

114 201



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

FACULTAD DE DERECHO

"ANALISIS LOGICO-JURIDICO DEL TIPO LEGAL
DEL ROBO DE INFANTE PREVISTO EN EL
CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO
FEDERAL"



T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LAURO GOMEZ AVILA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1990



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

INTRODUCCION

C A P I T U L O I

RESENA HISTORICA.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS.	
1.1 ROMA	1
1.2 ESPAÑA	2
1.3 MEXICO	7
1.4 LEGISLACION COMPARADA	12

C A P I T U L O II

ROBO.

1. ASPECTOS GENERALES.	
1.1 CONCEPTOS	27
1.2 ELEMENTOS DEL DELITO	31
1.3 OBJETO JURIDICO TUTELADO	48

C A P I T U L O III

ROBO DE INFANTE.

1.1 CONCEPTO DE ROBO DE INFANTE	50
1.2 CONDUCTA TIPICA	53

1.3	CLASIFICACION DEL DELITO A ESTUDIO EN ORDEN A SU CONDUCTA Y RESULTADO....	65
1.4	ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA EN EL ROBO DE INFANTE	67
2.	LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.	
2.1	CONCEPTO DE TIPO Y TIPICIDAD	70
2.2	ELEMENTOS DEL TIPO	71
2.3	CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO	74
2.4	AUSENCIA DE TIPO	78
2.5	CAUSAS DE ATIPICIDAD	79
3.	LA ANTIJURIDICIDAD.	
3.1	CONCEPTO	81
3.2	ANTI JURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL	85
3.3	CAUSAS DE JUSTIFICACION	86
3.4	CONCEPTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION	87
3.5	DIFERENTES CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	88
4.	LA IMPUTABILIDAD.	
4.1	CONCEPTO	98
4.2	ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA	99
4.3	LA IMPUTABILIDAD Y SUS CAUSAS	102
5.	LA CULPABILIDAD.	
5.1	ALGUNOS ASPECTOS DE CULPABILIDAD.....	106
5.2	ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD	106
5.3	FORMAS DE CULPABILIDAD	110
5.4	LA INCULPABILIDAD Y SU CONCEPTO.....	120

5.5	CAUSAS DE INculpABILIDAD	121
6.	PUNIBILIDAD.	
6.1	CONCEPTO DE PUNIBILIDAD	126
6.2	SU ASPECTO NEGATIVO	128
6.3	EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL CODIGO PENAL	130
6.4	LA PENA	130

C A P I T U L O I V

LA TENTATIVA, LA PARTICIPACION Y EL CONCURSO.

1.	LA TENTATIVA.	
1.1	CONCEPTO	141
1.2	DIVERSAS FORMAS DE TENTATIVA.....	145
1.3	DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO ACTIVO	147
1.4	LA PUNIBILIDAD EN LA TENTATIVA.....	150
1.5	ADECUACION DEL DELITO A ESTUDIO EN CUANTO A LA TENTATIVA.....	155
2.	PARTICIPACION.	
2.1	CONCEPTO	156
2.2	GRADOS DE PARTICIPACION.....	158
2.3	ASOCIACION DELICTUOSA.....	162
2.4	ADECUACION DEL DELITO EN ESTUDIO EN CUANTO A LA PARTICIPACION.....	164

2.5	EL ENCUBRIMIENTO	166
3.	CONCURSO DE DELITOS.	
3.1	CONCEPTO	167
3.2	CLASES DE CONCURSO	167
3.3	CONCURSO EN CUANTO AL DELITO EN ESTUDIO	167
	CONCLUSIONES	169
	BIBLIOGRAFIA	172

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

El Legislador en Materia Penal debe aplicar de ma
nera más adecuada la Técnica Legislativa.

La Técnica Jurídica, tiene dos propósitos funda -
mentales: la simplificación cuantitativa y cualitativa de
todos los elementos que componen el Derecho y la aplica -
ción del Derecho abstracto a los casos concretos; en nues
tro país desde 1871 hasta la fecha existe el error entre -
los legisladores de nombrar el Apoderamiento de un menor -
de 12 años por persona extraña a su familia y no ejerza tu
tela sobre dicho menor, como Robo de Infante, equiparándo -
lo indebidamente al Delito de Robo, sin tomar en considerara
ción que el delito denominado en primer término, no reúne -
los elementos del robo, en virtud de que en éste se habla
de bienes muebles y el menor evidentemente NO es un Bien -
Mueble, sino una persona física, sujeto de protección jurí
dica de manera indiscutible.

Esta tesis consta de cuatro capítulos; en el pri
mero llevamos a cabo una Reseña Histórica del Delito obje -
to de estudio, en el segundo analizamos el Delito de Robo,
en el tercero, se hace un estudio dogmático del aludido -
ilícito y en el último tratamos lo referente a la Tentati -

va, Participación y Concurso en el erróneamente denominado Robo de Infante.

Por la práctica profesional y por las razones expuestas en el trabajo que se somete a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo, se propone una Reforma integral del Código Penal para el Distrito Federal.

C A P I T U L O I

RESERA HISTORICA.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.1 **ROMA.** El robo de infante tiene sus antecedentes en el Digesto o Pandectas- compilación o colección de las mejores decisiones de los jurisconsultos romanos- dividida en cincuenta libros promulgados en el año 533, obra realizada en tiempo de Justiniano por 17 magistrados o juristas a cuya cabeza se hallaba el célebre Triboniano. En el libro 48, título 15, L.1, dice: "Si liberum, hominem emptor sciens emerit, capitale crimen adversus eum ex lege fabia de plagio nascitur." (1)

"Se llamaba plagio al crimen que se cometía ocultando, vendiendo, comprando, poniendo o reteniendo en prisiones, con mala fe (dolo) a un ciudadano romano ingenuo o libertino, o al esclavo ajeno sin el consentimiento de su dueño." (2)

"En un principio se castigaba con multa, que se re

(1) Escriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación*. México.- 1979. 10a. Edición. págs. 412 y 417.

(2) Pacheco, Joaquín, Francisco. *Código Penal Concordado y Comentado*. España. 1948. 5a. Edición. pág. 247.

partía entre el erario y la parte ofendida, después con - Paulo, se aplicaron medidas represivas severas para los de condición humilde, crucifixión y un tanto atenuadas para los de condición elevada, relegación perpetua y pérdida de la mitad de sus bienes." (3)

"La Ley Fabia, de Plagiariis, de fecha desconocida castigaba el plagio con multa y protección, no el derecho de libertad, sino el de propiedad que tenían los ciudadanos - romanos sobre sus siervos, Derecho dominical, ya que aún - las personas podían ser susceptibles de enajenación.

Plagio viene de la palabra latina plaga y signifi- ca llaga, herida, calamidad, infortunio; seguramente se - utilizó esta expresión, significando el dolor o herida mo- ral que le quedaba al padre cuando se le privaba de lo más querido en el mundo. Sicque plagiarii discuntur qui viven- tium filiorum morderandas infungunt parentibus orbitates." (4)

1.2 ESPAÑA. Con la influencia de los Dere- chos romanos y germánicos, España nos legó su Derecho Pe- nal, que estuvo vigente en México durante la Colonia y sir- vió de prototipo para las legislaciones posteriores a la -

[3] *Enciclopedia Universal Ilustrada*. Espasa-Calpe. México. pág. 271.

[4] *Escríche, Joaquín. op. cit.* pág. 462.

independencia.

a) FUERO JUZGO. "Cuando los godos en los primeros tiempos se establecieron en España, los usos y costumbres traídos de la germania, así como las leyes que sus antecesores habían promulgado de viva voz, fueron recopilados y escritos por orden de Eurico llamándoles Leyes Teodoricianas. Posteriormente Alarico reunió a los jurisconsultos más célebres y bajo la dirección de Goyarico, se elaboró un nuevo código sacado de las leyes de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, Sentencias de Paulo, Instituciones de Gayo y Novelas de los Emperadores; concluido el código, fue publicado el año 506 y fue comúnmente conocido como breviario de Anniano." (5)

Chindasvinto fundió las legislaciones romanas y goda y formó el código nacional publicado en el Concilio VII de Toledo. Este código nacional, fue corregido, aumentado, disminuido, reformado o confirmado en los Concilios VII, XII y XVI de Toledo y se compuso en latín, denominándose Codex Legum, Liber Legum, Liber Gotorum, Liber Judicum.

"Tiempo después, por orden del santo Rey Don Fer -

[5] Escriche, Joaquín. op. cit. pág. 1105.

nando, que había conquistado Córdoba, le dió a esta ciudad por fuero el código latino visigodo y desde entonces se conoce con la denominación de Fuero Juzgo." (6)

"Consta de un exordio, con dieciocho leyes sobre la elección de los príncipes, sus derechos y obligaciones; y de doce libros divididos en cincuenta y cuatro títulos con quinientas cincuenta y nueve leyes." (7)

En el séptimo libro, referente a los robos y falsedades, en su ley 3, tít. 3 dice: "Quien vendiere fiio ó fiia de omne libre, ó de mujer libre en otra tierra, ó lo saca de su casa por enganno e lo lieva en otra tierra, sea fecho ciervo del padre, ó de la madre, ó de los hermanos daquel mismo, quel puedan justiciar ó vender, si quisieren; ó si quisieren tomen del la enmienda del omecillio, que son CCC sueldos; caatal cosa cuemo aquesta los padres e los parientes no lo tienen por menos que si lo matasen. E si los padres pudieren cobrar el fiio, el que lo vendió peche a los padres la meatad del omecillio que son CL sueldos, e si non oviere de que los pague, sea siervo de los padres." (8)

(6) Pacheco, Joaquín. *op. cit.* págs. 248 y 249.

(7) *op. cit.* pág. 250.

(8) *op. cit.* pág. 260.

b) LAS PARTIDAS. El código alfonsino, llamado - las Siete Partidas, compilado en tiempos del Rey Don Alfonso el Sabio, consta de siete partes y en la última de éstas, dedicada a las acusaciones, delitos y pena, se encuentra la ley veintidos, tít.14, al tenor siguiente: "Sosacan o furtan algunos ladrones, los fijos de los omes, ó los siervos ajenos, con intención de los llevar a vender a tierra de los enemigos, ó por servirse dellos como de siervos. E por que de estos atales fazen muy gran maldad, merecen pena. E por ende dezimos, que qualquier que tal furto como este fiziese, que si el ladrón fuere fijodalgo, deve ser echado en fierros e condenado para siempre en labre en las labores del rey. E si fuere otro ome que no sea fijodalgo, deve morir por ende. Essa mesma pena ha lugar en todos aquellos que dan o venden ome libre, e los que compran o resciben, de otra manera en don a sabiendas, con intenciones de ser servir del como siervo o venderlo." (9)

c) CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1822. "El código de 1822 castigó severamente a los delincuentes de rapto, imponiendo penas de cinco a nueve años de obras públicas, o más, si el delito se había cometido usando el engaño o causando heridas o mal trato.

(9) Escriche, Joaquín. *op. cit.* pág. 126.

Se entendía que cometía el delito con violencia, cuando el raptor robaba niño o niña impúber, aunque no se le causara daño alguno.

Cuando el menor sujeto a patria potestad, tutela, curatela o bajo el cuidado de otra persona, consentía en el robo, la pena se atenuaba siendo ésta de dos a seis años, más cuatro de destierro del pueblo en que habitara el menor robado y veinte leguas en contorno." (10)

d) CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848. "Este ordenamiento en su capítulo denominado "Sustracción de Menores", sanciona con pena de cadena temporal al que sustrae a un menor de siete años. En la misma pena incurre la persona encargada de un menor que no lo presente a sus padres o guardadores, ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición.

Igualmente era castigado, aunque no en forma severa, quien inducía a un menor, mayor de siete años, a que abandone la casa de sus padres, tutores o encargados de su guarda." (11)

Los Códigos penales españoles de 1870 y 1932, si-

[10] *op. cit.* pág. 262.

[11] *op. cit.* pág. 260.

guen los lineamientos del Código Penal de 1848 en lo referente a sustracción de menores.

1.3 MEXICO. Cuando la Independencia de México se consumó en el año de 1821, estaban vigentes como Derecho principal, las Leyes de Indias, complementadas con las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y Aguas y de Gremios; y como Derecho supletorio, la Novísima Recopilación, las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.

Durante el Imperio de Maximiliano, el ministro Lares, hizo el proyecto de un Código Penal que no llegó a promulgarse y fue hasta el año de 1869, cuando el estado de Veracruz puso el ejemplo a las demás entidades, al promulgar sus Códigos Civil, Penal y de Procedimientos, que desde luego sólo fueron aplicables en dicho Estado.

El Código Penal Veracruzano, sancionó el delito de robo de infante en el título sexto, artículos 624 y 625.

a) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1871. "En 1868, el licenciado Don Antonio Martínez de Castro, organizó y fue presidente de la Comisión Redactora del primer Código Penal, con tando con la colaboración de los licenciados Don José Ma -

ría Lafragua, Don Manuel Ortiz de Montillano y Don Manuel M. de Zamacona. Trabajando durante dos años y medio en la elaboración de mil ciento cincuenta y dos artículos, presentaron el proyecto a las cámaras, éstas lo aprobaron y fue promulgado el 7 de diciembre de 1871." (12)

En el capítulo denominado "Delitos contra el Estado Civil de las Personas", se sanciona como delito de ocultación, supresión, robo o sustitución de infante, cuando se ejecute con el fin de que alguien adquiera o pierda derechos de familia que no le correspondan.

En el artículo 780, se establece como pena ocho años de prisión al que roba un infante, aunque éste siga voluntariamente a su raptor, castigándose como plagio si el ofendido fuere mayor de siete años.

Este Ordenamiento utilizó la palabra infante en su verdadera, única y estricta acepción, al establecer como edad máxima siete años, pues pasando de esa edad, aunque sean menores, ya no son infantes.

b) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRI-

(12) Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México. 1941. 2a. Edición. págs. 88 a 93.

TORIOS FEDERALES DE 1929. En 1925 se iniciaron trabajos de revisión que rompen los antiguos moldes de la escuela clásica; trabajos concluidos en 1929, promulgándose el Código Penal de esa fecha, el cual consta de 1233 artículos de los cuales cinco son transitorios.

Aunque con los mismos lineamientos del Código Penal anterior, respecto al delito objeto de este estudio, podemos apreciar ligeras variantes.

El artículo 882 establece de tres a ocho años de segregación cuando se cometa robo de infante menor de diez años, aunque éste siga voluntariamente al robador; pasando de diez años la edad del ofendido, el delito se sanciona como secuestro.

En el artículo 1109 no se otorga el beneficio de la libertad preparatoria, en tanto el reo no demuestre su enmienda efectiva además de poner en absoluta libertad al secuestrado.

El siguiente artículo establece como circunstancias agravantes, el hecho de que el secuestrador no ponga en libertad al secuestrado antes de tres días; o cuando el secuestrado haya sido objeto de maltrato.

c) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1931. En virtud de que el Código Penal de 1929, contenía grandes deficiencias de redacción, duplicidad y contradicción de conceptos, el licenciado Portes Gil, determinó la inmediata designación de una nueva Comisión Revisora que formuló el actual ordenamiento penal promulgado el 13 de agosto de 1931.

Este ordenamiento, pragmático por excelencia, sencillamente redactado, recoge y organiza experiencias anteriores plasmadas en cuatrocientos tres artículos redactados con la comisión presidida por el licenciado Alfonso Teja Zabre.

En su artículo 366, originalmente se expresaba: - Se impondrán de cinco a veinte años de prisión y multa de cien a mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes: ... V. Cuando cometa robo de infante menor de siete años, un extraño a la familia de éste. Si el plagiarío pone en libertad a la persona secuestrada, espontáneamente antes de tres días y sin causar ningún perjuicio grave, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la detención ilegal de acuerdo con los dos artículos anteriores.

Este artículo fue modificado en varias ocasiones.

En 1945, el texto de la fracción quinta fue suprimido, pero en su lugar se adicionó lo siguiente: "El robo de infante, menor de diez años, se castigará con prisión de diez a treinta años".

En la actualidad el texto del artículo 366 dice: "Se impondrán de seis a cuarenta años de prisión y multa de 200 a 500 días, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes...

VI. Cuando se comete el robo de infante menor de doce años por quien sea extraño a su familia y no ejerza la patria potestad sobre él. Si el plagiario pone en libertad a la persona secuestrada, espontáneamente, antes de tres días y sin causar ningún perjuicio grave, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la detención ilegal, de acuerdo con los dos artículos anteriores".

Nuestro actual ordenamiento, en este artículo introduce una confusión con las expresiones plagio o secuestro, desde el punto de vista de su acepción gramatical.

Plagio y secuestro, son palabras afines, con la única variante de que el secuestro se refiere a quienes se apoderan arbitrariamente de una persona adinerada, para

exigir rescate por su libertad y plagio consiste en el apoderamiento de cualquier persona, sea acomodada o no, con el mismo propósito de exigir dinero por su libertad.

Como se ve, hubiera bastado en la ley la expresión plagio. Aunque, como después expondremos, la exigencia de rescate no es imprescindible para la existencia del delito.

1.4 LEGISLACION COMPARADA.

LEGISLACION LATINO AMERICANA COMPARADA. Dada la dimensión de este trabajo, limitaremos el estudio comparativo a los países latinoamericanos, donde encontramos diferencias notorias respecto al delito por varios países, llamado robo de infante.

a) ARGENTINA. El Código Penal argentino, en el título quinto, denominado "Delitos contra la Libertad", capítulo primero 148 y 149, reprime con prisión de 3 a 10 años al que sustrae a un menor de 10 años del poder de sus padres o persona encargada de él. Igual pena sufre el que estando encargado de la guarda de un menor de 10 años, no lo presente a sus padres o no diere razón satisfactoria de su desaparición.

Es reprimido igualmente el hecho de ocultar o in-

ducir a la fuga a un menor de quince años, pero mayor de diez, agravándose el delito si fuere menor de diez años.

b) BOLIVIA. En el libro tercero del Código Penal referente a los delitos contra los particulares, título primero "De los Delitos contra las Personas", capítulo cuarto "De los raptos, Fuerzas y Violencias contra las personas y la Violación de los Enterramientos", artículo 557; sanciona el robo de menores sujetos a patria potestad, tutela o curaduría o bajo el cuidado de otra persona, aunque el menor consienta en el robo, imponiéndose al robador reclusión de dos a seis años, con cuatro más de destierro y multa de 20 a 60 pesos. Si el menor robado no hubiere cumplido 16 años, la pena será de dos a cuatro años de obras públicas con la multa y destierro expresados.

Este país, sigue en forma general los lineamientos del Código Penal español de 1822, que imponía exactamente la misma pena al robador de un menor sujeto a patria potestad, tutela o curatela, aunque el menor consintiera en el robo. La única diferencia es que el Código Boliviano no indica hasta qué distancia surte efecto el destierro; el código penal español, en cambio, dice: "destierro del pueblo en que habitara el menor robado y veinte leguas en contorno".

Ambos ordenamientos no limitan a determinados años

la edad del menor y sólo imponen como requisitos que el menor esté sujeto bien a patria potestad, tutela o curatela, o sin tal sujeción, con el sólo hecho de estar bajo el cuidado de otra persona.

c) BRASIL. En el título séptimo: "De los delitos contra la familia", capítulo cuarto, "De los delitos contra la patria potestad, tutela y curatela", artículo 249, previene el delito de sustracción de menores de dieciocho años o incapacitados; castigándolo con detención de dos meses a dos años si el ilícito no constituye causa de otro delito.

El artículo 248, se refiere a la inducción, a la fuga y ocultación de menores de dieciocho años.

El delito de sustracción de menores en Brasil, tiene medidas represivas muy atenuadas respecto a otros países; inclusive el juez puede dejar de aplicar la pena si el menor o el incapacitado es restituido sin haber sufrido malos tratos o privaciones; no indica este ordenamiento ningún plazo para su restitución, en tal virtud, puede ser devuelto el menor después de varios años y si éste no ha sido objeto de maltrato o privaciones, el juez a su arbitrio puede dejar de aplicar la pena.

d) COLOMBIA. En este ordenamiento, no existe el delito específico que nos ocupa. El título décimoprimerο "Delitos contra la libertad individual y otras garantías"; capítulo primero: "Del secuestro", artículo 293, sanciona la sustracción con propósito de lucro de cualquier persona sea menor o no.

e) COSTA RICA. Título cuarto "Delitos contra la libertad"; capítulo primero "Delitos contra la libertad individual"; artículo 248, previene el delito de sustracción, retención u ocultación de menores de doce años del poder de sus padres, tutores o guardadores, penándolo con prisión de cinco a diez años. En igual pena incurre el que hallándose encargado de la guarda de un menor de doce años, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición.

El Código de policía de Costa Rica, en su libro segundo, parte especial, título primero "Faltas contra las personas", capítulo tercero "Protección y defensa de menores", artículo 77, se refiere a la sustracción y ocultación de menores sin fijar edad. El artículo 78, con trece fracciones, las primeras sobre ocultación e inducción a la fuga de menores, agrava la pena si éstos son menores de doce años.

f) ÉCUADOR. En el título segundo "De los delitos contra la libertad individual", artículo 168, dice: "El plagio será reprimido con reclusión menor extraordinaria, o en sus casos, con las penas que se indicarán en los números siguientes:... 8. Con reclusión mayor extraordinaria si se hubiere producido la muerte de la víctima durante el plagio o por consecuencia de éste. Estas penas se augmentarán en dos años más en su mínimo si el plagiado fuere menor de dos años".

El artículo 519 del título noveno, referente a los delitos contra el estado civil, expresa: El que hubiere arrebatado o hecho arrebatar a un niño, siempre que el delito no constituya plagio, será reprimido con reclusión menor de tres a seis años, aunque el niño hubiere seguido voluntariamente al autor. El artículo 520 se refiere a la ocultación de un niño, reprimiendo este delito con prisión de uno a cinco años.

El Código penal ecuatoriano, reprime el delito de plagio, sin hacer distinción entre menores y mayores, con el único agravante de aumento de dos años de la penalidad en su mínimo, si el plagiado fuere menor de dos años.

g) HAITI. En la sección sexta denominada "Crímenes y delitos que tienden a impedir o destruir la prueba -

del estado civil de un niño, o comprometer su existencia; - rapto de menores; infracciones a las leyes sobre inhuma - ciones", capítulo primero "Crímenes y delitos contra el ni - ño", artículo 294, el Código Penal sanciona la ocultación, rapto, sustitución o retención de menores.

