primeros por ser aquellos cuyos actos han nacido -- precisamente de su libre albedrío y de su responsabilidad moral. Para la Escuela Positivista, por otro lado, a) el hombre no tiene -- libre capacidad de elección, pues su conducta hallase determinada por diferentes factores. De aquí que se base a la consideración -- de que b) el hombre es responsable social y no moralmente, pues lo que cuenta es el daño infligido a la sociedad; de tal manera, que c) imputables e inimputables deben responder por igual del he

cho ejecutado y contrario a Derecho.

Nuestro Código Penal vigente, notamos, es ecléctico al respecto, pues en su formulario establece ideas o conceptos que corresponden a ambas corrientes; de modo que, mientras que en su artículo 15 fracción II excluye de toda responsabilidad a quien al ejecutar el hecho actúe bajo un "... trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente ..."; con lo que, cogemos, se recogen las ideas de la Escuela Clásica que hemos anotado, ya que una persona afectada según la descripción del precepto aludido, evidentemente que carece de libre albedrío, no tiene capacidad para elegir, y, por ende, opera en él la distinción como inimputable, y como tal, por otro lado, siguiendo el mismo hilo de razonamiento, no se hace acreedor a sanción ni pena alguna, según se desprende del mismo artículo transcrito. No obstante, opuesto a este criterio, adherido, antes bien, al del determinismo propugnado por los positivistas, vemos que en los artículos 67, 68 y 69 se establecen para los inimputables enfermos mentales, con carácter más o menos permanente, por ser "socialmente" responsables de algún hecho cometido, no penas, sino medidas de seguridad, que podrán ser llevadas a cabo en internamiento o en libertad según lo considere el juez, tales medidas, de acuerdo con el determinismo, tienen el fin de proteger a la sociedad de la peligrosidad demostrada por tales individuos.

Con la inmutabilidad, por otra parte, quiere designarse generalmente a la capacidad psíquica de culpabilidad, esto es, como lo expresa Eugenio Zaffaroni, "... la inmutabilidad es la capacidad psíquica de ser sujeto de reproche, compuesta de la capacidad de comprender la antijuridicidad de la conducta y de la de adecuar la misma a esa comprensión ..." (371); es decir, como en la culpabilidad quedan incluidos tanto el conocimiento como la voluntad, o séase, el conocer y el querer, la inmutabilidad, como presupuesto de aquella, por cuanto a que es capacidad de culpabilidad, viene a darle posibilidad al ejercicio de esas facultades. De esta manera, la inmutabilidad viene a ser una mera aptitud, un

(371) Ob. Cit. Pág. 568

requisito previo de la misma, y no un elemento más del delito, como lo consideran algunos autores; en pocas palabras, de acuerdo con Castellanos Tena, podemos definirla como "... la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho penal ... -añadiendo- 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 ..." (372). De lo cual, observamos, este concepto de Castellanos también se encuentra ubicado, como el anterior de Zaffaroni, en el criterio de la libertad del sujeto para elegir, por cuanto a que, en ambos, se atiende a la capacidad del autor del hecho, - en vez de al daño causado a la sociedad o a la peligrosidad que - con ello revela; pero, además, se observa, en tal concepto, el sujeto imputable debe tener un mínimo de salud mental, es decir, debe poseer un mínimo de facultades mentales propias del ser común, y también se precisa de un desarrollo mental determinado, lo cual se traduce, creemos, en el requisito de una edad mínima que exige la misma ley para considerar a un sujeto portador del juicio necesario para conocer la ilicitud de sus actos.

La inimputabilidad y las causas que la originan

Ahora bien, pueden aparecer causas "... capaces de amular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto (decimos) carece de aptitud psicológica para la delictuosidad ..." (373), tales causas, de acuerdo con nuestra ley y doctrina, son: la minoría de edad, el trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, el miedo grave (que es especie del trastorno mental transitorio, y que está señalado específicamente en la ley) y la sordomudez (que es otra especie del trastorno mental, que ya no se señala específicamente en la ley), pasemos a estudiarlas enseguida con la brevedad necesaria.

a). Minoría de edad

Los menores de 18 años son considerados inimputables por la ley, y, por esto mismo, cuando cometan conductas típicas y contrarias a Derecho no se conformaran los delitos respectivos; aunque,

(372) Ob. Cit. Pág. 218

(373) Idem. Pág. 223

por otro lado, desde un punto de vista meramente lógico, una persona menor de esa edad puede ser poseedor de un adecuado desarrollo mental, y la ley, en ese caso, lo considera incapaz, por estimarlo materia moldeable y susceptible de corrección (374).

Actualmente, por otro lado, los menores han quedado fuera de la aplicación de las normas venales, pues el artículo II9 y de más relativos del Código Penal, que antaño se referían a los mismos, fueron derogados en enero de 1984; más a pesar de ello, los menores de dicha edad siguen siendo inimputables, y estando excluidos de la aplicación de las sanciones establecidas en el ordenamiento penal, se les aplica lo conducente a la ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores, misma que, a su vez, señala las medidas tutelares aplicables, las cuales podrán consistir en internamiento en alguna institución o en la integración a un hogar sustituto, o bien, en libertad o liberación vigilada, según los artículos 61 a 64 de dicha ley.

b). Trastorno mental o desarrollo intelectual retardado

Esta causa de inimputabilidad la hallamos contemplada en la fracción II del artículo 15 del Código Penal, que decreta: -----
"... Art. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: ... II. Padecer el inculpaado, al cometer la infracción, -- trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente ..." De donde, inferimos, esta causa de inimputabilidad se concretiza, cuando al cometer la infracción el sujeto es poseedor de un trastorno mental o de desarrollo intelectual retardado que le impida comprender la antijuridicidad de su conducta. Ambas expresiones (trastorno mental y desarrollo intelectual retardado), apunta Pavón Vasconcelos, "... por su latitud abarcan, la primera toda clase de trastornos mentales transitorios, en tanto la segunda comprende los casos en que, si bien no existe propiamente un -- trastorno, el sujeto por su desarrollo intelectual retardado o incompleto no se encuentra en posibilidad de comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión co-

(374) Cfr. *Ibidem*.

mo sucede tratándose de los ciegos y sordomudos ..." (375). Esta redacción, debemos decir, tiene vigencia a partir de una reforma llevada a cabo en enero de 1984, con ella, se amplía la comprensión de las variadas hipótesis que pudieran suscitarse, que al afectar las facultades mentales superiores dan lugar a la inexistencia del delito, dentro de ellas, encontramos las neuropatías, neurrosis, oligofrenias e incluso los trastornos provocados por estados tóxicos agudos, sustancias tóxicas o cualquier otro que imposibilite la capacidad del individuo de valorar la antijuridicidad de su conducta (mismos a los que no podremos referirnos con mayor amplitud porque ello implicaría rebasar los límites estrechos de este trabajo).

Ahora bien, si el sujeto actúa bajo un trastorno mental, o bien, padeciendo desarrollo intelectual retardado, y su conducta encuadra en alguno de los tipos legales del Código Penal, el juez, de acuerdo con el artículo 67 del mismo ordenamiento, "... dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente ...", aclarando que al indicar procedimiento correspondiente, no se ha querido referir al procedimiento formal que se sigue tratándose de personas normales, sino que "... ante la presencia de un enfermo mental, normalmente los jueces acuden a la aplicación subletoria del Código Federal de Procedimientos Penales, que en sus artículos 495 a 499 establece el procedimiento relativo a los enfermos mentales, a los menores y a los toxicómanos ..." (376)

Resta por último hablar en este breve punto, de las acciones libres en su causa, que pueden tener lugar con ocasión de esta causa de inmutabilidad cuando el individuo voluntaria o intencionalmente se provoca a sí mismo alguna de esas anomalías mentales apuntadas, caso en el cual, no existirá la causa de inmutabilidad de referencia, y, en todo caso, se le aplicará la pena correspondiente al delito que cometió; a menos que exista alguna causa de inculpabilidad que lo impare.

(375) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. - Pág. 380

(376) Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito. Ed. Trillas; México, 1985. Pág. 135

c). Miedo grave

La fracción IV del artículo 15 de nuestro Código Penal establece: "... Art. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: ... IV. El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor ... siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial ..."

Al respecto, notamos, es criterio generalmente aceptado en doctrina y en jurisprudencia, el considerar al miedo grave como - causa de inimputabilidad y al temor fundado e irresistible como - de inculpabilidad, en el primer caso, se está frente a una causa de inimputabilidad, en razón de que el miedo puede tener su origen en una acción real de amenaza real o imaginaria, es decir, -- que puede estar -incluso- nadamás en la psique del sujeto, y al ser grave, nulifica la capacidad de querer y entender que exige el Derecho en el mismo: en tanto, en el segundo caso, más bien, - existe una inculpabilidad, en virtud de que se considera que ante una amenaza de peligro inminente y grave que realmente existe, -- llamada en doctrina vis compulsiva, que le obliga al sujeto a actuar en forma tal que produce un resultado típico y antijurídico, no hay lugar a la formulación del juicio de reproche correspondiente, por no serle exigible actuar conforme a Derecho. La nota distintoria más importante que se da entre ambas figuras, por ende, reside en el hecho de que, en tanto que la amenaza de peligro en el miedo puede ser tanto real como imaginaria, en el temor sólo es real, no pudiendo, igualmente por consecuencia, provenir el temor de una causa interna del propio sujeto que sumestamente lo vadece. Tal diferencia es sostenida, hemos dicho, por la generalidad de autores, de entre los que encontramos a Sergio Vela Treviño (377), Castellanos Tena (378) y Raúl Carrancá y Trujillo (379).

Esta causa, sin embargo, resulta un tanto redundante en -- nuestro Código Penal, pues tal hipótesis, se observa, encuéntrase registrada tanto en la fracción IV que hemos transcrito en este -

(377) Cfr. Ob. Cit. Pág. 110

(378) Cfr. Ob. Cit. Págs. 227, 228

(379) Cfr. Ob. Cit. Pág. 455

punto, como en la II con su nueva redacción, que ya apuntamos, -- por encuadrar también como trastorno mental transitorio.

d). La sordomudez

Ha sido suprimida específicamente su mención en el artículo 67 de nuestro Código Penal como causa de inmutabilidad, más a pesar de ello, creemos, al igual que el miedo grave, que también en un momento puede nulificar la capacidad de valorar la antijuridicidad de la conducta en el sujeto que la ejecuta, puede quedar comprendida como desarrollo intelectual retardado en la fracción II del artículo 15 del mismo ordenamiento.

LA CULPABILIDAD

Ahora sí, tócanos en el siguiente espacio plasmar brevemente lo que la ley y la doctrina precisan sobre la culpabilidad y su aspecto negativo, pero antes de dar inicio con esto, nos parece conveniente dejar así anotado, en primer término, para qué -- sirve distinguir entre la antijuridicidad y la culpabilidad, para lo cual, habrá que destacar tal diferencia partiendo de los distintos efectos que produce tanto uno como otro elemento, pues si bien ambos son indispensables para la integración del delito, su ausencia puede originar diferentes estragos legales, de ahí que -- adquiera practicidad su deslinde respectivo. De esta manera, se dice, una conducta es justificada en tanto que está permitida por la misma ley, aun cuando no fomentada y menos ordenada por el Derecho, hay en ello una suerte de resignación ante la presencia de una situación conflictiva que el Derecho debe resolver dando un -- permiso, porque de no hacerlo resultaría perjudicado su objetivo general. En este caso, la conducta queda justificada para todo el orden jurídico y ninguna consecuencia puede haber de ella para su autor por parte de ninguna rama del ordenamiento, por eso no hay lugar en las justificantes a reparaciones civiles, sanciones administrativas, etc. Lo cual no sucede ante la conducta inculpa, en donde sí se dan estas reparaciones, porque en ella el injusto ha sido cometido, y la conducta se ha llevado a cabo con ausencia de permisos (380).

(380) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Págs. 544, 545

Sobre este elemento del delito se han dado en el decurso -- del tiempo básicamente tres teorías, mismas a las que haremos lo posible por esbozar en el siguiente cuadro que hemos tomado de Za fferoni (381), y que, asimismo, nos hemos permitido detallar con explicaciones que este mismo autor nos ofrece en su obra

<u>Teoría psicológica</u>	
es el nexo psicológico entre la conducta y el resultado, compuesto por el dolo y la culpa con representación (aparece cuando dominaba el criterio objetivo - subjetivo de estructuración del delito)	no resuelve el problema de la culpa inconsciente (por no existir el nexo psicológico entre el autor y el resultado), ni el de la imputabilidad (por cuanto, se estima, un inimputable actúa con dolo o culpa, por eso desde este ángulo es considerada no como parte suya sino como un presupuesto) Esta teoría es considerada tributaria del positivismo determinista, - por no reconocer la autodeterminación del sujeto más allá de la ley, - es decir, a la inexigibilidad.
<u>Teoría compleja</u>	
es el nexo psicológico de que hablamos, entendiéndolo al dolo mas reprochabilidad	como contenido avalorado de la culpabilidad (Frank) como presupuesto de la culpabilidad (Goldschmidt) como contenido desvalorado (Mez---guer)
<u>Teoría normativa</u>	
es reprochabilidad que comprende (obra de Weber, Donha y Welzel)	a la imputabilidad, y a la inexigibilidad

De hecho, estas teorías se debaten por estinar que la culpabilidad comprende a uno u a otro, o a ambos de los elementos siguientes: a) nexo psicológico entre la conducta y el resultado, - constituido por el dolo o la culpa, y b) juicio de reproche, que

(381) Ibidem. Págs. 545 y ss.

comprende a la inexigibilidad de una conducta conforme a Derecho, y que, a su vez, es el elemento normativo de la culpabilidad.

En nuestro país, notamos, al tratar de desentrañar a cual de las corrientes doctrinales sobre la culpabilidad se adscribe nuestro Derecho Penal, algunos autores como Fernando Castilla---nos (382) e Ignacio Villalobos (383), opinan, es al psicologismo, más cuando nos acercamos un poco a ver que es lo que entienden -- por culpabilidad cuando aseguran seguir a tal corriente doctrinaria, notamos casi de inmediato que su concepción psicológica deja bastante de serlo, pues, en el desarrollo de la teoría del delito que exponen en sus diferentes textos observamos la inclusión de -- claros elementos normativos, y otro tanto podemos decir de nuestro Código Penal, que no obstante refiere en su artículo 8vo., -- que "... Los delitos pueden ser: I. Intencionales, II. No intencionales o de imprudencia, o III. Preterintencionales ...", o sea se, que sólo reconoce pueden constituir delito las conductas que asuman alguna de las formas de la relación psicológica, en algunos otros preceptos de su articulado recoge algunas hipótesis de inexigibilidad; de manera que nuestros autores en doctrina así como nuestro Código Penal en realidad son sostenedores de una concepción de la culpabilidad entendida como relación psicológica y en ciertos casos como reprochabilidad, lo que, en términos acuñados por Zaffaroni, merece llamarse teoría "compleja" de la culpabilidad. Advertimos por cierto de este último autor citado, que -- esta misma apreciación él hubo de hacerla en su país, sólo que refiriéndose exclusivamente a la doctrina y tratadistas argentinos (384).

Enseguida, teniendo en cuenta todo lo anterior, creemos conveniente traer hasta este espacio a algunas de las definiciones -- que se han elaborado sobre la culpabilidad, estimamos que con el material aportado hasta este momento, podremos hacer un breve análisis sobre las mismas y agruparlas según atiendan a alguna de -- las tres teorías de la culpabilidad de que hemos hablado. De esta manera, observamos, dentro del psicologismo Fernando Castellanos esgrime una definición, y lo hace diciendo, que la culpabilidad --

(382) Cfr. Ob. Cit. Págs. 234, 235 - 254 - 263, 264

(383) Cfr. Ob. Cit. Pág. 275

(384) Cfr. Ob. Cit. Pág. 547

es "... el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto ..." (385). De donde, subrayamos, destaca los dos elementos del nexo psicológico que une la conducta del sujeto con el resultado producido por ésta; y así, podemos decir, quienes se adhieren a esta postura conciben a la culpabilidad como puro nexo psicológico entre la conducta y el resultado producido por aquella; sin embargo, ya hemos dicho, este autor es en realidad defensor de la teoría compleja. Y, por otro lado, Sergio Vela Treviño, --- apunta, "... la culpabilidad es el resultado del juicio por el --- cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente adecuado a la norma --- ma ..." (386); o véase que tal concepto está integrado para este autor, abiertamente lo declara, por el tan nombrado nexo psicológico, y asimismo, por el juicio de reproche también varias veces considerado.

Una vez visto lo relativo al concepto de la culpabilidad, --- corresponde enseguida pasar al estudio de sus diversas modalidades, que son la culpa y el dolo, y asimismo, desde enero de 1984, también lo es la preterintencionalidad, de acuerdo con una adición al artículo 8vo. de nuestro Código Penal.

a). Dolo

En la formulación del concepto de esta rama o elemento culpabilístico, debemos apuntar, al igual que con la culpabilidad, --- se han seguido varias teorías, que son: la de la voluntad, la de la representación, y una más, ecléctica entre ambas, que las relaciona.

La teoría de la voluntad, acuñada por los clásicos, de entre los que se destaca Carrera, quien le dió verdadera expresión y estructuró una definición diciendo, que "... dolo es 'la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley', destacando en ella como elementos del dolo los siguientes: conocimiento de la naturaleza delictuosa del hecho e in

(385) Ob. Cit. Pág. 233

(386) Ob. Cit. Pág. 201

tención de realizarlo ..." (387). De donde, inferimos, se le identifica al dolo con la intención o voluntad de llevar a cabo la acción, debiéndose acompañar del conocimiento por parte del agente de ser aquella opuesta al Derecho. A esta teoría se le critica -- por confundir al dolo con la intención, siendo que el alcance del primer vocablo es mayor al del segundo, por lo que, se deja fuera del concepto al dolo eventual, en el que no existe propiamente intención.

Para superar estos escollos, otros autores han elaborado -- otra teoría, llamada de la representación, con la cual, es sustituida la voluntad o intención por el concepto de previsión o representación, de tal suerte que el dolo quedará agotado, desde -- tal perspectiva, tan sólo por el conocimiento que del hecho tiene el sujeto, sin importar la particular dirección o sentido que haya de imprimir a su voluntad o querer (388).

Finalmente, tiene lugar una postura ecléctica que vincula a la de la voluntad con la de la representación, en esta nueva concepción son indispensables en la integración del dolo los elementos voluntad y representación del hecho; de manera que, de acuerdo con ella, actuará dolosamente quien no sólo ha representado o previsto el hecho y su significación, sino, además, encamina su voluntad, directa o indirectamente, a la causación del resultado. De esta manera, Maggiore expresa: "... no basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin la previsión. La voluntad sin previsión es ciega, la previsión sin voluntad es vana. El derecho no puede prescindir de ninguna de las ----- dos ..." (389); es decir, que dos son los componentes que integran al dolo, uno, denominado intelectual, y otro, llamado emocional o afectivo, consistiendo el primero en "... el conocimiento de la criminalidad de la conducta ..." (390), y el segundo, en la intención de delinquir, que se encuentra constituido -- a su vez -- por la dirección que se da a la conducta para llevarla a la consecución de un resultado antijurídico.

(387) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 388

(388) Cfr. Idem. Pág. 390

(389) Citado por Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. Cit. Pág. 400

(390) Vela Treviño, Sergio. Ob. Cit. Pág. 205

Nuestro Código Penal en su artículo 8o. establece que los delitos pueden ser, entre otras formas, "... intencionales ...". De donde, observamos, no emplea la palabra dolo, que, como ya se dijo, posee una significación más amplia. Al hablar sólo de intención, en definitiva no se integra el contenido del dolo, ya que éste requiere para su conformación no sólo de la intención, sino también del conocimiento de la antijuridicidad del hecho; sin embargo, notamos, esto es subsanado por el mismo ordenamiento, cuando en su artículo 9o. establece lo que por dolo se debe entender, ya que dice: "... Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acente el resultado prohibido por la ley ..."; es decir, tanto conocimiento como voluntad son incluidos en esta definición, y, por ello, la teoría aceptada por nuestra ley, es claro, es la que relaciona a la voluntad y a la representación del hecho y su significación.