El siguiente capítulo, referente a rapto de meno - res, artículo 300, dice: "El que, por medio del engaño o - violencia haya raptado o hecho raptar menores, o les haya - sustraído, desviado o trasladado, o les haya hecho sus -- traer, desviar o trasladar de los lugares en que habían si - do colocados por aquellos a cuya autoridad o dirección fue - ron sometidos o confiados, sufrirán la pena de reclusión".

El Código Penal de Haití reprime el delito llama - do "Rapto de menores", en los artículos 301, 302 y 303, - con diferentes penalidades según la edad de la persona rap - tada.

h) HONDURAS. El Código Penal de la República de - Honduras, en el título décimotercero, referente a los deli - tos contra la libertad y la seguridad; capítulo segundo - "Sustracción de menores", artículo 481, castiga con pena - de presidio menor en su grado máximo al que sustrajere a - un menor de siete años.

Incorre en la misma pena el que siendo encargado-

de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere explicación satisfactoria de su desaparición.

Pero si el menor es encontrado vivo, el inculcado es eximido de pena si no la hubiere cumplido; y si es encontrado muerto, pero se comprueba que no tuvo la culpa de su muerte, también queda eximido de pena.

La inducción a la fuga de un menor de quince años, es castigada en este ordenamiento con pena de reclusión menor.

i) NICARAGUA. El delito "Sustracción de menores de 10 años" es encuadrado en el título denominado "Delitos contra el orden de las familias y moralidad pública"; capítulo tercero "Delitos contra el estado civil de las personas", artículo 414, del Código Penal, que impone pena de - arresto mayor al que sustrajere a un menor de diez años - del poder de sus padres, guardadores o de cualquier otra - persona encargada de su custodia. Si la sustracción se hiciere con el objeto de privar al menor de algún derecho civil o de aprovecharse de sus servicios o de sus bienes, la pena será de presidio en primer grado y multa de cincuenta a quinientos pesos.

En este Código se castiga como cómplice a quien a

sabiendas reciba u oculte los menores sustraídos o seducidos. La inducción a la fuga de niños mayores de diez años, pero menores de quince, también se castiga.

Al igual que otras legislaciones, en Nicaragua se sanciona el hecho de no dar explicación satisfactoria de la desaparición de un menor cuando éste se hallara bajo su cuidado.

j) PANAMA. En el título denominado "De los delitos contra la libertad" capítulo tercero "De los delitos contra la libertad individual", artículo 134 del Código Penal, se castiga con reclusión de un mes a un año al que sustrae del poder de sus padres a una persona menor de quince años, aunque la sustracción sea temporal y exista el consentimiento del menor.

Si el delito se comete sin el consentimiento del sustraído, o éste es menor de doce años, la pena se agrava radicalmente; pero si el menor es puesto en libertad sin que se le cause perjuicio alguno, entonces hay un atenuante considerable.

k) PARAGUAY. En el artículo 309 del capítulo noveno denominado "De los delitos contra el orden de las familias y las buenas costumbres", el Código penal de Para -

guay sanciona la sustracción, ocultación, exposición o sustitución de un niño menor de diez años, castigándose con penitenciaría de cuatro a diez años. Si el delito lo comete algún miembro de la familia, además de la pena que se indica, se le priva de las ventajas legales de parentesco.

En este ordenamiento la inducción a la fuga de un menor, se castiga sólo con multa.

1) PERU. En la sección quinta titulada "Delitos contra la libertad", título segundo "Rapto de mujeres y de menores", artículo 229, el ordenamiento penal de Perú dice: "El que sustrajere a un menor de dieciséis años, para explotarlo o para obtener rescate, será reprimido con penitencia de seis meses a seis años. Esta pena se agrava en caso de que el rapto se haga con el fin de corromper al menor.

En la sección cuarta denominada "Delitos contra la familia", título cuarto "Sustracción de menores", artículo 220, reprime con prisión de seis meses a dos años al que sustrae a un menor o rehusa entregarlo a sus padres o persona encargada de su custodia. El artículo 221 se refiere a la inducción a la fuga de menores.

11) PUERTO RICO. En el título décimosegundo de -

nominado "De los delitos contra la persona", capítulo tercero "Secuestro y robo de niños", artículo 216, reprime con pena de presidio por un término máximo de diez años o cárcel por término de un año, al que sustrae o seduce en forma maliciosa, violenta o fraudulenta a un menor de doce años.

El Código Penal de Puerto Rico, coincide con el nuestro en lo referente a la edad del menor.

m) REPUBLICA DE EL SALVADOR. En el artículo 439, del capítulo segundo referente a sustracción de menores, del título décimosegundo denominado "De los delitos contra la libertad y la seguridad", el Código Penal de la República de El Salvador, castiga con nueve años de presidio al que sustrae a un menor de siete años. Igual pena se aplica al que hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presente a sus padres o guardadores ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición. Cuando la persona desaparecida se encuentra o se demuestra que sobrevivió al desaparecimiento, o el sentenciado no tuvo culpa de su muerte, quedará eximido de pena.

Dentro del capítulo denominado "Detenciones ilegales", artículo 438, se aumenta la pena si el plagio se lleva a cabo por dos o más personas.

El ordenamiento de este país, describe el delito "Sustracción de menores de siete años" en forma casi idéntica al Código Penal de Honduras; asimismo, ambas legislaciones lo encuadran dentro del título denominado "De los delitos contra la libertad y seguridad", y dentro del capítulo referente a sustracción de menores.

n) URUGUAY. En el título décimoprimer "Delitos contra la libertad", artículo 283, el Código Penal Uruguayo, castiga con pena de tres a veinticuatro meses de prisión al que sustrae o retiene a una persona menor de dieciocho años del poder de sus padres, tutores o curadores. En el artículo 284 se establecen atenuantes especiales cuando el delito se comete con el consentimiento del menor o aún sin su consentimiento si es devuelto antes de que se solicite el arresto.

ñ) VENEZUELA. En el título segundo "Delitos contra la libertad", capítulo tercero "Delitos contra la libertad individual", artículo 178, el ordenamiento penal de Venezuela castiga con seis meses a dos años de prisión al que con motivo diferente de contraer matrimonio, de satisfacer sus propias pasiones o de realizar alguna ganancia, arrebatte del lado de sus padres, tutores o guardadores a un menor de quince años, aún con su consentimiento; estableciéndose como agravantes, el propósito de lucro en el

culpable, la falta de consentimiento en el ofendido, o éste sea menor de doce años, y como atenuantes el hecho de que el ofendido sea puesto en libertad antes de cualesquiera acción de enjuiciamiento, sin que el inculpado hubiere conseguido el fin que se proponía.

o) CUBA. El ordenamiento penal cubano, previene el delito de sustracción de menor de doce años en el artículo 450 del capítulo sexto referente a la sustracción, abandono y maltrato de menores, incapacitados y desvalidos, del título noveno denominado "Delitos contra la vida y la integridad corporal y la salud". Sanciona el mismo con privación de libertad de ocho a doce años, incurriendo en igual sanción el que hallándose encargado de un menor, no lo presente a sus padres o guardados, ni ofrezca explicación satisfactoria acerca de su desaparición. Si el inculpado acredita haber dejado libre al menor ofendido, en condiciones razonables de seguridad, la pena se reduce considerablemente.

p) CHILE. En este país se castiga con pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados al que sustrae a un menor de diez años; si éste es mayor de diez, pero menor de veinte, la pena baja a presidio menor en cualquiera de sus grados. Sufre la pena de presidio menor, en su grado medio, el que hallándose encargado de un menor, -

no lo presentare, reclamándolo sus padres, guardadores o la autoridad a petición de sus demás parientes o de oficio, ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición.

q) REPUBLICA DOMINICANA. En la sección sexta denominada "Crímenes y delitos que tienden a impedir a destruir la prueba del estado civil de un niño, o a comprometer su existencia, sustracción de menores, infracción de las leyes sobre las inhumaciones", artículo 354, establece pena de reclusión al que con engaño, violencia o intimidación, robare, sustrajere o arrebatere a uno o más menores, haciéndole abandonar la vivienda o domicilio de aquellos bajo cuya autoridad o dirección se hallaban.

En este artículo no se indica una determinada edad del ofendido, sólo se establece como requisito que sea menor.

r) GUATEMALA. En el Código Penal de este país, se castiga con pena de diez años de prisión correccional al que sustrae a un menor de siete años; pasando de esa edad, pero siendo menor de quince, la pena se reduce a tres años de prisión correccional (artículo 372).

Igual pena se aplica al que hallándose encargado-

de la guarda de un menor no lo presente a sus padres ni diere explicación satisfactoria de su desaparición.

El robo, sustracción, retención, ocultación o inducción a la fuga de menores, es tenido en casi todas las legislaciones como delito en contra de la libertad individual. Argentina, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Panamá, Perú, Salvador, Uruguay, Venezuela, Chile y Guatemala, así lo consideran.

En cambio Brasil, Nicaragua y Paraguay, lo encuadran en el título de los "Delitos contra la familia". Bolivia y Puerto Rico incluyen el injusto, cuyo estudio nos ocupa, dentro de los "Delitos contra las personas"; República Dominicana y Haití, en el título denominado "Crímenes y delitos que tienden a impedir o destruir la prueba del estado civil de un niño, o a comprometer su existencia..."; este título se complementa, en el Código haitiano, con el agregado: " rapto de menores, infracciones a las leyes sobre inhumaciones", y el dominicano, con el de: "sustracción de menores; infracciones a las leyes sobre inhumaciones". El Código represivo cubano, describe el robo de infante en el articulado correspondiente al título: "Delitos contra la vida y la integridad corporal y la salud".

Todas las legislaciones coinciden en aplicar medi

das represivas severas cuando la privación de libertad recae sobre la persona de un menor.

C A P I T U L O I I

ROBO

1. ASPECTOS GENERALES.

1.1 **CONCEPTOS.** El Código Penal vigente en el artículo 367, dispone 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".

Para que pueda considerarse responsable al sujeto, del delito de robo, debe apoderarse de la cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento, apropiarse de ella cuando tiene sobre la misma una detentación subordinada u obtenerla por medio de la violencia moral.

De tal manera, 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.

Es muy frecuente decir (no obstante que el robo -

se puede cometer teniendo la cosa, por existir una detenta
ción subordinada o bien, obtenerla cuando hay violencia mo
ral) que "en el robo, el agente va hacia la cosa". Así -
Francisco González de la Vega, sostiene, 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 propie
tario o detentador legítimo".(13) Afortunadamente, Jimé
nez Huerta, con su acostumbrado acierto, ha dicho hace -
tiempo que "son científicamente inexactas y didácticamente
erróneas las frases de que se vale González de la Vega, pa
ra sintetizar la diferencia conceptual que existe entre el
delito de robo y el de abuso de confianza, consistentes en
que en el primero "el infractor va hacia la cosa" y en el
segundo "la cosa va hacia el infractor". (14) Sobre el -
particular ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la
Nación: "Se debe distinguir entre el elemento caracterís
tico del robo "apoderamiento" y la "disposición indebida"
del abuso de confianza, que presupone indefectiblemente la
tenencia. Sintetizando, en el robo, el agente activa va -
hacia la cosa; entre tanto que, en el abuso de confianza
al contrario, la cosa va al infractor."(15) El mismo alto

(13) González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. Editio
rial Porrúa. México. 1970. 10a. Edición. pág. 170.

(14) Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Po
rrúa. México. 1963. 2a. Edición. pág. 39.

(15) *Semanario Judicial de la Federación*. 5a. Epoca. Tomo CIX. pág. -
2816.

Tribunal olvidando que existe robo cuando el sujeto teniendo una cosa en detentación subordinada, dispone de ella, - se concreta a decir para diferenciar el delito de robo con el abuso de confianza: "Es criterio doctrinal y jurisprudencial que la acción de apoderamiento como elemento constitutivo del delito de robo, es en el fondo, el signo distintivo en relación al de abuso de confianza. Se ha sostenido en estricta lógica jurídica, que el apoderamiento significa que el agente del delito va hacia la cosa, en tanto que ocurre lo contrario en el abuso de confianza, porque - la cosa ya obra en su poder y simplemente se dispone de ella, o sea, falta a la confianza del dueño, quien le otorgó la tenencia pero no el dominio. De tal modo, no se integra el delito de robo si al agente a quien se le entregó la mercancía para su venta, no la devuelve, o no hace posterior entrega del producto, pues está ausente un elemento típico, ya que, aunque no devolvió ni una cosa ni lo otro, resulta incorrecto afirmar que hubo apoderamiento con las características del robo, en virtud de que ninguna acción-desplegó el agente para sustraer la cosa del ámbito de su legítimo propietario". (16)

Es decir, solamente se contempla una hipótesis, -

[16] *Semanario Judicial de la Federación. Vol. 133 y 138. 2a. Parte. 7a. Epoca. pág. 190.*

de las tres que pueden presentarse en el delito de robo y a las que hemos aludido anteriormente. Demetrio Sodi, nos dice que, "el robo no puede ejecutarse sino por el apoderamiento de la cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley; así es que si alguna dispone del objeto que le fue entregado por el dueño, no comete robo", (17) asentando más adelante que, "numerosísimos son los casos que ofrecen los anales de nuestra criminalidad, en los que, desconociéndose de un modo absoluto la naturaleza del delito de robo, se han pronunciado sentencias inicuas, olvidándose que, para que el robo exista, es necesario que sea arrancado el objeto materia del delito de la tenencia del propietario, sin que éste lo haya entregado voluntariamente a otro..." (18)

En cuanto a la hipótesis señalada en la letra b), el análisis y estudio de la misma, se hará al tratar el elemento material.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al concepto de robo, ha determinado: "Robo es el apode

(17) Sodi, Demetrio. *Nuestra Ley Penal*. Vol. II. Editora Nacional. - México. 1918. 1a. Edición. pág. 12.

(18) Sodi, Demetrio. *op. cit.* pág. 13.

ramiento de una cosa mueble, ajena, la usurpación "invito-dominio" de la posesión verdadera, con sus elementos simultáneos y concomitantes de corpus y ánimos". "Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena mueble, - sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda - disponer de ella, con arreglo a la Ley". (19)

1.2 ELEMENTOS DEL DELITO. Los elementos materiales y normativos del delito de robo, según su estructura legal, son:

- I. Una acción de apoderamiento;
- II. De cosa mueble;
- III. Que la cosa sea ajena;
- IV. Que el apoderamiento se realice sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la Ley.

Examinaremos por separado cada uno de estos elementos jurídicos en la inteligencia de que se necesita la reunión de todos los enumerados para la existencia del robo, sin que sea menester en la práctica procesal la demostración del propósito subjetivo o intencionalidad delictiva, por presumirse ésta, *juris tantum*, conforme al artícu-

(19) *Semanario Judicial de la Federación. Vol. LXIII. 5a. Epoca. pág. 2172.*

lo 9o. del Código Penal.

1. El Apoderamiento. Apoderarse de la cosa significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal. 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. La noción de apoderamiento en el delito de robo se limita a la acción de aprehender o tomar directa o indirectamente la cosa. Habrá aprehensión directa, cuando el autor, empleando físicamente su energía muscular, utilizando sus propios órganos, tangiblemente, se adueña de la cosa; así diremos que existe robo por apoderamiento directo cuando el ladrón toma en sus manos el bien ajeno, sin derecho y sin consentimiento. El apoderamiento es indirecto cuando el agente por medios desviados logra adquirir, sin derecho ni consentimiento, la tenencia material de la cosa; por ejemplo: cuando la hace ingresar a su control por procedimientos tales como el empleo de terceros, de animales amaestrados o de instrumentos mecánicos de aprehensión. La tangibilidad de la cosa por el ladrón no es, en consecuencia requisito indispensable del robo.

Por dos razones diversas el apoderamiento es el elemento principal del delito de robo, a saber: a) el apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la

constitutiva típica del robo, que permite diferenciarlo de los otros delitos de enriquecimiento indebido; y b) la acción de apoderamiento es la consumativa del delito de robo.

a) El apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la constitutiva del robo, que permite diferenciarlo de los otros delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido. En efecto, en el abuso de confianza, al cometerse la infracción, no existe un apoderamiento de la cosa, puesto que el autor la ha recibido previamente y en forma lícita a título de tenencia; la infracción abusiva radica, no en el acto material del apoderamiento, puesto que ya se tiene la posesión, sino en la disposición indebida, es decir, en el cambio ilícito del destino de la cosa en provecho del autor o de tercera persona. En el fraude tampoco el apoderamiento es el elemento constitucional, porque la infracción se efectúa por la entrega voluntaria que el defraudado hace de la cosa al defraudador, como resultado de engaños, maquinaciones, artificios o del simple aprovechamiento del error. No es menester establecer diferencia con la quiebra culpable o fraudulenta, porque éstas en el fondo no son sino defraudaciones obtenidas por las ocultaciones, maniobras, arbitrios, o malos manejos causantes de la suspensión de pagos. Como excepción, existe la de aquel delito de despojo de inmuebles o de aguas -

en que el agente consuma su propósito en la forma de ocupación violenta o subrepticia del bien, en cuyo caso existe un verdadero apoderamiento; por eso los despojos en que la ocupación no se obtiene por el engaño se llaman en la doctrina robo de inmuebles.

b) En nuestro Derecho el apoderamiento es la acción consumativa del delito de robo. Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella (artículo 369 del Código Penal).

Al redactarse el anterior precepto del Código vigente, se mejoró técnicamente el viejo artículo 370 del Código de 1871, que daba por consumado el robo en el momento en que el ladrón "tiene en sus manos la cosa robada". Como esta última disposición limitaba literalmente el robo de aquella forma de apoderamiento directo y físico en que el ladrón asía la cosa con sus propios órganos corporales de aprehensión, el Código vigente, con mejor técnica, sustituyó esa frase por la de "tiene en su poder la cosa robada", que permite incluir los apoderamientos desviados o indirectos.

La redacción del artículo 369, anteriormente -

transcrito, revela sin lugar a dudas que basta el manejo - sobre la cosa, la aprehensión de la misma para que se consume el delito, por supuesto, siempre que estén reunidos - los demás elementos de la infracción. Este sistema mexicano no es diferente, según expresamos en párrafos precedentes, al del Código Francés, en el que el elemento sustracción - fraudulenta, según la doctrina y la jurisprudencia, se descompone en dos movimientos sucesivos: la aprehensión o - apoderamiento de la cosa y el enlèvement, o sea el desplazamiento o movilización de la cosa que trae como consecuencia hacerla salir materialmente de la esfera de acción del legítimo tenedor para hacerla ingresar dentro de la esfera de acción del autor. Usando el lenguaje jurídico francés, por desplazamiento no debe entenderse cualquier movimiento físico sobre la cosa ligado directamente a su aprehensión, sino aquel movimiento mecánico que retira la cosa del al - cance material en que la tiene su dueño o poseedor legítimo, para llevarla al pleno dominio ilícito del ladrón.

La sustracción fraudulenta es la maniobra por la cual un individuo quita o se lleva un objeto cualquiera - contra la voluntad de su legítimo propietario; la sustracción es, pues, a la vez, una aprehensión y un desplazamiento. En otras palabras: "la aprehensión no es una manifestación completa de la voluntad del ladrón, sino hasta que - por el desplazamiento se consuma el acto material incrimi-

nado". La solución francesa tiene el grave inconveniente de sembrar dudas en gran número de casos sobre el momento preciso en que se consuman determinados robos; los límites entre la tentativa y el delito completo son imprecisos por la ambigüedad del criterio de enlèvement. Nuestra legislación, desde 1871, tuvo gran fortuna al precisar en un acto único el momento consumativo del robo, el apoderamiento ilícito y no consentido, estableciéndose así delimitación clara entre la forma incompleta y la completa de la infracción; por eso, de acuerdo con la parte final del precepto que comentamos, el abandono o el desapoderamiento inmediato de la cosa no destruyen la consumación del delito.

Si apoderarse es desposesionar a otro de la cosa, tomarla para sí, privarle de ella, claro está que la mecánica de la acción implica cierta movilización, por mínima que sea, del objeto; no basta que se toque con las manos la cosa, ya que la aprehensión indica la necesidad de tomarla; pero este movimiento de posesión en nuestro Derecho no requiere llegar a una total sustracción o alejamiento del bien.

En resumen, daremos por consumado el robo en el preciso momento de la aprehensión directa o indirecta de la cosa, aun en los casos en que el ladrón, por temor a

ser descubierto, la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar donde la tomó, o en que, al ser sorprendido en flagrante delito, se vea al mismo tiempo desposeído del objeto antes de todo posible desplazamiento. Esta conclusión está más de acuerdo con las doctrinas modernas del Derecho Penal, para las que importa principalmente, más que el daño final, la estimación de la peligrosidad en las acciones delictivas.

II. La Cosa Mueble. Por determinación expresa del artículo 367 del Código Penal, las cosas muebles son los únicos objetos materiales en que puede recaer la acción delictiva de robo. La palabra "mueble" puede tener diversas significaciones según se le examine: a) desde el punto de vista puramente material o gramatical; o b) de acuerdo con la clasificación, en muchos casos utilitariamente ficticia, que el Derecho Privado hace de los bienes en general dividiéndolos en muebles e inmuebles. Precisa examinar por separado estas dos significaciones para determinar con exactitud lo que el legislador penal quiso entender por cosas muebles al describir el delito de robo:

a) De acuerdo con la naturaleza física intrínseca de las cosas, es decir, atendiendo exclusivamente a su naturaleza material, se llaman muebles, movibles, a las cosas que tienen la aptitud de ser transportadas de un lugar

a otro, sin que altere su sustancia; en otras palabras, - las cosas muebles no tienen fijeza y son susceptibles de - moverse de un espacio a otro por sí mismas, como en el caso de los animales semovientes, o por la aplicación de - fuerzas extrañas. A contrario imperio, según su naturaleza material, serán inmuebles, inmóviles, las cosas fijas, - permanentes en el espacio, no transportables, de un lugar a otro, tales como los terrenos y las edificaciones asidas fijamente a los mismos.

b) De acuerdo con el Derecho Privado, son bienes-muebles, en primer lugar, los que tienen esa naturaleza fisica, o sea los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una - fuerza exterior. En segundo lugar, son bienes muebles, - por determinación de la Ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal (artículos 753 y 754 del Código Civil). De estas reglas del Derecho-Privado deben exceptuarse aquellos bienes que, aun cuando-tienen naturaleza mobiliaria, son estimados legalmente como inmuebles, sea por respeto al destino que les ha dado - su propietario, o sea por simple disposición de la ley, tales como las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos-de ornamentación, colocados en edificios o heredades por - el dueño del inmueble, de tal forma que revele el propósi-

to de unirlos de un modo permanente al fundo; los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, - cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente; las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca directa y exclusivamente a la industria o explotación de la misma; - los abonos destinados al cultivo de una heredad que estén en las tierras donde haya de utilizarse; las semillas necesarias para el cultivo de la finca; los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios - por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario; los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca, mientras estén destinados a ese objeto, y el material rodante de los ferrocarriles, las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radio-telegráficas fijas (fracciones IV,V,VI,VII,VIII,X y XIII del artículo - 750 del Código Civil). De acuerdo con el mismo Derecho Privado, estos inmuebles por ficción, verdaderos muebles - por su naturaleza, recobrarán su calidad legal de muebles - cuando el mismo dueño (Y no otra persona) los separe del edificio o heredad.

Algunos de nuestros tribunales han aplicado inde-

bidamente el criterio ficticio de distinción entre muebles e inmuebles del Derecho Civil, fundándose en que el Código Penal, al no hacer una explicación de lo que entiende por cosa mueble, ha remitido el problema a la solución del Derecho Privado. Conforme a esta opinión habría que considerar a los apoderamientos de frutos pendientes de recolección, de ganados pie de cría o de ciertos objetos destinados al servicio de un inmueble, como lavabos, hornillas, tinacos, llaves de agua, etc., no como constitutivos del delito de robo, sino, en todo caso, como integrantes de delitos de daño en propiedad ajena o de despojo de inmuebles, resultado absoluto, puesto que estas últimas infracciones presentan características diametralmente opuestas a las de la verdadera acción ejecutada por el delincuente. La sensibilidad jurídica de Jacinto Pallares, lo hizo exclamar que "el Código Civil no es un criterio de la legislación penal respecto de la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles, pues si lo fuera, resultarían monstruosidades jurídicas, como la de que no hay robo de sementeras, de estatuas de los edificios, de ganado". Demetrio Sodi, en el mismo sentido, protesta contra el trasplante al campo penal de la clasificación civil entre muebles e inmuebles.

Carrara en el párrafo 2027 de su Programa, dice: -
"Aunque la cosa sea inmóvil en manos de su propietario, -
puede haber hurto cuando el culpable moviliza una parte. -

¿Qué cosa más inmóvil que la tierra? No obstante es hurto sustraer del campo ajeno piedras o arenas para usarlas en provecho propio". (20)

Por nuestra parte, con ocasión del informe rendido por el autor de este libro al XI Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Berlín, acerca de "La reforma de las Leyes Penales en México", expresamos: "Otro de los propósitos que presidió la reforma, fue el de eliminar sistemáticamente del Código los conceptos ficticios, los valores convencionales, las definiciones abstractas alejadas de la realidad que en muchas legislaciones suelen traducirse en artificiosas creaciones, tan frecuentes en el Derecho Privado. Se pretendió hacer del Código Penal un manual legislativo sencillo y sincero en que se atendiera preferentemente a la realidad del delincuente, a la realidad del delito y a la realidad de sus repercusiones antisociales, eliminando fórmulas ficticias. Especialmente en el Libro Segundo del Código, destinado a la enumeración de los elementos constitutivos de los delitos en particular y a sus sanciones, se tuvo presente el criterio de eliminación de lo convencional". Aplicando la anterior doctrinal problema que nos ocupa debe concluirse que la única interpretación posible para la frase "cosa mueble" empleada-

[20] Citado por González de la Vega. op. cit. pág. 172.

en la descripción del delito de robo, es la de atender a la real naturaleza del objeto en que recaiga el delito. To dos los bienes corpóreos de naturaleza intrínseca transportable pueden servir de materia a la comisión de un robo. - En cambio los bienes o cosas incorporales, tales como los derechos, créditos, acciones jurídicas, pensamientos, como no pueden ser susceptibles de apoderamiento o aprehensión, no pueden servir de objeto material de robo; pero cuando esos derechos se hacen constar en documentos, entonces deben incluirse entre las cosas corpóreas, posible materia de apoderamiento, como en el caso de actuaciones judiciales, títulos de crédito y demás documentos con obligatoriedad jurídica."(21)

III. La Cosa Ajena. Que la cosa sea ajena es un elemento del delito de robo indispensable de demostrar en los procesos, aun cuando sea por pruebas indiciaria o confesional, porque el robo, como los otros delitos de enriquecimiento indebido, constituye en su esencia jurídica un ataque dañoso a los derechos patrimoniales de cualquiera persona.

Nadie puede robarse a sí mismo; nadie puede cometer robo en sus bienes propios, estas conclusiones son evidentes, a pesar de que en el mismo capítulo de robo la

[21] González de la Vega. op. cit. pág. 173.

fracción I del artículo 368 sanciona la disposición o destrucción de una cosa mueble, ejecutadas por el dueño, si la cosa se encuentra dada en prenda o en ciertos depósitos obligatorios; pero este atentado cometido por el dueño en sus propios bienes no es propiamente un robo, sino, como se expresa en el encabezado del precepto que lo define, un delito que "se equipara al robo y se castiga como tal". Más adelante haremos el estudio de este especial delito.

La locución "cosa ajena", empleada por la ley al tipificar el robo, sólo puede tener una interpretación racional; la de que la cosa objeto del delito no pertenezca al sujeto activo. Para que se de por comprobado este elemento normativo e imprescindible del robo, basta que se demuestre por cualesquiera de los sistemas probatorios procesales que el objeto mueble materia de la infracción no pertenece al autor. Para la configuración del delito, poco interesa determinar con exactitud quién 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, pero no es necesario para la demostración del delito.

De todas maneras, conviene examinar algunas hipótesis que pueden registrarse con motivo del apoderamiento de cosas ajenas, porque de ellas derivan especiales reglas

Jurídicas:

a) Existen ciertos bienes pertenecientes a la Federación, a los Estados o a los Municipios que se denominan bienes del dominio del poder público y se dividen en bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y bienes propios del poder público (veáanse artículos 765 y siguientes del Código Civil). Generalmente los bienes del dominio del poder público son inmuebles, pero también pueden formar parte de ellos cosas muebles en las que recaiga un posible delito de robo, tales como libros, manuscritos, documentos, cuadros, estatuas, objetos de arte de los archivos, bibliotecas o museos del Estado, mobiliario y enseres de los establecimientos o servicios públicos dinero o títulos del tesoro de las entidades públicas, etc. Si del robo resulta perjudicada la Federación, el asunto será de la competencia del orden federal de acuerdo con el inciso "c" de la fracción I del artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. A contrario imperio, dado nuestro sistema constitucional en que las facultades que no están expresamente concedidas a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados, si el robo recae en bienes muebles pertenecientes a las Entidades Federativas o a los Municipios, la competencia será de los tribunales comunes (artículos 104 y 124 de la Constitución).

b) El Apoderamiento puede efectuarse en bienes - mostrencos que, de acuerdo con el artículo 774 del Código-Civil, son los muebles abandonados y los perdidos cuyo dueño no se ignora.

Indudablemente las cosas mostrencas son ajenas al autor de su hallazgo porque no le pertenecen en propiedad; sin embargo, creemos que su apoderamiento no puede estimar se como constitutivo de delito de robo por ausencia del - elemento antijuridicidad, ya que el mismo Código Civil lo - autoriza indirectamente al imponer como obligación al au - tor del hallazgo entregarlo dentro de tres días a la auto - ridad municipal, lo que hace imprescindible la aprehensión de la cosa. El que se apodere materialmente del bien mos - trengo y no cumpla el mandato legal, habrá incurrido en un incumplimiento simple de sus obligaciones civiles; pero - si posteriormente procede como dueño de la cosa y la enaje na, empeña o grava, podrá estimarse el caso como constitu - tivo del delito de fraude a que se refiere la fracción II - del artículo 387, reformado, del Código Penal, por haber - dispuesto de la cosa con conocimiento de que no tenía dere cho a ello. Por supuesto, las anteriores observaciones só lo serán aplicables cuando se demuestre plenamente.

IV. El Apoderamiento sin Derecho. "La mención - que hace nuestro Código al describir el robo exigiendo pa -

ra su integración que el apoderamiento se realice sin derecho es innecesaria, y en cierto sentido, tautológica, puesto que la antijuridicidad es una integrante general de todos los delitos cualquiera que sea su especie; así como el apoderamiento para ser constitutivo de robo necesita ejercitarse sin derecho o antijurídicamente, así también la muerte de otro para ser delito de homicidio requiere -- que el acto sea ilícito, etc." (22) Jiménez de Asúa al de finir al delito en general según su sustancia jurídica, llega a la conclusión de que "es el acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad". Aparte de la tipicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad, la antijuridicidad es elemento sine qua non de la infracción criminal, cuando el acto imputable a un hombre está tipificado especialmente en la Ley y provisto de penalidad y no será delito si el agente lo ha ejecutado lícitamente; tal es el caso de las lesiones inferidas en ejercicio del derecho de corregir en los deportes, o en ejercicio de la profesión médica. Igual acontece en el apoderamiento de cosas ajenas sin consentimiento del perjudicado, pero con derecho, por ejemplo: en virtud de un secuestro legal.

V, El Apoderamiento sin consentimiento de la per

(22) op. cit. pág. 413.

sona que puede disponer de la cosa conforme a la Ley. La acción de apoderarse de las cosas sin consentimiento de la persona que puede disponer de ellas con arreglo a la Ley puede manifestarse en tres diversas formas, según los procedimientos de ejecución empleados por el autor, a saber:

a) Contra la voluntad libre o expresa del pasivo de la infracción, lográndose el apoderamiento por el empleo de la violencia física o moral contra el sujeto pasivo. En esta forma de rapiña puede acontecer que la víc-tima, por el estado de miedo que la sobrecoge, entregue los bienes, pero esta voluntad ficticia de entregar la cosa no destruye el apoderamiento ilícito, si que agrava legalmente su penalidad.

b) Contra la voluntad indudable del pasivo de la infracción, pero sin el empleo de violencias personales, como en el caso en que la víctima contempla el apoderamiento sin poderlo impedir por la rapidez o habilidad de la maniobra de aprehensión o circunstancias análogas.

c) Por último, en ausencia de la voluntad del ofendido, sin conocimiento ni intervención de éste cuando el robo se comete furtiva o subrepticamente.

Las tres anteriores hipótesis de procedimientos de ejecución del apoderamiento tienen como rasgo común el

que se cometen sin consentimiento del pasivo del delito, - que es el elemento exigido por la ley. Cuando el apoderamiento se realiza con el consentimiento libre, tácito o expreso del propietario o legítimo poseedor, desaparece la - figura delictiva del robo por faltarle el elemento normativo a que nos estamos refiriendo.

Si el agente obtiene la entrega voluntaria de la cosa como resultado del aprovechamiento que hace del error del que la tiene, o mediante engaños, mentiras, falacias o maniobras y artificios dolosos, surge el delito de fraude (encabezado del artículo 386 reformado del Código Penal). - Carrara dice que, "siendo la propiedad un derecho alienable, puede intuirse que el consentimiento tácito o expreso, -- prestado libre y espontáneamente, para la toma del bien, - elimina el hurto; y lo elimina al grado de que, cuando se ha prestado el consentimiento como consecuencia de un engaño, desaparece también el hurto, sin perjuicio de que el - hecho sea punible bajo otro título (fraude)." (23)

1.3. OBJETO JURIDICO TUTELADO. El objeto jurídico tutelado en el robo de infante es aquel valor protegido y reconocido por el Derecho Penal, en este caso es la - libertad, toda vez que se ubica en los delitos contra la -

(23) *op. cit.* pág. 218.

libertad cuando ésta es privada de manera ilegal, tal como ocurre en el ilícito objeto de nuestro estudio; considerando que la libertad debe entenderse como la facultad que tiene el individuo para realizar todo aquello que desea, siempre que con la realización de sus actividades no ofenda la moral y las buenas costumbres del núcleo social al que pertenece y cuando un menor de doce años es privado ilegalmente de su libertad, en virtud de que tal privación es a todas luces ilegal, sufre una mutilación seria su facultad de hacer lo que él desea, ya que quienes han cometido el delito en su persona, lo que hacen es tenerlo consigo para presionar a sus familiares pretendiendo obtener beneficios económicos, los cuales son perseguidos comúnmente. Igualmente, en el robo el bien jurídico tutelado es la propiedad.

C A P I T U L O I I I

ROBO DE INFANTE

1.1 CONCEPTO DE ROBO DE INFANTE. El tipo penal cuyo estudio nos ocupa, se encuentra concretado en nuestro Código Penal en la forma siguiente:

"Artículo 366. Se impondrán de cinco a cuarenta años de prisión y multa de cien a diez mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o se cuestre en alguna de las formas siguientes:... VI. cuando se cometa el robo de infante menor de doce años, por quien sea extraño a su familia y no ejerza la patria potestad sobre él".

Correspondiendo el precepto legal transcrito al Capítulo Unico del Título Vigésimoprimerο referente a la privación ilegal de la libertad, resulta incuestionable que, como veremos al analizar el elemento tipicidad, es la libertad como garantía jurídica, el bien tutelado o protegido por la norma en esta especie delictiva, y aquí encontramos uno de los presupuestos del delito.

El sujeto activo puede serlo cualquier persona que por autodeterminación voluntaria lleve al cabo el robo

de infante cuando no ejerza la patria potestad y no tenga ningún nexo familiar con él. Y es el mismo menor, como titular del bien jurídico protegido por la norma, el sujeto pasivo del delito. Uno y otro, constituyen otro presupuesto general del delito.

En cuanto el agente o sujeto activo del delito no sea incapaz de entendimiento y volición de la acción y su resultado, existirá la imputabilidad.

Respecto a la norma penal, precepto y sanción, como presupuesto general del delito, no hay nada que agregar, bastando la transcripción del artículo 366.

Ahora bien, tratándose de un tipo de resultado y no de mera comisión formal, al analizar los presupuestos especiales, será necesario referirlos al hecho. En consecuencia, y siendo condiciones previas al hecho de naturaleza jurídica o material que lo condiciona, en el delito de robo de infante se encuentra como nota primordial: el ejercicio de la patria potestad, cuya titularidad no debe corresponder al sujeto activo, pues de otra forma, se anula el hecho como delito.

El Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales, dispone en el articulado de su Título Oc

tavo, que la patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos de matrimonio, en la forma siguiente:

- I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y la abuela paternos;
- III. Por el abuelo y la abuela maternos.

Este orden es preferente y sólo a falta de los primeros, ejercerán la patria potestad los que le siguen.

También se ejerce la patria potestad por el adoptante respecto del adoptado.

Fuera de las personas que se encuentran en las condiciones anotadas, ninguna otra puede ser titular de la patria potestad respecto a los menores.

El mismo Ordenamiento legal dispone que el parentesco puede serlo por consanguinidad, por afinidad y por virtud de la adopción que da lugar al parentesco civil. El parentesco por consanguinidad existe entre personas descendientes de un progenitor o tronco común; el de afinidad es el que, en virtud del matrimonio se da entre los parientes del esposo y la esposa, y entre los parientes de ésta y aquél. El parentesco civil sólo se da entre adoptante y adoptado.

Si bien el tutor no ejerce la patria potestad sobre el menor a su cuidado, la tutela es una institución jurídica supletoria de la patria potestad cuando no existe ninguna persona que en los términos de la ley, deba ejercerla. Entonces, si los derechos y las obligaciones del tutor respecto a su pupilo, son semejantes a los nacidos de la patria potestad, un tutor, no obstante ser extraño al menor por cuanto se refiere a los nexos de parentesco y no ejercer sobre la patria potestad, consideramos que no podría cometer el delito a estudio respecto al menor que se encuentre bajo su tutela.

1.2 CONDUCTA TIPICA. Siendo el delito acción típica, antijurídica y culpable, necesariamente el elemento primario y fundamental es la acción (lato sensu), es decir, el comportamiento o conducta del hombre vivificando la descripción legal.

Por otra parte, como existen delitos de mera conducta o formales, que se perfeccionan por el solo actuar del agente sin necesidad de resultado (los gritos sediciosos, el falso testimonio), y delitos materiales o de resultado en los cuales se requiere además de la conducta, un resultado (robo, homicidio), debemos agregar que además de la conducta, puede ser el hecho (según el tipo de que se trate), el elemento objetivo, comprendiendo la conducta, -

el resultado y el nexa causal.

"Independientemente de cuáles y cuántos sean los elementos del delito, es indiscutible que cuando la descripción típica sea de una mera conducta, la conducta viene a ser el primer elemento del delito dentro de la prelación lógica con relación a los restantes elementos del delito, Bettiol sostiene que "el primer elemento constitutivo del delito es suministrado por el hecho típico, vale decir de aquel complejo de elementos materiales referibles a la conducta del agente que pueden quedar subsumidos bajo un esquema de delito". En otros términos "entre los elementos fundamentales del delito emerge el comportamiento, o sea la acción positiva o negativa". (24)

Soler, después de definir el delito como la "acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de éstas" señala como elemento primario a la acción "que ha de ser entendida en amplísimo sentido, comprendiendo tanto la conducta humana como el resultado que produce, tanto la comisión como la omisión. Hay acción, toda vez, que un comportamiento corporal es referible en alguna forma a la volun-

[24] Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1960. 1a. Edición. pág. 155.

tad de un hombre". (25)

Jiménez de Asúa asienta: "Empleamos la palabra - acto (e indiscutiblemente acción lato sensu) y no hecho, - porque hõcho, es todo acaecimiento de la vida y lo mismo - puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la - naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un - ser dotado de voluntad que lo ejercita. Adviértase además, que usamos de la palabra acto en una acepción más amplia - comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omi - sión". (26)

En cambio Ferrer Sama expresa: "La palabra ac - ción ha sido criticada y no sin motivo, en el sentido de - que al tener que utilizar la misma palabra como concepto - específico frente a la omisión, resultan repetidos los t^{er} - minos, genérico uno y específico el otro, evitándose con - el empleo, en referencia a las dos formas de presentarse - la acción, de las expresiones "comisión" y "omisión", las - cuales por otra parte, hacen que se adquiera precisión y - claridad el término de delitos de "comisión" por "omisión". (27)

[25] Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Editorial De Palma.- Buenos Aires, Argentina. 1960. 2a. Edición. pág. 227.

[26] Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito*. Editorial Andrés Bello. Venezuela. 1954. 2a. Edición. pág. 273.

[27] Ferrer Sama, Antonio. *Comentarios al Código Penal Español*. Murcia, España. 1946. pág. 114.

Porte Petit considera "el término acción inadecuado, por no comprender o abarcar a la omisión. Estima que acción es movimiento y omisión todo lo contrario, inactividad y por ser antagónicos, uno de ellos no puede servir de género al otro. Y por lo que se refiere a la palabra acto, tampoco lo admite como aceptable porque, afirma, algunas veces constituye la acción misma, pero otras, forma parte de la acción al estar ésta constituida por varios actos, como lo prueba la división de delitos unisubsistentes y plurisubsistentes. Por último, asienta que el término conducta es el adecuado para abarcar la acción y la omisión (aunque no el resultado)." (28)

Conducta, a nuestro entender, es en realidad un término demasiado amplio, porque comprende todo el comportamiento humano sin excepción. Así, en psicología se habla de la conducta del hombre desde que, dentro del seno materno, se hace viable; cualquier acto del hombre por intrascendente que sea, es conducta; y si el Derecho debe tender a la mayor exactitud, es necesario concretar, en lo posible, aquella forma de conducta que en sí, puede considerarse como excepcional o anormal por su negación de valores éticos y jurídicos. Así, sin desconocer las objeciones anotadas, podemos aceptar el término acción en su más-

[28] Cfr. Porte Petit. op. cit. pág. 214.

amplio sentido, porque reduciendo el concepto genérico a su connotación jurídica, lo hacemos comprensivo de la omisión.

A quienes critican esta terminología, se les olvida lo contradictorio que en sí es llamar delitos de "comisión por omisión" a aquellos medios de comisión intermedios entre una y otra forma de conducta. Si la comisión es actuar positivo, es actividad corporal y la omisión es lo opuesto, es decir, actuación negativa, pasividad, ¿cómo es posible comportarse activa y pasivamente al mismo tiempo?. De conformidad con el principio de contradicción de la lógica, dos cosas o dos juicios, de los cuales uno afirma y el otro niega lo mismo exactamente, no pueden ser verdaderos al mismo tiempo y en cambio, si uno de ellos resulta verdadero, el otro tiene que ser, necesariamente falso. Sin embargo, aceptamos esa forma de delitos de "comisión por omisión", porque nos parece lo más ajustado a la realidad. Y del mismo modo admitimos el término acción como lo hemos expuesto, es decir, con las salvedades asentadas. - por supuesto, esta opinión no impide que utilicemos, indistintamente, los vocablos conducta, hecho, etc.

La Conducta del Delincuente en el Robo de Infante.
El tipo específico de robo de infante, a diferencia de la mayoría de los tipos contenidos en nuestro Código Penal, -

no contiene una descripción clara de conducta, que como en el caso del homicidio (matar), por ejemplo, nos permita, - en forma inmediata saber cuál es el núcleo del mismo. Pero tratándose de un tipo especial en relación con el básico - de privación ilegal de la libertad, podemos asentar que su elemento objetivo fundamental es, precisamente, privar de la libertad al infante. No es, como aseguran algunos, apoderarse del infante. Es importante hacer esta aclaración - porque existen quienes, con escasa fortuna, estiman que el robo de infante "no está tipificado" y entonces recurren a verter la descripción del artículo 367 ("comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena...") dentro del contenido de la fracción VI del artículo 366 y concluyen que el injusto a estudio debe describirse como el "apoderamiento de infante menor de doce años sin derecho y sin consentimiento de quien tenga derecho a él con arreglo a - la Ley"; y no existe nada más absurdo y contrario a toda - lógica, pues si se habla de delito se está haciendo refe - rencia necesariamente, a un tipo legal; equiparar dos tipos que tutelan tan disímolos bienes jurídicos equivale - a reconocer la igualdad de bienes, es decir, se llega a la equiparación absurda: libertad igual a propiedad.