Hemos dicho, por otro lado, que la conducta posee un coeficiente psíquico, que reside en la voluntad. Ahora bien, de acuerdo con la sistemática seguida en nuestro país, se aclara, la voluntad en el dolo (coeficiente teleológico) sobrepasa a la conducta para abarcar también al resultado; de modo que en este elemento culpabilístico se quiere también el resultado, en tanto que en la conducta sólo se quiere realizar la acción o la omisión.

En cuanto al delito de robo base de nuestro estudio, debemos precisar, se considera unánimemente que la culpabilidad queda agotada solamente con el dolo, lo que significa que la culpa no tendrá cabida en el mismo, y se discute respecto de la preterintencionalidad, y esto, en vista de que de acuerdo con el artículo 367 de nuestro Código Penal, tal figura delictiva, hemos visto, siempre va acompañada de la intención de hacer entrar la cosa ajena al patrimonio del sujeto activo, lo cual implica, asimismo, que este personaje obra con el conocimiento de que la cosa no le pertenece, y que tiene bien presente la significación antijurídica del hecho que ejecuta. Por ello es, que se estima genéricamente, que "... el robo es un delito de necesaria comisión dolosa ..." (391); así lo dice textualmente Pavón Vasconcelos, y jun-

(391) Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Pág. 52

to con él, advertimos, opinan de la misma manera, entre otros, F. Cárdenas (392) y Enrique Cardona Arizmendi (393).

En relación a las diversas clasificaciones que en doctrina se dan del dolo, y que en este espacio omitiremos, debemos señalar, para el robo se acepta el que pueda ser cometido con dolo genérico y con dolo específico, este parecer lo vemos repetido en las obras de Pavón Vasconcelos (394), Porte Petit (395) y F. Cárdenas (396), entre otros, en las que se afirma, el dolo genérico en el robo consiste en representar y querer apoderarse de la cosa, en tanto, el específico reside (valga la redundancia) en el específico ánimo de dominio, que hemos visto como elemento típico.

b). Culpa

Por lo que concierne a la culpa, diremos que, al igual que el dolo, es otra de las formas tradicionalmente aceptadas de la culpabilidad, aunque de creación más reciente que aquél. En la formación de su concepto, se han erigido diversas teorías que intentan construirlo, ya en la previsibilidad del evento, o en la causalidad eficiente, o bien, en un defecto de la inteligencia, o de la voluntad, etcétera. De esta manera, de la conjugación de algunos de esos diversos elementos que se hallan dispersos en aquellas teorías, se ha definido a 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 ..." (397); o bien, se dice que "... existe culpa, cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible, por no ponerse en

(392) Cfr. Ob. Cit. Pág. 165

(393) Cfr. Ob. Cit. Pág. 218

(394) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Pág. 52

(395) Cfr. Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 110

(396) Cfr. Ob. Cit. Pág. 165

(397) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 411

juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas ..." (398)

En nuestro Código Penal, por otro lado, ha sido establecido, que "... Art. 8o.- Los delitos pueden ser: ... II. No intencionales o de imprudencia ...", y a partir de una reforma llevada a cabo en enero de 1984 en el artículo 9o., se estableció lo que debía entenderse por tal al axoresarse, que "... Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen ..."; y además de estos artículos, se halla otro que igualmente alude a la culpa, éste es el 60vo., que dispone: "... La calificación de la gravedad de la imprudencia queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las condiciones generales señaladas en el artículo 52 y las especiales siguientes: I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó; II. Si para ello bastaban una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia; -- III. Si el inculpaado ha delinuido anteriormente en circunstancias semejantes; IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios ..."

De todo lo anterior, se desprende, la culpa cuenta con los siguientes elementos: a) una conducta voluntaria, que puede ser llevada a cabo a través de una acción, o bien, de una omisión; -- b) que esa conducta sea productora de un resultado típico y anti-jurídico; c) "... una relación de causalidad entre el hacer y no hacer iniciales y el resultado no querido ..." (399), que es lo que tiene de culpa precisamente a aquel actuar; d) ausencia de voluntad encaminada a un resultado, lo cual quiere decir que en el agente "... no existe intención delictiva, ya por falta de previsión o por la esperanza de que el mismo no sobrevendría ..." (400); e) que ese resultado sea previsible y evitable, pues de tal parámetro podrá fundamentarse la existencia o no de la violación de los deberes de cuidado impuestos por la ley y por la sana razón, así como el consecuente juicio de reproche, ya ---

(398) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Págs. 246, 247

(399) Idem. Pág. 247

(400) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 412

que, "... a nadie puede reprochársele un incumplimiento si el -- evento era imprevisible e inevitable ..." (401), según expresa Pavón Vasconcelos (y abrimos este paréntesis para señalar que con este reconocimiento que hace Vasconcelos de la reprochabilidad, -- se ubica, al igual que otros autores que también lo hacen, dentro de la corriente compleja de la culpabilidad, no obstante que se -- insista en ser psicologista); f) que la "... conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado ..." (402), lo cual, añadimos, se traduce al exterior en una -- conducta imprudente o negligente, caracterizada -- a su vez -- por im -- previsora, imperita, irreflexiva, por su falta de atención, de -- precaución o de cuidado, y esto, en vista de que, como señala Villalobos, estos últimos términos empleados "... no tienen un contenido autónomo por constituir formas mediante las cuales se mani -- fiesta la negligencia o la imprudencia ..." (403)

La culpa, por otro lado, se clasifica en consciente, con -- previsión o con representación, e, inconsciente, sin previsión o sin representación, existiendo la primera, de acuerdo con Castellanos, "... 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 ..." (404), en tanto, se estará frente a la culpa inconsciente cuando "... el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por -- ser de naturaleza previsible y evitable ..." (405)

Aquí debemos detenernos un momento para anotar una importante observación: recordemos que la teoría psicológica de la culpabilidad enfrenta algunos inconvenientes, como el caso, por ejemplo, de su imposibilidad para explicar -- precisamente -- la culpa inconsciente, y esto, por cuanto, como ya hemos apuntado, en ella -- no existe dicho vínculo o nexo psíquico, el conocimiento del sujeto en ningún momento toca la posibilidad de algún resultado contrario a Derecho, y por ello, no es posible su explicación desde

(401) *Ibídem.*

(402) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 247

(403) Ob. Cit. Pág. 299

(404) Ob. Cit. Pág. 247

(405) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 413

un ángulo puramente subjetivo, sino, a monester de otro fundamento, como lo es el juicio normativo de reproche: sin embargo, vemos, algunos autores que va hemos citado, y que han declarado su adhesión al psicologismo, reconocen a la culpa inconsciente como una de las formas de la culpabilidad, poniendo, asimismo, en entredicho aquella adhesión, y comportándose, antes bien, como seguidores de la teoría compleja, que sí contiene y explica a la figura estudiada en este párrafo.

En fin, aceptada esta clasificación, pasemos a determinar - si es posible o no la culpa o alguna de sus clases en el delito de robo base de nuestro estudio, para lo cual, creemos necesario tener presente lo ya asentado sobre este punto cuando se exmusa -- el dolo, en donde, se concluye, no es posible aceptar la culpa -- dentro del mismo, y sólo nos resta por anotar en este nuevo espacio, que así lo entienden, entre otros, F. Cárdenas (406) y Porte Petit (407), y asimismo, la jurisprudencia en múltiples ocasiones. De esta manera, se piensa, si el dolo en el robo coincide -- en cierta medida -- con la parte del núcleo del tipo que lo describe que expresa una intención, aceptar la culpa, sería tanto como negar aquella intención y suponer que cualquier aprehensión de cosa ajena sin el consentimiento de quien puede darle constituye robo, lo cual, desde luego, es un absurdo; o dicho con otras palabras: 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.

c). Preterintencionalidad

Esta figura fué incorporada como tercera forma de la culpabilidad en nuestro Código Penal, a partir de una reforma llevada a cabo en enero de 1984. Es así que en su articulado ya se determina, que "... Art. 8o.- Los delitos pueden ser: ... III. Preterintencionales ...", y asimismo, que "... Art. 9o.- Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia ..." De acuerdo con la doctrina, la preterintencionalidad en términos generales - tiene lugar "... cuando la acción u omisión engendra un mal más -

(406) Cfr. Ob. Cit. Pág. 165

(407) Cfr. Robo Simple. Ob. Cit. Pág. III

grave que el previsto por el agente ..." (408).

En cuanto a su naturaleza jurídica, debemos decir, por otro lado, no existe unidad de criterio en doctrina, ya que son variadas las posturas que a este respecto se han ofrecido, sobresaliendo de entre ellas la teoría de la responsabilidad objetiva, la del dolo, y la del dolo - culpa: mismas que revisaremos, con la brevedad necesaria, en las siguientes líneas.

Desde el ángulo de la primera de las teorías aludidas, o sea, la de la responsabilidad objetiva, en el delito preterintencional lo importante es el resultado producido, y así, de acuerdo con esto, el sujeto tiene que responder por el resultado del proceso que con su conducta puso en marcha, sin importar su aspecto subjetivo, es decir, si procedió dolosa o culposamente.

Desde el perfil de la teoría del dolo, por otra parte, por cierto más antigua que la anterior, si el agente se propone llevar a cabo dolosamente un hecho contrario a Derecho, debe responder a título doloso por toda la extensión del resultado producido, aunque en éste se rebasen las consecuencias que inicialmente se haya propuesto causar, y esto, en virtud de que pudo haberlo - previsto, y de que, de cualquier manera, existió una intención de producir un resultado. Dentro de esta línea de pensamiento, se observa, se encuentra inmerso el parecer de Carrara, y junto a él - el de la Escuela Clásica, sólo que este autor hubo de concebir - tal criterio en estricto enfoque con un delito en particular, - cual es el homicidio; y asimismo, se dice, no concibió a la preterintencionalidad como una forma más de la culpabilidad, sino, - más bien, como una especial modalidad del dolo (409).

Una postura más, quizá la más seguida en nuestros días, es la denominada teoría del dolo - culpa, que ve a la preterintencionalidad conformada -precisamente- por una mezcla de ambos ingredientes, en donde existirá "... dolo respecto al evento querido, más culpa en cuanto al resultado material causado que el agente -

(408) Enciclopedia Jurídica Omeba. T. VI, Driskill, S. A.; Argentina, 1979. Pág. 220

(409) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 422

no ha previsto a pesar de que pudo haberlo previsto ..." (410); - lo cual significa, que el agente efectivamente tuvo el deseo y la intención de producir un resultado dañoso, y lo consiguió, más -- sin embargo, no busco el resultado más grave, que sobrevino debido a su imprevisión. En contra de esta teoría, debemos decir, se han elaborado aservas críticas, aunque no muy exitosas por cierto: así, por ejemplo, en México han objetado este parecer, entre otros, F. Castellanos (411) e Ignacio Villalobos (412), y, por -- contra, ha sido definido, entre otros también, por Celestino Porte Petit (413).

Ahora bien, en relación con la posición que adopta nuestro Código Penal en la reforma aludida, nos inclinamos a pensar que -- en la nueva redacción del artículo 90., en su párrafo III, que de fine a la preterintencionalidad, está retomada la teoría de la -- concurrencia del dolo o intención respecto del resultado querido o aceptado y la culpa o imprudencia en cuanto al resultado mayor sobrevenido; con lo cual, de paso, se da solución a aquellos casos en los que estando ausente el dolo en el resultado, no es posible sancionarlos como delitos dolosos.

En relación al robo creemos junto con Celestino Porte Petit, que la preterintencionalidad puede presentarse, "... pues -- (explica el citado autor) queriendo apoderarse de determinado objeto, se apodera de uno de mayor valor ..." (414), a lo que podemos adicionar lo manifestado por Quintano Ripollés, en el sentido de que incontestable es que la preterintencionalidad "... 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 éstas 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

(410) Ibidem. Pág. 424

(411) Cfr. Ob. Cit. Págs. 237, 238

(412) Cfr. Ob. Cit. Pág. 323

(413) Cfr. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. -- Ob. Cit. Págs. 576 y ss.

(414) Robo Simple. Ob. Cit. Pág. III

razona en ellos 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 patentizado que el propósito no fue el sustraer determinada cantidad, sino 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 incuestionable la procedencia de la atenuante de preterintencionalidad' ... " (415)

Aspecto negativo de la culpabilidad

Supuesta una conducta típica y antijurídica, la inculpabilidad sobrevendrá, desde un punto de vista puramente subjetivista, con la ausencia de cualquiera de los elementos que de acuerdo con esa corriente doctrinaria componen a la culpabilidad, que son el conocimiento y la voluntad; pero, si se mira desde un ángulo puramente normativista, como entre otros lo hace Jiménez de Asúa, entonces, la inculpabilidad residirá en la pura "... absolución del sujeto en el juicio de reproche ..." (416), más, conformes con la teoría compleja, como de hecho lo están los autores jus - penales nacionales, y junto con ellos nosotros, hemos de decir abiertamente que el capítulo de la inculpabilidad está comprendido, -- tanto por la ausencia del nexo psicológico entre la conducta y el resultado, constituido por la no aparición de dolo, culpa o preterintencionalidad, así como por la ausencia de un juicio de reproche por la no exigibilidad de otra conducta.

Por consecuencia, de acuerdo con Pavón Vasconcelos, -----
 "... son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad: a) El error, y b) La no exigibilidad de otra conducta ..." (417), encontrándose diversas especies dentro de cada una de las dos causas genéricas, de entre las cuales apuntamos algunas en el siguiente cuadro, para después avocarnos a un breve análisis de las mismas.

(415) Ibidem. Pág. 112

(416) Ob. Cit. Pág. 480

(417) Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. - Pág. 433

Inculpabilidada). Error

De hecho	Esencial	Vencible (culpa)	recae sobre elementos del tipo	Objetivos Subjetivos Normativos
		Invencible (inculpabilidad)	recae sobre el carácter legítimo del hecho	Eximentes positivas Obediencia legítima
	Inesencial o accidental (culpabilidad)	Aberratio ictus " "	in ictus in persona in delicti	

De derechob). No exigibilidad de acatamiento de la conducta prescrita

Estado de necesidad en bienes jurídicos de igual valor, temor fundado e irresistible y el caso fortuito

a). Error

Empecamos por el error, el cual es definido como "... un -- falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente ..." (418). De lo cual, infiérese, no hay concordancia entre las verdaderas características del objeto, situación o cosa, y las que aprecia de esto el sujeto en su mente, existe, por tanto, una falsa apreciación de la realidad. La ignorancia, por otro lado, también estaba recogida en el ordenamiento penal como causa de inculpabilidad, más en las nuevas disposiciones ya no se lo contempla, pero, de cualquier modo, hemos de apreciar en este lugar que por este se entiende "... el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa ..." (419); de manera que, en tanto en el error se dá un conocimiento distorsionado de la realidad, en la ignorancia, por otro lado, no existe siquiera conocimiento.

(418) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 255

(419) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 433

El error se divide en error de hecho y de derecho, según se ha dejado ver en el cuadro expuesto con antelación. En relación - al segundo y a la ignorancia, se debe decir, tradicionalmente se ha negado sean causas de inculpabilidad, por cuanto, se afirma, - es de aplicación el principio de que "la ignorancia de las leyes a nadie beneficia", y así es proclamado por el legislador en un - nuevo artículo, el 59 bis., adicionado a nuestro Código Penal en enero de 1984, el cual textualmente dice: "... Cuando el hecho se realice por error o por ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atra so cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del - caso ..." De donde, se observa, es recogido el error de derecho, pero no como circunstancia excluyente de responsabilidad, sino -- más bien, como una circunstancia que el juzgador deberá tener pre sente para poder imponer una pena atenuada o incluso una medida - de seguridad, según estime conveniente.

En relación con el error de hecho hallamos que en doctrina se le subdivide en esencial y accidental, apareciendo el accidental, a su vez, como un falso conocimiento que recaé sobre condi- ciones no esenciales, sino secundarias o accidentales del delito, por lo que, se estima, no opera como causa de inculpabilidad; este tipo de error, se debe decir, encuentra también varias clases especiales, a saber: a) error en el golpe o en el objeto (aberratio ictus o in objeto), que tiene lugar cuando "... hay una des- viación en el golpe con causación de un daño equivalente, menor o mayor al propuesto por el sujeto ..." (420); b) error en la perso na o en el objeto (aberratio in persona o in objeto), que recaé - no en el acto, sino "... sobre la persona debido a errónea repre- sentación ..." (421); c) error en el delito (aberratio in delicti), que aparece "... si se ocasiona un suceso diferente al desea do ..." (422). En todos estos casos el error es irrelevante para la ley y el autor del mismo será plenamente responsable del resul tado producido; sin embargo, estas modalidades de error acciden- tal que estudiamos, según el decir de F. Cárdenas, "... no tienen

(420) *Ibidem*. Pág. 440

(421) *Ibidem*.

(422) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 256

aplicación en el delito de robo ..." (423); aunque, por otro lado, Porte Petit es del parecer de que en el "... 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 ..." (424). Y en cuanto al error en la persona, colegimos, junto con este último autor, no puede tener lugar en el robo, por virtud de que el objeto material en este delito es la cosa y no la persona.

Por lo que toca al error de hecho esencial, diremos que (a diferencia del accidental), si surte efectos como causa de inculpabilidad en los delitos que así lo aceptan, y esto, por virtud de que el mismo recae sobre elementos precisamente esenciales del delito; claro que, siempre que sea invencible o insuperable, pues, de ser, por el contrario, vencible, o sea, de naturaleza previsible, se estima, no produce dolo pero sí culpa, a menos, -- claro está, que la peculiar estructura del tipo no permita esa -- forma de culpabilidad, como v. gr., acaece con el delito de robo, cuyo tipo es necesaria y exclusivamente doloso, sin posible admisión de la culpa; de tal manera, que si este delito es cometido por error esencial vencible, al no aceptar la culpa tal ilícito, que es lo único que, por otro lado, puede producir este tipo de error, el delito quedara excluido de culpabilidad. Nuestro Código Penal sobre el error esencial contiene una alusión en la fracción XI de su artículo 15, adicionada en una reforma en enero de 1984, misma que a la letra enuncia como excluyente de responsabilidad -- el "... Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta. No se excluye la responsabilidad si el error es vencible ..." Conforme a lo cual, se observa, se habla de un error esencial al señalar que recae sobre "alguno de los elementos esenciales", pero, además, al referirse a que el mismo atañe a la descripción legal, o bien, a la ilicitud de la conducta, se estima en doctrina, alude al denominado error de tipo en el primer caso, y al que se conoce como error de licitud (o existientemente putativa, o error de permisión) en el segundo, tales hipóte

(423) Ob. Cit. Pág. 266

(424) Robo Simple. Ob. Cit. Pág. II5

sis, hay que decirlo, se ven en este lugar, por caer -precisamente- en el ámbito del error de hecho que tratamos. Para que este tipo de error pueda tener operancia como excluyente de responsabilidad, además, exige nuestro código, como ya lo transcribimos, la característica de invencibilidad, misma que tiene lugar "... cuando la disconformidad que aparece entre la inteligencia del sujeto actuante y la realidad, se podría superar con el aporte de los elementos necesarios y normales ..." (425); o sease, obrando con la diligencia y cuidados indispensables del hombre común, por lo que, si el error de hecho es esencial y vencible, "... excluye el dolo pero no la culpa ..." (426), a menos, claro, que la estructura típica del delito de que se trate no la admita en su contenido.

En lo tocante a la posibilidad de operancia del error de hecho en el delito de robo base de este trabajo, advertimos, en doctrina es ampliamente compartida la estimación de que puede tener lugar en el mismo la inculpabilidad por un error esencial e invencible sobre un elemento típico (error de tipo), que, se dice, puede ser la ajeneidad o el consentimiento, es decir, que puede estar el agente activo en la falsa creencia de que la cosa que se abodera es propia, que no tiene dueño, que está abandonada, o bien, que existe el consentimiento del sujeto pasivo; en este parecer coinciden, entre otros, Pavón Vasconcelos (427), Porte Petit (428), Jiménez Huerta (429) y F. Cárdenas (430), agregando este último autor, que si este tipo de error es vencible, de acuerdo con la doctrina, el hecho debe atribuirse a título de culpa al autor, "... pero como quiera que el robo no admite la culpa es suficiente que el error sea esencial para que excluya la culpabilidad ..." (431)

(425) Vela Treviño, Sergio. Ob. Cit. Pág. 360

(426) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 437

(427) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude, Ob. Cit. Págs. 55, 56

(428) Cfr. Robo Simple. Ob. Cit. Pág. II3

(429) Cfr. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio T. IV, Ob. Cit. Pág. 58

(430) Cfr. Ob. Cit. Págs. 266, 267

(431) Idem. Pág. 268

Enseguida, veremos que opina la doctrina sobre la posibilidad de coherencia del error de licitud (o eximentes putativas) en el robo, y asimismo, haremos una breve referencia sobre una concreta hipótesis de error que recoge nuestro Código Penal, conocida como obediencia jerárquica.

Las eximentes putativas, debemos decir, aparecen cuando por un error de hecho esencial e invencible (o indiferentemente vencible en el robo) el agente activo desuliega una conducta penal, -- creyendola él mismo amparada en una causa de justificación, o --- bien, evidentemente lícita, pero sin serlo. F. Castellanos al referirse al tema, expresa, que por tales "... 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 ..." (432). -- De lo cual, se observa, vienen a coincidir con el llamado error -- de licitud o de prohibición, del que, se dice, viene a ser un --- error sobre la antijuridicidad del hecho real. En cuanto a su posibilidad de operar en el robo, notamos, la doctrina no sostiene unidad de criterio, pues, en tanto que, por un lado, se admite, -- "... 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 ..." (433), por otro lado, se afirma, "... 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 los casos que pudiéramos presentar tienen aplicación en otros institutos, en especial en -- el error o en el estado de necesidad ..." (434). La primera opinión, es sostenida por Celestino Porte Petit, en tanto, la segunda, lo es por Raúl F. Cárdenas, y si por nuestra cuenta hemos de adherirnos a alguna de ellas, nos inclinamos por la primera, pues, -- consideramos, que aunque no se hable expresamente de la eximente putativa en nuestra ley, como hemos visto, constituye una especie del error de hecho esencial, mismo que, por otro lado, si reco-

(432) Ob. Cit. Pág. 260

(433) Robo Simple. Ob. Cit. Pág. II 5

(434) Ob. Cit. Pág. 265

ge nuestro Código Penal (art. 15, fr. XI), manteniéndose, por ende, aquella exigente, igualmente, inmersa en nuestro ordenamiento positivo, indiciadamente que se quiera referir a ella como -- exigente mutativa, como error de licitud, de permisión, de hecho esencial, etc.; de tal manera, que podrán operar estas circunstancias en el robo, aunque, claro, siempre que la justificante correspondiente tenga igualmente operancia en el mismo (véanse justificantes en el robo).

La obediencia jerárquica, por otra parte, hemos de tratarla en este lugar, en virtud de que, como veremos, existe una corriente, a la que también nos adherimos nosotros, que la ve como causa de inculcabilidad por estimarla especie del error de hecho esencial e invencible (o vencible también, en el robo), al menos se -- vé así, debemos decir, a la concreta fórmula que de tal figura recoge nuestro Código Penal en su artículo 15 fracción VII, que proclamandola exigente, la describe indicando, que consiste en ---- "... 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 ..." De lo ---- cual, infiérese, lo importante para su configuración es el desconocimiento, o bien, falso conocimiento, sobre la ilicitud de la orden, por parte de quien la ejecuta. De hecho, nosotros estimamos que hay error, junto con una parte de la doctrina; aunque, en esta última, se han ofrecido más de un criterio sobre su naturaleza jurídica, mismos que podemos ordenar como sigue:

a). Que hay inculcabilidad, por cuanto a que el inferior -- considera lícita la orden, sin serlo, por encontrarse envuelto en un error esencial e invencible, o bien, vencible pero en el cual "... no será responsable, porque no puede darse, en los delitos -- patrimoniales la culpa ..." (435)

b). Que hay delito, cuando, por contra, el subordinado conociendo la ilicitud de la orden, la ejecuta. En este supuesto, se afirma, el subordinado "... debe abstenerse de cumplir el mandato en acatamiento de la ley, norma de mayor categoría que el acto de voluntad de quien manda ..." (436)

c). Que hay inculcabilidad, por coacción o temor fundado --

(435) Ibídem. Pág. 266

(436) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 257

que infunde el superior a su subordinado, quien no obstante que conoce la ilicitud del mandato, la obedece ante las amenazas que el superior le dirige de tomar represalias.

d). Que hay justificación, en vista de que, se dice, -----
 "... si realmente existe una obligación legal de actuar en la forma impuesta por el mandato, el caso se halla dentro del supuesto genérico de toda justificación; obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho ..." (437): es decir, que la obediencia jerárquica viene a ser, más bien, un aspecto o caso particular de las causas de justificación más amplias, que son: el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho: de tal modo que, en el caso, da "... lo mismo si el subordinado conoce o desconoce la -- ilicitud, pues el Estado impone al inferior como un deber cumplir las ordenes superiores, sin ser relevante su criterio personal sobre la licitud o ilicitud de la conducta ordenada ... --más-- 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 ..." (438); lo cual significa, que si la antijuridicidad en su valoración comprende a la conducta únicamente en su fase externa, objetiva, y no abarca, por ende, a su proceso psicológico causal, que, más bien, cae en el campo de la culpabilidad, es entonces que efectivamente, desde esa mira, el mismo acto no puede ser jurídico para quien obedece y antijurídico -- para el que manda, pues, la nota que distingue el actuar de uno y de otro, hallase --precisamente-- ubicada en la conciencia de ambos.

Lo anterior, como se puede observar, versó esencialmente sobre la obediencia a un mandato ilegítimo, y por ello, se hace necesario exponer, todavía, lo que sucede en relación con el acatamiento de una orden legítima dictada por un superior jerárquico -- que actúa en el ámbito de sus funciones, en condiciones normales, etc.: así tenemos, por ejemplo, que "... el secuestro de bienes -- decretado 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 las cosas, por --

(437) Villalobos, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 271

(438) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 259

ejemplo, de ruptura de cerradura, para ejecutar la orden y previamente, se entienda, la orden respectiva ..." (439)

b). No exigibilidad de la conducta prescrita en la norma

En el matiz normativo de la culpabilidad, es un juicio de reproche que acompaña al nexo psicológico, de acuerdo con la teoría compleja de la culpabilidad (véanse teorías sobre la culpabilidad).

Desde el ángulo de esta teoría, debemos decir, la inexigibilidad constituye una causa de inculpabilidad, en tanto que para los psicólogos, aquella no posee tal naturaleza. En nuestro país, observamos asimismo, hay quienes sí la reconocen abiertamente como tal, encontrándose en el caso, entre otros, Sergio Vela Treviño (440) y Raúl F. Cárdenas (441), pero, por otro lado, también hay quienes no le reconocen tal carácter, como en el caso de Ignacio Villalobos (442) y Fernando Castellanos (443), que deciden --verla, más bien, como la motivación de una excusa que dejando subsistente el carácter delictivo del hecho, sólo excluye la pena.

Por cierto, que este último autor citado (F. Castellanos) como buen defensor del psicologismo que se dice ser, manifiesta, que "... aún no se ha logrado determinar con precisión (desde un ángulo puramente subjetivista, agregamos por nuestra cuenta) la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cuál de los dos elementos de la culpabilidad (más bien, nosotros diríamos, que es del nexo psicológico, porque en esta concepción la culpabilidad es entendida exclusivamente como tal) quedan anulados en presencia de ella, pues el Código mexicano se afilia a la teoría psicologista ..." (444); es decir, que la culpabilidad entendida como puro vínculo psicológico, constituido por la culpa, el dolo (y la preterintencionalidad, que es una conjugación de ambas), que son sus formas, no ad-

(439) F. Cárdenas, Raúl. Ob. Cit. Pág. 265

(440) Cfr. Ob. Cit. Págs. 277 y ss.

(441) Cfr. Ob. Cit. Pág. 273

(442) Cfr. Ob. Cit. Págs. 435, 436, 437

(443) Cfr. Ob. Cit. Págs. 254 - 263, 264

(444) Idem. Pág. 254

mite la posibilidad de incluir algo más, como lo sería el juzgar si le era o no exigible en un momento dado, como hombre común y corriente, actuar estrictamente conforme a la norma, pero esto, juzgamos, es muy rigorista, quizá inspirado, como se dice, en una concepción determinista en donde el libre albedrío no aparece por ningún lado, esto es, que el individuo en todos los casos y bajo cualquier circunstancia, deberá ajustar su conducta a la descripción impresa en la ley, lo cual, desde luego, trae a nuestra mente una reminiscencia positivista.

Vista así la culpabilidad, a más de algunos problemas que no resuelve, como el de la imputabilidad y el de la culpa inconsciente (véanse teorías sobre la culpabilidad), presenta el inconveniente de no pasar de ser más que la pura descripción de una relación psicológica, que no contiene nada de normativo o valorativo (445); es decir, una relación un tanto física o mecanicista, - que se olvida de la autodeterminación del sujeto.

Dentro de las causas de inculpabilidad por no exigibilidad de acatamiento de la conducta prescrita en la norma, encontramos que nuestro Código Penal recoge en su artículo 15, en sus diversas fracciones, a las siguientes hipótesis:

En la IV, al estado de necesidad en bienes jurídicos de igual valor, que se considera incluido en la descripción genérica que consigna, misma que omitimos transcribir en este espacio, así como el correspondiente estudio de sus elementos, por ser los mismos ya vistos en el estudio de esta figura como justificante, por lo que rogamos remitirse a ellos.

En la VI, al temor fundado e irresistible, conocido en doctrina también como coacción o violencia moral (o vis compulsiva). "... Se trata (apunta Pavón Vasconcelos) de una auténtica 'no exigibilidad', reconocida por el derecho positivo, en que al sujeto no le cabe imponersele el deber de su propio sacrificio ..." (446). Nuestro Código Penal, por su parte, exige la concurrencia de varios requisitos para la conformación de esta figura, de modo que,

(445) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Págs. 545 y ss.

(446) Cfr. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General. --- Ob. Cit. Pág. 447

por principio, nos habla de un temor, el cual se estima en doctrina, aunque ataca la psique del sujeto, tiene su origen no en la mente del mismo, sino en una causa externa y material, cual es la coacción cierta y eficaz ejercida por otra persona, por lo que, se concluye, el sujeto conserva sus capacidades de comprensión y de decisión; pero además, nuestro código refiere que ese temor sea fundado, o séase, cierto y externo, e irresistible, es decir, que no se puede complacer la exigencia del coaccionante por otros medios distintos a los estrictamente planteados por ese sujeto. De igual manera, en nuestra ley se precisa que ese temor fundado e irresistible sea de un mal, el cual puede consistir en todo aquello capaz de alterar o cambiar el estado original de un ente; y asimismo, exige que ese mal sea inminente, o séase, próximo al momento en que se dirige la amenaza, y grave, esto es, de efectos irreparables. Del mismo modo, nuestra ley especifica (sólo que es to que sigue, a partir de una reforma publicada en diciembre de 1985) ya no que recaiga únicamente en la persona del contraven-- tor, sino en forma amplia ya se habla de "... bienes jurídicos -- propios o ajenos ...", sin señalar límite como se ve. Finalmente, nuestra ley exige textualmente que no haya existido "... otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del sujeto ...", -- con lo que queda completada la figura.

En el delito de robo, advertimos, se acepta por la doctrina la operancia de esta causa de inculcabilidad, sólo que, en tanto que Pavón Vasconcelos (447), estima, aparece porque suprime alguno de los elementos del dolo, F. Cárdenas (448), por su parte, en fatiza, tiene lugar por la no exigibilidad de actuar conforme a la norma, y si nosotros hemos de tomar partido e inclinarnos por alguna de estas opiniones, esto lo hacemos a favor de la última, pues, creemos, no es que con el temor se suprima alguno de los elementos del dolo, ya que tanto la conciencia de que se infringe un deber, como la voluntad de realizar el hecho (elementos del dolo), hallense presentes en el sujeto coaccionado, sólo que el mismo no puede exigírsele otra conducta distinta de la que infringe la norma, héroica diríamos. De esta manera, efectivamente, como -- croone el mismo autor de referencia, a un agente de vigilancia --

(447) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Ob. Cit. Págs. 56, 57

(448) Cfr. Ob. Cit. Pág. 273

"... no se le puede considerar responsable de acarrear, por ejemplo, el botín alcanzado por los malhechores a los vehículos empujados para el asalto o de no tratar de impedir éste llegando -- hasta el sacrificio innecesario de su vida, en el supuesto que no se pueda resistir por la naturaleza del ataque ..." (449), y asimismo, en otra parte de su obra, al referirse al caso de quien entrega voluntariamente la cosa, como resultado de la violencia física o moral sobre él ejercida, opina, que "... si la entrega es voluntaria, no hay anodamiento, sino entrega; pero como quiera que está viciada la voluntad por la violencia, se adecúa al tipo descrito en la fracción I del artículo 284 del Código Penal, que dispone que 'si el amenazador cumple su amenaza se acumulará la sanción de ésta a la del delito que resulta' ..." (450), esto último, evidentemente, por lo que al amenazador o coaccionante se refiere.

En la fracción X del artículo 15 que estudiamos, encontramos, por otro lado, una figura jurídica más, que también es considerada parte de la inexigibilidad, a la que se conoce como caso fortuito, y que estando ubicada como excluyente de responsabilidad penal, se le define en esa fracción, como el "... Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas ..." -- De lo cual, observamos, el obrar del sujeto no está teñido por ninguna de las formas que puede adoptar la culpabilidad subjetiva, ya que en tal obrar no hay intención ni imprudencia, y además, se presenta como lícito y precavido. La Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha establecido una definición sobre el caso, al decir en una de sus tesis, que "... la excluyente de caso fortuito se configura legalmente cuando a pesar de que la conducta del agente activo es lícita, cuidadosa y precavida, surge el resultado típico, imprevisible por la concurrencia de una causa ajena o la actuación no encaminada a producir el hecho ..." (451); y en la doctrina, por otra parte, se estima, que "... por tal no debe entenderse ausencia de causa, pues no existe un sólo hecho en el mundo de los fenómenos en el cual no se opere la ley de la causalidad; surge el fortuito cuando, dándose una re

(449) Ibidem.

(450) Ibidem. Pág. 154

(451) Citado por Vela Treviño, Sermio. Ob. Cit. Pág. 272

lación de causalidad, la acción del hombre interviene en ella para producir el resultado ..." (452). De lo cual, infierese, en el caso fortuito existe relación causal entre la conducta y el resultado, por lo que no podrá señalarse, como de hecho se hace, que el mismo constituya un aspecto negativo de la conducta, sin que con ello se incurra en un error. De hecho, el resultado en el casus es inesperado, surge con total independencia del querer del agente activo, por lo que, se estima también, que "... lo esencial en el caso es el azar, la casualidad, lo contingente, en una palabra, lo accidental, ajeno a la normal previsión humana, (que) produzcan el evento dañoso, no obstante un minimum aceptable de imprevisión ..." (453), así que, en concreto, la nota distintoria que lo identifica aparte de la culpabilidad subjetiva es la imprevisibilidad, ya que, en tanto que en las formas de la culpabilidad el resultado es siempre previsible, en el caso fortuito no existe esa posibilidad de previsibilidad. De esta manera, hay que rechazar, sea un aspecto negativo de la conducta, dada la presencia de nexo causal; pero también, que se da por ausencia de nexo subjetivo, debido a la previsibilidad de las formas de la culpabilidad subjetiva.

Y a pesar de que algunos autores, estiman, se encuentra en "el límite de la culpabilidad", y se acuñan términos novedosos, como lo hace Castellanos (454), al escribir que es un problema de "metaculpabilidad", la realidad (como indirectamente lo dejan ver la mayoría de los autores en doctrina, incluido el propio Castellanos) es que la naturaleza jurídica del caso fortuito reside en la no exigibilidad de la conducta prescrita en la norma, por virtud de que, se estima, el fortuito es todo lo que supera la previsibilidad del hombre común, no siéndole exigible, en consecuencia, una conducta distinta a la ejecutada.

(452) Antolisei citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Págs. 449, - 450

(453) Carrancá y Trujillo. Raúl. Ob. Cit. Pág. 420

(454) C^r. Ob. Cit. Págs. 251, 252

C A P I T U L O T E R C E R O

DETERMINACION DE LA CONSUMACION Y SUS EFECTOS EN EL DELITO DE ROBO

- 3.1 El Iter Criminis
- 3.2 La Tentativa
- 3.3 La Fijación del Momento en que se Consuma
 - 3.3.1 Visión de la Doctrina
 - 3.3.2 En Nuestra Ley
 - 3.3.3 Posibilidad de Encontrar Respuesta en Nuestra Ley

3 DETERMINACION DE LA CONSUMACION Y SUS EFECTOS EN EL DELITO DE ROBO

Hemos hecho hasta aquí un repaso general sobre la teoría del tipo y sobre la teoría del delito, habiendo enfocado, asimismo, ambas construcciones en la explicación y consideración jurídico - dogmática del robo. Podremos, si es nuestro gusto, estimar como -- marco jurídico todo lo expuesto con antelación, aún cuando (como -- se puede desprender de su simple lectura) hemos tenido la ocasión de asumir posiciones a cada paso, o de hacer alguna que otra estimación personal, en vista de la diversidad de criterios que a lo largo del camino han salido a nuestro paso. Sin embargo, es pertinente reconocer que este estudio, ni aun visto con la mejor buena fe, constituye algo acabado. De hecho, eso no ha sido nunca nuestra pretensión, más consideramos que en el mismo han quedado expresados, con la debida amplitud, los puntos claves y básicos sobre los que, en última instancia, habremos de desenvolver nuestra última conclusión.

Ahora bien, circunscribiendo el tema de este último capítulo en algún lugar de las estructuras jurídicas que con antelación vimos, podemos aseverar que el problema generado nada tiene que ver con la antijuridicidad de la acción, y que, asimismo, es extraño -- al problema de la imutabilidad del sujeto, a la culpabilidad y, -- en fin, a la punibilidad consiguiente. Nuestro problema, creemos, es un problema de tipicidad, reside en esencia en la determinación correcta del grado de avance de la conducta desplegada que implica el delito consumado respecto del delito tentado. Por ello es, que en este trabajo hemos tocado quizá con menor exhaustividad a los elementos delictivos, en relación con los que nosce el tipo. Si la tentativa es una conducta típica, si nuestro problema toca a la tipicidad, consecuentemente, habremos de presuponer ciertamente un conocimiento (cuando menos como el desarrollado en las primeras partes de este trabajo) sobre la noción del tipo y sobre sus elementos constitutivos; pero, además, también creemos, se hace imprescindible un conocimiento general sobre aspectos fundamentales del delito, pues, estableciendo un parangón, sería como tratar de explicar la ubicación y tamaño de un determinado país en un mapa en donde sólo se encuentra dibujado el perímetro de ese país. De esta manera, es claro el contorno de nuestro problema a resolver, y asimismo, queda sentado que algunas de sus bases de sustentación han sido estudiadas a lo largo de este trabajo.

3.1 EL ITER CRIMINIS

Voz latina por la que podemos entender el camino que recorre el delito, comprensiva del estudio que cubre toda la ruta que sigue el delito, desde su aparición como un mero concepto en la mente del hombre, hasta su conclusión o agotamiento. "... Este trayecto (nos dice Cesar A. Osorio y Nieto) es propio de los delitos intencionales o dolosos, y no se recorre en los delitos imprudenciales o culposos ..." (455), y esto, agregamos, en virtud de que en estos últimos no existe una voluntad expresamente dirigida a su -- producción, la cual, por otra parte, se hace necesaria en casi todas las etapas del iter criminis, excepción hecha únicamente en la consumación, que puede admitir la ausencia de voluntad, y en donde, precisamente por ello, tiene su nacimiento el delito imprudencial. De consiguiente, "... el delito culposo comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentati-----va ..." (456)

Este camino del delito, debemos decir, está compuesto por -- las siguientes etapas:

a). Fase interna

Esta fase comprende tres momentos:

Primero la ideación o idea criminosa, que "... se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un deli-----to ..." (457)

Segundo la deliberación, en el cual se presenta "... una meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra ... --es decir-- hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibito-----rias ..." (458); o dicho con otras palabras: en esta etapa se ventila una lucha en la conciencia, entre la punzante idea criminosa y todos aquellos factores de orden religioso, moral, etc., que neg

(455) Ob. Cit. Pág. 77

(456) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 275

(457) Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve Ensayo Sobre la Tentativa. 3ra. ed.; Porrúa, S. A.: México, 1982. Pág. 9

(458) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 276

den en un momento frenarla.