La conducta del delincuente en el robo de infante consiste pues, en la detención arbitraria del menor de doce años en una cárcel privada o cualquier otro lugar, sin -

orden de autoridad competente y fuera de los casos previstos por la Ley. En cuanto al delincuente, necesariamente debe ser ajeno a la familia de la víctima y no ejercer la patria potestad sobre ella.

Resultado en el Delito de Robo de Infante. Por resultado, dice Porte Petit, "debemos entender, el mutamiento jurídico o jurídico y material, producido por un hacer (acción) y un no hacer (omisión)" (29) Como puede verse, la posición del ilustre maestro, es ecléctica. Decimos ecléctica porque admite la concepción de las dos tendencias existentes sobre la elaboración del concepto resultado. Estas dos corrientes doctrinarias son:

- a) Concepción naturalística, y
- b) Concepción jurídica o formal.

Según la concepción naturalística, el resultado es la consecuencia natural del actuar humano.

En opinión de Battaglioni, el resultado lo constituye la modificación del mundo externo producida por la acción positiva o negativa del agente. Antolisei por su par

(29) *op. cit.* pág. 114.

te, nos dice que "es resultado el efecto natural de la conducta humana relevante para el derecho". (30)

Conforme a la misma concepción naturalística, el resultado material o mutación en el mundo exterior puede ser de distintas clases: físico, fisiológico y psíquico, principalmente. Así, Antolisei sostiene: "Los efectos de la acción humana, además de ser muy numerosos, generalmente son de diversa naturaleza en relación con la infinita variedad del mundo exterior, y desde el punto de vista del Derecho interesa hacer notar que los efectos de la acción pueden ser físicos, en cuanto se verifican en la realidad física; fisiológicos, si se verifican en el cuerpo del hombre y psicológicos si ocurren en el alma humana".(31)

Por su parte Cuello Galón, después de explicar el resultado de la acción como el efecto externo de ésta que el Derecho Penal toma en cuenta para sus fines, explica que el mismo consiste en "una modificación del mundo exterior (por ejemplo, la muerte de un hombre, el incendio de una casa) o en el peligro de que ésta se produzca (por ejemplo la fabricación no autorizada de substancias nocivas a la salud para expenderlas). La modificación del mun

[30] Citado por Porte Petit. *op. cit.* págs. 114 y 115.

[31] *op. cit.* pág. 118.

do externo puede ser física (en el caso citado de la muerte de un hombre) o psíquica (la percepción de una expresión injuriosa). Pero no sólo la acción positiva, también la acción negativa, la omisión puede originar un resultado jurídicamente trascendente en cuanto impide que se produzca la modificación del mundo externo querido por la Ley".-

(32)

"Esta doctrina modernamente seguida por algunos penalistas, denominada concepción material, se opone a la doctrina tradicionalmente sostenida y aún hoy defendida por gran número de penalistas, la llamada concepción formal o jurídica, para la cual el resultado de la acción es la lesión o daño del bien jurídico penalmente protegido".-

(33)

"No es defendible esta concepción que parte de la idea de que todo delito produce un resultado lesivo. Indudablemente en todo delito hay lesión de un bien jurídico, pero esta lesión radica en el hecho del agente en cuanto es contrario a la norma penal, lesión que como dice Bettiol es un "atributo del hecho", pero si todo hecho delictivo es por naturaleza lesivo de bienes jurídicos no todos

[32] Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*. Editorial Nacional. México 1953. 2a. Edición. pág. 298.

[33] Cuello Calón. *op. cit.* pág. 299.

los delitos producen un resultado dañoso, como los llama - dos delitos formales, en los que la lesión del bien jurídico coincide con la acción o con la omisión, pero no su resultado, pues carecen de él; en éstos la acción o la omisión no produce efecto externo. Igualmente falta el resultado en todos los delitos en el grado de frustración y en el de tentativa. Por esta razón, como Antolisei afirma, - el resultado no puede considerarse como un elemento indefectible del delito". (34)

Jiménez de Asúa asienta: "El resultado no es sólo un cambio en el mundo material, y menos el estricto daño y menos aún el concreto y efectivo perjuicio, que sólo nos importa en la responsabilidad civil. También es "resultado" la mutación en el mundo psíquico externo, como la impresión causada por la injuria en el sujeto pasivo que la recibe en privado o enviada por carta. Y además, lo es el riesgo o el daño potencial y el peligro corrido, de los cuales habló Carrara". (35)

Porte Petit, después de afirmar la necesidad de - aceptar que la modificación del mundo exterior puede ser - física, fisiológica o psíquica, y sus resultados todos -

[34] *op. cit.* pág. 300.

[35] Jiménez de Asúa. *op. cit.* pág. 114.

ellos, quedan incluidos en el concepto de resultado material o mutación en el mundo exterior, agrega: "en consecuencia, existe resultado material, cuando se produce una mutación en el mundo exterior, física, fisiológica o psíquica, descrita por el tipo". (36)

Contrariamente a la concepción naturalística, la llamada jurídica o formal concibe el resultado como una mutación en el mundo jurídico o inmaterial.

Como acabamos de exponer, este cambio o mutación jurídica se da cuando el resultado de la acción es lesivo a un bien jurídicamente tutelado.

Ahora bien, consideramos el resultado como parte del elemento objetivo del delito cuando éste es de los llamados materiales, pudiendo ser propiamente material como la muerte de un hombre o puramente psíquico como el conocimiento de la injuria; no puede ser la violación del Derecho porque el resultado del acto no incluye valoración; es parte del tipo que describe y no debe mezclarse con la valoración, independiente de la descripción.

En el delito de robo de infante, la norma es prohi

(36) Cfr. Porte Petit. op. cit. pág. 192.

bitiva y en consecuencia la conducta es positiva; es decir, es delito material o de resultado. Pero, ¿cuál es este resultado?. Considerando que este delito afecta, directamente la libertad, o sea, un bien inmaterial, el resultado es de tipo psicológico. Por ello, dentro de la terminología aceptada por Porte Petit, en este ilícito el elemento objetivo es un hecho. (37)

Medios Comisivos del Delito de Robo de Infante. - El delito de robo de infante, por su descripción típica, tiene un medio de comisión consistente en la captura y retención del infante. En efecto, el núcleo del tipo es privar de la libertad, detener arbitrariamente, y ambos conceptos son equivalentes. Privar, valer tanto como quitar, despojar, prohibir. Detención arbitraria, significa retención sin fundamento legal, es decir, ilícita, injusta.

Por tratarse, repetimos de un delito que implica una norma prohibitiva, el modo de comisión debe ser de acción (stricto sensu). Ahora bien, para la existencia de la acción, se debe querer el movimiento corporal en que la misma consiste, es decir, debe haber voluntad.

La voluntad debe referirse al querer inicial o im

[37] Cfr. Porte Petit. *op. cit.* pág. 190.

pulso motor de la acción típica, con independencia de cuál sea el resultado de la acción, pues la voluntariedad del resultado pertenece a la culpabilidad y no al tipo. Por tanto, como afirma Porte Petit "se requiere un nexo psicológico entre el sujeto y la acción."(38)

En el robo de infante, basta que el agente quiera la acción de secuestrar a su víctima, para afirmar que ha obrado (entendido, claro está, que además del querer haya exteriorizado actos encaminados directa o inequívocamente a la realización de su voluntad), y si se consigue o no el resultado, se dará el delito acabado o la tentativa en sus diversos grados.

1.3 CLASIFICACION DEL DELITO A ESTUDIO EN ORDEN A SU CONDUCTA Y RESULTADO. En orden a la conducta y resultado el delito de robo de infante se puede ubicar de la siguiente manera:

- a) De acción;
- b) De omisión;
- c) De comisión por omisión; y
- d) Unisubsistente y Plurisubsistente.

(38) Cfr. Porte Petit. *op. cit.* pág. 192.

Ya hemos hecho referencia a las tres primeras clases. Delito unisubsistente es aquel que se consuma con un solo acto y plurisubsistente cuando se consuma con varios-actos.

Por tanto, el robo de infante en orden a la conducta, es un delito de acción y plurisubsistente, pues los actos (no la acción que es el todo) son principalmente dos: captura o aprehensión del infante y su retención en lugar ajeno al suyo.

En Orden a su Duración. Por su duración, o en orden al tiempo, los delitos pueden ser, principalmente:

- a) Instantáneos;
- b) Permanentes;
- c) Continuados.

Son instantáneos, los delitos en los cuales, la acción que los constituye sólo en un instante se realiza, se consuma. El carácter de instantáneo se entiende dentro de la relatividad que prestan los tipos a su ejecución; - el homicidio seguido de lesiones, por ejemplo, es instantáneo aunque entre el momento en que se causan las lesiones y la muerte hayan transcurrido los términos máximos señalados por la Ley para estimar el hecho de la muerte como ho-

micidio; y ésto porque el tiempo transcurrido no tiene relevancia jurídica y porque la muerte de la víctima constitutiva del núcleo del delito, sólo en un instante se produce.

Delitos permanentes son aquellos en los cuales la acción se prolonga en el tiempo, de tal modo que cualquier momento del delito puede imputarse a título de comisión.

Es continuado, el delito en donde existe unidad de ejecución y pluralidad de acción.

El robo de infante, en orden a su duración, es delito permanente, pues la privación de la libertad persiste en el tiempo y el delito no termina hasta que no cesa la detención arbitraria.

En orden al resultado los delitos pueden ser formales y materiales.

1.4 ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA EN EL ROBO DE INFANTE. La ausencia de conducta equivale a falta de acción o de omisión y siendo la conducta el elemento primordial del delito, su ausencia da como resultado, inevitablemente la no existencia del injusto. Para Porte Petit, la fuerza física irresistible, la fuerza mayor y los

movimientos reflejos son hipótesis indiscutibles de ausencia de conducta.

Jiménez de Asúa estima que "si intentara sistematizar los auténticos casos de ausencia de acto, los reduciría a: 1) El sueño y el sonambulismo; 2) La sugestión, la hipnosis y la narcosis; 3) La inconsciencia; y 4) La fuerza irresistible." (39)

El Código Penal en la fracción I del artículo 15- establece como circunstancia excluyente de responsabilidad penal, "obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible".

La fuerza física irresistible o vis absoluta es - la violencia por un individuo ejercida sobre otro, de tal modo, que éste se ve obligado a ejecutar un acto completamente contrario a su voluntad, y precisamente porque no actúa en forma espontánea, no puede atribuírsele la acción.

En nuestra opinión, no ha habido conducta siempre que por cualquier motivo falte el elemento voluntad en el agente; pues como hemos dicho anteriormente, para la existencia de la acción debe quererse el movimiento corporal -

{39} Cfr. Jiménez de Asúa. *op. cit.* pág. 604.

en que la misma consiste. No habiendo volición en el agente, no habrá acción, faltara espontaneidad o autodeterminación y el agente obrará en forma similar al violentado por la fuerza física exterior irresistible.

Cuando el sujeto activo en el delito de robo de - infante actúe en condiciones tales que no puede atribuírse le el acto como querido, habrá ausencia de conducta y, en consecuencia, de delito.

2. LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

2.1 CONCEPTO DE TIPO Y TIPICIDAD.

La tipicidad, constituye otro elemento dentro de la teoría general del delito, ya que el tipo es un presupuesto de la tipicidad, siendo ésta según los tratadistas, la relación conceptual necesaria, es decir, que no puede haber adecuación de la conducta al ilícito, si no contamos previamente con un tipo que sea el marco legal, en el que quede subsumida la conducta o hecho.

Concepto del Tipo: El Tipo a decir de don Celestino Porte Petit, es "La conducta o hecho, descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, - conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos". (40)

El maestro Mariano Jiménez Huerta, define al tipo como "El injusto recogido y descrito en la Ley Penal. (41)

Para el profesor Ignacio Villalobos, el tipo es - "Una forma legal de determinación de lo antijurídico puni-

(40) *op. cit.* pág. 424.

(41) Jiménez Huerta, Mariano. *La Tipicidad*. Editorial Porrúa. México. 1955. 1a. Edición. pág. 47.

ble supuestas condiciones normales en la conducta que se describe". (42)

2.2 ELEMENTOS DEL TIPO.

La doctrina penal en lo referente a los elementos del tipo señala como tales al: Elemento Material y al Elemento Jurídico.

El maestro Ignacio Villalobos, define el elemento material de la siguiente forma: "Cuando el acto recae sobre una cosa, se dice que ésta es el objeto material o de la acción". (43)

Por lo que se refiere al elemento jurídico, don Celestino Porte Petit, dice que es: "El valor tutelado por la Ley Penal". (44)

El maestro Porte Petit, da una basta explicación acerca de los citados elementos, es por ello que a continuación citamos la referencia que hace el citado maestro en torno a los elementos del tipo:

[42] Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa.- México. 1983. 4a. Edición. pág. 267.

[43] Villalobos, Ignacio. *op. cit.* pág. 279.

[44] Porte Petit. *op. cit.* pág. 49.

"Elemento del juicio cognitivo. Ahora bien, el propio Mezger, coloca entre los elementos típicos descriptivos y los puros normativos, a los elementos del juicio cognitivo, considerando que se trata de características típicas sobre las que recae un determinado juicio con arreglo a la experiencia y a los conocimientos que ésta proporciona.

Elementos normativos. Los elementos normativos son de dos clases:

a) Elemento de valoración jurídica. Existen estos cuando la ley dice por ejemplo: "cosa ajena", "funcionario", etc.

b) Elementos con valoración cultural. Se manifiesta cuando el Código expresa: "casta y honesta", "desprecio", etc.

Elemento subjetivo del injusto, en fin, la doctrina hace hincapié en los elementos subjetivos del injusto, que consisten en "Características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor".

El Sujeto Activo, requerido por el tipo, es un elemento de éste, pues no se concibe un delito sin aquel debiéndose entender por sujeto activo, el que interviene -

en la realización del delito como autor, coautor o cómplice.

El sujeto activo puede ser cualquiera y entonces estamos frente a un delito común o indiferente; pero en ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad de dicho sujeto, originándose los llamados delitos propios, especiales o exclusivos.

En todo delito debe existir un sujeto pasivo, sin olvidar que no se da un delito sobre sí mismo, porque no es admisible un desdoblamiento de la personalidad humana de modo que ésta puede considerarse, a un mismo tiempo, desde cierto punto de vista, como sujeto activo y desde otro como sujeto pasivo del delito". (45)

El maestro Jiménez Huerta, establece, que la "Primera condición que se requiere para que una conducta humana sea valorada de antijurídica es la de que lesione o ponga en peligro un interés tutelado por el Derecho, esto es, un bien jurídico. Nos sigue diciendo que los bienes o intereses jurídicos, no son conceptos vagantes en el espacio sin objeto y sin fin, sino que encarnan un reflejo de los valores sobre los que descansa la vida de relación".

(45) *Porte Petit. op. cit. pág. 43 y siguientes.*

2.3. CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.

Una vez citado el concepto y los elementos del tipo, haremos mención a la clasificación del delito en orden al tipo.

Un sin fin de clasificaciones han sido formuladas por los tratadistas del Derecho Penal, a continuación cita remos algunas de ellas:

Don Edmundo Mezger, elabora la siguiente clasificación:

- "a) Delitos de resultado y de simple actividad;
- b) Delitos de lesión, de peligro concreto, delitos de peligro abstracto;
- c) Delitos básicos o fundamentales;
- d) Delitos cualificados o privilegiados;
- e) Tipo independiente;
- f) Tipo especial cualificado;
- g) Tipo especial privilegiado;
- h) Delitos de varios actos;
- i) Delitos compuestos en sentido estricto;
- j) Delitos permanentes;

- k) Delitos mixtos: a) Acumulativamente formados.
b) Alternativamente formados.

l) Tipos necesitados de complemento.

(Leyes penales en sentido amplio)". (46)

El Doctor Luis Jiménez de Asúa, establece la siguiente clasificación:

- "a) Tipos fundamentales y especiales; tipos fundamentales cualificados y privilegiados;
- b) Tipos independientes y subordinados: tipos básicos y complementarios;
- c) Clasificación atendiendo al acto:
1. Tipos de formulación libre, casuística, alternativos o acumulativos.
 - 2) Otras clasificaciones en orden al resultado.
 - 3) Los delitos condicionales (que no son especie de los tipos).
 - 4) Delitos de resultado cortado.
- d) Clasificación atendiendo a los elementos subjetivos del injusto.

(46) Citado por Castellanos Tena. *op. cit.* pág. 84.

- 1) Por los elementos subjetivos referentes al autor.
- 2) Por los elementos subjetivos fuera del agente". (47)

Porte Petit hace mención de la siguiente clasificación de los tipos:

"Tipos fundamentales o básicos. Es aquél que no deriva de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo..

Tipos especiales. Se forma autónomamente, agregándose al tipo fundamental otro requisito.

Tipos especiales calificados. Cuando se forma autónomamente agregando al tipo fundamental o básico, otro requisito que implique aumento o agravación de la pena.

Tipos especiales privilegiados. Se forma autónomamente, agregando al tipo fundamental otro requisito que implica disminución o atenuación de la pena.

Tipos independientes o autónomos. Es el que tie-

(47) *op. cit.* pág. 83.

ne vida, existencia autónoma o independiente.

Tipos complementados, circunstanciales o subordinados. Es aquel que necesita para su existencia el tipo fundamental o básico y añadiéndosele una circunstancia, pero sin que se origine un delito autónomo.

Tipos complementados, circunstanciales, subordinado o privilegiado. Es aquel que necesita para su existencia un tipo fundamental o básico, al que se agrega una circunstancia atenuándolo.

Tipos complementados circunstanciales o subordinados cualificados. Es aquel que necesita para su existencia un tipo fundamental o básico al que se agrega una circunstancia agravándolo.

Tipos de formulación libre. Es aquel que no se señala en forma casuística la actividad productora del resultado típico, pudiéndose en cualquier medio idóneo producirse o realizarse el núcleo contenido en el tipo.

Tipos de formulación casuística. Es aquel que se señala casuísticamente la conducta productora del resultado típico". (48)

[48] *op. cit.* pág. 446.

El robo de infante es de tipo calificado, tomando en consideración que el tipo básico vendría siendo el delito conocido como privación ilegal de la libertad, establecido en el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 364.

2.4 AUSENCIA DE TIPO. La ausencia de tipo, o sea la no descripción de la conducta, constituye el aspecto negativo del tipo.

Don Celestino Porte Petit, define a esta figura jurídica en los siguientes términos: "Hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal". (49)

El Doctor Luis Jiménez de Asúa, establece al respecto que "La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica". (50)

En nuestra opinión, estaremos ante la ausencia de tipo cuando la Ley no disponga nada en torno a una conduc-

(49) *op. cit.* pág. 314.

(50) *op. cit.* pág. 264,

ta que tenga características de ilicitud.

2.5 CAUSAS DE ATIPICIDAD. En principio consideramos oportuno definir la atipicidad, entendida como la ausencia de tipicidad en el robo de infante, tiene lugar cuando el sujeto activo es miembro de la familia del menor o ejerce la patria potestad sobre él; si la edad del menor excede de los doce años y en fin, cuando falte uno solo de los requisitos indispensables señalados en el tipo legal.

El maestro Porte Petit, menciona que "para señalar las "Atipicidades", bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo:

- a) Ausencia del presupuesto de la conducta del hecho.
- b) Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo.
- c) Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo.
- d) Ausencia del objeto jurídico.
- e) Ausencia del objeto material.
- f) Ausencia de las:
 - 1) De referencias temporales.

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

- 2) De referencias especiales.
- 3) De referencias de otro hecho punible.
- 4) De referencia de otra índole, exigida por el tipo.
- 5) De los medios empleados.

g) Ausencia del elemento normativo y,

h) Ausencia del elemento subjetivo del injusto".-

(51)

En el delito de robo de infante, podríamos señalar como causas de atipicidad, que el menor tuviera 14 años, y que la privación de libertad la efectuara un familiar.

[51] *Ponte Petit. op. cit. pág. 478.*

3. LA ANTIJURIDICIDAD.

3.1 CONCEPTO. En tanto exista un comportamiento que encuadre en el exacto cumplimiento de lo jurídico, se establece una conducta considerada como lícita, pero si nos apartamos de tal comportamiento estaremos cayendo dentro de lo antijurídico.

Ahora bien, el citado elemento a estudio, en un sentido común y corriente, se entiende como lo contrario a Derecho, es decir un total alejamiento a lo dispuesto por la Ley.

Hans Welzel, respecto al término denominado antijuridicidad, establece el siguiente raciocinio: "Imaginándose personificado el orden jurídico, frecuentemente se denomina a la antijuridicidad como un juicio de valor negativo o juicio de disvalor del derecho sobre la acción, en lo que se debe tener siempre presente es lo gráfico del término, ya que la antijuridicidad no es naturalmente un mero juicio de disvalor, sino una característica de disvalor de la acción.

Por ello la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en cuanto se realiza sobre la acción, en base a una escala general precisamente del orden social jurídico.

El objetivo se valora, a saber, la acción, es en cambio - una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y - subjetivos (psíquicos)". (52)

En conclusión podemos establecer que la antijuridicidad, se presenta como una característica esencial del accionar del sujeto activo y no como un elemento perturbable del orden social, es decir, lo antijurídico no es lo contrario a lo establecido por la norma, en tanto no se llegue a materializar la acción, que es lo que produce la antijuridicidad, y por ende la alteración del orden jurídico establecido.

El profesor Porte Petit, nos dice que la antijuridicidad es "Una conducta que siendo típica no está protegida por una causa de justificación". (53)

Para el alemán Hans Welzel la "Antijuridicidad es el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el Derecho para las acciones que se realizan en la vida social". (54)

Don Ignacio Villalobos, establece que la antijuridicidad

{52} Welzel, Hans. *Derecho Penal. Parte General. Editorial de Palma.* - Buenos Aires, Argentina. 1956. 1a. Edición. pág. 57.

{53} *op. cit.* pág. 285.

{54} Welzel, Hans. *op. cit.* pág. 59.

dicidad es "La oposición al Derecho". (55)

En nuestra opinión. coincidimos con las ideas del maestro Porte Petit, toda vez que estaremos en presencia de la antijuridicidad cuando la conducta que llevamos a cabo produzca un resultado contrario a lo dispuesto por la norma, el cual no se encuentre amparado por alguna causa de licitud.