Y tercero la resolución, que es el momento en que el sujeto resuelve llevar a cabo su conducta delictiva.

En esta fase interna no hay lugar todavía al merecimiento de una pena, pues, de acuerdo con la máxima de Ulpiano, de perenne vigencia, "... nadie puede ser penado por sus pensamien-----tos ..." (459)

b). Fase externa

Esta fase externa se compone también por tres momentos, que son:

El primero, la manifestación, que consiste en "... el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra ..." (460); es decir, en este momento el sujeto proyecta al exterior sus ideas delictivas, sólo que a través de la palabra, o séase, no propiamente mediante actos materiales. Esta manifestación, se asevera en doctrina, no es sancionable, salvo en algunos casos que nuestro Código Penal específicamente señala, como lo son: la amenaza (art. 202), la inducción o instigación (art. 13, fr. XI), la provocación de un delito (art. ---- 209), y otros.

El segundo, la preparación, esto es, como expone Villalobos, "... todo aquello que organiza los preliminares indispensables, -- aprestando los instrumentos con que ha de ejecutarse el acto delictuoso y reuniendo las informaciones que facilitan la realización -- de lo que se ha proyectado, pero sin llegar a la conducta misma -- que se considera constitutiva del tipo delictuoso ..." (461), como la adquisición de una ganzúa, por ejemplo, o el instruirse en el conocimiento de las costumbres de una familia en cuyo domicilio se ha de querer perpetrar un robo, o también, el simple merodeo en -- torno de una casa. Así, pues, en esta etapa los actos en sí mismos no constituyen delito, ya que no es posible en ellos apreciar la -- antijuridicidad, consistente en la oposición objetiva con la norma

(459) Ibidem.

(460) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 468

(461) Ob. Cit. Pág. 458

de Derecho; o como lo hubo de indicar Beling, quien es citado por Zaffaroni (462), que es acto preparatorio hasta en tanto no se penetra con él en el núcleo típico. Esta fase, por otro lado, tampoco es sancionable, y esto, se estima, en atención al punto de vista del Derecho penal liberal moderno, tributario de los principios pregonados por la Escuela Clásica; y sólo por excepción, nuestro Código Penal eleva a la categoría de delito contadísimos casos, como el precisado en el artículo 256, que establece sanción para --- "... los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, ganzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que tratan de cometer un delito ..." Precepto que, por otra parte, se ha dicho, "... rompe con el principio de igualdad, porque los potenciales portadores de los instrumentos señalados, jamás pueden cometer el delito de referencia ..." (463)

Y el tercero, la ejecución, en donde, valga la redundancia, es propiamente ejecutado el delito descrito en la ley. Es en esta fase, de acuerdo con la doctrina, en que se presentan las formas de aparición, presentación o manifestación del delito, es decir, de acuerdo con una concepción denominada bipartita, la tentativa y la consumación.

La última etapa del iter criminis, es la llamada de agotamiento, misma que tiene lugar "... cuando, después de perfecto el delito, continúa el desenvolvimiento ulterior con nuevo daño, hasta lograr el fin que el agente se proponía ... -como por ejemplo- en el hurto, cuando se revende el producto o se aplica a la necesidad del agente, etc. No agotar el hecho es detenerse en la mera -- violación jurídica, agotarlo es conseguir el propósito que, como resultado final quería el agente ..." (464), pero como en nuestro país, de acuerdo con nuestro Derecho positivo, el robo se concretiza, como veremos, en el preciso momento de la consumación, es decir, en aquel instante en que se ejecuta la mera violación jurídica, entonces resulta indiferente que el autor de tal ilícito lo -- lleve hasta su ulterior agotamiento disponiendo, de algún modo, de la cosa sustraída. Por ello es, también, que nuestro código habla de que el robo se consuma desde el momento en que el culpable toma la cosa, aunque la abandone al verse perseguido, por no ser requisito

(462) Cfr. Ob. Cit. Pág. 647

(463) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 279

(464) Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit. Págs. 493, 494

necesario para la perfección del hecho, que el agente pueda disponer libremente de lo robado y que logre el fin lucrativo.

3.2 LA TENTATIVA

En el nuevo texto del artículo 12 de nuestro Código Penal, - se proclama, que existe tentativa punible "... cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél - no se consuma por causa ajena a la voluntad del agente ..."; o dicho mas brevemente: la tentativa es el acto de ejecución del delito, que no llega a consumarse por causa ajena a la voluntad de su autor.

De aquí que los elementos de la tentativa, se estime, sean: a) uno objetivo, que consiste en los actos materiales exteriorizados por el agente, que deben ser de naturaleza ejecutiva, y cuyo - punto más controvertido "... se expresa como el comienzo de ejecución por hechos exteriores ..." (465); b) uno subjetivo, que reside en la intención de delinquir; y c) "... un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto ..." (466)

En el segundo párrafo del artículo 12 que estamos viendo, se precisa, que "... para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la comisión del delito ..." De lo cual, infiere-- se, el juez deberá tomar en cuenta los diversos grados o modalidades de la tentativa, los cuales son dos:

Uno la tentativa acabada, llamada también delito frustrado, que se caracteriza porque el individuo lleva a cabo todos los actos que lógicamente podrían haber producido el delito, a pesar de lo cual, el delito no se consuma.

Y otro la tentativa inacabada, conocida también como delito intentado, que es aquel en el que, por el contrario, el sujeto no ha realizado todos los actos requeridos de su parte para la consumación del delito, y por ello, el resultado no se produce.

(465) Ibidem. Pág. 475

(466) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. Cit. Pág. 475

En el tercer párrafo del artículo 12 aludido, por otro lado, nuestro código habla del desistimiento y del arrepentimiento, y es to lo hace diciendo, que "... si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, -- sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos ...". De lo cual, se infiere, estas figuras operan cuando son motivadas por la propia voluntad del autor, y no como refiere nuestro código al definir la tentativa "por causa ajena a la voluntad del agente". En el desistimiento aun no han sido terminados los actos objetivos que componen la etapa ejecutiva, en tanto en el arrepentimiento, aquella ya ha sido realizada.

En el robo objeto de nuestro estudio, puede tener lugar la tentativa inacabada, y no así (de acuerdo con la concepción que, ya veremos, se sigue en nuestro país respecto de la determinación del momento consumativo en el mismo) la tentativa acabada, llamada también delito frustrado, y asimismo, pueden operar el desistimiento, el arrepentimiento y la tentativa imposible (esta última, por falta de objeto material, de bien jurídico, o por la inidoneidad de los medios), tal es el parecer de una parte de la doctrina en nuestro país, con el que nosotros desde luego coincidimos. Sobre la tentativa acabada en el robo, sólo resta apuntar, F. Cárde- nas (467) la rechaza, en tanto que Porte Petit (468) la admite.

Por cuanto a la punibilidad de la tentativa, nuestro Código Penal determina textualmente en su artículo 63, que "... A los resposables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario ...". Pero podría suceder que no fuera posible determinar el monto de lo robado, dada la inaparición de un resultado concreto en la tentativa, y entonces no podría aplicarse lo preceptuado en el artículo 63 que transcribimos, más advertido de ello nuestro Código Penal, preceptúa en su artículo 371, parte final, que "... En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible de

(467) Cfr. Ob. Cit. Pág. 140

(468) Cfr. Robo Simple. Ob. Cit. Pág. 132

terminar su monto, se aplicarán de tres días a dos años de prisi--
6n ..."

3.3 LA FIJACION DEL MOMENTO EN QUE SE CONSUMA

Primercamente, veremos la visión global que sobre este parti-
cular nos ofrece la doctrina; para luego, una vez detectados los -
criterios predominantes, y sus consecuentes implicaciones, puntua-
lizar cual de ellos debe aplicarse, frente a nuestra legislación,
en nuestro país.

3.3.1 VISION DE LA DOCTRINA

En el decurso de la historia y desde el punto de vista del -
derecho comparado, las teorías elaboradas, de acuerdo con un cua-
dro que nos ofrece Jorge Frías Caballero, quien es citado por F. -
Cárdenas (469), son no menos de quince, número que por sí sólo ha-
bla de la gravedad del problema, ellas son:

1o. Teoría de la atrectatio o del mero tocamiento de la co-
sa.

2o. Teoría de la apprehensio, o de la simple cartación mate-
rial del objeto: tomarlo con las manos. Inaceptable, al igual que
la anterior, por estimarse que con ello no se quebranta el poder -
de hecho que sobre la cosa tiene el sujeto pasivo.

3o. Teoría de la amotio o de la mera remoción, consistente -
en mover la cosa del sitio en el que se encuentra.

3o.' Teoría de la amotio preparatoria, que "... consiste -
en hacerle perder al dueño la disponibilidad inmediata de la cosa,
si el ladrón no ha podido sacarla del lugar en donde la tuvo que -
dejar para recogerla con posterioridad ..." (470). En defensa de -
esta posición, explica Jiménez Huerta, se estima que el "... momen-
to de la remoción ... implica en sí mismo una violación completa -
de la posesión ..." (471), ya que, en ese mismo momento, añade en
otro lugar, "... le priva de sus facultades de usar, disfrutar y -

(469) Cfr. Ob. Cit. Págs. 134, 135

(470) Idem. Pág. 137

(471) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. ----
T. IV, Ob. Cit. Pág. 28

disponer (de la cosa al sujeto pasivo) ..." (472)

4o. Teoría de la ablato, o del traslado o transporte de la cosa:

- a) Fuera de la habitación.
- b) De las dependencias
- c) De la casa.
- d) De las adyacencias.

Modificaciones de la ablato que superan el mero sentido espacial y físico, destacando, más bien, sus aspectos idcológicos:

a) Esfera de custodia en que se halla la cosa, entendiéndose en doctrina por tal esfera, al "... 'conjunto de medidas de control y vigilancia destinadas a proteger y a conservar la cosa - en poder del derechohabiente' ..." (473), y ejemplos de esto, se estima, lo son el interior del bolsillo de un pantalón, de un portafolios, de una caja fuerte, de una habitación, etc.

b) Esfera de vigilancia. Respecto de esta figura, Jiménez Riarta nos expone algunos ejemplos, al decir, que "... cuando el sujeto activo, cual longa manus del poseedor, tiene previo contacto físico con el objeto material del robo, el delito sólo se consuma en el instante en que sustrae dicho objeto de la esfera de vigilancia del sujeto pasivo. El mozo de estación que conduce el lado y bajo la vigilancia del viajero el equipaje de éste, sólo consuma el robo cuando logra -burlando dicha vigilancia- huir o desaparecer con las maletas. El dependiente de comercio que después de enseñar a un cliente el anillo de esmeraldas que vende en la joyería, en vez de colocarlo en el escaparate ... -lo- esconde en algún bolsillo de su traje, pues conforme a las concepciones culturales y jurídicas de nuestra época, lo depositado y guardado en dichos lugares queda fuera de la esfera de vigilancia del sujeto pasivo ..." (474). De lo cual, observamos, este autor acenta la aplicabilidad de este concepto en nuestro Derecho.

c) Esfera de acción o de actividad patrimonial, entendiéndose en doctrina por tal, a un concepto "... que va más allá - de los límites de la custodia y que comprende todos aquellos casos en que subsiste el poder del derechohabiente sobre la cosa, aun aun

(472) Ibidem. Pág. 89

(473) Ure citado por F. Cárdenas, Raúl. Ob. Cit. Pág. 135

(474) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. ---- T. IV, Ob. Cit. Pág. 90

do no la tenga físicamente en sus manos, o que por la naturaleza - de las mismas deba entregarla a otro momentáneamente o abandonarla temporalmente, como los aperos en el campo o los automóviles frente a la casa o la oficina ..." (475). Sobre este concepto, Demetrio Sodi, quien es citado por F. Cárdenas, asevera rechazando, -- que "... es absurdo afirmar que cuando se ha tomado la cosa de -- otro y el ladrón pierde esa cosa mueble en la calle, no se ha consumado el delito porque el objeto no pasó a la esfera de actividad patrimonial del delincuente' ..." (476).

d) Esfera de poder. Esta teoría es desarrollada en la -- Argentina por Sebastián Soler, quien a su vez hubo de basarse en -- los estudios civiles de Wincheid, y penales de Pessina. De este modo, comienza por señalar que la nota característica en el robo es la posesión, afirmando enseguida que esta última se integra por -- una relación directa e inmediata entre el sujeto con la cosa (es -- decir, una idea acorde con nuestra legislación civil sobre la posesión), pero, además, agrega, la posesión encierra otras ideas distintas menos materiales, más espirituales. Dice que el propietario o poseedor de una cosa proyecta su poder dentro de determinada esfera sobre el objeto y sobre el espacio que ocupa porque todo está comprendido dentro de una esfera global de actividad, cuyos alcances están señalados por límites muchas veces de puro valor simbólico. Así por ejemplo, una persona posee todos los objetos que tiene en su casa aun en los rincones más apartados aunque nunca concurra a esos lugares o aun cuando nunca los tenga en sus manos. Dentro -- de determinada esfera que en el presente caso se limita por el inmueble mismo; así es que todo aquello que se encuentre encerrado -- dentro de esa esfera está siendo poseído por su propietario, aun -- cuando no existe ninguna vinculación física directa e inmediata entre el sujeto y la cosa (477). De donde, observamos, de verse así las cosas, se estaría trabajando con un concepto de posesión más -- amplio del que se tiene en materia civil. Respecto de esta noción, añadimos, Soler, quien es citado por F. Cárdenas, expone un ejemplo más, diciendo que no hay robo en el caso de que alguien que -- viajando en un autobús tome una cosa y al ser sorprendido por el -- dueño o poseedor, la arroje de inmediato a la calle, y no lo hay, por cuanto a que, dice, aún no ha entrado dentro de su esfera de po

(475) F. Cárdenas, *Reál. Ob. Cit.* Pág. 98

(476) *Idem.* Pág. 135

(477) *Cfr. Citado por Cardona Arizmendi, Enrique. Ob. Cit. Págs. - 205, 206*

der (478). Más, quienes no aceptan a la "ablatio" y a esta modalidad de ella, sostienen, como lo hace F. Cárdenas, que contra la -- conclusión a que llega Soler, en el caso, hay robo, y esto, en virtud de que "... el acto mismo de arrojarlo, es ya en ejercicio del poder de hecho que tiene sobre la cosa ..." (479)

e) Esfera de disposición, entendida, de acuerdo con Quintano, quien es citado por F. Cárdenas, "... como potencial ejercicio de facultades dominicales, aunque en realidad no lleguen a --- ejercitarse ..." (480)

4o.) Teoría de la ablatio completa, consistente en la -- colocación de la cosa eu loco qui destinavenat for. Los defensores de esta teoría (ablatio), aducen, según expresa Jiménez Huerta, -- que es "... 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 y colocada en la de la acción del culpable ..." (481)

5o. Teoría de la illatio, que ve consumado el robo hasta que la cosa ha sido puesta a buen recaudo, o sea, "... cuando la cosa ha sido transportada por el ladrón al lugar seguro donde se proma-- so, antes del robo, ocultarla ..." (482)

6o. Teoría de la locupletatio, o del aprovechamiento del objeto por el sujeto activo. Teoría que trasvasa al proceso ejecutivo para llegar hasta el agotamiento en el iter criminis.

De estas teorías, adelantamos, dos son las que básicamente -- tienen acogida en la doctrina y en la jurisprudencia nacionales: -- la de la "amotio" y la de la "ablatio". Cada una de ellas, como ve remos enseguida, representa una manera un tanto diferente de pensar, que desde el punto de vista de su raíz filosófica, de su estructura dogmática, que alude también a diversas construcciones dadas y, en fin, a su consiguiente diversa forma de interpretar conceptos tales como el objeto jurídico, el elemento subjetivo, la conducta típica, etc., son dos concepciones opuestas que se excluyen una a la otra, y que no pueden ser utilizadas indistinta-

(478) Cfr. F. Cárdenas, Raúl. Ob. Cit. Pág. 98

(479) Idem.

(480) Ibídem.

(481) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. --- T. IV, Ob. Cit. Págs. 28, 29

(482) Idem.

mente en un determinado caso concreto dentro de un sistema dado de leyes -precisamente- por aquella razón.

3.3.2 EN NUESTRA LEY

En nuestro medio existe un artículo de nuestro Código Penal que constituye un parametro guía en la solución de tan aguda cuestión, tal es el 369.

Este precepto, hay que apuntar, data del código de 1871, el cual disponía en su artículo 370, que "... el robo es objetiva y -jurídicamente perfecto cuando el ladrón pone la mano en la cosa --ajena, cuando la toma con el ánimo de hacerla suya, cuando viola -el derecho de propiedad ...". De lo cual, se infiere, tal ordenamiento se acogía al criterio denominado de la "apprehensio", dado que para el mismo, el delito en cuestión se entendía consumado en el momento en que el agente tomara con sus manos la cosa.

Esta disposición, que indudablemente adolecía de graves deficiencias, fué reformada para el código de 1929, mismo texto legal que estableció en su artículo III4, que "... 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, aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella ...".

"... Desafortunadamente (nos dice F. Cárdenas) no existen comentaristas del código de 1929, excepción hecha del licenciado don José Almaraz ... cuya obra -infortunadamente- en su mayor parte se ha perdido, por lo que no podemos conocer cuáles fueron los motivos que inspiraron la reforma, que se aceptó sin reparo por los legisladores de 1931 ..." (483); lo cual implica que el criterio de consumación entre nosotros, tiene su fundamento en el citado precepto del código de 29, de cuya razón de ser no existe explicación alguna.

Francisco González de la Vega, por su parte, prefiere atribuir dicha reforma al legislador de 31, y agrega que al redactarse dicho precepto en nuestro código vigente, "... se mejoró técnicamente el viejo artículo 370 del código de 1871, que daba por consu-

mado 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 esa forma de apoderamiento directo y físico, en que el - ladrón asía la cosa con sus 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 ..." (484)

Al aplicar las teorías que sobre el momento consumativo en - el robo hemos visto con antelación, para tratar de encontrar en -- cual de ellas se asienta el precepto citado, hemos hallado básicamente dos enfoques imperantes en doctrina, uno que sostiene es la "emotio" el criterio que a la luz de nuestra legislación debe seguirse, y otro que considera aplicable en nuestro medio la teoría de la "ablatio", que dicho sea de paso, acepta el código francés.

La diferencia entre ambas teorías, reside en que, en tanto - que para la "emotio" el delito esta consumado tan pronto como el - agente logra remover la cosa del lugar en que se encuentra, para - la "ablatio" el delito llega a estar consumado hasta en tanto el - agente logre transportarla fuera del lugar en que se encuentra.

3.3.3 POSIBILIDAD DE ENCONTRAR RESPUESTA EN NUESTRA LEY

Recapitulando lo expuesto en algunas partes importantes del cuerpo de este trabajo, que tienen que ver con el momento consumativo en el robo, podemos apuntar, principalmente dos son los sistemas aludidos por la doctrina y jurisprudencia nacionales para la resolución de este problema, pero sólo uno u otro de ellos, si----- guiendo en esto el parecer de los autores, debe ser, en definitiva, el aplicable para la resolución de todos los casos que se presenten en nuestro medio.

El primero, que es el de la "emotio", sitúa su raíz más profunda en una corriente filosófica llamada idealismo gnoseológico, que postula que el ser se reduce al conocer, y que, por tanto, el conocimiento es el que crea -o poco menos- al objeto (véase conducta); de donde, será la prohibición - tipicidad la que crea a la -- conducta, y no al revés; es decir, que esta última no es propiamente

te la conducta ontico - ontológica, o sease, la común y corriente, sino que es una conducta que abarcando materialmente a la conducta en sentido estricto, al resultado y a su nexo causal que los une, prescinde o no requiere de que la voluntad de ejecutar la conducta también abarque al resultado; o dicho con otras palabras: para esta postura, la voluntad en el hecho sólo abarca a la conducta, o sease, a la actividad o inactividad delictuosas (coeficiente psicológico), y deja el querer del resultado (coeficiente teleológico) para un estrato posterior del delito, llamado culpabilidad. A esta forma de ver las cosas, se le conoce como teoría causalista de la acción, y en ella, por tanto, también está ubicada la teoría de la "amotio", para la que no es necesario considerar para la concreción del hecho delictuoso, a la materialización de ese querer final.

Abundando un poco más sobre la teoría causal, hemos visto, - en principio fue apoyada sobre la base filosófica del positivismo mecanicista, heredero, a su vez, de las concepciones de la ilustración y, por ende, tributario, también, de las concepciones físicas de Newton. Todo son causas y efectos en una primera etapa, todo gira dentro de un gran universo mecanicista, y, por lo tanto, se acepta, la conducta es un movimiento con voluntad de hacer ese movimiento, sin importar la finalidad perseguida con el mismo (sistema de Liszt - Beling, que corresponde también al esquema objetivo - subjetivo de consideración del delito). Más como esas estructuras que le dieron origen zozobraron, asimismo, este concepto, denominado "naturalista de la acción", dejó de tener vigencia, por cuanto a que, se llegó a estimar, era un invento que nada tenía -- que ver con la realidad de la acción, pues se advirtió que una conducta sin finalidad carece de voluntad y, en realidad, queda reducida a un simple proceso causal. Por lo que, en tal emergencia, dado que el concepto de conducta de la teoría del delito no correspondía a la realidad, la doctrina comodamente decidió desechar la realidad y mantener el esquema. De esta manera, apartándose de la realidad, el concepto causal de la acción pasó a ser subsidiado -- por el idealismo, principalmente por el llamado neo - kantismo, desarrollado por Baden. Si el universo es un caos y el orden jurídico none orden en ese caos, en ello nada importa que la voluntad -- quede sin contenido (sistema desarrollado en su máxima expresión -- por Mezger). La crítica más aserba a esta postura, es en el sentido de que para la misma, tal parece, el Derecho no trabaja con conductas humanas, sino con puros procesos causales, y aunque se afirma que la finalidad de la conducta al fin de cuentas es tomada en

cuenta, aunque en la culpabilidad, lo cierto es que el hecho está expurgado de ella, y que, por tanto, el sentido común no esta muy conforme con esto.

Ahora bien, hay que señalar, nuestro ordenamiento legal está acorde con este parecer, no obstante las citadas incongruencias -- que mantiene con la realidad la teoría causal, en virtud de las siguientes consideraciones a las que se ha llegado a lo largo de este trabajo, tomadas, debemos decir, de los enfoques existentes.

Porque el objeto jurídico del tipo de robo de acuerdo con -- nuestra legislación civil, aplicable en este rubro en materia penal, genericamente es el patrimonio, entendido penalísticamente, y específicamente la posesión, y no la propiedad; de donde, se colige, la objetividad en el robo reside --precisamente-- en la posesión. Pero, como ésta se integra, de acuerdo con la teoría posesoria que acoge nuestro Código Civil (que es la objetiva, de Von Ihering), solamente por un poder de hecho, denominado "corpus", matizado tan sólo por la voluntad o intencionalidad necesaria, llamada "animus", de tener relación con la cosa, de querer tenerla, de influir sobre ella, y no, cuestión diferente, de reputarla como suya, entonces no hace falta la concreta y especial voluntad animus dominis a que hace referencia Savigni con su teoría subjetiva, para la integración del hecho en el robo.

Consecuentemente, y en vista de que en la definición del robo que consagra nuestro código no se contiene una mención expresa del elemento subjetivo, y hay que buscarlo, este elemento subjetivo del tipo reside, desde un enfoque (el más genérico) en el ánimo de dominio, o bien, en el de ejercer un poder de hecho sobre la cosa, desde otro punto de vista.

Este poder de hecho del que se habla (como se define a la posesión), se debe puntualizar, no es, precisamente, cualquier relación material que se tenga sobre la cosa, sino sólo aquella que implique una privación de las facultades de usar, disfrutar y disponer de ella para cualquier otra persona, o séase, que suprima el goce de ese derecho a cualquiera otro, incluyendo al mismo dueño. De esta manera, no poseen el sirviente, maletero, obrero, comensal o huésped, que sólo la usan para determinada y precisa actividad, no pudiendo ejercer toda clase de iniciativas personales sobre la misma. Por ello es, que si una de estas personas mueve la cosa del

sitio en el que se encuentra, para realizar la actividad propia -- que los define, no esta ejerciendo un poder de hecho sobre la misma, y así lo dispone, de hecho, nuestro Código Civil, en su artículo 793, que excluye de ser poseedor al detentador.

Por otro lado, hemos visto, el apoderamiento no conlleva necesariamente y en todos los casos un desapoderamiento, pues de ser así, no podrían reputarse robo los casos de animales que pasan solos al predio vecino, en donde el dueño del mismo únicamente los retiene, o el de los desplazamientos patrimoniales, que se caracterizan por la ausencia siquiera de remoción.

Por todo lo dicho, en nuestro Derecho, tal parece, es indiferente que se logren traspasar las esferas de actividad, de custodia, de vigilancia, de poder, o, en fin, de disposición, ya que estas nociones, ciertamente más ideológicas que objetivas, son acordes, más bien, a un Derecho penal en donde tienen aplicabilidad el finalismo de la acción, la teoría subjetiva de la posesión de Savigny, en donde el objeto jurídico quizá sea también la propiedad, el elemento subjetivo el "animus domini" y, en fin, en donde sea requisito necesario el desapoderamiento, etc.

Así, el robo de acuerdo con el criterio más apoyado a nuestra legislación, se consuma con la remoción de la cosa, matizada con el propósito de hacerla entrar dentro de su esfera de poder.

No obstante lo cual, en nuestro país observamos en doctrina y en jurisprudencia diversos puntos de vista, que se adscriben a uno u otro parecer.

Quienes disienten de que la "amotio" sea el criterio seguido por nuestro Derecho:

Pavón Vasconcelos, al decir, 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 ..." (485). Opinión opuesta, de plano, a la teoría de la "amotio".

(485) Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y --- Fraude. Ob. Cit. Pág. 30

Porte Petit, quien despues de transcribir el texto de algunas ejecutorias de la Corte, en las que se sostiene, entre otras cosas, que el "... 'Apoderamiento es el acto de hacer llegar una cosa a nuestro poder. Por este termino (poder) se entiende la facultad de disposici3n sobre la cosa para fines propios ... -y que El apoderamiento, en el robo, no es sino la acci3n por la cual el agente activo del delito toma la cosa que no tenia, privando as3 del objeto a su propietario o detentador legitimo' ..." (486): en seguida, sostiene, que del texto de las ejecutorias del alto Tribunal, "... se desprende que se han considerado como teor3as aceptables, la de la 'contractatio (Sic.)', la de la 'amotio' y la de la 'ablatio' ... -concluyendo en el sentido de- que el delito de robo se consuma, cuando el agente del delito tiene previa desposesi3n, bajo su radio de acci3n 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 ..." (487). Opini3n que encontramos adherida, m3s bien, a diversos criterios sobre la consumaci3n.

Jim3nez Huerta, al apuntar, que dado que el art3culo 369 --- "... deja sin resolver la cuesti3n, pues silencia las bases materiales que deben concurrir para que deba concluirse que el ladr3n tuvo en su poder la cosa, compete a la interpretaci3n esclarecer el problema. (As3) el sujeto activo del robo tiene en su poder la cosa robada cuando, en cada caso concreto, concurren aquellas circunstancias f3cticas precisas para que social y jur3dicamente pueda afirmarse que ha quebrantado la posesi3n ajena y que, la cosa, de hecho, ha quedado, aunque s3lo fuere moment3nemente, bajo su potestad material. (Concluyendo que) esta situaci3n f3ctica se produce, evidentemente, cuando el ladr3n desolaza la cosa del sitio - en que su poseedor la ten3a ..." (488)

Y quienes acentan, la "amotio" es el criterio adecuado:

Gonz3lez de la Vega, al precisar, que "... si apoderarse es desposesionar a otro de la cosa, tomarla para s3, privarle de ella, claro est3 que la mec3nica de la acci3n implica cierta movi-

(486) Robo Simple. Ob. Cit. P3g. 12

(487) Idem. P3g. 13

(488) Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. --- T. IV. Ob. Cit. P3gs. 30, 31

lización, por mínima que sea, del objeto; (de manera que) no basta que se toque con las manos la cosa, ya que la aprehensión indica la necesidad de tomarla; pero ese movimiento de posesión en nuestro Derecho no requiere llegar a una total sustracción o alejamiento del bien ..." (489); o dicho de otra manera: es quitar la posesión de la cosa a otro, lo cual se concreta aún sin llegar a una total sustracción de ella.

F. Cárdenas, también, al advertir que el amoderamiento no -- conlleva necesariamente un desamoderamiento, y que de acuerdo con el artículo 369 de nuestro Código Penal, la remoción no se integra con el simple tocamiento de la cosa, sino que requiere algo más, -- que la acción material, física, cualquiera que ella sea, permita -- que el sujeto ejerza un poder de hecho sobre la misma, poder de hecho que se configura, en los términos del artículo 790 de nuestro Código Civil con la posesión definida en ese ordenamiento, como el ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa; de manera que el robo se consuma, insiste, en el momento en que se quebranta la posesión sobre una cosa mueble, y posteriormente, señala que de acuerdo con nuestro Código Civil no se exige a efecto de concebir poseedor a una persona, ni el animus domini ni el animus possidendi, sino que basta con que se ejerza un verdadero poder de hecho sobre la cosa a través de una remoción (490).

Será robo y no tentativa, por tanto, de acuerdo con nuestra legislación, nos dice, si el ladrón tiene ya la cosa en su poder y es sorprendido en el momento mismo en que está por salir de la habitación o de la casa en que se encontraba la cosa; o si el ladrón logra sacar la cartera de la bolsa de la víctima, y antes de que pudiera guardarla, se le sujeta la mano en que la lleva y se le -- quita, pues momentáneamente lo ha tenido en su poder; o también, -- si le ha arrebatado el bolso a la señora, al pasar en bicicleta, -- motocicleta o corriendo, y se logra detener al malhechor en el acto mismo del amoderamiento o poco después; y asimismo, será robo -- consumado, los casos en que los obreros, por ejemplo, esconden en sus ropas o en su cuerpo, objetos para burlar la vigilancia que se ejerce en algunas fabricas, pues, se estima, antes de sacarlas, -- las han removido y han realizado actos de poder sobre ellas, han --

(489) Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. Cit. Pág. 169
 (490) Cfr. Ob. Cit. Págs. 107 - 113 - 12^o - 139 - 142

tomado iniciativas, influyendo sobre la cosa, por lo que se han -- apoderado de ella y consumado el robo. Y, por otro lado, se estará frente a una tentativa, si el ladrón horada un muro para introducirse a una oficina, y el sujeto es sorprendido tratando de abrir una caja fuerte; si la víctima se resiste a ser despojada de su -- bolsa y al acudir en su ayuda otras personas, el ladrón huye sin -- tomar nada; si en el robo de vehículos, se sorprende al activo tratando de poner en movimiento el motor; o en las tiendas de autoservicio, en donde el cliente puede, lícitamente, trasladar la mercancía a las cajas instaladas a la salida del negocio; si éste esconde las mercancías, el robo está consumado desde el momento de la -- remoción, pero si el traslado de la mercancía es lícito, será tentativa el intento, sin conseguirlo, de trasponer las barras que -- protegen las cajas o el local comercial, etc. En todos estos casos hay ya un principio de ejecución (491).

Por lo que respecta al criterio de los Tribunales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado, adherida al criterio de la "amotio", entre otras cosas, que "... '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 sacarlo del dominio del ofendido.' ..." (492), y asimismo, que "... '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 mercancías, incurre en -- la responsabilidad correspondiente al delito de robo en grado de -- tentativa.' ... '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 aun cuando la abandone o lo desanoderen de ella; por consiguiente, si el cuejoso 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 la tentativa, que implica sólo un principio de ejecución --

(491) *Ibidem*. Págs. 139 - 142

(492) Citada por Forte Petit, Celestino. Robo Simple. Ob. Cit. --- Pág. 22

del delito perseguido.' ... '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 movilice la cosa y menos aún, que tenga que evidenciarse el ánimo que lo impulsó para apoderarse del bien que no tenía, ya que en este particular, la ley presume la dañada intención, mientras no se demuestre lo contrario.' ..." (493)

Y adherida, más bien, a otros criterios, también, ha estimado, entre otras cosas, que "... '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, solo quedará la conducta en grado de tentativa, si no llegó a consumarse el desapoderamiento del objeto, con relación al pasivo del delito, pues la mera contractatio 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'. ... 'Si el quejoso fue detenido cuando maniobraba un auto tomóvil ajeno, tratando de sacarlo del lugar donde estaba estacionado sin que lograra su propósito por haber sido 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.' ..." (494)

Enseguida de esto, nos permitimos esbozar otra perspectiva de solución para la cuestión.

Como se ve a lo largo del trabajo, el determinar el momento de la consumación del delito de robo atrae diversos puntos teóricos que deben ser vinculados y, por ende, creemos, los autores men

(493) Ibidem. Págs. 133 - 141

(494) Ibidem. Págs. 138 - 140

cionados no han logrado ponerse de acuerdo sobre este punto. Más - nosotros pensamos que, por lógica, el problema de la consumación - debe ser planteado dentro de lo que es el cuerpo del delito, esto es, dentro de "... la conducta que desplegada por el agente del delito se adecúa plenamente a la descripción del tipo ..." (495), o más exactamente, en su comprobación, es decir, en la acreditación de la existencia de dicha noción, ya que de esta manera visto, se aleja del idealismo, del Derecho sustantivo, y encuentra su solución en el Derecho adjetivo, partiendo desde luego de aquel. Según - la teoría tratada encontramos dos puntos de vista distintos: Uno - llamado de la "emotio", que es un enfoque causalista, y otro que se llama de la "ablatio", que más bien es vertiente del finalismo. Cada uno de ellos ve al delito de diversa forma en el punto que tocamos (cuerpo del delito), pues mientras el causalismo concibe la posibilidad de separar los elementos del delito en dos porciones, ubicando en la primera a la conducta típica y antijurídica, sin importarle su finalidad, puesto que abstrae esa conducta significativa del hombre que pudiera haberla realizado; y en una segunda parte, contempla la vinculación del hombre hacia la conducta al hacerla comprender dentro de lo que para esta teoría es la culpabilidad (acompañada de imputabilidad y responsabilidad). Por el contrario, el finalismo se opone a la desvinculación de los elementos del delito, pues ve a la conducta como típica, antijurídica y culpable, ya que, afirma, toda conducta tiene siempre una finalidad. Sin embargo, en cualquiera de las dos posiciones encontramos coincidencia, ya sea desvinculando los elementos del delito o hallándolos - en forma integral, la conducta ilícita alcanza una finalidad. Por ello, pensamos, no existe diferencia entre el causalismo y el finalismo en tratándose de la consumación del delito de robo, pues la esencia de ésta gira alrededor de tres puntos importantes que pensamos son: el elemento subjetivo del tipo, la culpabilidad y la -- violación al bien jurídico tutelado, difiriendo con ello de los -- puntos de vista de los autores tratados. Ahora bien, estos ejes de solución, necesariamente deben moverse dentro de un sistema o método que permita resolver el problema planteado. Y creemos, que sistema o método lo encontramos en el iter criminis, pues sólo hasta en tanto se realice una conducta que por sus características exterioriza el apoderamiento de cosa mueble ajena, sin derecho y sin el consentimiento de quien legalmente pudiera darlo, emergen los -

elementos que podrán determinar la existencia de la consumación -- que previamente hemos enunciado, pues al abordar la etapa del iter criminis que hemos denominado de ejecución encontramos visibles la actividad o actividades que afectan la esfera de la custodia, vigilancia, poder o disposición del objeto que forma parte del patrimonio económico de una persona distinta a la que ha realizado la conducta típica y antijurídica, y que ha trasladado el objeto a su esfera propia de custodia, vigilancia, poder o disposición. Lo que justifica el juicio de reproche que vinculará la conducta típica y antijurídica con la persona que ilícitamente ha obtenido la custodia, vigilancia, poder o disposición del objeto, y no podrá determinarse más que si ha violado el bien jurídico tutelado, que como hemos sostenido es el patrimonio económico de la persona que inicialmente custodiaba, vigilaba o tenía el poder o disposición de la cosa. Como podrá verse, los ejes centrales de la consumación, ya sea en el causalismo o en el finalismo, logran por igual ser -- vinculados, ya que no es posible hablar del elemento subjetivo del tipo que describe el tipo del delito de robo sin la concurrencia de una conducta típica y antijurídica; y tampoco es posible pensar en esa conducta significativa para el Derecho penal, sin la presencia de la culpabilidad, y desde luego, al reunirse estos elementos del delito no queda más que concluir que se ha afectado al bien jurídico tutelado. Por otra parte, hemos de observar, el bien jurídico tutelado consistente en el patrimonio económico de las personas, si se afecta por trasladar de una persona a otra la custodia, vigilancia, poder o disposición de la cosa, y que, con él se refiere inevitablemente a la propiedad, a la posesión o a la simple tenencia, sin que se pueda limitar a ninguna de las esferas de las figuras jurídicas mencionadas, por lo que debemos de concluir que la consumación del delito de robo en cada caso debe atender a la existencia de la etapa de ejecución del iter criminis en relación al elemento subjetivo del tipo delictivo, que conlleva a la culpabilidad afectando el bien jurídico tutelado y provocando con ello una transformación en la propiedad, posesión o tenencia precaria.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La delimitación de la consumación en el robo es un problema atinente básicamente a su correspondiente tipo, -- pues sólo podemos hablar de tentativa o de consumación -- en el mismo, hasta en tanto el tipo legal sea encarnado cuando menos con un principio de ejecución. Por ello es, que hemos considerado imprescindible en este trabajo el tener como punto de arranque una especial consideración en torno al tipo y a sus diversos campos teóricos que lo sustentan, que nos permiten entenderlo con mayor acercamiento.

SEGUNDA.- El tipo de robo del parágrafo 367 de nuestro Código Penal, podemos afirmar, surge de la conjunción de la conducta objetiva antijurídica de apoderarse uno de una cosa ajena mueble y del dolo del agente de substraer aquella cosa.

TERCERA.- Los elementos objetivos en el tipo de robo están compuestos, por una parte, por el núcleo del tipo, que en el -- mismo reside en una acción, representada por el verbo -- apoderar; y asimismo, lo constituyen, por otra parte, -- las modalidades y referencias de la conducta, que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio.

CUARTA.- El apoderamiento es el verbo en la descripción típica del robo, y dos son los elementos integrantes del mismo: uno material o externo, que consiste en la aprehensión de la cosa, y otro moral o interno, consistente en el propósito del activo. Respecto de esta noción, hállese en doctrina diversidad de opiniones en cuanto a lo que es, pero de acuerdo con nuestras leyes, se entiende, siguiendo a uno de estos enfoques, que consiste en la adquisición de poder sobre la cosa, es la obtención de potestad material sobre la misma, lo cual se traduce en la obtención de la posesión sobre ella, y que se alcanza, de acuerdo con nuestra legislación en materia de posesión -- precisamente -- sólo con la relación material, cualquiera que sea que permita que el sujeto ejerza un poder de hecho sobre la cosa; y esto se da, evidentemente, cuando se presenta una privación de las facultades de usar, disfrutar -- disponer de ella, para cualquiera otra persona, o séase, --

que suprima el goce de ese derecho a cualquiera otro, incluyendo al mismo dueño. Siendo, por tanto, independien-
te que la cosa sea trasladada hasta otro lugar fuera de
cualquier esfera de que se trate.

QUINTA.- Respecto al problema de determinar si el apoderamiento --
conlleva un desapoderamiento, nosotros estimamos, por --
principio, es erróneo suponer que el robo se distingue --
únicamente porque el autor siempre va hacia la cosa, ---
ues existen algunas hipótesis en que esto no sucede, co
mo cuando el sujeto activo ya la tiene, o bien, cuando --
ésta llega sola. En el primer caso háblase de lo precep-
tuado por el artículo 793 de nuestro Código Civil (que --
determina no considerar poseedor a quien mantiene la de-
tentación subordinada sobre la cosa); así como de cuando
el sujeto activo tiene la cosa pero no en razón de deven-
dencia, sino por cualquier otra de la vida social, como
cuando el dueño del restaurante pone en la mesa el cu---
bierto para el uso de su cliente, o cuando el comercian-
te entrega a su eventual comprador una joya. Y en el se-
gundo caso, es decir, cuando la cosa llega sola, pueden
citarse los casos de los animales domésticos, gallinas o
palomas que basan, por sí mismos, al predio o palomar --
ajeno; o el del ganado que se interna, igualmente, en te-
rreno ajeno, en donde existirá robo si el dueño del te--
rreno invadido por el o los animales, los retiene, a me-
nos, claro está, que su conducta engaste en alguno de --
los artículos 854, 855, 865, 866 y 874 de nuestro Código
Civil, en cuyo caso, la retención será lícita. De la mis-
ma manera, en esta segunda hipótesis cabe el caso de ---
cuando el sujeto activo obtiene del sujeto pasivo la co-
sa, a base de la vis moral. En suma, podemos concluir, --
el apoderamiento no conlleva necesariamente y en todos --
los casos, un desapoderamiento.