El autor argentino Sebastián Soler dice que, "na die ha expresado más elegantemente que Carrara, ese doble aspecto de adecuación a la Ley de contradicción al Derecho, cuando afirma que el delito es una "disonancia armónica".- Hay armonía en el delito, en tanto implica identidad de la conducta del hombre con el hecho descrito en el tipo penal; pero esta armonía es disonante, en cuanto representa una contradicción con las normas de valoración que el propio tipo tutela y protege." (56)

Para Max Ernesto Mayer "las normas del Derecho emanan de las culturas, esto es, de aquel conjunto de mandatos o prohibiciones impuesto a los individuos como imperativos de la moral, de la religión o de la costumbre, sobre

[55] *op. cit.* pág. 121.

[56] *op. cit.* pág. 326.

los cuales se basa la vida de relación y que crean el modo de pensar y de sentir (la cultura) de una determinada sociedad. El legislador no crea la norma jurídica a su capricho, sino la extrae de la norma de cultura. Esta, proporciona los criterios instrumentales necesarios para valorar la antijuridicidad de una conducta y para alcanzar el ideal de justicia, contenido y fin del Derecho, cuya esencia consiste "en el logro de la total armonía, en la compensación de antítesis y en la distribución de bienes dentro de las posibilidades de la cultura vivida". (57)

Pero, como acertadamente afirma Mezger, "una antijuridicidad en sí" no existe, sino sólo una antijuridicidad en el caso concreto. Y esta antijuridicidad del caso concreto trasciende del hecho a la vida social que se enjuicia, no en forma aislada, sino sumergido en el universo de sucesos y valores integradores del mundo que rodea nuestra individualidad."(58) Franz Von Liszt afirma que "existe una antijuridicidad formal, cuando la acción típica infringe una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico, y otra material, cuando la acción típica constituye una conducta socialmente dañosa, que concreta -

[57] Mayer Max, Ernesto. *Filosofía del Derecho*. Traducción. Barcelona España. 1937. 1a. Edición. pág. 75.

[58] Mezger, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Revista de Derecho Privado. 1938. Madrid, España. 1a. Edición. pág. 341.

mente se da si se lesiona o se pone en peligro un bien jurídico." (59)

3.2 ANTIJURICIDAD FORMAL Y MATERIAL. Esta distinción entre antijuricidad formal y antijuricidad material o substancial, no es sino el doble aspecto de un mismo problema; la formal contradicción a la norma que en sí misma encierra el acto injusto por un lado, y la ofensa, daño o peligro, a bienes jurídicos tutelados por la misma norma, ofensa que implica una negación de los valores sociales que forman la esencia y naturaleza del orden jurídico.

Una conducta adecuada formalmente a una figura legal, no representa, siempre una infracción de un mandato o prohibición del orden jurídico. Quien en determinada situación de peligro injusto priva de la vida a otro, no infringe la norma no matarás; no contraviene el orden jurídico, sino lo afirma al ejercitar el derecho de defensa legítima.

De lo expuesto, se deduce que no basta el formal-encuadramiento de una conducta al tipo para afirmar su an-

[59] Von Liszt, Frank. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Reus. Madrid, España. 1927. 2a. Edición. pág. 341.

tijuridicidad. Es preciso que esa conducta sea positiva -
mente antijurídica. Pero en nuestra Ley, y generalmente -
en ninguna Ley, encontramos reglas para determinar en for-
ma positiva la antijuridicidad. Ordinariamente los códi -
gos resuelven el problema en forma negativa, estableciendo
cuándo o en qué casos la acción típica no es antijurídica.
En síntesis, "una conducta o hecho son antijurídicos quan-
do siendo típicos no están protegidos por una causa de jus-
tificación". (60)

La Antijuridicidad en el Robo de Infante. Cuando
se actualiza la conducta mencionada en el artículo 366 --
fracción V del Código Penal, se infringe la norma que ga -
rantiza la libertad individual en su más amplio sentido; -
se atenta contra el interés social al perturbarse el orden
jurídico, y al afirmarse una voluntad contraria a la volun-
tad de la Ley, se ofende la esencia misma del Derecho. En-
tales condiciones, es antijurídico el acto de apoderarse -
de un infante menor de doce años por persona ajena a su fa-
milia y que no ejerza la patria potestad sobre él; enten-
dido naturalmente, la inoperancia de alguna causa de justi-
ficación.

3.3 CAUSAS DE JUSTIFICACION. Evidentemente -

(60) *op. cit.* pág. 324.

entre los factores positivos y negativos del delito, pueden darse supuestos en los que hay la ausencia de antijuridicidad; en los casos en que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación, por lo que las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

Para el reconocido maestro Don Fernando Castellanos Tena, "cuando un hombre priva de la vida a otro, su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del Código Penal vigente, y no obstante puede no ser antijurídica, si se descubre que obró en legítima defensa, por estado de necesidad o en presencia de cualquiera otra justificante."(61)

3.4 CONCEPTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.-

El jurista español Eugenio Cuello Calón, define a las causas de licitud como "Aquellas en que el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado al Derecho, la situación especial en que cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta". (62)

[61] Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1974. 8a. Edición. pág.179.

[62] op. cit. pág. 84.

Para el licenciado Ignacio Villalobos, "Las excluyentes de responsabilidad son pues, condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho típico del Derecho Penal, por las cuales el acontecimiento deja de ser delictuoso, a pesar de su tipicidad, y por tanto produce la responsabilidad que es inherente al delito". (63)

Don Celestino Porte Petit, establece respecto de las causas de justificación que "Existe una causa de licitud cuando la conducta o hecho siendo típico son permitidos autorizados o facultados por la Ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante". (64)

En nuestra opinión, las causas de licitud, son circunstancias previstas por la Ley, que benefician a sujetos que actúan defendiendo un interés preponderante, a pesar de producir un resultado típico".

3.5 DIFERENTES CAUSAS DE JUSTIFICACION. Nuestro Código Penal establece en su artículo 15, abigarradamente confundidas con otras causas de exclusión de pena y de la responsabilidad, las siguientes causas de justificación:

(63) *op. cit.* pág. 126.

(64) *op. cit.* pág. 142.

- a) Legítima defensa;
- b) Estado de necesidad;
- c) Cumplimiento de un deber;
- d) Ejercicio de un derecho y
- e) Obediencia debida o jerárquica.

La defensa legítima puede definirse como la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y espontánea. Si la reacción satisface los requisitos de proporcionalidad, racionalidad y necesidad con la agresión, cualquiera que sea la lesión causada al autor de ésta, no será ilícita por actuar la legítima defensa como una causa objetiva de justificación.

El estado de necesidad, adquiere existencia como justificante de ilicitud, cuando el necesitado, ante el conflicto de dos intereses jurídicamente tutelados, se ve precisado a sacrificar uno de ellos para salvaguardar el prevalente. Se admite, generalmente, que cuando en el conflicto chocan dos intereses de valor distinto, si se sacrifica el de mayor importancia para salvar al de menor entidad, la acción es antijurídica, si la acción destruye al interés de menor valor salvaguardado al de mayor jerarquía, se le considera lícita, y si el conflicto se da entre intereses de igual categoría, subsiste la antijuricidad, pero-

entra en función una eximente de pena o de la culpabilidad, en favor del autor, porque su actuar no depende de una motivación normal sino que le es impuesto en forma imperativa por las circunstancias del momento. Como en el caso del naufrago quien para salvar su vida, sacrifica la de otro naufrago sujeto a un endeble madero que sólo puede soportar el peso de uno.

La fracción V del artículo 15 del Código Penal dice: "Obrar en...el ejercicio de un derecho consignado en la Ley". El ordenamiento jurídico otorga al individuo, como persona en sí, en atención a las profesiones, cargos y oficios que desempeña múltiples derechos, regulando su ejercicio en forma adecuada para el bienestar social. En consecuencia, quien actúa en ejercicio de un derecho en la forma que la Ley autoriza, no comete acción antijurídica alguna, aún cuando su comportamiento lesione o ponga en peligro otros intereses humanos que el Derecho protege.

La misma fracción V citada, establece: "Obrar en cumplimiento de un deber... consignado en la Ley". Correlativamente a los derechos que otorga el ordenamiento jurídico impone determinados deberes en atención al individuo en su carácter de persona física, o a los cargos públicos que desempeñe. En cumplimiento de estos deberes pueden lesionarse bienes jurídicos vitales de la sociedad o derechos -

subjetivos de otras personas. Si la ley impone imperativamente el cumplimiento de estos deberes, no puede valorarse de antijurídica las conductas realizadas en su cumplimiento. No actúa antijurídicamente el que al detener a un delincuente sorprendido in fraganti, use de la fuerza para contrarrestar la resistencia violenta de éste, ni los soldados de un pelotón de fusilamiento al ejecutar una sentencia de muerte, etc.

Se ha afirmado que la obediencia debida o jerárquica, supone:

- a) La existencia de una relación oficial de subordinación. La obediencia debida no puede exigirse a quien no está obligado a obedecer.
- b) Que la orden emane del superior y se expida dentro de los límites de su competencia en relación con el subordinado.
- c) Que la orden reúna las formalidades legales y los demás requisitos que el procedimiento establece.

Pero como aún así la orden puede referirse a la ejecución de un acto ilícito (y la justificante requiere en la ley que la circunstancia de ser delictivo el mandato

no sea evidente ni conocida por el inferior jerárquico) se añade a los requisitos anteriores, el derecho de desobediencia que puede tener el subordinado, salvo en casos muy excepcionales.

Algunos autores añaden a las causas de justificación anteriormente señaladas, el consentimiento del ofendido. A este respecto podemos decir, en términos generales, que sólo es relevante cuando se refiere al ejercicio de una libertad cuya garantía constituye el interés social.

Cita Jiménez Huerta, el caso ocurrido en Italia y fallado por la Corte de Casación el 25 de junio de 1939. "Camila Catapano de 25 años de edad, mantenía relaciones de noviazgo con un joven de su misma edad llamado Mario, que bien pronto impone plenamente a Camila su voluntad hasta el extremo de desflorarla y hacerla suya. A partir de este instante, Mario dominado por los celos y mediante la amenaza de abandonar a la joven deshonrada, somete a ésta a un verdadero martirio moral y físico. La obliga a que se deje crecer los cabellos, vestir hábitos, no salir de su propia recámara, no recibir visitas, no hacer su aseo y necesidades personales sino en su presencia, cuidando de escribir su propio nombre con lápiz en varias partes del rostro de Camila para cerciorarse de si ésta se ha lavado y contravenido su prohibición. Poco tiempo después la

obliga a dormir con los pies atados y durante el día a permanecer unida, por medio de una cadena sujeta a un pie, a la máquina de coser. Toda esta situación era consentida y soportada por Camila ante la amenaza de abandono y deshonor con que Mario la conminaba. El Tribunal llamado a juzgar a este celoso y cavernario individuo, comprobado el consentimiento de Camila, consideró que dicho consentimiento no fue invalidado por la violencia, pues la amenaza de romper el amasiato no tenía el carácter de injusta, y en consecuencia, el hecho cometido no constituía delito por estar legitimado por el consentimiento del sujeto pasivo. La Corte Suprema, por el contrario y con mejor criterio jurídico, considera el consentimiento doblemente inválido; por estar viciado por la violencia moral y por recaer sobre la libertad personal, "bien indisponible, que sólo, como se ha dicho, dentro de ciertos límites (de los que el caso enjuiciado está ciertamente muy lejos) puede tolerar la propia lesión mediante el consentimiento del titular. Pero cuando, como en la especie, existe la conciencia y la voluntad de privar a la Catapano de su libertad personal; cuando esta privación fue larga, tormentosa e inhumana, cualquier consentimiento del sujeto pasivo no elimina el delito, porque la privación de su libertad personal no podía la Catapano consentir, por no poder ella válidamente disponer de este bien, eminentemente de orden público".(65)

[65] *op. cit.* pág. 175.

Causas de Justificación o Ausencia de Antijuridicidad en el Robo de Infante.

a) Legítima defensa. Resulta imposible conciliar la conducta típica que nos ocupa, con esta causa justificante del delito; pues si bien es cierto que todos los bienes jurídicos pueden ser objeto de la defensa legítima, también lo es que ésta adquiere la forma de reacción contra la agresión real, injusta y no provocada, y ni siquiera hipotéticamente puede adquirir ese carácter de reacción el robo de infante.

b) Estado de necesidad. Dada la amplísima formal legal de esta justificante concretada en la fracción IV del artículo 15, en ella quedan comprendidas todas las situaciones de necesidad que puedan presentarse sea cual fuere su trascendencia y valor jurídico. Aunque no hemos encontrado ningún antecedente práctico que pudiera servirnos de base, existe la posibilidad de su existencia.

Como el robo de infante puede cometerse (y así sucede en la mayoría de los casos) sin perseguir un fin lucrativo, podría presentarse el siguiente caso: un grupo representativo de

los intereses de una colectividad determinada, que habiendo sido sojuzgada por la fuerza se ve compelida a vivir bajo el dominio de un tirano (el que para asegurarse su posición de privilegio ha implantado un régimen de terror en perjuicio de la libertad, la vida y los bienes colectivos) y habiendo agotado todos los recursos a su alcance, secuestra el hijo único del usurpador, un infante de 8 años de edad - que representa para aquél el único objeto de felicidad. Se amaga al tirano para que, a cambio de la vida de su hijo, deje el poder.

En contra de las opiniones existentes sostenidas por especialistas de la materia, para nosotros el Código no exige el fin lucrativo en el robo de infante. Quienes afirman lo contrario se basan en la acepción gramatical de los términos plagio y secuestro usados por el legislador. Olvidan que la connotación jurídica es particular, exclusiva y distinta en muchos casos, de la estrictamente gramatical de algunos vocablos, por exigencias sistemáticas, técnicas y hasta pragmáticas. La práctica ha demostrado asazmente que no es necesaria la persecución del lucro para la existencia de esta conducta delictiva, basta para aclararlo la sola-

lectura del artículo 366. Si los vocablos plagio y secuestro se usaran con apego estricto a su significado gramatical, no sería necesario que la fracción I del artículo hiciera mención al fin lucrativo -"Cuando se trate de obtener rescate..."- pues sería redundante y tautológica la redacción, faltándose a las elementales reglas de la técnica jurídica. Y si esto fuera, el legislador de 1954 que reformó este artículo sólo en cuanto a la penalidad se refiere, hubiera enmendado la falta del legislador de 1931.

c) y d) No se justifica la conducta típica del robo de infante desde el punto de vista de las causas de justificación a que se refiere la fracción V del artículo 15, ya que ninguna ley podría imponer deberes o conceder derechos para afectar en modo tan grave los valores que forman la esencia misma del Derecho.

e) Obediencia Debida. Sólo en la hipótesis de la obediencia sin reservas que prevalece en el régimen militar, podría justificarse la conducta típica del ejecutor.

El consentimiento del ofendido, ni siquiera en -

los casos en que pudiera operar como justificante, como se ha dicho anteriormente, podría darse en el robo de infante. Ello, porque la víctima, objeto material sobre quien recae la acción del sujeto activo de la figura penal, deberá ser lo siempre un menor de doce años, incapaz jurídicamente para dar su consentimiento en actos de trascendencia jurídica.

4. LA IMPUTABILIDAD.

4.1 CONCEPTO. Imputación es el acto de atribuir a otro alguna culpa, delito o acción, e imputabilidad es la calidad de ser imputable. En Derecho Penal sólo debe considerarse como "otro", quien es sujeto de voluntariedad por reunir determinadas condiciones psíquicas. Almenningen expresó que "imputar significa declarar que uno ha sido autor con voluntad y conciencia, de una mutación en el mundo exterior."(66)

Carrara fundó "la imputabilidad en el libre albedrío y en la responsabilidad moral, lo que se ha considerado como la doctrina clásica, presentándose el problema de saber si la voluntad humana es libre o determinada. Con controversia inútil dentro del campo del Derecho Penal y que corresponde al ámbito de la Filosofía, siendo necesario aceptar que el fenómeno complejo de la voluntad, no puede existir sin libertad e inteligencia. Como un esfuerzo más en encontrar una base efectiva de la pena, nace la noción del estado peligroso, apoyándose en la responsabilidad objetiva, es decir, en el peligro que el criminal representa para la sociedad, tanto en su estado predelictivo como en

(66) Escriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación*. México. 1979. 10a. Edición. pág. 846.

el postdelictivo. Resultando que las penas son aplicables propiamente a la peligrosidad criminal y las medidas de seguridad a la peligrosidad social." (67)

Jiménez de Asúa inspirándose en la aplicación del Psicoanálisis al delito, ha concluido "que la imputabilidad es la facultad de conocer el deber." (68)

Liszt y Mezger, "tratan la imputabilidad y la culpabilidad en sentido estricto, bajo la expresión común de culpabilidad, y Mayer emplea el término imputabilidad, cuando se refiere a la culpabilidad e imputabilidad sensu-stricto. Sin embargo, a la imputabilidad debe considerársele como un elemento autónomo objetivo psicológico del delito y como presupuesto necesario de la culpabilidad." (69)

4.2 ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA. Las acciones libres en su causa, constituyen sin duda alguna característica importante dentro del análisis general de la imputabilidad.

El maestro Ignacio Villalobos, define a este tipo de causas en los siguientes términos: "Si la culpabilidad

(67) *op. cit.* pág. 413.
 (68) *op. cit.* pág. 326.
 (69) *op. cit.* pág. 118.

se produce al actuar es claro que la capacidad de culpabilidad debe existir en ese momento mismo". (70)

Para don Fernando Castellanos Tena, las acciones-libres en su causa se presentan cuando el "sujeto antes de actuar voluntariamente o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito". (71)

Por lo que a las acciones libres en su causa, consideramos que son circunstancias provocadas por el sujeto activo del delito en sí mismo, con el fin de alterar su personalidad y de ese modo llevar a cabo el ilícito descrito por el artículo 366, fracción sexta del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

*La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntariamente o en forma culposa, se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. Tal es el caso en el delito que nos ocupa de un sujeto que desea apoderarse de un menor de doce años y para hacerlo con el fin de darse ánimos ingiere bebidas embriagantes y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí -

[70] Villalobos. *op. cit.* pág. 214.

[71] Castellanos Tena. *op. cit.* pág. 186.

sin duda alguna existe la imputabilidad; entre el acto voluntario, es decir la decisión de delinquir y su resultado, hay un enlace causal. En el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de imputabilidad, el sujeto era imputable.

Si se acepta que al actuar, el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuentrarse el fundamento de la imputabilidad en el acto precedente o la acción, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena.

El ya mencionado maestro, cita la postura asumida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expresada en los siguientes términos: "Si en autos no se ha probado que el quejoso no hubiera actuado en estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias embriagantes y por lo contrario, de la declaración del propio procesado se infiere que, si acaso existió tal estado (que por otra parte tampoco se ha probado), no se debió al empleo accidental e involunta-

rio de sustancias embriagantes, ya que acepta que desde temprano, el día de los hechos, anduvo tomando bebidas embriagantes, se eliminá la posibilidad de que concurra, en la especie, la causa de inimputabilidad que se invoca. Como tampoco se ha probado que el estado de embriaguez en que dice haberse encontrado el quejoso, fuera completo, nulificando su capacidad de querer y entender, cabe decir que se está frente a una acción libre en su causa, en que el sujeto, queriendo el estado de inimputabilidad, puesto que se ha colocado voluntariamente en él, ha querido el hecho (conducta y resultado), excluyéndose así tanto la posibilidad de considerar la acción como ejercida por una persona en estado de incapacidad transitoria, como la de estimar la responsabilidad a título de culpa. En consecuencia, la sentencia que lo condenó por el delito de lesiones, no puede ser violatoria de garantías. Amparo directo 58/57, J. Félix Vázquez Sánchez". (72)

4.3 LA INIMPUTABILIDAD Y SUS CAUSAS. La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad.

El maestro Jiménez de Asúa, respecto de la inimputabilidad establece que "Son motivos de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud en la mente, así como los -

(72) Citado por Castellanos Tena. *op. cit.* págs. 221 y 222.

transtornos pasajeros en las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto las facultades de conocer del deber, esto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró". (73)

Para el penalista Cuello Calón, la inimputabilidad se presenta: "Cuando el agente carece de la capacidad de conocer y de querer". (74)

En nuestra opinión, no habrá imputabilidad, cuando el sujeto no esté en condiciones de querer y comprender lo que está realizando, bien sea por carecer del uso de sus facultades mentales o por tener alteración mental transitoria.

Las causas de inimputabilidad para el maestro Castellanos Tena son, "todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad." (75)

La doctrina establece como causas de inimputabili

[73] Jiménez de Asúa. *op. cit.* pág. 427.

[74] Cuello Calón. *op. cit.* pág. 407.

[75] Cfr. Castellanos Tena. *op. cit.* pág. 223.

dad, las siguientes:

"Enfermos mentales. Puede anular la inteligencia, paralizar su desarrollo o alterarlo profundamente, y en el campo de la voluntad puede suprimir su libre funcionamiento o trastornarlo gravemente, por ello, el enfermo mental, el loco, es inimputable e irresponsable, no puede responder de los hechos dañosos realizados ni puede ser sometido a pena.

Los Trastornos mentales transitorios. Se refiere a la perturbación de causa inmediata, de aparición más o menos brusca de duración, en general, no muy extensa y que termine con la curación sin dejar huellas.

La Enajenación mental permanente. Exige una situación de completa y absoluta perturbación de sus facultades, al extremo de que coloque al paciente en un estado de verdadera y manifiesta inconsciencia.

El Miedo grave. Siempre que la emoción se produzca en grado que transforme las facultades mentales o prive al sujeto del uso normal de las mismas. Puede producirse este miedo o temor.

Los Sordomudos. Independientemente de aquellos -

casos en que la sordomudez congénita se encuentra asociada con anomalías o deficiencias mentales, o con verdaderos transtornos afectivos, está perfectamente comprobado y explicado que la sola falta del oído y de la palabra, por ser falta de comunicación con los demás hombres deja al sujeto aislado en la sociedad y le priva del adelanto, la comprensión del medio y aún la correcta interpretación de sus percepciones visuales y sensitivas. Especialmente se hallan los sordomudos en la imposibilidad de recibir y asimilar las ideas abstractas del bien y del mal, de la moral, del derecho, de la solidaridad, del deber, y por tanto carecen de una conciencia jurídica que les haga responsables de sus actos.

Los menores de Edad. "El menor "antisocial" o conducta antisocial, es aquel que ha incurrido en acciones que de no ser precisamente por su minoría de edad, serían calificadas de delitos". (76)

Es muy posible que en el caso de robo de infante, pueda suceder que se cometa dentro de las hipótesis previstas por los estudiosos del derecho penal como causa de inimputabilidad.

[76] Cárdenas de Ojeda, Olga. *Toxicomanía y Narcóticos. Aspectos Legales*. Editorial Porrúa. México. 1974. 1a. Edición. pág. 11.

5. LA CULPABILIDAD.

5.1 ALGUNOS ASPECTOS DE CULPABILIDAD. El maestro Luis Jiménez de Asúa, define la culpabilidad como "El nexó intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". (77)

Para el jurista Eugenio Cuello Calón, la culpabilidad es "Un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la Ley". (78)

El profesor Ignacio Villalobos, establece que la culpabilidad "Genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo". (79)

Para Castellanos Tena, "la culpabilidad es el nexó intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".(80)

5.2 ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD. Son un actuar positivo o negativo y que tal conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado, además que los resultados del acto han de ser previ-

(77) *op. cit.* pág. 445.

(78) *op. cit.* pág. 258.

(79) *op. cit.* pág. 281.

(80) *op. cit.* pág. 232.

sibles y evitables y tipificarse penalmente. Por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido (si el resultado es querido o aceptado) sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa.

La Culpabilidad en General. Realizado el juicio objetivo de comparación entre un hecho determinado y el precepto penal para establecer que ese hecho es típico, y confrontada su oposición a la norma imperativa o preceptiva a fin de determinar su contenido antijurídico, falta, aún, examinar si ese actuar humano es culpable. Es decir, si puede reprochársele a un hombre a título de dolo o de culpa. Presupone pues, la culpabilidad, una relación psicológica entre agente y acción, cuyo análisis determinará un juicio de reprobación por contravenir al orden jurídico. "Se reprocha al agente su conducta y se reprueba ésta porque no ha obrado conforme a su deber". (81)

De acuerdo con lo anterior, podemos definir la culpabilidad como un juicio de reprobación por la ejecución dolosa o culposa, de un hecho típico y antijurídico.

Teorías sobre la Culpabilidad, Dos son las teo -

(81) Cuello Calón. *op. cit.* pág. 357.

rias fundamentales para la concepción de la culpabilidad: - la teoría psicológica y la teoría normativa.

La doctrina psicológica condiciona la culpabilidad a la situación espiritual del agente en el momento de su obrar, en relación con el hecho que produjo.

"Esa situación psicológica requiere el análisis de las exigencias del Derecho con respecto a la capacidad general de la persona para realizar acciones jurídicamente relevantes (imputabilidad). Establecidas éstas, se impone el examen del contenido de la acción del imputable, es decir, los modos de referencia posibles de la psiquis al evento delictivo. Esos modos de referencia se llaman culpables (dolosos o culposos), 1° cuando el hecho es ilícito; 2° producido por un hombre capaz; 3° que obra no obstante el conocimiento de las circunstancias. Para subrayar la diferencia entre esta concepción y la concepción normativa, dice Nuñez que, para la doctrina psicológica, el contenido de la culpabilidad se reduce a un solo elemento; el hecho psicológico representativo de la relación entre hecho ilícito y su autor. Sin embargo, el hecho psicológico básico sin cuya existencia no puede haber culpabilidad, es en sí mismo doble, bipolar, pues importa una referencia al hecho propio como ilícito, para lo cual es preciso suponer al sujeto dentro del orden jurídico, de cuyas valoraciones está

penetrado, y con respecto a las cuales también adopta una actitud interna". (82)

Para Soler "decir que la culpabilidad es reprochabilidad, equivale a afirmar que la virtud es aprobación o la peligrosidad es temor; un sujeto es temible porque es peligroso, o estimable por ser virtuoso y de igual modo es reprochable porque es culpable. Entonces había, según este criterio, que considerar a la antijuricidad objetiva de la acción como un elemento de la culpabilidad, pues aquella precisamente es la circunstancia que da base al juicio de reproche, pues solo los hechos antijurídicos son los que pueden ser reprochados." (83)

En nuestro concepto es la doctrina psicológica la que mejor explica el fundamento de la culpabilidad, pues - decir, como lo hace la doctrina normativa, que la culpabilidad debe basarse en la reprochabilidad personal de la acción ilícita con relación al agente, deducida de los presupuestos de la pena, es no decir nada. Efectivamente, - afirmar que un sujeto es culpable porque ha realizado una conducta típica y antijurídica, equivale a decir, por ejemplo, que el delito es la acción sancionada por las leyes penales; lo cual, sin ser falso, es tautológico.

(82) Soler. op. cit. pág. 14.

(83) Cfr. Soler. op. cit. pág. 413.

5.3. FORMAS DE CULPABILIDAD. I. El Dolo, Clases de dolo. El dolo directo. El dolo eventual; II. La culpa. La culpa consciente. La culpa inconsciente; III.- La preterintención.

La culpabilidad reviste, esencialmente dos formas: el dolo y la culpa. Sin comportamiento doloso o culposo - no puede existir culpabilidad; así, en forma expresa lo - determina el Código Penal en su artículo 15 al establecer como circunstancia excluyente de responsabilidad: "X. Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas".

I. El Dolo. Una de las más antiguas doctrinas sobre la naturaleza del dolo, es aquella sostenida por Carmignani y Filangieri (actualmente desechada en su totalidad) que consideraba al dolo como la voluntad de violar la ley penal. Resultaba evidente lo insostenible de este concepto, pues nadie delinque por el solo placer de quebrantar la ley; y así, Manzini refutaba: "no es la intención de violar la ley penal lo que se toma en consideración; - tal intención puede no existir (y generalmente no existe) - en el ánimo del malhechor, quien dirige su voluntad a los efectos prácticos de su hecho, sin preocuparse de su naturaleza jurídica. Solamente una psicología fantástica po -

dría llevar a otra conclusión." (84)

La conocida como teoría de la voluntad, se debe fundamentalmente a Carrara para quien el dolo consiste en: la "intención más o menos perfecta, de realizar un acto - que se sabe contrario a la ley". Como se ve, para esta - doctrina el dolo estriba en la voluntad, no de infringir - la ley penal, sino en la de llevar al cabo un acto que la - vulnera. Desde este punto de vista no habría discrepancia entre la teoría de la representación y la carrariana de la voluntad, pues, como afirma Kelsen: "Desde el punto de - vista psicológico es evidente que aquello que en lo gene - ral, no es representado, tampoco es querido". (85)

La diferencia estriba en que la teoría de la vo - luntad exige algo más que la representación del resultado; éste debe ser voluntario, querido, para afirmar la existen - cia del dolo.

Carrara "distingue entre dolo determinado, definido en la forma que acaba de exponer, y dolo indeterminado, - que se da cuando por lo menos, se previó actualmente el re - sultado, y no obstante, se quiso el acto. Es decir, aquí - lo querido es la propia acción o la ejecución del acto en -

[84] Cfr. Soler. *op. cit.* pág. 417.

[85] Cfr. Cuello Calón. *op. cit.* pág. 312.

si mismo y no el resultado; y en el dolo determinado se quiere tanto la acción como el resultado, por ello se dice que exige la coexistencia de voluntad de medios y voluntad de fin (o intención de resultado)."(86)

Frente a esta doctrina, la llamada teoría de la representación explica el dolo con base exclusiva del conocimiento y previsión del resultado. La razón es la siguiente: "El querer, dice Winscheid, como estado espiritual interno es indiferente al derecho. Lo es no solamente porque el derecho no tiene de él ningún testimonio, sino porque su cualidad no le basta"; de aquí que Kelsen afirmase: "Cuando en una figura de ilicitud aparecen como presupuestos la voluntad, la intención, u otros hechos psíquicos, éstos deben entenderse como elementos meramente externos, objetivamente reconocidos por el juez, que permiten aceptar como posible el correspondiente estado psíquico". (87)

Von Liszt el más destacado expositor de esta teoría, define el dolo como "el conocimiento de las circunstancias de hecho pertenecientes al tipo penal". (88)

Ambas teorías son extremas y por tanto no son

[86] Cfr. Castellanos Tena. *op. cit.* pág. 235.

[87] Soler. *op. cit.* pág. 46.

[88] Von Liszt. *op. cit.* pág. 148.

aceptables en su totalidad tomadas aisladamente, así como tampoco la llamada teoría ecléctica o mixta que las resume. Lo esencial en el dolo no es la representación en sí; lo fundamental es la actitud del sujeto frente a ella. La actitud asumida por el agente ante la representación de un resultado ilícito puede ser tan variada en su contenido de voluntad, que la intensidad de ésta es susceptible de ser escalonada en grados, desde el dolo directo hasta el eventual; entre ambas clases, y determinadas por su graduación, puede encontrarse toda la gama de intencionalidad elaborada por la doctrina.

Resumiendo: en la escala de graduación hemos colocado como máximo y mínimo el dolo directo y el dolo eventual; entre estos dos grados, pueden ser colocadas todas las demás clases y de ahí que cada autor, por así decirlo, tenga su clasificación particular. Dolo directo es la intención directa e inmediata de causar un resultado previsto y querido. El dolo eventual, existe cuando el sujeto ha previsto el resultado únicamente como posible o probable, pero no obstante lo cual ejecuta el hecho y acepta sus consecuencias.

II. La Culpa. El dolo eventual es, dijimos el grado mínimo de intencionalidad; antes está el dolo directo y después del eventual la culpa consciente.

Antes de seguir adelante, queremos dejar asentada la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente, por ser los límites entre ambas clases de culpabilidad. En el primero se dan: a) un resultado dañoso cuyo acaecimiento se presenta como probable y el cual no quiere en principio, pero tampoco se deja de querer; y b) aceptación de este resultado. En la culpa consciente la diferencia estriba, en que el agente actúa con la esperanza (casi con confianza) de que ese resultado no llegará a producirse. Después de la culpa no hay responsabilidad penal, o como dice Mezger: "El Derecho Penal no admite responsabilidad sin culpa". (89)

Podemos afirmar que existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la Ley.

Sobre la naturaleza de la culpa se han elaborado diversas teorías que vamos a tratar de resumir en la forma siguiente: a) Para quienes la culpa reside en un defecto de naturaleza intelectual, el acto culposo equivale a una insuficiencia en la capacidad de asociación, lo cual determina la falta de previsión en el sujeto. No puede aceptarse esta concesión por ser lógico que quien actúa en tales condiciones, es incapaz jurídicamente considerado por la -

[89] Mezger. *op. cit.* pág. 392.

disminución de sus facultades intelectuales. No radica en su voluntad el prever el resultado de su acción y por tanto es inimputable; b) Tratando de superar la teoría anterior, se elaboraron otras que coinciden en estimar a la culpa como efecto volitivo. Pero, aunque la preocupación actual es buscar la naturaleza de la culpa en la voluntad y la opinión generalizada es la de que necesariamente exista la violación de un deber para que el acto culposo sea punible, no todos coinciden en la naturaleza y medida de ese deber.

Aunque brevemente, vamos a referirnos a la naturaleza del deber cuyo quebrantamiento hace punible la conducta culposa.

La responsabilidad por culpa, según el criterio más extendido y que prevaleció durante algún tiempo, proviene de la situación del sujeto al realizar su acción; si esa situación es ilícita, el resultado de ella derivado, y no directamente querido, tiene que ser culposo. Pero, teniendo siempre presente el principio de la causalidad adecuada, las consecuencias del hecho ilícito se imputan siempre con exclusión del "fortuito incalculable". De situaciones contravencionales, derivan resultados contravencionales a título culposo; es la conclusión simple a que parece llegar esta teoría. Si la muerte de un peatón se de-

bió al exceso de velocidad con que era conducido un vehículo, su conductor es responsable por culpa. "La justicia penal no pide cuentas al individuo por sus previsiones, si no por sus acciones u omisiones". (90)

Sin dejar de reconocer la razón parcial de esta teoría, es indudable en gran número de casos existe la culpa sin que la situación del agente en el momento de su actuar sea en sí misma contravencional. Por lo contrario, existen casos en donde a pesar de que esa situación previa sea contravencional, al resultado no puede serle imputado al sujeto a título de culpa; un tranvía es conducido con velocidad excesiva y a su paso se interpone un ladrón que perseguido por la autoridad corre por una calle lateral, tratando de evadirse y distraído por los gritos de sus perseguidores, no se percata del paso del tranvía, que al atropellarlo le produce la muerte. Si hacemos a un lado el exceso de velocidad, de tal modo que aún siendo conducido el tranvía a una velocidad reglamentaria el evento hubiera ocurrido, evidentemente la situación contravencional previa del conductor para nada hubiera influido en el resultado.

La principal virtud de la doctrina expuesta estriba en que separa claramente el dolo de la culpa. Aquél, -

[90] *Soler. op. cit. pág. 126.*

viola siempre un deber primario; ésta, un deber distinto: el que prohíbe determinadas acciones en sí o por sí mismas peligrosas para la integridad de los bienes jurídicamente tutelados y reglamentados a través de las diversas disposiciones de policía y administrativas.

Cuando el agente prevee como posible o probable - el resultado dañoso, pero actúa abrigando la esperanza de que no se producirá, existe la culpa consciente.

Hay culpa inconsciente, cuando a pesar de ser previsible el resultado dañoso, el agente no lo prevee (por que no quiere preverlo) y actúa.

Cuando el resultado de un comportamiento doloso - excede lo querido por el agente, se da la figura jurídica del delito preterintencional; como en el caso de quien - dispara un revólver con la intención tan sólo de herir a - una persona y la mata. La conducta es intencional, pero - su consecuencia va más allá del ánimo de su autor. Relevantes penalistas han querido ver en esta figura un tipo - mixto de culpabilidad, una mezcla de dolo y culpa; dolo - en la acción y culpa en el resultado, en cuanto éste no es querido por el agente. En contra se ha dicho que: 1° no es correcto porque el agente se propuso la producción de - un resultado dañoso y siendo así, el delito es doloso y - 2° no puede atribuirse un mismo hecho a dos instancias psi

cológicas distintas, dolo y culpa. Siendo el resultado no querido, previsible y aceptado por su autor, deberá imputársele a título de dolo eventual. El criterio dominante en la actualidad coloca al delito preterintencional dentro de la categoría de los delitos agravados por el resultado.

Manzini, propone una interesante solución: "Cuando el delito preterintencional lesione los mismos bienes jurídicos o bienes jurídicos del mismo género que los lesionados por el acto inicial (en el ejemplo anterior, lesiones primero y homicidio después, el ataque jurídico recae sobre el mismo género de bienes: integridad corporal, vida), el resultado no querido deberá imputarse al agente a título doloso; pero si el daño es enteramente diverso del resultado querido y afecta bienes jurídicos de naturaleza distinta (me propongo romper el cristal de una ventana y con ese fin arrojé contra ella una piedra que termina por herir a una persona), el resultado deberá imputarse a título de culpa. Esto resulta claro en el ejemplo porque las lesiones causadas a una persona no se representaron como objeto directamente querido, pero por ser este resultado previsible y no haberlo previsto, debe responderse por culpa inconsciente."(91)

Ya vimos que el criterio dominante en la actuali-

[91] Cfr. Soler, Sebastián. *op. cit.* pág. 128.

dad incluye los delitos preterintencionales dentro de la categoría de los delitos agravados por el resultado. A esta categoría pertenecen, por ejemplo: el abandono de persona seguido de lesiones u homicidio, artículo 399, lesiones seguidas de homicidio, artículo 303- II, etc. Son figuras diversas que se refieren en su aspecto objetivo y subjetivo, a un hecho menos grave, al cual se dirige en forma directa, la intención del agente; pero de ese hecho ya en sí punible, se deriva una consecuencia mayor no querida. El artículo 253 bis del Código Penal, dice: "Se aplicarán las sanciones a que se refiere el artículo anterior a los comerciantes o industriales que por cualquier medio alteren las mercancías o productos o que reduzcan las propiedades que debieran tener. Si a consecuencia de la alteración resultaren cometidos lesiones u homicidios, se aplicarán, además las sanciones que por estos delitos correspondan". Esta última circunstancia es un resultado ulterior, que si bien se vincula causalmente con la acción del agente, no se liga subjetivamente en la misma forma en que se vincula el hecho principal. Pero en cualquier caso, ya sea que la muerte se produzca o no, como la subjetividad del autor se dirige únicamente a la venta de mercancías de calidad distinta a la original. El resultado ulterior, es el aditamento típico que agrava el hecho previsto como fundamental, pero tal resultado no es querido por el agente, pues de haberlo sido no sería aplicable el tipo fundamental. Por tratarse de resultados no representados-

ni queridos, el hecho de que se aplique a ellos la penalidad correspondiente a los delitos dolosos, da lugar a críticas diversas; pero desde el momento mismo en que el resultado ulterior es atribuible al comportamiento doloso del agente, configurado como fundamental, debió ser previsible y en tal caso, imputable a título de dolo eventual.

La Culpabilidad en el Robo de Infante. Dadas las características del tipo, el robo de infante es un delito cuya comisión sólo puede imputarse a título de dolo. El secuestro, la ausencia de nexos familiares y la carencia del derecho de la patria potestad, son nociones de carácter normativo (pero cognocibles) que necesariamente constituyen la representación del agente en el momento de su acción; y su ejecución consecuentemente, es voluntaria. Es imposible por todos conceptos, la forma culposa de comisión.

En cuanto a la preterintencionalidad como forma de culpabilidad, no puede darse en esta figura.

5.4 LA INCULPABILIDAD Y SU CONCEPTO. La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, consistiendo ésta en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

Este aspecto negativo de la culpabilidad, opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpa-

bilidad, que son conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable un sujeto si falta en su conducta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, solo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia. Así la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuridicidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con el tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone ya una valoración de antijuridicidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

El maestro Ignacio Villalobos, define a la inculpabilidad como "La exclusión de la culpabilidad existirá siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento, y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúe libre o espontáneamente". (92)

5.5 CAUSAS DE INCULPABILIDAD. Las causas que excluyen la culpabilidad son circunstancias especiales concurrentes con la ejecución del acto realizado por un sujeto imputable que eliminan la culpabilidad. Se diferencian no-

[92] *op. cit.* pág. 422.

tablemente de las causas de justificación y de las causas de inimputabilidad. Aquellas son de carácter objetivo e impersonales; las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva y altamente personales. Siendo lícito el hecho respaldado por una causa de justificación, los copartícipes son impunes, en tanto mediando una causa de inculpabilidad, ésta sólo opera respecto de aquel en cuyo favor concurre, no así para los copartícipes; por ser lícito el hecho justificado no es posible contra él la legítima defensa, en tanto si lo es contra un hecho en el cual tan solo media una causa de inculpabilidad. Ciertamente no está obligado a reparación alguna el amparado por una justificante y sí, en cambio, en algunos casos de inculpabilidad.

Si la culpabilidad reviste dos formas: el dolo y la culpa, las causas que la excluyen deben referirse a circunstancias ajenas a la capacidad de conocer y de querer del agente; por eso las causas de inculpabilidad son: el error y la coacción sobre la voluntad (vis compulsiva). No incluimos la no exigibilidad de otra conducta por parecernos de carácter supralegal y de naturaleza indeterminada en nuestro medio.

La doctrina estudia la ignorancia y el error conjuntamente. La ignorancia es el no saber; el error es el saber, pero el saber mal. Ambos conceptos tienen las mis-

mas consecuencias respecto a la culpabilidad, pero por su esencia misma, es el error el de mayor trascendencia.

Cabe distinguir el error de la duda, pues siendo conceptos equívocos, dan lugar a confusión. Jurídicamente el que actúa en la duda, obra culpablemente. No puede decirse que ha obrado con error el cazador que dispara dudando si el objeto distante es animal o es hombre.

El error puede ser: de hecho y de derecho. Este último no se considera como exculpante dado que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento. El error de hecho puede ser a su vez, esencial y accidental.

El error es esencial cuando recae sobre alguno de los elementos constitutivos de la figura delictiva o sobre una circunstancia agravante de calificación.

El error es accidental si se refiere a circunstancias que acompañan el hecho, pero sin alterar su esencia o su calificación.

Quien obra violentado por una fuerza física superior o irresistible (vis absoluta) no es culpable, por fallar la conducta. Aquel cuya mano ha sido guiada para alterar o falsificar un documento, no puede ser culpable, porque no puede decirse, en sentido estricto que ha actuado.-

Es, prácticamente la no acción y siendo éste elemento esencial del tipo, puede afirmarse que el delito no llegó a existir (exclusivamente respecto del violentado).

La violencia moral (vis compulsiva) representa la constricción de un mal grave e inminente sobre el espíritu humano violentando sus determinaciones y en consecuencia - quien así obra no es culpable, pues su actuar no es libre.

La no exigibilidad de otra conducta es creación pura de la doctrina alemana que la invoca como exculpante no prevista por la ley, pero en la actualidad el Tribunal Supremo de Alemania ha resuelto varios casos con base en ella. "Se dice que una conducta no puede considerarse culpable cuando las circunstancias del momento determinan al agente su comportamiento, de tal modo que no puede exigírsele otro. Tal sería el caso del ejemplo citado al ocupar nos de la antijuricidad, en donde un náufrago mata al otro asido al madero que únicamente puede soportar el peso de uno de ellos."(93)

Causas de Inculpabilidad en el Robo de Infante. -

a) El error esencial de hecho puede operar como exculpante en el robo de infante, cuando recaiga sobre los elemen-

(93) Mezger. *op. cit.* pág. 643.

tos constitutivos del tipo haciendo desaparecer el dolo: - lazos consanguíneos entre el sujeto activo y el pasivo des conocidos por aquél; titularidad del derecho de patria po testad respecto al menor; considerar por error esencial e invencible, como hijo a quien no lo es, etc.; b) La coac ción en sus dos formas también puede operar como causa ex cluyente de culpabilidad, pero sólo respecto al coacciona- do, subsistiendo para el autor de la coacción.

6. PUNIBILIDAD.

6.1 CONCEPTO DE PUNIBILIDAD. El delito es una acción punible, la punibilidad es uno de sus caracteres más destacados. Como ya vimos para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de su punibilidad, siendo éste de todos ellos el de mayor relieve penal. Una acción puede ser antijurídica y culpable y sin embargo, no ser delictuosa, podrá por ejemplo constituir una infracción de carácter civil o administrativo, mas para constituir un hecho delictuoso, es preciso que su ejecución se halle conminada por la Ley con una pena, que sea punible. Por tanto realmente la punibilidad es un elemento de la tipicidad; el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo.

"Quienes sostienen que la punibilidad no es un elemento del delito invocan los casos en que por mediar una excusa absolutoria, la acción es típica, antijurídica y -- culpable, pero no es punible por consideraciones especiales. Esto es cierto, pero también lo es que la noción de delito incluye circunstancias especiales que, no constituyen caracteres de un delito determinado, ni influyendo en la existencia o inexistencia de acción, ilegalidad, o culpabilidad, determinan sin embargo, por su concurrencia o -

ausencia, la existencia o inexistencia de la penalidad. Tales son las condiciones objetivas de punibilidad de que más adelante nos ocuparemos. Pero estas condiciones son ajenas o exteriores del delito e independientes de la voluntad del agente, y precisamente por esta última razón no encuadran dentro del esquema general que comprende el tipo. Si el robo es un delito en su más amplia concepción (actotípico, antijurídico, culpable y punible) pero por consideraciones especiales no se estima punible cuando es un hijo quien roba a su padre (excusa absolutoria del artículo 377) no vamos a concluir de una circunstancia semejante que la punibilidad no es elemento necesario del delito de robo."(94)

"Un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible, en cambio sí es rigurosamente exacto que el acto es delito por su antijuricidad típica y porque se ejecute culpablemente", dice Ignacio Villalobos, relevante exponente de esa tendencia, lo que nos parece una petición de principio, pues precisamente porque ese acto es típicamente antijurídico y culpable, es delito; sino fuera así, no sería delito, y si la premisa "Un acto es punible porque es delito" es cierta, también lo es necesariamente la contraria: "Un acto no es delito porque no es

(94) Cuello Calón. *op. cit.* pág. 428.

punible". (95)

Si una acción no es punible por cualquier motivo - no constituye delito en sentido estricto, porque aún considerando que la pena es sólo una consecuencia y no un elemento esencial de la noción delito, esa consecuencia deriva necesariamente de unos presupuestos (en el caso: tipo-injusto y culpabilidad). Cuando de esos antecedentes no - se deriva la consecuencia, por lógica pura, no existe delito.

El maestro Eugenio Cuello Calón, establece a la - punibilidad, "como un elemento de la tipicidad, pues es el hecho de estar la acción conminada con una pena y constituye un elemento del tipo delictuoso". (96)

6.2 SU ASPECTO NEGATIVO. El aspecto negativo de la punibilidad, lo constituye la figura jurídica denominada excusa absolutoria.

A las excusas absolutorias, los tratadistas alema - nes las denominan: causas personales que liberan de la pe - na, o bien, causas personales que excluyen la pena.

Concepto de Excusas Absolutorias. El maestro -

[95] *Villalobos. op. cit. pág. 84.*

[96] *Cuello Calón. op. cit. pág. 129.*

Franco Sodi, define a las excusas absolutorias, "Como aquellas en que hay delito y delincuente, pero no pena, en virtud del perdón expreso del legislador, quien otorga tal - perdón por razones de utilidad social". (97)

Para el catedrático Ricardo Abarca, "Las excusas-absolutorias substancialmente consisten en la impunidad declarada por la Ley para casos de excepción, motivados por especiales razones de orden político o social". (98)

El tratadista Luis Jiménez de Asúa, establece que "Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que un acto físico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de - utilidad pública". (99)

La doctrina penal vigente, establece como excusas absolutorias las siguientes:

- a) La mínima temibilidad;
- b) La maternidad consciente.

(97) Franco Sodi, Carlos. *Nociones de Derecho Penal. Parte General.* - Editorial Botas. México. 1960. 2a. Edición. pág. 93.

(98) Abarca, Ricardo. *El Derecho Penal en México. Publicación de la Escuela Libre de Derecho.* México. 1975. 1a. Edición. pág. 46.

(99) Jiménez de Asúa. *op. cit.* pág. 226.

6.3 EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL CODIGO PENAL.-

Fundamentalmente encontramos excusas absolutorias en el Có
digo Penal vigente, en los artículos 333 y 375, los cuales
a la letra disponen:

Artículo 333: No es punible el aborto causado so
lo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el em-
barazo sea resultado de una violación.

Artículo 375: Cuando el valor de lo robado no pa
se de diez veces el salario, sea restituido por el infrac-
tor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjui-
cios, antes de que la autoridad tome conocimiento del deli
to, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado -
el robo por medio de la violencia.

Consideramos que en el delito objeto de este tra-
bajo recepcional, no opera ninguna excusa absolutoria, en-
virtud de que se trata de manera indiscutible de un ilícito
penal, con características de una conducta antijurídica,
típica y dolosa a todas luces.

6.4 LA PENA. La pena, mal con que potencial-
mente amenaza la ley para el autor de una conducta delicti
va y al actualizarse ésta da lugar a su aplicación, consis-
te en la disminución de un bien jurídico con fines represi

VOS.

Destacaremos de las penas sus principales caracte

res:

- a) Retribución. Desde el momento en que el Estado en ejercicio de su Derecho de castigar, conmina los hechos previstos como delitos con la amenaza de la pena, existe el carácter de retribución de ésta: devuelve mal por mal. Pero en la época actual esa retribución no es igual a la retribución del Talión; el legislador, basado en la observación diaria de los hechos hace una apreciación normal y justa de ellos tomando en consideración los bienes jurídicos del delincuente que van a ser afectados, la peligrosidad puesta de manifiesto por aquél, etc. Se considera por otra parte, que la reiterada comisión de delitos demuestra la insuficiencia de la amenaza penal, lo cual sería cierto si se estimara que el Derecho Penal no tiene por fin castigar el delito, sino suprimirlo, consideración esta última, de carácter utópico que lleva al extremo de aprobar la teoría del estado peligroso (por desgracia en nuestro medio se aplica cada vez con más frecuencia) para quienes no han cometido delito alguno y sólo en atención a sus antecedentes.

La tendencia actual considera que el aumento - inmoderado de las penas demuestra una tendencia política tiránica y una fundamental inseguridad del poder, por un lado y por el otro, - constituye un error psicológico, pues las penas más eficaces son las más justas;

- b) Prevención. Como amenaza potencial, la pena - tiene un fin general de prevenir los delitos - futuros suprimiendo la venganza. En su aspecto de aplicación concreta, la pena tiene el - fin particular de prevenir en lo futuro acciones delictivas del condenado.

Finger señala para la pena los siguientes criterios:

"Humanidad del medio penal. No deben adoptarse como castigos aquellas medidas que hieren los sentimientos - de piedad y respeto a la persona, aún la del criminal, el Estado no debe adoptar los procedimientos de un resentido, ni excitar los complejos inferiores del sadismo.

Moralidad. Debe tender al mejoramiento del individuo.

Personalidad. Debe actuar la pena exclusivamente sobre el culpable.

Igualdad. Debe significar lo mismo para todos - los que la sufren.

Divisibilidad. Ella importa la posibilidad de - adaptación perfecta al caso. Debe implicar al Estado el - menor sacrificio posible.

Revocabilidad. Siendo la imposición de la pena - una obra humana, no puede descartarse la posibilidad del - error. En consecuencia, la pena revocable es superior a - la irrevocable. (Es éste, uno de los argumentos que más - se han hecho valer contra la pena de muerte)". (100)

El maestro Ignacio Villalobos vierte el siguiente análisis acerca de la pena:

"La pena es un castigo impuesto por el poder pú - blico al delincuente, con base en la Ley, para mantener el orden jurídico;

La pena tiene así como fines últimos, la justicia y la defensa social; pero como mecanismos para su eficacia o como fines inmediatos, debe ser:

a) Intimidatoria, sin lo cual no sería un contra-

[100] Citado por Soler. *op. cit.* pág. 408.

motivo capaz de prevenir el delito;

b) Ejemplar, para que no sólo exista una conminación teórica en los Códigos, sino que todo sujeto que virtualmente pueda ser un delincuente, advierta que la amenaza es efectiva y real.

c) Correctiva, no sólo porque siendo una pena debe hacer reflexionar sobre el delito que la ocasiona y constituir una experiencia educativa y saludable, sino porque cuando afecte la libertad se aproveche el tiempo de su duración para llevar a efecto los tratamientos de enseñanza, curativos o reformativos que en cada sujeto resulten indicados, para prevenir la reincidencia.

d) Eliminatoria, temporalmente, mientras se crea lograr la enmienda del penado y suprimir su peligrosidad o perpetuamente si se trata de sujetos incorregibles.

e) Justa, porque si el orden social que se trata de mantener descansa en la justicia, ésta da vida a todo medio colectivo y sería absurdo defender la justicia misma mediante injusticias, pero además, porque no se logrará la paz pública, sin dar satisfacción a los individuos, a las familias y a la sociedad ofendida por el delito, ni se evitarán de otra manera las venganzas que renacerían indefectiblemente ante la falta de castigo:

La pena, a través de sus fines, podemos inferir -

sus caracteres de la manera siguiente:

1. Para que la pena sea intimidatoria, debe ser -
aflictiva, pues a nadie amedrentaría la promesa de una -
respuesta agradable o indiferente; debe ser legal, ya que
sólo así, conocida de antemano, puede producir el efecto -
que se busca; debe ser cierta, pues la sola esperanza de -
eludirla por deficiencias de la maquinaria encargada de in
vestigación los delitos, por indultos graciosos, etc., deja -
sin efecto una amenaza que el presunto delincuente es pro-
penso a desechar;

2. Para que sea ejemplar, debe ser pública, no -
con la publicidad del espectáculo morboso y contraproducente
te que se usó en la Edad Media, durante la Revolución Franca
cesa, y en otros momentos de exceso y embriaguez de poder,
pero sí en cuanto lleve a conocimiento de todos los ciuda-
danos, la realidad del sistema penal.

3. Para ser corregida en forma específica, debe -
disponer de medios curativos, para los reos que lo requie-
ran Educativos, para todos y aún de adaptación al medio -
cuando en ello pueda estribar la prevención de futuras in-
fracciones, comprendiéndose en los medios educativos los -
que son conducentes a la formación moral, social, de orden,
de trabajo y de solidaridad.

4. Las penas eliminatorias se explican por sí mismas y pueden llegar a ser la de muerte, la de reclusión o de relegación perpetua o destierro.

5. Y para ser justas, todas las penas deben ser humanas, de suerte que no descuiden el carácter del penado como persona, en cuanto habrán de mirar sólo a la responsabilidad y no a categorías, a clases de personas hoy desconocidas, pero procurando efectos equivalentes ya que no hay igualdad, deben ser suficientes (no más ni menos de lo necesario); remisibles, para darlas por concluidas cuando se demuestre que se impusieron por error o que han llenado sus fines; reparables, para hacer posible una restitución total en casos de error; personales, o que sólo se apliquen al responsable. Varias, para poder elegir entre ellas la más propia para cada caso; y elásticas, para que sea posible también individualizarlas en cuanto a su duración y cantidad.

A la pena también suele clasificarse y la clasificación que más aceptación tiene es la siguiente:

a) Por su forma de aplicación o sus relaciones entre sí, pueden ser:

Principales: Que son las que la Ley señala para el delito y el juez debe imponer en su sentencia;

Complementarias: Aquellas que, aunque señaladas-también en la Ley, su imposición puede tomarse como potestativa; se trata de penas agregadas a - otras de mayor importancia y que por esto, por su naturaleza y por su fin se consideran secundarias;

Accesorias: Que son aquellas que, sin mandato expreso del juez resultan agregadas automáticamente a la pena principal: como la interdicción para - el ejercicio de profesiones libres que requieran-moverse y actuar fuera del penal, cuando hay una-condena de prisión, imposibilidad para ejercer - cargos como albaceazgo, la tutela, etc.

b) Por su fin preponderante pueden ser:

Intimidatorias: Que lo son todas las verdaderas-penas, pero con exclusividad la multa y las pri-siones de corta duración;

Correctivas: Carácter que debe suponerse también en toda pena, excepto en las que recurren a una -eliminación definitiva; pero que se predica especialmente de las que mantienen al sujeto pasivo -de libertad y por tanto, dan oportunidad para so-meterle a un régimen o tratamiento adecuados;

Eliminatorias: Que lo son temporalmente o en forma parcial, como se ha dicho, todas las privativas o restrictivas de la libertad y perpetuamente la de muerte, las de prisiones o relegación por todo el tiempo de la vida, y el destierro, donde las hay.

c) Por el bien jurídico afectado, pueden ser:

La pena capital, que priva de la vida;

Las penas corporales, que son aquellas que se aplican directamente sobre la persona: como azotes, marcas o mutilaciones;

Penas contra la libertad, que pueden ser sólo restrictivas de este derecho, como el confinamiento o la prohibición de ir a determinado lugar, o bien privativas de la misma, como la prisión.

Pecuniarias, que imponen la entrada o privaciones de algunos bienes patrimoniales.

Contra los derechos, como la suspensión, destitución de funciones, empleos o cargos públicos, aun cuando éstas pueden tomarse más bien como medidas

Por último, las medidas de seguridad son aquellas que sin valerse de la intimidación y por tanto, sin tener carácter definitivo, buscan el mismo fin de prevenir futuros atentados de parte de un sujeto que se ha manifestado propenso a incurrir en ellos". (101)

Nuestra legislación penal vigente, consagra en su artículo 24, todo lo concerniente a las penas y medidas de seguridad que por su importancia citamos a continuación:

Artículo 24: Las penas y medidas de seguridad, son:

1. Prisión.
2. Tratamiento de libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
4. Confinamiento.
5. Prohibición de ir a lugar determinado.
6. Sanción pecuniaria.
7. (Derogada)
8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos-

(101) Villalobos. *op. cit.* págs. 522 a 525.

del delito.

9. Amonestación.
 10. Apercibimiento.
 11. Caución de no ofender.
 12. Suspensión o privación de derechos.
 13. Inhabilitación, destitución o suspensión de -
funciones o empleos.
 14. Publicación especial de sentencia.
 15. Vigilancia de la autoridad.
 16. Suspensión o disolución de sociedades.
 17. Medidas tutelares para menores.
 18. Decomiso de bienes correspondientes al enriqueci
cimiento ilícito.
- Y demás que fijen las leyes.

C A P I T U L O I V

LA TENTATIVA, LA PARTICIPACION Y EL CONCURSO.

1. LA TENTATIVA.

1.1 CONCEPTO. La tentativa difiere de los actos preparatorios; en estos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito, tales - actos materiales pueden ser lícitos o ilícitos, en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en - el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación - con el verbo principal del tipo del delito de que se trate.

Para Sebastián Soler, "la tentativa consiste en - iniciar la acción principal en la cual el delito consiste, para ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa." (102)

Jiménez de Asúa define "la tentativa como la ejecución incompleta de un delito." (103)

Francisco Javier Ramos Bejarano, aclara que es -

[102] Soler, Sebastián. *op. cit.* pág. 412.

[103] Jiménez de Asúa. *op. cit.* pág. 595.

preferible no hacer referencia solo a ejecución, porque pudiera tomarse el vocablo en su sentido estricto, y entonces no comprendería las omisiones en las cuales sin duda es también dable la tentativa y la define como: "La ejecución o inejecución en su caso, de actos encaminados a la realización de un delito, si no se consuma por causas independientes del querer del agente". (104)

Para el maestro Eugenio Cuello Calón, "Hay tentativa, cuando habiendo dado comienzo a la ejecución del delito se interrumpe ésta por causas ajenas a la voluntad del agente". (105)

El penalista español Luis Jiménez de Asúa, define a la tentativa como: "La ejecución incompleta de un delito". (106)

"La tentativa existe por la ejecución incompleta de un delito o sea en tanto que la ejecución no se ha realizado por completo". (107)

Para el jurista Ricardo Abarca, la tentativa se -

[104] Ramos Bejarano, Francisco Javier. *Revista de la Facultad de Derecho. U.N.A.M. Enero-marzo. 1964. pág. 64.*

[105] Cuello Calón. *op. cit. pág. 528.*

[106] Jiménez de Asúa. *op. cit. pág. 595.*

[107] Carranca y Trujillo. *op. cit. pág. 641.*

presenta, "cuando la violación del derecho protegido se ha realizado, es decir, se ha consumado la especie delictiva, entonces existe un delito consumado: cuando éste resultado no se logre se dice que existe un delito imperfecto, - una tentativa". (108)

El Diccionario Jurídico de Rafael de Pina, conceptúa a la tentativa como: "La ejecución incompleta de actos encaminados directa e inmediatamente, a cometer un delito- que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". (109)

Nuestra legislación penal, siempre ha regulado a la figura de la tentativa, el Código Penal de 1871, tipificó a esta figura, en su capítulo segundo, denominado "Grados del Delito Intencional", el cual constaba de ocho preceptos, los cuales son del tenor siguiente:

Artículo 18: "En los delitos intencionales se distinguen cuatro grados:

- I. Conato;
- II. Delito Intentado;
- III. Delito Frustrado, y

[108] Abarca, Ricardo. *op. cit.* pág. 367.

[109] Diccionario de Derecho. Rafael de Pina. Editorial Porrúa. México. 1984. 12a. Edición. pág. 457.

IV. Delito Consumado.

El ordenamiento de 1929 estableció el principio - de sancionar a la tentativa por arrepentimientos, si ésta - se volvía a cometer en el mismo delito o cualquier otro, - transcurridos cinco años, de ser así su sanción correspon - dería tanto a la primera vez que incurrió en tentativa, co - mo la que acarrearía la nueva.

El Código Penal de 1931, que es el que nos rige - en la actualidad, tipificó a la tentativa en su capítulo - segundo, denominado, "Tentativa", y que a la letra dice:

Artículo 12: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando - la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debe - ría evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a - la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces - tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a - que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecu - ción o impide la consumación del delito, no se impondrá pe - na o medida de seguridad alguna, por lo que a este se re - fiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos

ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delitos.

En base a lo descrito, el maestro Rafael de Pina sostiene que el Código Penal vigente para el Distrito Federal, no contiene una disposición especial entre la tentativa y el delito frustrado.

1.2 **DIVERSAS FORMAS DE TENTATIVA.** Una vez que hemos citado el concepto de tentativa, tanto doctrinal como legislativa, pasaremos a mencionar las formas en que suele clasificarse a la tentativa: la doctrina y la Ley establecen como clases de tentativa, a la "tentativa acabada" y la "tentativa inacabada". (110)

Siguiendo las ideas vertidas por el maestro Ricardo Abarca, "La tentativa o conato se hace consistir en los actos de ejecución que no producen el resultado del delito. En este punto siguiendo a Romagnosi la doctrina distingue las tentativas acabadas y las inacabadas, refiriéndose -- el autor citado al delito frustrado que es la tentativa acabada del delito. En ella el agente llega a la ejecución de todos los actos que debían producir el resultado delictuoso; en tanto que, la tentativa inacabada, fue de-

(110) *Diccionario Jurídico. op. cit. pág. 257.*

signada por el Código Penal de 1871, bajo el nombre de conato; esta figura de la tentativa consiste en los actos de ejecución que no llegan al último momento en que debía producirse el resultado". (111)

Para el tratadista Gustavo Malo Camacho, "Se presenta tentativa propia, comúnmente referida como tentativa inacabada cuando los actos ejecutados a la comisión de un delito no llegan a su total realización por la intervención de una acción externa que impida su continuación;

La tentativa impropia, conocida también como tentativa acabada o delito frustrado, se observa cuando el autor ha cometido todos los actos necesarios para la comisión de un delito, el cual no se actualiza por causas independientes a su voluntad". (112)

El doctor Raúl Carranca y Trujillo, establece que la tentativa puede presentarse como: a) tentativa inacabada y; b) tentativa acabada.

"La tentativa inacabada, es aquella en que el agente suspende los actos de ejecución que consumirían el-

(111) op. cit. pág. 136.

(112) Malo Camacho, Gustavo. *Tentativa del Delito*. Editorial U.N.A.M México. 1971. 1a. Edición. pág. 13.

delito; y la tentativa acabada, se presentará cuando el agente realice todos los actos de ejecución que han de producir el resultado, no ocurriendo éste por causas externas, imprevistas o fortuitas". (113)

De lo anteriormente citado deducimos, que la tentativa es de dos clases, una llamada inacabada y otra llamada acabada.

Es de advertirse que en un caso el sujeto "suspende", su accionar; y en el otro "lleva a cabo todos los actos que configurarían el ilícito penal", pero en ambas hipótesis intervienen "causas ajenas a su voluntad", que generan que no se produzca el delito, quedando tan solo en grado de tentativa.

1.3 DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO ACTIVO. El maestro Ignacio Villalobos, establece que "Hay casi unanimidad legislativa y doctrinal en cuanto a convenir en que la no consumación, en una tentativa punible, ha de provenir de causas que no sean la propia voluntad del agente, pues cuando éste desiste por propio impulso y se abstiene de llevar a cabo dicha consumación, a más de las razones criminológicas que rechazan la punibilidad, existe la conveniencia política de mantener abierto hasta el último ins

[113] Carranca. *op. cit.* pág. 645.

tante aquel "puente de oro", que permite la retirada y aun invita a ella a quienes se ven abocados al delito. Es de suma importancia tener presente que, al hablar de desistimiento voluntario, no se hace referencia a casos en que lo exterior fuerce tal desistimiento, aunque sí se tendrá éste como eficaz aun cuando provengan del temor del agente a ser descubierto o por otra consideración semejante que no anule, sino simplemente motive la determinación.

Por lo que se refiere al arrepentimiento, si sobreviene después de consumado el delito y origina cualquier actividad que lo demuestre, como el devolver lo robado o intentar otras formas de reparación del daño, se ha juzgado siempre que sólo amerita una disminución de la pena; pero puede ser anterior a la producción del daño típico que se intentaba causar, caso en que no falta quien opina que tal arrepentimiento debe traducirse también en una atenuante simplemente, sin que deje de sancionarse la tentativa efectuada, sin embargo, ninguna pena podría imponerse ya que si el delito no se consumó, no fue por causas ajenas a la voluntad del agente, sino porque él mismo hizo para impedir la consumación". (114)

Para el jurista Ricardo Abarca, "el desistimiento puede estar inspirado en cualquier motivo, sin ser neces-

[114] *op. cit.* pág. 472.

rio el arrepentimiento puro, de todas maneras la Ley expresa el interés social de la impunidad de la tentativa para favorecer el desistimiento". (115)

Nuestra Legislación Penal vigente, respecto del desistimiento, establece en el párrafo segundo del artículo 12 lo siguiente:

Artículo 12: "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 ésta se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Una vez citado el desistimiento y el arrepentimiento, cabe hacer el siguiente comentario: A simple vista podría pensarse que ambas figuras representan el mismo objetivo en la teoría de la tentativa, pero definitivamente son contrarias una de la otra.

El desistimiento espontáneo, que se llega a presentar en la tentativa, por regla general se pone de manifiesto al momento de empezar a realizar los actos de ejecución del delito, este tipo de desistimiento, no proviene -

de una fuerza exterior que haga que el agente lo efectúe, - sino que se presenta de manera interna en el sujeto mismo, lo que hace que actúe de tal manera. Cuando se actúa conforme al desistimiento espontáneo, se dice que no hay sanción alguna para el que lo realice, pero si sus actos produjeron algún ilícito, solamente será castigado por tales conductas.

Por lo que al arrepentimiento se refiere este - bien puede llegarse a presentar, con antelación o con posterioridad, a la consumación del delito; si llega a presentarse antes del ilícito, por lógica no debe haber sanción, ya que, la consumación del ilícito no se derivó de causa ajena a la voluntad del agente; si se presenta con posterioridad, lo único que opera es una atenuación de la pena, ya que de algún modo está reparando el daño ocasionado con su actuar.

La Ley Penal Mexicana, es muy clara respecto al desistimiento voluntario, ya que en ella se plasma que no habrá sanción alguna y por consiguiente de ningún tipo; - por lo que hace al arrepentimiento, no hace alusión alguna, por lo tanto, presenta una laguna en torno a la pena que deba imponérsele al arrepentimiento, consideramos que en este caso, tocará al Juez decidir la suerte del sujeto.

tro Ricardo Abarca, respecto a este tema, establece que: - "La punibilidad de la tentativa, acabada o inacabada, se funda en la doctrina clásica, en el peligro corrido por el titular del bien jurídico amenazado; los técnicos germanos prefieren dar importancia a la circunstancia de que la tentativa, en sus diversos grados debe sancionarse con pena inferior a la del delito consumado, por la falta de producción del resultado externo o propio del delito. Para ello es necesario que la falta de consumación del resultado, sea independiente de la voluntad del agente a lo cual se reconoce eficacia para que su desistimiento destruya la punibilidad de los actos de ejecución realizados, sin obtener el resultado". (116)

El Código Penal de 1871, previó las sanciones para la tentativa o conato, en su capítulo III, denominado, - "Aplicación de Penas por conato, delito intentado, delito frustrado y delito consumado", el cual citamos a continuación:

Artículo 202: "El conato es punible, se castigará con la quinta parte de la pena que se aplicaría al delincuente si hubiera consumado el delito".

Artículo 203: "El delito intentado se castigará-

[116] *op. cit.* pág. 373.

conforme a las tres reglas siguientes:

- I. Cuando se intente contra persona o bien determinados y se consumare involuntariamente en persona o bienes diversos, se impondrá la del delito que resulte consumado;
- II. Cuando la consumación no se verifique por imposibilidad, pero se pudiere consumir después el delito con otros medios o en circunstancias diversas, la pena será de un tercio a dos quintos de la que se impondría si el delito se hubiera consumado;
- III. Cuando se deje de consumir por imposibilidad absoluta se impondrá una multa de diez mil pesos.

Como es de observarse, la penalidad que debería aplicársele al conato, era de manera atenuante, es decir, que al conato no se le sancionaba con la totalidad de la penalidad que le correspondería si se hubiese consumado el delito.

El artículo 202 del Código de Martínez de Castro, representa el antecedente legislativo de la sanción atenuada en casos de tentativa.

El Código Penal de 1929, tipificó las sanciones para la tentativa en el Capítulo III, cuyo rubro era, "De la Aplicación de Sanciones al Delito según sus Grados", y el cual es del tenor siguiente:

Artículo 171: "Las sanciones establecidas para los delincuentes que consumen delito, se aplicarán a los autores de las tentativas, salvo cuando la Ley fije sanciones especiales".

Artículo 172: "Los jueces y tribunales podrán disminuir las sanciones a que se refiere el artículo anterior, cuando por las circunstancias y modalidades que concurren en el hecho delictuoso que se trate, aparezca menor temibilidad del delincuente, pero la reducción sólo podrá hacerse hasta la vigésima parte de la sanción que se le habría impuesto si el delito se hubiere consumado".

Artículo 173: "Para la aplicación de las sanciones que habla este capítulo, se tendrá presente:

- I. Lo que disponen los artículos 163 y 164 y siguientes;
- II. Que cuando la ley señale una sanción, sin expresar si es de tentativa o de delito consumado, se entiende que habla del último".-

El Código de Almaraz, se preocupó más por la peli

grosidad de los intentadores; pero al mismo tiempo permitía una disminución, cuando apareciere en menor grado la temibilidad del sujeto.

El Código Penal de 1931 encuadra las medidas que deben aplicarse en caso de tentativa en el capítulo III, denominado "Aplicación de Sanciones en Caso de Tentativa", el cual a la letra dice:

Artículo 63: "A los responsables 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 le debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario".

El Código Penal vigente, estipula que será sancionada cualesquiera de las tentativas, tomando en consideración el arbitrio del juez, el cual podrá imponer una sanción de hasta las dos terceras partes de la sanción que le corresponda de haberse consumado el delito.

Cabe hacer mención que no necesariamente esa será la sanción aplicable en caso de tentativa, ya que bien puede ser disminuida tomando en consideración lo estipulado en el artículo 52, que habla de la edad, la educación, la ilustración, las costumbres, su condición económica, así -

como las condiciones en que se encontraba al momento de delinquir, tomando también en cuenta la naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados, la extensión del daño y el peligro corrido, todo ello con el fin de determinar la temibilidad del sujeto, la cual puede ser mínima o máxima.

1.5 ADECUACION DEL DELITO A ESTUDIO EN CUANTO A LA TENTATIVA. Siendo el de robo de infante un tipo doloso y material, admite la tentativa en todos sus grados, es decir, desde los primeros actos exteriores de ejecución, - hasta el máximo de la frustración. Un análisis cuidadoso del caso concreto, permitirá determinar el momento en que la acción del agente quedó interrumpida o bien la consumación fue impedida por circunstancias ajenas a su voluntad. Como nuestro Código Penal no trata expresamente del delito frustrado, éste deberá penarse de acuerdo con la regla general del artículo 12, el cual faculta a los jueces para - individualizar la pena según el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito y la temibilidad del autor. El artículo 63 fija para todas las hipótesis de tentativa, hasta las dos terceras partes de la pena que debería corresponderle a su autor si el delito hubiere llegado a consumarse.

2. PARTICIPACION.

2.1 CONCEPTO. Los delitos por su naturaleza pueden ser unisubjetivos o plurisubjetivos, pero ello no impide que puedan concurrir más sujetos que ayuden o auxilien a la realización o comisión del ilícito penal, de aquí que se desprenda la figura jurídica llamada "Participación".

La doctrina penal ha denominado a la Participación, de diferentes maneras, ya que algunos autores la denominan "Coparticipación", "Codelincuencia, Coautoría", cualquiera que sea la denominación, en todas se hace referencia a la concurrencia de varios sujetos que previamente han tenido un acuerdo de voluntades, para llevar conjuntamente a cabo un mismo delito.

La mayoría de los tratadistas del derecho penal han estudiado a esta figura de la Participación, es por ello que a continuación haremos mención de algunos de los criterios formulados en torno a esta figura.

El doctor Luis Jiménez de Asúa nos dice: "Que el delito suele ser conducta de un solo hombre, mas con frecuencia aparecen varios cooperando a la ejecución de acciones criminales que el tipo legal no requiere, lo cual, se-

denomina codelincuencia". (117)

El maestro Ignacio Villalobos, establece que hay participación, "Si ordinariamente se considera el delito - como una conducta de un solo hombre, nada impide reconocer que pueden concurrir, y de hecho concurren con frecuencia - varios sujetos activos para la realización del acto o del conjunto de actos que constituyen la infracción penal". - (118)

El jurista Raúl Carranca y Trujillo establece: - "Que a veces el delito no es la obra de una sola persona, - sino que varios suman sus fuerzas para realizarlo, partici - pando en él, lo cual nos lleva a hablar de la participa - ción". (119)

Para el maestro Franco Guzmán, la coautoría, se - presenta cuando: "Hay una necesidad de cooperación cons - ciente y deseada por varias personas para producir el re - sultado típico, de tal manera que en forma asociada cada - uno produce el resultado con la cooperación de los demás. - En pocas palabras, se requiere la ejecución común y cons - ciente". (120)

(117) Jiménez. *op. cit.* pág. 621.

(118) Villalobos, Ignacio. *op. cit.* pág. 477.

(119) Carranca y Trujillo, Raúl. *op. cit.* pág. 649.

(120) Franco Guzmán, Ricardo. *La Codelincuencia*. Procuraduría General de la República. México, D.F. No.1. 1959. pág. 10.

2.2 GRADOS DE PARTICIPACION. Una vez establecido el concepto de la participación, pasaremos a mencionar los grados de participación.

La doctrina penal de manera general, clasifica los grados de participación de la siguiente manera:

Autores

Intelectuales;

Materiales; y

Mediatos.

Cómplices y

• Encubridores.

El maestro Ignacio Villalobos nos hace la siguiente clasificación en torno a las formas de participación: "Los autores son todos los que ponen una causa eficiente del delito; a los autores los podemos encontrar ya sea: 1) Intelectuales, 2) Materiales o Mediatos.

Son autores intelectuales aquellos que no realizan por sí un delito, pero logran que otro lo ejecute, usando para ello medios eficientes que no lleguen a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido;

Los autores materiales son aquellos, como se ha

dicho, que realizan el acto directamente constitutivo del delito.

Autores Mediatos, se ha llamado así a todos aquellos que realizan un delito, valiéndose de una persona excluida de responsabilidad.

Los cómplices son las personas que concurren indirectamente a la causación del evento.

Son encubridores, aquellos que ya cuando el delito ha sido cometido ayudan a los autores o cómplices a aprovechar el fruto del delito, o impidiendo de alguna forma que éste se averigüe o tratando de que el delincuente o los delincuentes escapen al castigo." (121)

El maestro Ricardo Abarca, respecto a las formas de participación establece que: "Los tratadistas clásicos distinguían entre los autores, cómplices y encubridores. Para la antigua técnica francesa, el autor es un delincuente que materialmente ejecuta el delito, los demás delincuentes que concurren a su comisión, ya sea inspirándolo, aconsejándolo, ayudándolo, etc. solamente son cómplices del delito".

(121) *op. cit.* pág. 382.

Nos sigue diciendo el citado autor, que Carranca y Trujillo establece que, es autor del delito la persona - cuya conducta delictiva es la causa de la que procede el - delito; es cómplice el delincuente cuya conducta delictuo sa solamente ayuda a la consumación del propósito criminal, sin ser causa eficiente del delito; el encubridor coopera al resultado del delito de manera que su actividad es posterior a la consumación del delito y puede referirse, ya - sea a ocultar los objetivos materiales del delito o bien a auxiliar al delincuente para que eluda a la justicia, o pa - ra que aproveche el fruto del delito; bien puede consis - tir la actividad a que está obligado o a impedir que la - justicia averigüe el delito cometido.

La autoría de un delito se distingue en autoría - intelectual y autoría material. Es autor material el que - por sí mismo ejecuta los actos externos descritos por la - Ley como elementos del delito. Es autor intelectual el - que concurre a la comisión del delito, determinando su co - misión con la expresión de su voluntad o de su propósito, - pero sin realizar actos materiales de ejecución.

El fenómeno de la coparticipación interesa funda - mentalmente desde el punto de vista de la penalidad, pues - es el caso de determinar si a los cómplices y encubridores corresponde una pena igual o menor que a los autores del -

delito". (122)

Para el Licenciado Franco Guzmán, los grados de participación, son los siguientes:

"Autor, es el que en forma psíquica o material realiza la conducta característica del tipo; es decir, el que hace realidad el verbo núcleo del tipo.

Partícipe o cómplice es aquel que coadyuva al autor a realizar el delito, o sea, el que colabora para que el verbo en que consiste la conducta se pueda realizar, y encubridor es el que después de cometido el delito ayuda a los autores y partícipes en cualquier forma.

Autor intelectual (psíquico o moral) y Autor Material. El primero es aquel que actúa con su voluntad sobre otros para que éstos cometan materialmente el delito; el segundo es el que en forma objetiva, directa, física realiza la conducta típica". (123)

El Código Penal en su artículo 13 dispone que son responsables del delito:

(122) Abarca, Ricardo. *op. cit.* pág. 157.

(123) Franco Guzmán. *op. cit.* pág. 11.

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que realicen por sí;
- III. Los que realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen intencionalmente a otro cometerlo;
- VI. Los que intencionalmente prestan ayuda o auxilios a otro para su comisión;
- VII. Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

2.3 ASOCIACION DELICTUOSA. El Capítulo IV - del Código Penal para el Distrito Federal en sus artículos 164 y 164 Bis, tratan claramente lo referente a la regulación jurídica de la Asociación Delictuosa, en los siguientes términos:

Artículo 164: "Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de uno a ocho años y de treinta a cinco días de multa.

Cuando el miembro de la asociación sea o haya si-

do Servidor Público de alguna corporación policiaca, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se le impondrá, además, destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro".

Artículo 164 Bis. "Cuando se cometa algún delito por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por él o los delitos cometidos. Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito.

Cuando el miembro de la pandilla sea o haya sido Servidor Público de alguna corporación policiaca, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes de las penas que le corresponda por él o los delitos cometidos y se le impondrá además, destitución del empleo, o cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Los elementos constitutivos del delito de asociación delictuosa son: a) la existencia de una asociación o banda, es decir, de un grupo de individuos que se asocian no transitoriamente, sino de modo más o menos permanente con conciencia de grupo; b) que esa asociación -

o banda esté integrada por tres o más individuos; c) que esté organizada para delinquir y ; d) que los acusados - pertenezcan a ese grupo.

2.4 ADECUACION DEL DELITO EN ESTUDIO EN CUANTO A LA PARTICIPACION. Para ubicar la participación en el delito de robo de infante, consideramos muy importante hablar de los siguientes principios comunes a la participación.

I. **Identidad del delito.** Para que un delito pueda ser atribuido a todos los partícipes, debe existir - unidad jurídica en el fin de la acción. Los actos de los diversos partícipes, si bien son dispares entre sí, han de converger jurídicamente hacia un mismo tipo. Por ejemplo, para llevar a cabo a la práctica el plagio de un infante, - se ha acordado previamente que A penetrará a la casa y se apoderará de él; mientras B se encargará de intimidar a los moradores, C los maniatará, D permanecerá en el exterior vigilando y E se encargará del manejo del automóvil - que servirá de medio para la fuga. Todas esas acciones, - diversas entre sí, convergen hacia el mismo ángulo de incidencia jurídica. En cambio si dos sujetos se ponen de - acuerdo para que, mientras uno de ellos, A acude a defraudar a una persona X, el otro B, a la misma hora se dirige a robar a una persona Z, resulta obvio que aún resuelto el

hecho en común, A no es partícipe del robo a Z y B no lo es del fraude a X, porque como acertadamente dice Beling, - "sus actividades son tan divergentes, que no hay ningún tipo común para los dos." (124)

II. Comunidad de Acción. Siendo la participación la conjugación común de esfuerzos para producir un resultado delictuoso, se requiere, para afirmarla jurídicamente la existencia de solidaridad o comunidad de acción. Si puede afirmarse que el papel por cada coautor, instigador o cómplice desempeñado, constituye la parte de un todo, el delito puede concluirse con toda exactitud, que existe participación. Precisamente por esa parte por cada uno de desempeñada en la división de funciones, no es partícipe en la acción o en la culpa del otro, sino en el delito y debe responder por su propia culpa en la ejecución típica.

Si concretamos lo expuesto al delito de robo de infante, podemos concluir que el autor lo será quien ejecute la acción a que se refiere el verbo del tipo, núcleo, o sea quien lleve a cabo el apoderamiento del sujeto pasivo, objeto material del delito, en forma directa; coautor, quien ejecute la misma acción concomitantemente; instigador, quien determine la conducta de aquéllos, y cómplices, los que sin realizar la misma acción contribuyan directa o

(124) Citado por Soler. *op. cit.* pág. 267.

indirectamente a la producción típica por autodeterminación inmediata.

2.5 EL ENCUBRIMIENTO. Es el auxilio prestado al autor de un delito una vez que éste ha efectuado la acción delictuosa, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, conceptualizado legalmente como coparticipación.

En el delito objeto de nuestro estudio, consideramos al encubrimiento como una situación que se presenta muy a menudo en el mismo.

Ya en el punto correspondiente definimos al encubridor como uno de los partícipes en la comisión de un delito determinado.

3. CONCURSO DE DELITOS.

3.1 **CONCEPTO.** El vocablo concurso tiene múltiples acepciones en el ámbito del Derecho Penal, específicamente en el Teoría del Delito, la expresión se utiliza para indicar que una persona debe responder por varios ilícitos, es decir, que ha cometido varios delitos. Esta ubicación se debe a que el concurso proviene de la voz latina *concursum* que significa ayuda, concurrencia, simultaneidad de hechos, causas o circunstancias.

3.2 **CLASES DE CONCURSO.** Se puede hablar de concurso ideal o formal y de concurso real o material. En el concurso ideal o formal existe unidad de acción y pluralidad de resultados, es decir, violación a varias disposiciones penales. En el concurso real o material hay pluralidad de acciones y de resultados.

3.3 **CONCURSO EN CUANTO AL DELITO EN ESTUDIO.-** En el Robo de Infante puede haber concurso ideal cuando al cometer el delito, el menor de doce años muere por el temor, al hallarse privado de la libertad sin causa legal que lo justifique.

En el delito objeto de esta Tesis, habrá concurso real cuando una vez que se lleva a cabo el apoderamiento -

del menor de doce años con posterioridad al acto, le causan la muerte el o los sujetos activos.

CONCLUSIONES

- PRIMERA: Es inadecuada la denominación Robo de Infante, en virtud de que el Legislador cometió un -- error al equiparar un delito que atenta contra la libertad Personal, con un delito eminente - mente patrimonial.
- SEGUNDA: El Robo de Infante debe desaparecer del Código Penal así denominado, en virtud de que el niño no es un bien mueble, tal como lo dispone el - tipo que describe el robo.
- TERCERA: Proponemos que se denomine Secuestro de Infante por ser más adecuado al tipo del Secuestro - que al de robo.
- CUARTA: Resulta un error de Técnica Jurídica denominar al ilícito objeto de esta Tesis Robo de Infante, en base a que la Técnica Jurídica significa la aplicación del Derecho Abstracto a los - casos concretos, toda vez que el caso de Se - cuestro de Infante, al denominarlo indebidamen - te Robo de Infante, no se aplica el Derecho al caso específico.

- QUINTA: El Legislador aplicó la denominación de Robo -- de Infante al Secuestro de Menor de doce años y empleó la simple analogía en cuanto al nombre.
- SEXTA: Sólo en el caso de obediencia debida entre los militares, puede hablarse de una causa de justificación en el delito denominado indebidamente-Robo de Infante.
- SEPTIMA: El delito objeto de esta Tesis tiene características propias y es inadecuado equipararlo en cuanto a su denominación con otro ilícito.
- OCTAVA: El delito conocido como Robo de Infante, es un ilícito eminentemente doloso y es un tipo calificado. Penalidad con la cual estamos de acuerdo.
- NOVENA: En el Robo de Infante es perfectamente posible el concurso ideal y el material, por sus peculiares características.
- DECIMA: Es urgente reformar el Código Penal para el Distrito Federal, pues como sucede en este delito-analizado existen errores y ya resulta obsoleto el Ordenamiento Jurídico aludido.

BIBLIOGRAFIA

1. ABARCA, RICARDO. El Derecho Penal en México. Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho. México. 1975. 1a. Edición.
2. CARDENAS DE OJEDA, OLGA. Toxicomanía y Narcóticos. Aspectos Legales. Editorial Porrúa. México. 1974. 1a. Edición.
3. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1941. 2a. Edición.
4. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1974. 8a. Edición.
5. CUELLO CALON, EUGENTIO. Derecho Penal. Editorial Nacional. México. 1953. 2a. Edición.
6. DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1984. 12a. Edición.
7. ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Espasa-Calpe.
8. ESCRICHE, JOAQUIN. Diccionario Razonado de Legislación. México. 1979. 10a. Edición.
9. FERRER SAMA, ANTONIO. Comentario al Código Penal Español. Murcia España. 1946.
10. FRANCO GUZMAN, RICARDO. La Codelincuencia. Procuraduría General de la República. México. No. 1. 1959.
11. FRANCO SODI, CARLOS. Nociones de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Botas. México. 1960. 2a. Edición.

12. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1970. 10a. Edición.
13. JIMENEZ DE ASUA, LUIS. La Ley y el Delito. Editorial Andrés Bello. Venezuela. 1954. 2a. Edición.
14. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1963. 2a. Edición.
15. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. La Tipicidad. Editorial Porrúa. México. 1955. 1a. Edición.
16. MALO CAMACHO, GUSTAVO. Tentativas del Delito. Editorial U.N.A.M. México. 1971. 1a. Edición.
17. MAYER MAX, ERNESTO. Filosofía del Derecho. Traducción. Barcelona, España. 1937. 1a. Edición.
18. MEZGER, EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1938. 1a. Edición.
19. PACHECO, JOAQUIN FRANCISCO. Código Penal Concordado y Comentado. España. 1948. 5a. Edición.
20. PORTE PETIT, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1960. 1a. Edición.
21. RAMOS BEJARANO, FRANCISCO JAVIER. Revista de la Facultad de Derecho. U.N.A.M. enero-marzo 1964.
22. SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. 5a. Epoca. Tomo CIX.
23. SODI, DEMETRIO. Nuestra Ley Penal. Tomo II. Editorial Nacional-México. 1918. 1a. Edición.

24. SOLER, SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1960. 2a. Edición.
25. VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa.- México. 1983. 4a. Edición.
26. VON LISZT, FRANK. Tratado de Derecho Penal. Editorial Reus. Madrid, España. 1927. 2a. Edición.
27. WELZEL, HANS. Derecho Penal. Parte General. Editorial De Palma Buenos Aires, Argentina. 1956. 1a. Edición.

LEGISLACION.

1. CODIGO PENAL DE 1871.
2. CODIGO PENAL DE 1929.
3. CODIGO PENAL DE 1931.