SEXTA.- El sujeto activo en el robo simple, no precisa de calidad
alguna, y ello provoca, en consecuencia, que se le clasi-
fique como de sujeto común o indiferente. Más nuestro Có-
digo Penal prevé al lado de este tipo básico, indepen-
diente o autónomo, una calidad especial en el sujeto ac-
tivo que lo convierte en complementado, subordinado cua-
lificado (art. 381, frs. II - VI), consistente en la de-

pendencia o vínculo existente entre el autor y la víctima, por razones de trabajo, prestación de servicios, amistad, hospitalidad, etc., que faciliten el acceso a la cosa. En relación con el sujeto pasivo, conviene anotar la distinción que de él se hace en el robo, entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito, siendo el primero a quien se arrebató la cosa, en tanto que el segundo, quien tenía sobre ella un poder de disposición.

SEPTIMA.- El objeto jurídico en el robo, hemos visto, genéricamente lo es el patrimonio, entendido penalísticamente, y específicamente: la posesión (misma que nuestro Código Civil define en su artículo 790 como el ejercicio de un poder de hecho), y no así la propiedad, que no se pierde con este delito, salvo en tres casos a que hace referencia nuestro Código Civil en los artículos 799 y 800, que hablan de bienes adquiridos en pública subasta o de un comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, así como del dinero y de los títulos al portador. Siendo en el primer caso, recuperable la cosa por el propietario, reembolsando para ello, el precio que hubiere pagado el adquirente de buena fe. Y, por otra parte, el ladrón sólo puede convertirse en propietario por prescripción como cualquier otro poseedor, de acuerdo con los artículos 1153 y 1155 del Código Civil, que en lo que nos concierne disponen, que la posesión adquirida por medio de un delito se tendrá en cuenta a partir de extinguida la pena o de prescrita la acción penal, considerándose como de mala fe, misma que prescribe en cinco años.

OCTAVA.- Dentro del objeto material en nuestro delito en estudio, encontramos a la cosa, misma que debe reunir las siguientes tres características: a). Corporeidad, esto es, que posea extensión, y que, por ello, ocupe un lugar en el espacio; pudiendo aparecer tal corporeidad, como un sólido, como un líquido, o bien, en forma gaseosa. De lo que resulta, que los bienes inmateriales como las ideas y los derechos no pueden ser objeto del delito de robo, al no ser susceptibles de percepción sensoria. Dentro de este punto encuéntrase como un problema de difícil encau-

dramiento, a la electricidad y a la energía electromagnética que utiliza el teléfono, pues de tales fluidos no se tiene conocimiento a la fecha, de corporeidad alguna, y seguramente por eso en nuestro Código Penal se ha establecido en el artículo 368 fracción II, una equiparación del aprovechamiento de tales fluidos, al delito de robo; b). Valor económico o afectivo, que se traduce en la exigencia de nuestra ley punitiva (art. 371), de determinar el valor de la cosa atendiéndose únicamente al valor intrínseco, es decir, el real de la cosa, que determinan los peritos; pero si no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, nuestra ley impone una pena de 3 días hasta 5 años. Y otra cosa: el momento en que ha de considerarse el valor de lo robado debe ser aquel en que se cometió el delito de robo; c). Susceptible de apropiación, es decir, de acuerdo con nuestro Código Civil, que no este excluido del comercio. De ahí, que los adquerimientos anti-jurídicos de una persona viva o partes de ella no integren robo, pues no siendo reductibles a propiedad o posesión, el atentado más bien sería en contra de la integridad corporal u otro bien jurídico, y no en contra del patrimonio; y por cuanto hace a un cadáver o porciones del mismo, estimamos junto con la doctrina, que siempre que hayan ingresado a un patrimonio o se encuentren inmersas en el tráfico jurídico, serán "cosas" susceptibles de apropiación, o séase, objetos idóneos para la comisión del robo.

NOVENA.- Las referencias temporales no existen en el tipo de robo, pues él no alude a que deba ser perpetrado en un lapso de tiempo, horario determinado en el día o en la noche, o período especial de días medido en el calendario, por lo que podrá realizarse en cualquier tiempo, sin que esa circunstancia agrave o atenúe su penalidad.

DECIMA.- La referencias de lugar con las que se complementa, subordina y cualifica el tipo de robo son varias, de las cuales comentamos dos: primero, cuando el robo se ejecuta en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, comprendiéndose no solo los que están fijos en la tierra, sino también los móviles, sea cual fuere la materia de que estén cons---

truidos (art. 38I bis.). Sobre esta referencia nosotros estimamos, queda encuadrado en ella el robo ejecutado en un local no destinado específicamente para habitación, - sino para otro fin diverso, como una fábrica, un almacén, etc., pero sólo en la parte en donde el vigilante - lleve a cabo su vida doméstica. Por otro lado, también - dentro de este punto, nosotros pensamos que no debe imponer el juez la misma pena a quien roba en las dependencias del local habitado o destinado para habitación, que a quien roba en este último lugar, pues si bien como deg de uno de los puntos de vista que hay, las dependencias forman un todo con la casa habitada, el juez al graduar la pena dentro de los márgenes establecidos para la citada calificativa, de 3 días a 10 años, deberá tener en cuenta este diverso grado de penetración y lesión al domicilio ajeno. Y, por otra parte, nosotros estamos con el criterio que considera no incluida en el artículo --- 38I bis. la sencilla y frágil cabaña construida con rústicas maderas, pues pese a que en el mismo se señala que es indiferente "la materia de que estén construidos", -- también se hace referencia en él a que los predios "estén habitados" o "destinados para habitación", por lo -- que, se infiere, dado que la citada cabaña normalmente -- no posee estos últimos requisitos, sólo podrá integrar -- la calificativa hasta en tanto esté siendo habitada. La otra referencia de lugar que comentamos, hállese descrita en el artículo 38I fracción I, que señala que la pena se agrava hasta con 5 años de prisión, cuando el robo se cometa en "lugar cerrado", y en la delimitación del alcance del significado de tal lugar, dado el silencio de nuestro código al respecto, vimos, no es posible atender ni a los precedentes legislativos, por obsoletos, ni a -- su significado gramatical, es decir, a aquél que señala que es lo que se encuentra interceptado en su entrada o salida, ya que podría llegarse a confundirlo con el local habitado o destinado para habitación, o incluso, con los bolsos, portafolios, cajas fuertes, etc.; lo cual no significa, sin embargo, que aquel local no esté comprendido en esta calificativa, pues de hecho sólo cuando no este siendo habitado, podrá quedar subsumido en la misma. En suma, es lugar cerrado cualquier sitio o localidad no habitada sin libre acceso a su interior, cualquier

ra que fuere el obstáculo (puertas, vallas, tapias, cercas, etc.); y quedan incluidos dentro de tal concepto, - los robos ejecutados, también, en parques, corrales o terrenos aislados por divisiones o valladares, y asimismo, los perpetrados en el interior de automóviles, carros de ferrocarril, camiones de transporte de mercancías, aviones, etc.; así como los llevados a cabo en un lugar que estando cerrado en ese momento, no lo está normalmente - en horas hábiles, como por ejemplo, en un museo. Ambas - calificativas, por otra parte, hemos visto, deben producirse por allanamiento y es indiferente el medio (furtivo, engañoso o violento) empleado por el agente para introducirse, a efecto de integrar la calificativa; sin embargo, el juez deberá tomarlo en cuenta al graduar la pena.

DECIMA PRIMERA.- La referencia de ocasión que complementa, subordina y cualifica al tipo de robo, esta representada por el llamado en doctrina; robo calamitoso, mismo que se encuentra recogido en la fracción VIII del artículo 381, - que agrava la penalidad en el robo, hasta con 5 años de prisión, cuando se cometa aprovechando las condiciones - de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público.

DECIMA SEGUNDA.- La referencia a los medios de comisión tampoco es exigida por el tipo básico, autónomo o independiente de robo, más este deviene complementado, subordinado cualificado, cuando se precisa de tal referencia, esto es, -- cuando de acuerdo con el artículo 372, el robo se ejecutarse con violencia.

DECIMA TERCERA.- El elemento subjetivo del tipo de robo existe, -- aún cuando nuestro Código Penal al definir a este delito en el artículo 367 no haga expresa mención al mismo, ya que, dicho elemento es la base para determinar si una -- conducta se adecúa o no al tipo descrito por la ley, a otro tipo o es irrelevante. Tal elemento típico hallase, pues, necesariamente impreso en el núcleo de que hablamos. Ahora bien, una vez descubierta la existencia de este elemento en el núcleo del tipo de robo, apuntamos, -- con base en ello, que este último no puede ejecutarse --

por imprudencia, ya que el conocimiento y la intención - antijurídicas son requisitos exigidos para la integración del mismo tipo. En la determinación de cuál es el citado elemento subjetivo, por otro lado, hallamos diversas posturas, de entre las cuales, vimos, la más congruente con nuestro Derecho considera que lo es el de ejercer un poder de hecho, el cual, se dice, no excluye a la intención; o dicho con otras palabras: es el ánimo o deseo de aprovechar para sí la cosa, lo cual implica que el alcance del mismo va más allá de la mera ventaja económica; aunque, por otra parte, no llega tan lejos de considerar subsumido en el mismo, por ejemplo, el propósito de daño (como se estima, por contra, en otra postura que niega el tipo contenga un ánimo). Este criterio, debemos decir, toma en cuenta los motivos que inspiraron al legislador para regular la materia posesoria, mismos que, no está por demás repetir, son acordes a la teoría objetiva de la posesión de Von Ihering, que considera, - ésta se integra con el "corpus", sin necesidad de la concreta y especial voluntad animus dominis a que hace referencia Savigny en su teoría subjetiva; sino tan sólo es suficiente la voluntad o intencionalidad necesaria, llamada "animus", de tener relación con la cosa, de querer tenerla, de influir sobre la misma, y no, cuestión diferente, el de reputarla como suya. Por otra parte, es claro que el fin de apropiación no puede ser el elemento -- subjetivo primordial en el robo, toda vez de que el pensar así, nos llevaría a caer irremisiblemente en el absurdo de considerar consumado el robo hasta su ulterior etapa de agotamiento. Sin embargo es claro también, y -- además congruente con nuestra legislación, admitir que - el elemento subjetivo en el robo es el de ejercer un poder de hecho sobre la cosa, con el fin (que ya corresponde a la culpabilidad) de hacerla entrar dentro de su esfera de poder.

DECIMA CUARTA.- Los elementos de índole normativa en el tipo de robo son cuatro: a). Mueble, b). Ajena, c). Sin derecho y d). Sin consentimiento.

DECIMA QUINTA.- La calidad mueble que el tipo de robo exige tenga la cosa, no es definida por nuestro Código Penal: de tal

manera, que en la busoueda de su significado tenemos que acudir a las explicaciones que sobre tal característica contiene nuestro Código Civil, para luego, terminar concluyendo que si bien en principio la clasificación civilista de los bienes muebles e inmuebles nos podría ser útil para definir a tal concepto (art. 753), el estudio de esa u otra clasificación de la misma índole, a más de fatigoso, resultaría un tanto irrelevante en el estudio en general del robo, pues poco -o nada- tiene de útil para el Derecho penal, ya que las ficciones que en ella -- aparecen no constituyen una explicación satisfactoria para el mismo, sino, antes bien, chocan con su manera de ver, pues en terminos generales la movilidad del objeto es lo que le dará la característica de mueble para los efectos del Derecho penal, no importando que el mismo se encuentre adherido a un inmueble, como lo quiere el Derecho civil, si como consecuencia de la actividad humana - es posible desprenderlo de tal ente.

DECIMA SEXTA.- La ajensidad de la cosa es entendida por la mayoría de autores en doctrina, y también así lo deja ver nuestra ley penal adjetiva (art. 115, fr. III), como la sola "no pertenencia al sujeto activo de la cosa objeto del delito", considerando con ello irrelevante la presencia del sujeto pasivo; aunque, por contra, Jiménez Huerta habla de que la cosa ha de pertenecer (no dice: que no pertenezca) a un patrimonio del que es titular una persona extraña al sujeto activo del delito. Dentro del elemento ajensidad pueden presentarse diversas hipótesis, a saber: a'). Cosas perdidas, que son las que teniendo propietario no tienen poseedor, y cuyo apoderamiento sin -- posterior entrega de la misma a la autoridad municipal -- dentro del plazo de tres días fijado por nuestro Código Civil (art. 775), o bien, dentro de ese plazo, pero cuando con su conducta manifieste signos inequívocos de que su intención es otra distinta a la de cumplir el señalamiento indicado por la disposición civil, configura robo, aun cuando, efectivamente, no se quebrante con ello posesión alguna, pues se debe recordar, el termino ajensidad denota tan sólo una noción negativa de no pertenencia. b'). Cosas abandonadas o res derelicta, esto es, las que no tienen propietario ni poseedor, cuyo apodera-

miento, independientemente de que se cumpla o no el plazo fijado por nuestra ley civil, por el contrario, no constituye robo, pues indudablemente se está frente a una actividad donde no hay delito, tanto por falta de integración del elemento objetivo, dentro del cual hallamos al objeto jurídico, dado que no se quebranta la posesión o el patrimonio ajeno, como por falta de formación del normativo exigido por el tipo, esto es, de la ajeneidad, así como por ausencia de sujeto pasivo. Y aunque hay ejecutorias de la Corte en las que se sostiene lo contrario, es decir, que el que se apodera de una cosa abandonada comete robo, pese al silencio de nuestro Código Penal vigente, creemos, se debe estar a la interpretación más correcta, que en esta ocasión sin duda es la que sostenemos junto con la doctrina. c'). Cosas olvidadas, que son aquellas que han quedado en un lugar en el que parecieran estar a la deriva, aunque es recordado por el autor de su extravío, y, por tanto, hay posesión sobre ellas de parte de quien las ha olvidado. Por ello es, que quien las toma para apoderárselas, comete robo, aunque, igualmente, siempre que no se respeta lo ordenado por el artículo 775 de nuestro Código Civil. d'). Res nullius, son las cosas que no tienen propietario, que no pertenecen a nadie. En relación a estas cosas nuestro Código Civil, en su artículo 789, impone una pequeña multa para quien se apodere de un bien vacante; sin embargo, se estima, su desacatamiento no implica ilicitud alguna, y menos de índole criminal, pues al igual que con la cosa abandonada, su apoderamiento no constituye robo por falta de sujeto pasivo, de objeto jurídico y de un daño o perjuicio patrimonial correlativo, así como por la consiguiente falta de ajeneidad de la cosa.

DECIMA SEPTIMA.- Atinente también a la ajeneidad en el robo, lo es el determinar si los siguientes personajes lo cometen respecto de las cosas comprendidas en el acervo patrimonial de la figura que representa cada uno: a'). El copropietario, estimamos junto con uno de los diversos propietarios, al apoderarse de la cosa en común no comete robo, pues tal apoderamiento no recaé sobre cosa ajena, toda vez que de acuerdo con una concepción conocida como *condominium iuris romani*, acogida por nuestro Código Civil,

la cosa en común no es ajena en ninguna de sus partes al copropietario, por haber sobre cada molécula de la cosa una participación de todos y cada uno de los copropietarios; b'). El socio, por el contrario, no presenta dificultad, pues es criterio generalizado en doctrina y en jurisprudencia, que si se apodera de una cosa movable -- perteneciente a la sociedad, es responsable del delito -- de robo, por ser cierto el argumento de que la persona -- moral tiene personalidad jurídica distinta de la de la -- persona física. c'). El coheredero, en nuestro concepto, si se apodera de un bien mueble perteneciente a la masa hereditaria, antes de que opere la división o adjudicación de la misma, no comete robo, pues en nuestro Derecho la herencia es una copropiedad entre los herederos, hasta en tanto no se determine la división de la misma.

DECIMA OCTAVA.-- El "... sin derecho ..." con que debe actuar el -- agente del delito, es otro de los elementos normativos -- que encierra la descripción típica del delito de robo -- contenida en nuestro Código Penal. Su función reside en destacar en forma expresa la antijuridicidad de la conducta que se describe, pero toda vez que la antijuridicidad es un elemento del delito en general que va implícito en todas sus especies, su mención expresa en el tipo es calificada genéricamente como innecesaria, tautológica y redundante.

DECIMA NOVENA.-- El "... sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella (de la cosa) con arreglo a la ley ..." con que debe actuar el activo del delito, también es un elemento normativo, pues igualmente, para su comprobación se hace menester una especial valoración del mismo, -- la cual esencialmente consiste en la determinación de -- los siguientes puntos: primeramente, con cual elemento -- del tipo, o bien, del delito debe estudiarse. Nosotros -- al observar las diversas opiniones, estimamos, debe revisarse primeramente la existencia del tipo y su posible -- encuadramiento en caso de darse el consentimiento en el robo, es decir, que debe seguirse el orden de prelación lógica de los componentes del delito, ya que si, por -- otro lado, se comienza en forma arbitraria por un elemento posterior, como en este caso lo es la antijuridici---

dad, se podría llegar a creer erróneamente que cuando al quien da a otro su consentimiento para que tome una cosa suya como regalo, se está frente a un "robo justificado"; pero lo que en realidad tenemos en el caso, a más de una atinicidad, es una figura jurídica bien diferente al robo, cual es la donación que define nuestro Código Civil (art. 2332). Asimismo, en la determinación de ---- quien puede o tiene capacidad para otorgar el citado consentimiento, vimos, nuestro Código Penal no especifica -- si tan sólo lo es el propietario, o si también puede ser lo el poseedor; discurrendo la doctrina en ambos sentidos; sin embargo, en la interpretación del termino disponer que acuña nuestro Código Penal, se concluye, sólo -- puede disponer el propietario, quien es el que tiene ple no dominio, más esto no es absoluto, pues en ciertos casos cuando con el fin de asegurar la conservación o puesta en valor normal de un patrimonio dado o una de sus -- partes, el administrador, mandatario, albacea, tutor, marido, etc., donan o enajenan una cosa perteneciente al -- mismo. De la misma manera, se determinó, un incapaz carece de la capacidad citada, y lo mismo sucede, vimos, con el consentimiento de un menor de acuerdo con el Derecho civil; a menos, claro, que dicho consentimiento lo otorgue un menor de edad, que aparentemente ya esté en posibilidad de actuar libremente, y se trate de objetos de -- los que presumiblemente pueda disponer.

VIGESIMA. -- El consentimiento en cuestión, puede adoptar las siguientes tres formas: a). Tácito, mismo que puede ser -- eficaz, por cuanto la persona que toma la cosa se siente fundadamente autorizada para hacerlo, y, por tanto, actúa sin dolo, produciéndose la consecuente ausencia de -- culpabilidad; b). Putativo, que ubicándose, más bien, en la culpabilidad, es el que existe únicamente y en forma errónea en el autor del apoderamiento; tal tipo de consentimiento, vimos, no elimina el injusto, aun cuando en otro orden de ideas, puede destruir el dolo acreditándose error suficiente y buena fe; c). El ignorado por el -- activo, en el que plantease el caso del propietario caritativo que deja frutas y productos a la puerta de su casa para los menesterosos, pero uno de ellos ignorando se -- mejante rasgo de caridad, los toma creyendo robarlos; --

sin embargo, vimos, en el caso el propietario caritati--
vo, más que otorgar su consentimiento, se desprendió tan-
to de la propiedad como de la posesión sobre la cosa, de-
jandola bajo la calidad de cosa abandonada, cuyo apodera-
miento, según vimos también, no produce delito alguno.

VIGESIMA PRIMERA.- El momento en que debe darse el consentimiento
puede ser previo o concomitante, para que sea productor
de una atipicidad, pero no posterior.

VIGESIMA SEGUNDA.- Si el consentimiento de que hablamos es dado --
por el sujeto, como resultado de la violencia física o --
moral sobre él ejercida, o, incluso, si es obligado a --
participar ayudando en el mismo, no comete robo por no --
serle exigible por el Derecho actuar en forma contraria,
como héroe, se podría decir, arriesgando su propia vida.

VIGESIMA TERCERA.- En orden al tipo, el robo se clasifica como: --
a). Anormal onuesto a normal; b). Autónomo o independien-
te, en tratándose de robo simple; c). De formulación am-
plia por oposición a los de formulación casuística; d).
De daño por oposición a los de peligro; e). Fundamental
o básico ó complementado. Y subordinado por oposición a
especial. De esta manera, tomando como tipo básico el ro-
bo descrito en el artículo 367 de nuestro Código Penal --
(apoderamiento de una cosa ajena mueble, sin derecho y --
sin consentimiento de la persona que puede disponer de --
ella con arreglo a la ley), al agregarle nuevos elemen-
tos, surgen la complementación y subordinación del mismo
y, por ende, la agravación o atenuación de su sanción; --
así, se dice que el tipo de robo deviene complementado,
subordinado: cualificado, en tratándose del cometido so-
bre: un local habitado o destinado para habitación; un --
vehículo estacionado; ganado; con violencia; en un lugar
cerrado; aprovechando las condiciones de confusión que --
se producen por catástrofe o desorden público; por un --
huésped o comensal, o alguno de su familia, o criados --
que lo acompañen, en la casa donde reciben hospitalidad,
obsequio o agasajo; por el dueño o alguno de su familia
en la casa del primero, contra sus dependientes o domés-
ticos o cualquiera otra persona; por los dueños, depen-
dientes, encargados o criados de empresas o estableci---

mientos comerciales en lugares en que presten sus servicios al público, y en los bienes de los huéspedes y ---- clientes; 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 en que tengan libre entrada por el carácter indicado; y asimismo, cuando se cometa estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público; o bien, por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten otros objetos peligrosos; o, en contra de una oficina bancaria, recaudatoria u otra en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o --- transporten aquellas. Por otro lado, el tipo de robo deviene complementado, subordinado, privilegiado, en tratándose del llamado robo de uso.

VIGESIMA CUARTA.— Por lo que hace a los diversos elementos que integran al delito, nosotros estamos de acuerdo con quienes opinan que de esencia lo son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, descartando tal carácter en la inmutabilidad (que más bien funge como presupuesto de la culpabilidad), en la punibilidad -- (que deviene más bien como reacción del orden público -- frente al delito, y que, por ende, más que un elemento, constituye una consecuencia del mismo, la cual no es de esencia, además, por no producirse en todos los delitos, como en el caso de que se presente alguna de las llamadas excusas absolutorias, en las que no obstante que la calificación delictuosa permanece, la pena no se abolica), y en relación a las condiciones objetivas de punibilidad (cuya naturaleza aún no ha sido bien precisada, -- también se rechaza sean elemento del delito, por cuanto sólo por excepción son exigidas por el legislador). De -- consiguiente, nos adherimos a quienes han escrito, por -- definición, el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable.

VIGESIMA QUINTA.— La conducta como el elemento genérico de esencia del delito, que sólo puede ser producto del comportamiento humano, ofrece diversos sistemas de planteamiento tanto filosófico como jurídico, pero nosotros somos partidarios de la corriente filosófica llamada realismo mosco-

lógico, que sostiene, el conocimiento no altera al objeto, por lo que el tipo no altera a la conducta, y esta - última no es extraña a la acaecida en el mundo cotidiano y corriente; de tal manera, que lo que se trata de averiguar es cuáles caracteres de la conducta (que es una realidad perceptible a través de los sentidos) pertenecen al injusto (que es un concepto ciertamente pre - establecido). No obstante, por otro lado, pese a que esta corriente de pensamiento es vertiente de la llamada teoría finalista de la acción, la mayoría de autores en nuestro país prefieren adherirse, ya en este punto, quizá oportunamente, a la concepción causalista de la conducta, - que separa a la finalidad de la voluntad en la conducta. Es decir, que si la conducta posee un coeficiente teleológico, que consiste en la voluntad del agente, de acuerdo con la teoría causalista de la misma, se entiende, este coeficiente en la conducta (coeficiente psíquico) sólo abarca el querer realizar la acción o la omisión, dejando el querer del resultado para otro estrato posterior llamado culpabilidad; o dicho con otras palabras: - la acción es un movimiento corporal hecho con voluntad de hacer ese movimiento, es decir, una "inervación muscular", un movimiento voluntario -no reflejo-, pero en el que no importa o se prescinde del fin a que esa voluntad se dirige; o bien, en la omisión, es un "no hacer" caracterizado por la "distensión muscular" e interiormente -- por la voluntad de distender los músculos. De esta manera, existe una acción homicida si un sujeto dispara sobre otro con voluntad de presionar el gatillo, sin ser necesario tener en cuenta la finalidad propuesta al hacerlo, por no pertenecer dicha finalidad a la conducta. Por lo que hace al robo, sólo diremos en este punto que estos enfoques son importantes en la determinación del momento en que se consume, y que la adhesión que se hace en nuestro país a uno de ellos, implica también la asunción a un sistema dado.

VIGESIMA SEXTA.- Para referirnos a la conducta o acción en sentido amplio, preferimos emplear los términos: conducta, cuando se hace alusión a la acción o a la omisión, y hecho, cuando se quiere designar la conducta, el resultado y su necesario nexos causal. En consecuencia, si el delito alu

dido por el tipo es de mera actividad o inactividad, debe emplearse el término conducta, más si para la concreción de la conducta delictiva el tipo exige, además, la presencia de un resultado material y el nexo causal entre ambos, entonces podemos emplear el término hecho. -- Por cuanto hace al robo, nosotros estimamos, junto con una parte ~~mayoritaria~~ de la doctrina, que se trata de un delito material opuesto a formal. Ahora bien, por lo que hace al hecho, aceptamos, el mismo está integrado -- por tres elementos: a). La conducta o acción en sentido amplio (dentro de la cual encontramos a sus formas: acción u omisión, y a sus coeficientes: físico, psíquico y teleológico); b). El resultado; y c). El nexo causal entre ambos.

VIGESIMA SEPTIMA. -- En orden a la conducta (y no al resultado), admitimos, el robo es un delito de acción, siempre de carácter comisivo, contrariamente a aquellos que se caracterizan por una actividad u omisión, ya que, ciertamente, no es posible pensar que el apoderamiento se lleve a cabo por omisión; y también en orden a la conducta, estamos de acuerdo con quienes en doctrina, piensan, puede ser unisubsistente, y asimismo, plurisubsistente; pero en este último caso, creemos, de igual manera adheridos a una parte de la doctrina, que nuestro delito en estudio puede ser plurisubsistente no solamente en relación con el delito continuado, sino también cuando el sujeto se apodera en un momento de varias cosas, realizando varios actos, pero formando con todos ellos una acción.

VIGESIMA OCTAVA. -- El coeficiente teleológico de la conducta, que se identifica con el fin, o si se quiere llamar: propósito, motivo o representación, que es un paso de la conciencia que va más allá de la voluntad de distender, decidimos no verlo en el espacio dedicado a la conducta, sino en el acápite relativo a la culpabilidad, por estar acordes con la sistemática seguida al respecto en nuestro país. Ahora bien, por otro lado, para referirnos a los restantes coeficientes físico y psíquico, hemos de apuntar brevemente, que si el robo en orden a la conducta es un delito de acción, y que no es concebible llevar a cabo un apoderamiento por medio de una omisión (como --

hubimos de considerar en otro espacio), de ahí, se desprende, dichos coeficientes en el citado delito, simultáneamente, son los promios de la acción, es decir, un movimiento corporal de apoderamiento y la voluntad plena y consciente de realizarlo.

VIGESIMA NOVENA.- En relación con el resultado, en doctrina también se habla (recordemos que ya hemos precisado el robo es un delito material) de una clasificación más de los delitos, a saber, en la que asimismo el robo puede ser: instantáneo e instantáneo con efectos permanentes, por oposición a que el mismo pudiera ser permanente (también llamado: continuo o sucesivo); y asimismo, aceptamos, -- puede ser continuado.

TRIGESIMA.- El nexo causal que relaciona a la conducta como causa y al resultado como su efecto, debe ser comprobado corroborando que la primera sea conditio sine qua non del resultado, y asimismo, verificando que sea racionalmente adecuado para la producción del resultado típico. Por lo que hace al robo, recordamos aquí el caso de quien por error entrega una cosa en un lugar equivocado, y el que lo recibe se apodera de ella, concluyendo que en el caso hay robo y no fraude, por falta del nexo de causalidad entre el aprovechamiento del error y la obtención de la cosa. Por otra parte, hay que decir, el nexo causal no se excluye cuando el sujeto no realiza por propia mano el delito, pues hay que recordar el caso de los apoderamientos indirectos.

TRIGESIMA PRIMERA.- La ausencia de conducta en el robo puede derivar de diferentes razones: comenzando por la falta de acción en estricto sentido, que es la única de las formas de la conducta que tiene cabida en el robo, pasando por la falta también de alguno de los dos coeficientes de la misma, el psíquico o el físico, o bien, también puede venir por la falta de cualquiera de los otros dos elementos del hecho, o sea, el resultado material y el nexo causal. Todas estas hipótesis dan, a su vez, origen a -- las llamadas causas de ausencia de conducta, mismas que en el robo pueden ser: excepcionalmente la fuerza física irresistible o vis absoluta, aun cuando, será responsa--

ble quien coacciona; el sonambulismo; y el hipnotismo, - en donde, el resultado debiera ser atribuido y reprochado al hipnotizador; en estos casos, se debe decir, no obstante, puede tener lugar una acción libre en su causa, - con su consecuente responsabilidad que corresponda. En tanto no pueden operar como tales en el robo: la fuerza mayor o vis maior, pues debe hablarse, en vez, de falta de integración del apoderamiento por falta del elemento subjetivo del tipo; el sueño, por no ser compatible con la acción; y ni los actos reflejos, igualmente por falta de conciencia o intención en el sujeto.

TRIGESIMA SEGUNDA.- La tipicidad como el segundo de los elementos de esencia del delito, quedará integrada al tener acomodado perfecto la conducta desplegada por el agente en el tipo, y como ya se hizo una especial mención de este último, para verificar la existencia de dicho elemento delictual en nuestro delito en estudio, en obvio de repeticiones, hemos de remitirnos a lo dicho sobre el particular en el inicio de este trabajo.

TRIGESIMA TERCERA.- Nosotros nos adherimos a la teoría objetiva de la antijuridicidad, pues en la subjetiva se confunde a la antijuridicidad y a la culpabilidad, y además, con ella se pretende excluir del Derecho a los incapaces como sujetos productores de actos antijurídicos, negándole con ello el carácter absoluto de valor que el mismo tiene; y, en fin, nos adherimos a ella, porque creemos firmemente en la meta general de la dogmática: hacer lo más previsible posible las resoluciones judiciales, lo cual sin duda sólo se puede alcanzar cuando la valoración de contradicción de la conducta con el orden jurídico sólo esta referida al hecho y es impersonal.

TRIGESIMA CUARTA.- Otra posición que asumimos, es de aceptación de la antijuridicidad formal y de la consecuente negación de la material, nosotros creemos y pugnamos porque la de terminación de lo antijurídico en el caso concreto no tenga otro fundamento que la ley, que es un ente definitivamente más confiable, pues si, por otro lado, la antijuridicidad fuera reconocible solamente como algo socialmente dañoso, fuera e independiente de la ley, entonces

sería posible extenderla más allá de esta última, posibi-
litándose así la construcción de figuras "supralegales"
y, por ende, la arbitrariedad en la impartición de justi-
cia. No obstante, hemos advertido, ambas formas de anti-
juridicidad no puedan existir en forma independiente una
de la otra.

TRIGESIMA QUINTA.- Dado el carácter objetivo de la antijuridici-
dad, por estar referida al hecho y ser impersonal, las -
justificantes aprovechan a todos los coparticipes, y, --
por otro lado, al estar la conducta justificada apegada
al orden jurídico, no podrá exigirse ni responsabilidad
penal, ni reparación civil a los sujetos autores.

TRIGESIMA SEXTA.- La conducta típica de robo puede estar permitida
por la ley y, por ende, constituir causa de justificaci-
ón, en tratándose del llamado robo de familiar o de indi-
gente (art. 379), que encuadra también dentro de la fór-
mula general del estado de necesidad (art. 15, fr. IV).
Cosa que no sucede, en tratándose de la legítima defensa
(art. 15, fr. III), ya que esta figura y el robo no se -
alcanzan a fundir en su totalidad, pues aunque pudieran
concordar los elementos materiales de ambas, quedarían,
sin embargo, discrepantes los subjetivos, así, mientras
en el robo se tiene el ánimo de dominio, o de ejercer un
poder de hecho sobre la cosa para hacerla entrar al pa-
trimonio del sujeto activo, en la legítima defensa, en -
cambio, se tiene el ánimo únicamente de repeler una agre-
sión. Siendo, entonces, que la legítima defensa no encu-
dra en el tipo de robo. Y lo mismo podemos decir, por --
otra parte, con la hipótesis de cumplimiento de un deber
jurídico (art. 15, fr. V), dentro del cual suelen citarse,
entre otros, los casos del policía que cumplimenta -
una orden de aprehensión, el del actuante que para asegu-
rar el cumplimiento de una obligación dada, secuestra al
gún bien que sirva de garantía a tal cumplimiento, o --
bien, el del policía que en ejercicio de su cargo o cum-
pliendo una orden legítima, despoja al detenido de las -
armas que porta o de los otros objetos que pueden servir
le para atentar contra su vida; y asimismo, con la hipó-
tesis de ejercicio de un derecho (art. 15, fr. V), en --
que se citan los casos del padre que, en ejercicio de su

derecho de patria potestad le quita a su hijo un libro - peligroso para su salud mental, y el del director de una escuela que, en ejercicio de su autoridad, hace lo mismo con su alumno. No obstante, ambas hipótesis, tanto de -- cumplimiento de un deber como de ejercicio de un dere-- cho, no pueden operar como causas impeditivas del naci-- miento de la antijuridicidad en el robo, por cuanto a -- que, hemos visto, ellas suponen en el agente una finali-- dad muy distinta a la de desapoderar al dueño de su cosa y a la de apoderarse de ésta, por lo que en todos los ca-- sos citados, en donde vudiera la actitud materialmente -- coincidir con la figura de robo, lo que se legitima no -- es un robo, sino un acto de secuestro o de privación de la cosa. Por otra parte, debemos hacer también alusión a una justificante más: al impedimento legítimo, que por entrañar siempre una omisión, no se funde con la conduc-- ta típica de robo, que, recordando, siempre entraña una acción; de modo que no puede operar justificando a un ro-- bo.

TRIGESIMA SEPTIMA.- La inimputabilidad puede aparecer, según vi-- mos, debido a causas capaces de amular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, por lo que, en tales casos, decimos, el sujeto carece de la aptitud pei-- quica para la culpabilidad. Por lo que toca al robo, po-- demos decir, estas causas estan representadas por: a). - La minoría de edad; b). El trastorno mental, en donde, - lo importante a señalar aquí es, que para que opere esta causa de inimputabilidad en el robo, al momento de reali-- zarse el hecho el sujeto deberá padecerla. Ahora bien, - si sufriendo esta anomalía el sujeto remueve la cosa, pe-- ro una vez recobrado de la misma, se encuentra con ella y se la queda, cometera el ilícito, pues no es necesario para la integración del apoderamiento, que los elementos objetivos y subjetivos del tipo aparezcan simultáneamen-- te; c). El desarrollo intelectual retardado que impida - comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse - de acuerdo con esa comprensión; esto es, una disminución --no un trastorno mental- de la inteligencia. Dentro del mismo, encuentrase como una especie el inciso que sigue, d). La sordomudez, anteriormente regulada por el artícu-- lo 67 de nuestro Código Penal; empero, hay que aclarar,

para que sea considerada como causa de inimputabilidad, debe ser congénita y producir un estado de incomprensión en el sujeto. El sordomudo que ha adquirido esta anomalía y que sabe leer, escribir y ha tenido un desarrollo intelectual adecuado no es inimputable; e). El miedo grave, de que habla la fracción IV del artículo 15, y también encuadrable como trastorno mental transitorio (fr. II), cuando tiene su origen en una acción real de amenaza real o imaginaria capaz de hacer perder la conciencia. Por otra parte, debemos señalar, todas estas causas deben ser comprobadas por un perito médico. Y asimismo, es pertinente anotar, puede aparecer en ellas la liberalidad en la causa, con su consecuente responsabilidad penal para el sujeto.

TRIGESIMA OCTAVA.— La culpabilidad ha sido concebida de diferente modo, según se atienda a cualquiera de las tres corrientes doctrinarias que sobre ella existen, mismas que, debemos decir sintéticamente, se debaten por estimar que la culpabilidad comprende a uno u a otro, o a ambos de los elementos siguientes: a) nexo psicológico entre la conducta y el resultado, constituido por el dolo, la culpa y la preterintencionalidad, y b) juicio de reproche que comprende a la inexigibilidad, y que, es a su vez el elemento normativo de la culpabilidad. En nuestro país, hemos visto, yerran quienes proclaman que nuestro Derecho es seguidor de la corriente psicologista, pues al acercarnos un poco a ver que es lo que entienden por culpabilidad cuando aseguran seguir a tal corriente doctrinaria, notamos que su concepción psicologista deja bastante de serlo, pues en el desarrollo de la teoría del delito que exponen incluyen claros elementos normativos, y otro tanto podemos decir de nuestro Código Penal, que no obstante que en su artículo 8o. sólo hace alusión a las formas de la relación psicológica, en otros preceptos recoge hipótesis de inexigibilidad. De consiguiente, nuestro Derecho en realidad es sostenedor de la teoría llamada "compleja" de la culpabilidad.

TRIGESIMA NOVENA.— El dolo es definido por nuestro Código Penal en su artículo 9o., y de acuerdo con los lineamientos que establece este artículo, al hablar tanto de conocimiento

como de voluntad, creemos, es escogida la teoría que relaciona a la representación y a la voluntad.

CUADRAGESIMA.- El coeficiente teleológico que precisa la voluntad en el agente, hay que subrayar, de acuerdo con la sistemática causalista seguida en nuestro país, es la voluntad en el dolo, y este, se aclara, rebasa el estrecho ámbito de la conducta (acción u omisión), para abarcar también al resultado.

CUADRAGESIMA PRIMERA.- En el robo la culpabilidad queda agotada -- tan sólo con el dolo, y la culpa no tiene cabida en el mismo, discutiéndose respecto de la preterintencionalidad. Esto, por cuanto a que tal figura siempre va acompañada tanto del conocimiento de la antijuridicidad del hecho que se ejecuta, como de la intención de hacer entrar la cosa ajena al patrimonio del sujeto activo. Por ello es, que se estima genericamente, que el robo es un delito de necesaria comisión dolosa; omitir lo contrario, -- desde luego, es un absurdo, pues 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; sería tanto como negar al elemento intencional en el robo. Por otro lado, por lo que hace a las diversas clasificaciones que se dan del dolo, para el robo se acepta el que pueda ser cometido con dolo genérico, que consiste en representar y querer apoderarse de la cosa, y con dolo específico, que reside en el ánimo de dominio.

CUADRAGESIMA SEGUNDA.- La preterintencionalidad ha sido incluida -- en nuestro Código Penal a partir de una reforma en enero de 1984, habiendo quedado en la misma retomada la teoría de la concurrencia del dolo o intención respecto del resultado querido o aceptado y la culpa o imprudencia en cuanto al resultado mayor sobrevenido.

CUADRAGESIMA TERCERA.- En relación al robo, estamos de acuerdo, la preterintencionalidad puede presentarse, sobre todo, por cuanto a que en nuestro ordenamiento las cuantías desempeñan un decisivo papel para la fijación de la tipicidad. De esta manera, vemos, aparece tal figura cuando --

queriendo el agente apoderarse de determinado objeto, se apodera de uno de mayor valor; sin embargo, se aduce, -- pueden presentarse dificultades de prueba en cuanto al alcance de la intención del ladrón, por lo que, se aclara, sólo se tomara esta en cuenta, cuando se acreditare por actos anteriores, o por el ulterior de la espontánea devolución del resto de la misma que no quería sustraer.

CUADRAGESIMA CUARTA.- La inculpabilidad sobrevendrá (conformes con la teoría compleja aceptada en nuestro país) tanto por la ausencia del nexo psicológico entre la conducta y el resultado, constituido por la no avarición del dolo, culpa o preterintencionalidad, así como por la ausencia de un juicio de reproche por la no exigibilidad de acatamiento de la conducta prescrita en la norma; todo lo cual se traduce en dos causas genéricas de exclusión de la culpabilidad: el error y la no exigibilidad de acatamiento de la conducta prescrita en la ley.

CUADRAGESIMA QUINTA.- El error como género encuentra dos especies, que son: primero el de derecho, que no está contemplado como excluyente de responsabilidad sino como una circunstancia que el juzgador deberá tener presente para poder imponer una pena atenuada o incluso una medida de seguridad, según estime conveniente; y segundo el de hecho, -- que se subdivide, a su vez, en: inessential, mismo que -- produciendo culpabilidad, también contempla varias especies, a saber: a) error en el golpe o en el objeto (aberratio ictus o in objeto), b) error en la persona o en el objeto (aberratio in persona o in objeto), y c) error en el delito (aberratio in delicti). Todas estas clases de error accidental, debemos decir, exención hecha del error en el golpe, no tienen aplicación en el delito de robo; pero de cualquier manera, si un individuo, por desviación, se apodera de otra cosa distinta a la que pretendía, por ser error accidental se producirá la culpabilidad. El error de hecho, asimismo, se subdivide en especial, mismo que, igualmente, encuentra varias especies, es decir: a) cuando es vencible (que recaerá sobre los elementos del tipo), en cuyo caso se produce culpa, pero como el robo no acepta a la culpa, entonces este delito quedará excluido de culpabilidad en el caso; y b) cuando

es invencible (o séase, que recaé sobre el carácter legítimo del hecho), en cuyo caso se produce una inculpabilidad. Asimismo, cuando se refiere a la descripción legal, se dice, se está frente a un error de tipo, pero si es sobre la licitud, se está frente a una eximente putativa o error de permisión. En el robo, se estima, el error de tipo puede recaer sobre la ajeneidad o el consentimiento, pero como este tipo de error únicamente produce culpa, y ésta no es compatible con el robo, bastara con que sea esencial para excluir la culpabilidad; y por cuanto a las eximentes putativas en nuestro delito en estudio, consideramos, pueden operar en el mismo, aunque, claro, siempre que la justificante correspondiente tenga igualmente operancia en el mismo.

CUADRAGESIMA SEXTA.-- La obediencia jerárquica puede aparecer como causa de inculpabilidad si el inferior considera lícita la orden, sin serlo, por encontrarse envuelto en un error esencial e invencible, o bien, vencible pero en el cual no será responsable, porque no puede darse en nuestro delito en estudio la culpa, y no como justificante, como se asegura, como especie del cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, pues la antijuridicidad como hemos visto, valora la conducta en su aspecto meramente externo, objetivo, y el mismo acto no puede ser jurídico para quien obedece y antijurídico para el que manda, pues la nota que distingue el actuar de uno y de otro, hallase ubicada en la conciencia de ambos. Por lo que toca al robo, vemos, un caso de ella lo puede ser, por ejemplo, el secuestro de bienes decretado por la autoridad que reuna los requisitos legales.

CUADRAGESIMA SEPTIMA.-- La no exigibilidad de acatamiento de la conducta prescrita en la norma, nos atrevemos a estimar, es el matiz normativo de la culpabilidad, pues es un juicio de reproche que acompaña al nexo psicológico entre la conducta y el resultado (esto, de acuerdo con la teoría compleja de la culpabilidad, que hemos aceptado), y desde este ángulo, la inexigibilidad constituye también especie de la inculpabilidad. De esta manera, vemos, nuestro Código Penal recoge en diversas fracciones de su artículo 15, a las siguientes causas de inculpabilidad por

no exigibilidad de acatamiento de la conducta prescrita en la norma: Al estado de necesidad en bienes jurídicos de igual valor (fr. IV), al temor fundado e irresistible (fr. VI), y al caso fortuito (fr. X).

CUADRAGESIMA OCTAVA.- El temor fundado e irresistible puede operar en el robo como causa de inculpabilidad, ya que por ejemplo, no se puede responsabilizar de robo al vigilante, - por acarrear el botín alcanzado por los malhechores a -- los vehículos empleados para el asalto o de no tratar de impedir éste llegando hasta el sacrificio innecesario de su vida, en el supuesto que no pueda resistir por la naturaleza del ataque. Sobre este punto, también se asevera, por otra parte, por cuanto a la conducta del coaccionante o amenazador, que esta engasta, más bien, en el tipo descrito por el artículo 284 fr. I, que se refiere al delito de amenazas cumplidas.

CUADRAGESIMA NOVENA.- El caso fortuito, pensamos, no puede tener - lugar en el robo, pues no es congruente pensar en un robo "por accidente", y en todo caso, más bien, estaría ausente el elemento subjetivo del mismo.

QUINGUAGESIMA.- La determinación de la consumación y sus efectos - en el delito de robo, podemos aseverar, es un problema - de tipicidad, reside en esencia en la determinación correcta del grado de avance de la conducta desplegada que implica el delito consumado respecto del delito tentado. Por ello es, que en este trabajo hemos tocado quizá con menor exhaustividad a los elementos delictivos, en relación con los que posee el tipo; aunque, claro, no por eso pretendemos dar la espalda y no ver en toda su integridad al delito, pues ese es en última instancia, precisamente, el camino que habremos de proponer.

QUINGUAGESIMA PRIMERA.- El iter criminis solo es recorrido por los delitos intencionales o dolosos, y no por los imprudenciales o culposos que carecen de una voluntad expresamente dirigida a su producción, misma que, por otro lado, - se hace necesaria en casi todas las etapas del iter criminis, con excepción únicamente en la de consumación, en donde, precisamente por ello, comienza a vivir el delito

como de voluntad, creemos, es acogida la teoría que relaciona a la representación y a la voluntad.

QUINCUAGESIMA SEGUNDA.- Las etapas del iter criminis son dos: Primero la interna, comprensiva a su vez de tres momentos, a saber: a) ideación, b) deliberación, y c) resolución. Y segundo, la fase externa, que se compone también por tres momentos, que son: a) la manifestación, que no es sancionable sino sólo en algunos casos que nuestro Código Penal específicamente señala, como son: la amenaza, la inducción o instigación, la provocación de un delito y otros; b) la preparación, que tampoco es sancionable sino también, por excepción, en contadísimos casos que nuestro mismo código precisa, como el de los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, ganchos o cualquier otro instrumento que de motivo para sospechar que tratan de cometer un delito; y c) la ejecución, en que se presentan las formas de aparición, presentación o manifestación del delito, que de acuerdo con una concepción bipartita, son: la tentativa y la consumación. La última etapa del iter criminis es la llamada de agotamiento, en ella se alcanza el fin ulterior que el agente se proponía, como por ejemplo, en el robo, cuando se revende el producto o se aplica a la necesidad del agente. En nuestro país, no obstante, de acuerdo con nuestro Derecho positivo, esta etapa no se exige para la perfección del robo, pues este se concretiza con la sola consumación. Por ello es, también, que nuestro código habla de que el robo se consuma desde el momento en que el culpable toma la cosa, aunque la abandone al verse perseguido, por no ser requisito necesario para la perfección del hecho, que el agente pueda disponer libremente de lo robado y que logre el fin lucrativo.

QUINCUAGESIMA TERCERA.- En el robo objeto de nuestro estudio, puede tener lugar la tentativa inacabada, y no así (de acuerdo con la concepción que tiene más apego a nuestra legislación respecto de la determinación del momento consumativo en el mismo) la tentativa acabada, llamada también delito frustrado; y asimismo, pueden operar el desistimiento, el arrepentimiento y la tentativa imposible.

QUINGUAGESIMA CUARTA.- Nuestro Código Penal establece en su artículo 63, que al responsable de una tentativa se le podrá imponer hasta las 2/3 partes de la sanción que correspondiera si el delito se hubiera consumado, pero podría suceder que no fuera posible determinar el monto de lo robado, dada la inaparición de un resultado concreto en la tentativa, y entonces sería de aplicación, más bien, el artículo 77 parte final, que señala que cuando no fuera posible determinar su monto, se aplicarán de 3 días a 2 años de prisión.

QUINGUAGESIMA QUINTA.- La visión global de la doctrina en cuanto a la fijación del momento en que se consume el robo, debemos puntualizar, ofrece una amplia gama de teorías, pero de todas ellas dos son las que básicamente tienen acogida en la doctrina y jurisprudencia nacionales: la de la "amotio" y la de la "ablatio". Cada una de ellas, empero, representa una manera un tanto diferente de pensar, que desde su diversa raíz filosófica, de su estructura dogmática, que alude también a diversas construcciones dadas y, en fin, a su consiguiente diversa forma de interpretar conceptos tales como el objeto jurídico, el elemento subjetivo, la conducta típica, etc., son dos concepciones opuestas que se excluyen una a la otra, y que no pueden ser utilizadas indistintamente en un determinado caso concreto dentro de un sistema dado de leyes, precisamente por aquella razón.

QUINGUAGESIMA SEXTA.- Y por lo que hace a nuestra ley, se cuenta con un artículo de nuestro Código Penal que constituye un parametro guía en la solución de tan aguda cuestión, tal es el 369: empero, tal precepto, hemos visto, tiene su fundamento en el código de 29, no encontrándose a la fecha razón o explicación alguna de su inclusión en ese código. Pero de cualquier manera, el mismo da por consumado el robo, desde el momento "... en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada ..." Al aplicar las teorías que sobre el momento consumativo existen para tratar de encontrar en cual de ellas se asienta el precepto citado, hemos hallado básicamente dos enfoques imperantes en doctrina, uno que sostiene es la "amotio" el criterio que a la luz de nuestra legislación debe seguirse,

y otro que considera aplicable en nuestro medio la teoría de la "ablatio", que acenta entre otros el código -- francés. La diferencia esencial entre ambas teorías, reside en que, en tanto que para la "emotio" el delito está consumado tan pronto como el agente logra remover la cosa del lugar en que se encuentra, para la "ablatio" el delito llega a estar consumado hasta en tanto el agente logre transponerla fuera del lugar en que se encuentra.

QUINCAGESIMA SEPTIMA. - El criterio de la "amotio", debemos puntualizar escuetamente, sitúa su raíz más profunda en una corriente filosófica llamada idealismo gnoseológico, que postula que el ser se reduce al conocer, y que, por tanto, el conocimiento es el que crea -- o poco menos -- al objeto; de donde, será la prohibición -- tipicidad la que cree a la conducta, por lo que, evidentemente, esta última no es propiamente la conducta ontico -- ontológica, o séase, la común y corriente, sino que es una conducta -- que abarcando materialmente a la conducta en sentido estricto, al resultado y a su nexa causal que los une, -- prescinde o no requiere de que la voluntad de ejecutar -- la conducta también abarque al resultado; o dicho de -- otro modo: para esta postura, la voluntad en el hecho sólo abarca a la conducta, o séase, a la actividad o inactividad delictuosas (coeficiente psicológico), y deja el querer del resultado (coeficiente teleológico) para un -- estrato posterior del delito, llamado culpabilidad. A esta forma de ver las cosas, por cierto que no muy conforme con el sentido común, se le conoce como teoría causalista de la acción, y en ella, por tanto, también está -- ubicada la teoría de la "amotio", para la que no es necesario considerar para la concreción del hecho delictuoso a la materialización de ese querer final.

QUINCAGESIMA OCTAVA. - Nuestro ordenamiento legal, señala una parte de la doctrina, está acorde con el criterio indicado en el punto anterior, no obstante las citadas incongruencias que mantiene con la realidad la teoría causal, en -- virtud de las siguientes consideraciones tomadas, debemos decir, de los enfoques existentes: en primer lugar, porque el objeto jurídico del tipo de robo de acuerdo -- con nuestra legislación civil, aplicable en este rubro --

en materia penal, genericamente es el patrimonio, entendido penalísticamente, y específicamente la posesión, y no la propiedad; de donde, se colige, la objetividad en el robo reside precisamente en la posesión. Pero, como esto se integra, de acuerdo con la teoría posesoria que acoge nuestro Código Civil (que es la objetiva, de Von Ihering), solamente por un poder de hecho, denominado -- "corpus", matizado tan sólo por la voluntad o intencionalidad necesaria, llamada "animus", de tener relación con la cosa, de querer tenerla, de influir sobre ella, y no, cuestión diferente, de reputarla como suya, entonces no hace falta la concreta y especial voluntad animus dominativa que hace referencia Savigny con su teoría subjetiva, para la integración del hecho en el robo. En segundo lugar, es aquél el sistema seguido por nuestra legislación, por cuanto a que el buscado elemento subjetivo del tipo de robo reside, desde el punto de vista acorde con ese sistema, en el de ejercer un poder de hecho sobre la cosa, lo cual, se dice, no excluye la intención. Pero, este poder de hecho del que se habla, se debe subrayar, es aquel que implique la privación de las facultades de usar, disfrutar y disponer de la cosa para cualquiera -- otra persona. De este modo, no poseen el sirviente, maletero, obrero, comensal o huésped, que sólo la usan para determinada y precisa actividad, no pudiendo ejercer toda clase de iniciativas personales sobre la misma. Por ello es, que si uno de ellos remueve la cosa para realizar la actividad propia que los define, no esta ejerciendo la posesión sobre la misma, y de hecho así lo dispone el artículo 793 de nuestro Código Civil, que excluye de ser poseedor al detentador. Asimismo, por otra parte, -- acorde con aquel sistema, encontramos que en nuestro Derecho, según la opinión más avogada al mismo, el apoderamiento no conlleva necesariamente y en todos los casos -- un desapoderamiento, pues de ser así, no podrían reputar se robos los casos de animales que vasan solos al predio vecino, en donde el dueño del mismo únicamente los retiene, ni otro caso más: cuando la cosa es arrojada de un -- automóvil en movimiento y el que la recoge huye con ella. Por todo lo dicho, nuestro Derecho, tal parece, es acorde con la teoría de la "amotio" y, por tanto, es indiferente que se logren traspasar las esferas de acti-

vidad, custodia, vigilancia, poder o disposición utiliza das por la "ablatio", aún cuando, hay que hacer notar, - en nuestro país tanto la doctrina como la jurisprudencia han emitido juicios en ambos sentidos. Pero, insistimos, de acuerdo con la opinión más apegada a nuestra legislación, el robo se consuma con la remoción de la cosa, matizada ideológicamente con el propósito de hacerla entrar dentro de su esfera de poder.

QUINCAGESIMA NOVENA.- El criterio de la "ablatio", por otro lado, es más bien acorde a un Derecho penal en donde tienen aplicabilidad el finalismo de la acción (que se nutre del realismo filosófico), la teoría subjetiva de la posesión, de Savigny, en donde el objeto jurídico quizá sea también la propiedad, el elemento subjetivo el "animus domini" y, en fin, en donde sea necesario en todos los casos el desamparamiento, etcétera.

SEXAGESIMA.- Nosotros pensamos que el problema de la consumación debe ser planteado dentro de lo que es el cuerpo del delito, o más exactamente, en su comprobación, pues de esa manera visto, se aleja del idealismo, del Derecho sustantivo, y encuentra su solución en el Derecho adjetivo, -- partiendo desde luego de aquél. En la teoría existente -- hemos visto, dos enfoques diferentes entre si son básicamente los que le explican y que tienen acogida en nuestro medio: Uno acorde con el causalismo, llamado de la "amotio", y otro más bien finalista, conocido como de la "ablatio". Cada uno de ellos va al delito de diversa forma en este punto (cuerpo del delito), pero ya sea desvinculando a los elementos del delito o hallándolos en forma integral, que son las formas de que hablamos, es innegable que la conducta ilícita alcanza una finalidad. Por ello, pensamos, no existe diferencia entre el causalismo y el finalismo en tratándose de la consumación del delito de robo, pues la esencia de este gira alrededor de -- tres puntos importantes que pensamos son: el elemento subjetivo del tipo, la culpabilidad y la violación al -- bien jurídico tutelado. Empero, estos ejes de solución, asimismo hemos llegado a considerar, ya sea en el causalismo o en el finalismo, logran por igual ser vinculados en esta perspectiva, pues en la determinación de la con-

sumación del delito de robo, en cada caso debe atenderse a la existencia de la etapa de ejecución del iter criminis en relación al elemento subjetivo del tipo delictivo, que conlleva a la culpabilidad, afectando al bien jurídico tutelado y provocando con ello un traslado de la cosa fuera de la esfera de custodia, vigilancia, actividad, poder o disposición del sujeto pasivo, y asimismo, una transformación en la propiedad, posesión o tenencia precaria. Y esto, por cuanto a que desde este ángulo, -- pensamos, no es posible hablar del nexo psicico que une a la conducta con el resultado en el robo, sin la concurrencia de la conducta típica y antijurídica; y ni tampoco es posible pensar en esa conducta significativa para el Derecho penal, sin la presencia de la culpabilidad, y desde luego, al reunirse estos elementos del delito no queda más que concluir que se ha afectado el bien jurídico tutelado consistente en el patrimonio económico del sujeto pasivo.

BIBLIOGRAFIA

Abarca, Ricardo. El Derecho Penal en México. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Escuela Libre de Derecho; México, 1941.

Aguilar Carvajal, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. 4a. -- ed.; Porrúa, S. A.; México, 1980.

Argibay Molina, José F. y otros. Derecho Penal. Parte General. --- Vol. I, EDIAR. Argentina, 1972

Cardona Arizmendi, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal. Parte Especial. 2a. ed.; Cárdenas Editor y Distribuidor; Gto. México, -- 1976.

Garrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. IIva. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1977.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. I2va. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1978.

Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 4a. ed.; Porrúa, S. A.; México 1977.

Cortés Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Librería Porrúa Hnos. y Cía., S. A.; México, 1971.

De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano. De los Delitos en Particular; Porrúa, S. A.; México, 1969.

Diccionario Hispánico Universal. Enciclopedia Ilustrada en Lengua Española. T. I, 24va. ed.; W. M. Jackson, Inc. Editores; México, - 1981.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. VI, Driskill, S. A.; Argentina, -- 1978.

F. Cárdenas, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo; Porrúa, S. A.; México, 1977.

Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. II, 2a. ed.; Abeledo - Perrot. Argentina, 1970.

Frías Caballero, Jorge. El Proceso Ejecutivo del Delito; Valerio - Abeledo, Editor; Argentina, 1944.

- González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado. 6a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1982.
- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. 19va. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1983.
- Gutiérrez Sáenz, Raúl. Historia de las Doctrinas Filosóficas. ---- 14va. ed.; Ed. Esfinge, S. A.; México, 1983.
- Islas Lagallanes, Olga. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida. Ed. Trillas; México, 1982.
- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. 9a. ed.; Editorial Sudamericana; Argentina, 1979.
- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. La Eivocidad, --- T. I, 4a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1981.
- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal del Patrimonio. T. IV, 4a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1981.
- Márquez Píffero, Rafael. El Tipo Penal. Algunas Consideraciones en torno al mismo. Ed. UNAM; México, 1986.
- Mezguer, Edmund. Derecho Penal. Parte General. Trad. de la 6a. ed. del alemán (1955), al español por Conrado A. Finzi. Univ. de Córdoba, Argentina. En México: Cárdenas Editor y Distribuidor, impreso en 1985.
- Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Parte General. 2a. ed.; Ed. Trillas; México, 1986.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. 5a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1982.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. La Causalidad en el Delito. 2a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1983.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. --- Parte General. 3a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1964.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve Ensayo Sobre la Tentativa. --- 3a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1982.

Pérez, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Vol. I. a. e. Temis: Colombia, 1967.

Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 7a. ed.; Porrúa, S. A.: México, 1982.

Porte Petit, Celestino. Robo Simple. Porrúa, S. A.; México, 1984.

Revista de Derecho y Ciencias Sociales. El Derecho Penal en México. Escuela Libre de Derecho; México, 1941.

Rosas Romero, E. Sergio. Consideraciones Jurídicas en torno al Corpus Delicti. Difusión y Publicaciones de la ENEP Aragón, de la UNAM: México, 1986.

Trujillo Campos, Jesus Gonzalo. La Relación Material de Causalidad en el Delito; Porrúa, S. A.: México, 1976.

Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito. Ed. Trillas; México, 1985.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 3a. ed.; Porrúa, S. A.; México, 1975.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4a. ed.; Cardenas Editor y Distribuidor; Argentina, 1985; y 1a. ed., México, 1986.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal.