

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO



CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE 8793-09

24
2es.

"CRITICA A LA ACTUAL EXCUSA ABSOLUTORIA
DEL ROBO CALIFICADO EN GUANAJUATO"

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
ANTONIO HERRERA AGUIRRE

ASESOR DE TESIS:
LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

260008

CELAYA, GTO.

FEBRERO DE 1998.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**CRÍTICA A LA ACTUAL EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ROBO
CALIFICADO EN GUANAJUATO.**

I N D I C E

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I.- LAS SANCIONES PENALES.

1.- Concepto de pena.-	1
2.- Fundamentos de la pena.-	4
3.- Finalidad de la pena.-	11
4.- La pena privativa de libertad.-	15

CAPITULO II.- ELEMENTOS NEGATIVOS DE LA CULPABILIDAD.

1.- La dogmática jurídica.-	20
2.- La estructura del delito.-	24
3.- El error y el caso fortuito.-	29
4.- Condiciones objetivas de punibilidad.-	35

CAPITULO III.- DEL ROBO.

1.- Concepto del delito de robo.-	43
2.- Elementos típicos del robo.-	47
3.- Formas de ejecución.-	53
4.- El robo en el crimen organizado.-	59

CAPITULO IV.- LA EXCUSA ABSOLUTORIA.

1.- Causas de inculpabilidad.-	66
2.- Las excusas absolutorias.-	69
3.- Paralelismo entre pena y el importe de lo robado.-	71
4.- Razones y principios de la excusa absolutoria.-	75

CONCLUSIONES.-	82
-----------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.-	91
-----------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

El delito es una entidad jurídica que aparece en el concierto del Derecho -entendido como un conjunto de normas- desde épocas remotas y, así por ejemplo, en la cultura del cristianismo, cuando Adán come del fruto prohibido, es expulsado del paraíso, como consecuencia lógica.

Desde luego, que a toda acción corresponde una reacción, en esa tesitura, la comisión de un hecho penalmente relevante trae consigo el inmediato castigo, o reacción del Estado. Precisamente a esa reacción se le conoce como el "ius puniendi".

Pero el tema de las sanciones es de suyo complejo, sin embargo; se dan casos en que es el propio Estado quien "desestima" la aplicación de una pena por que, se procura ante todo, no el que se permitan conductas transgresoras de la ley penal, sino, por el contrario, se trata de evitar que la objetividad material del castigo redunde antes en un perjuicio para la sociedad o a veces, para la familia.

En efecto, en los delitos patrimoniales, el bien jurídico tutelado es el patrimonio, luego, esa premisa inclusive es uno de los atributos de la personalidad del sujeto, y una agresión sufrida debe ser motivo de reparo a través de la acción penal y ulteriormente, por la reintegración del bien que escapo a su entorno.

Solo que existe un grave problema, cuando ese ataque al patrimonio es ejecutado por una persona íntimamente ligada al ofendido y, más aún, cuando se trata de un miembro de la misma familia, entonces, en tal supuesto, parecería que al Derecho como orden normativo le importa más la integración familiar que la tutela del patrimonio. Pero nuestra legislación solo contempla el caso del delito de robo y valdría la pena preguntarse: ¿Acaso, el despojo, el fraude, el abuso de confianza, el robo de uso, los daños, son de una naturaleza jurídica y familia de delitos distintos al robo? o bien, ¿Por que el legislador solo tuvo a bien preocuparse por este delito -el robo- y no de los demás delitos patrimoniales?

Por esta razón llamé mi trabajo de titulación "Crítica a la excusa absolutoria del robo calificado en Guanajuato", sobre todo porque estimo que en los casos de comisión violenta del robo no debe el Derecho tener consideraciones con el autor.

De este modo, dividí el trabajo para una mayor objetividad en cuatro capítulos, tendientes a describir el panorama del problema para sustentar con éxito su reforma necesaria.

En el primer capítulo "Las sanciones penales" se trata de describir el panorama actual de la sanción penal, sus objetivos, su necesidad y por supuesto, la pena que por antonomasia conocemos, o sea, la pena privativa de libertad, a la que, el nuevo Derecho Punitivo busca erradicar o bien participar solo en la medida necesaria, lo que actualmente se conoce como el "principio de intervención mínima". Esto tiene la finalidad, de ubicarnos en el entorno de las sanciones penales y describir su utilidad o quizás, su inutilidad.

Mientras tanto, en el segundo capítulo "Elementos negativos de la culpabilidad" busco introducir al lector en el cambio de nomenclatura que propongo en mis conclusiones, pero atendiendo a las reglas de la dogmática jurídica, reconociendo que la "excusa absolutoria" aunque sí bien es un elemento negativo del delito, más bien parece, a mi juicio, debe ser una causa personal de exclusión del ilícito y que ni siquiera debe estar entre los elementos negativos del delito.

En el tercer capítulo "Del robo" ya solo analizamos los elementos de esta figura típica, sus elementos y su forma de ejecución, pero creo a mi modo de ver, que es más bien en razones de política criminal donde vamos a encontrar los fundamentos y motivos para cualificar y dar contenido a esta causa extintiva de la pena.

Y en el último capítulo, "La excusa absolutoria, ya solo se concreta su estudio a encontrar la correlación necesaria entre el robo, la pena y el monto obtenido, dicho de otra manera, más coloquial, del botín. Para deducir de ello una serie de premisas que a mi criterio dan pauta a una reforma integral del precepto 271 del Código Penal, dejo para ustedes mi inquietud.

SUMARIO. 1. Concepto de pena 2. Fundamentos de la pena 3. Finalidad de la pena 4. La pena privativa de libertad.

1. CONCEPTO DE PENA

Existen muchas formas de reacción social, la más grave es, sin duda, la reacción social jurídicamente organizada, y dentro de ésta, aquella que esta estructurada en forma punitiva o penal, a la que llamaremos "reacción penal" y que a veces algunos doctrinistas prefieren designar como "reacción social", aunque para efecto de nuestro trabajo preferiré el primer calificativo.

La reacción penal ha sido tratada siempre de manera muy indiferente, como un todo, sin apreciar que tiene varios componentes. Parece evidente que se ha venido denominando como "pena" a tres entes jurídicos diferentes entre sí, lo que lleva a equivocaciones en cuanto a su finalidad y legitimación. Para evitar la confusión, habrá que designar tales entes con un nombre diverso que nos permita un mejor análisis lógico, estos términos son: *punibilidad*, *punición* y *pena*.

Porque para no caer en el mismo error que la mayoría de los tratadistas de llamar indistintamente "pena", tanto a las sanciones contenidas en la norma penal como en aquella aplicada por el juzgador y sobre todo a aquella sanción ejecutada dentro de las prisiones, lo que impone distribuir tales fases en que se manifiesta la reacción estatal en tres estructuras diferentes, cada una de las cuáles corresponde a la intervención que tiene cada órgano del Estado en la administración de la justicia penal. A saber:

a) La *punibilidad*: es la amenaza de la privación o de la restricción de bienes para el caso que se realice algo prohibido o se deje de hacer algo ordenado. Esta amenaza debe estar consignada en la ley y corresponde al llamado principio de legalidad.

En el marco de un Estado moderno "se encuentran tres momentos históricos; uno, en que el legislador, para asegurar las condiciones de la existencia de vida en común de los gobernados, valora siguiendo los impulsos de la vida social, que bienes jurídicos son dignos de ser tutelados y crea a través del acto legislativo el esquema, la hipótesis y el tipo de delito acompañado de sus respectivas sanciones, por medio de las cuáles se protegerán los bienes que, a través de ese acto se elevan a la categoría de institución jurídica, lo que asegura el orden establecido" (1).

Consecuentemente, el análisis de la sanción penal en abstracto encontrada en la norma jurídico-penal no es más que el examen de la misma y de los elementos que la integran: el tipo y la punibilidad.

Sin punibilidad, la norma jurídica estaría vacía y se convierte en la reacción específica del Estado contra los actos de la conducta humana calificados como antijurídicos o contrarios al derecho. A través de la punibilidad se efectúa la prevención general de los delitos, por su carácter disuasivo e intimidatorio.

b) **La punición:** es la fijación, al caso concreto, de la amenaza descrita en la ley. Esta función debe ser propia del Poder Judicial, es precisamente el juzgador el que ha de encargarse del estudio de la individualización de la pena, atendiendo siempre, con mayor eficacia, al hecho delictivo y no a la personalidad del sujeto.

Esto es, lo que la doctrina conoce se ha denominado como el llamado principio de competencia, porque la imposición de la pena es propia del juzgador.

"Aquí, es el juzgador quien fija la particular y concreta privación de bienes del autor del delito, tomando en cuenta la magnitud de su culpabilidad en el hecho por el cuál es responsabilizado" (2).

De esta premisa, se advierte, que la punibilidad precede a la punición. No habría castigo legal, si el legislador no creara primero, la sanción abstracta en la que señalará en un marco punitivo el quantum mínimo y máximo de

la privación o restricción de bienes que se debe aplicar a aquel ó a aquéllos que violen el mandato legal, la punición golpea al autor en su concreta individualidad, determina en él un sufrimiento en correspondencia al inferido al sujeto pasivo.

La punición es una reacción justa y no una venganza desproporcionada, la punición es una expresión de la justicia que se funda en un momento racional, en contraste con el momento pasional de la venganza.

“La punición, no es más que el reproche que el juez dirige al sujeto activo del delito, por no haber omitido la acción antijurídica mientras podía omitirla, de haber formulado una voluntad antijurídica en vez de una voluntad conforme a la ley; de haber proferido un desvalor al valor protegido por la norma penal. Por ende la responsabilidad penal y la punición se desarrollan en tres parámetros: la imputabilidad, como la libertad consciente de tomar una posición frente a los valores del derecho punitivo y determinarse o abstenerse de cometer el delito; el segundo, la posibilidad del conocimiento de lo injusto, entendida como la acción voluntaria dirigida a la violación de una norma, como la voluntad movida por una razón que no es la obediencia al imperativo contenido en la ley penal; sino al egoísmo y al arbitrio y, finalmente; la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, explicada como la posibilidad de adecuar la conducta a la norma, es decir; la posibilidad de obrar en forma diferente a como lo hizo” (3).

En este sentido, la pena encuentra en la culpa no sólo su justificación sino también su fin, en el sentido de que aquélla debe concretarse y actuarse en modo tal que haga posible el arrepentimiento del reo. Por ende, la pena en ese sentido es la medicina del alma que sirve para purificar mentalmente al reo.

c) **La pena:** es la efectiva aplicación de la sanción enunciada por la ley y pronunciada por el juez.

La pena es la real privación o restricción de bienes al autor del delito que el Poder Ejecutivo lleva a cabo para la prevención especial, determinada jurídicamente en su máximo y en su mínimo por ciertas condiciones temporales y personales del reo que la sufre. La pena en la actualidad debe ser humanista, o sea, debe entender que es el reo una “persona” a quien habrá de respetarse su dignidad.

El Estado trata de cambiar la conducta de vida o la personalidad del hombre delincuente a través del tratamiento penitenciario, cuya justificación ontológica es la transformación de los reos y su recuperación para que no cometan más daños a la sociedad.

"Pero, si el tratamiento penitenciario, se impone por la fuerza legal y física; como sucede hoy en día, éste fracasará por violar la esfera de privacidad del individuo, que es una de las garantías individuales, pues nadie puede obligar al adulto a cambiar sus puntos de vista o su modo de vida a través de un castigo" (4).

La legitimación de la punibilidad se encuentra en la obligación que tiene el gobernante de proteger determinados bienes que son indispensables para la convivencia en sociedad, tales como la vida, la libertad, el patrimonio, el honor, etc., que son entes necesarios en una sana convivencia social. Por disposición constitucional solo el órgano jurisdiccional esta facultado para la imposición de penas.

La legitimación de la punición se la da al juez la efectiva agresión a los bienes jurídica y penalmente tutelados, es decir, la comisión de una conducta tipificada como delito. La legitimación de la pena se desprende de la comisión de un delito, la sentencia legaliza la ejecución, pero no la legitima, prueba de ello es la figura del indulto en los casos de probada inocencia.

Como puede observarse, se ha eliminado la retribución como finalidad de la reacción penal, quedando como una mera curiosidad histórica. El principio retributivo de la pena es un objetivo superado en la actual Penología.

2. FUNDAMENTOS DE LA PENA

La prisión como pena debe cumplir fundamentalmente la función de prevención especial, sin olvidar la función secundaria de reforzamiento de la prevención general. La función retributiva debe ser eliminada en la moderna Penología, sin embargo, algunos autores aún la sostienen, aunque quitando el

sentido de la venganza; afirman, implica:

“Restablecer el orden jurídico roto, sancionar la falta moral, satisfacer la opinión pública, reafirmar la fuerza y autoridad de la norma jurídica, descalificar pública y solemnemente el hecho delictuoso” (5).

Puede advertirse, que estos argumentos difícilmente resisten un análisis profundo y el que parece tener mayor fuerza, va dirigido más a la prevención general que a la retribución. Por antonomasia se ha estimado que la “pena” será siempre la privativa de libertad, lo que es incierto, si se considera que los códigos modernos reconocen también como pena, la reparación del daño y la multa.

Y si no, basta ver que los principios de la prevención general, traducidos en la intimidación; en cuanto amedrenta a los potenciales criminales y la ejemplaridad; en cuanto demuestra que la amenaza de la pena no es vana, implica necesariamente la idea de que la pena es un vergonzante espectáculo o feroz amenaza, nos dice un criminólogo que: “aumentar las penas es creer ingenuamente que la solución de la tarea de liquidar la criminalidad, consiste en la pura y simple actividad de la policía, de los tribunales y de las cárceles” (6).

En tanto la prevención especial; es una función primordial como bien dice el maestro Quiroz Cuarón, “pena sin tratamiento, no es justicia, es venganza” (7), puesto que la pena privativa de libertad tiene por intención la enmienda y la reclasificación social del condenado. Pero habrá de tenerse en cuenta, que para cumplir con la función de esa prevención, en lo referente al tratamiento, se debe contar con los elementos materiales necesarios como falleres, instalaciones, que se tenga el personal adecuado, que haya una correcta clasificación y división dentro del lugar de reclusión para evitar el fenómeno de la contaminación penitenciaria.

Las tendencias retributivas de la pena son cada vez más rechazadas, estamos por eso en un claro viaje a nuevos conceptos; actualmente, el cambio lleva a considerar la pena como “resocialización” o “readaptación”, aunque sin olvidar la problemática de estos conceptos. Pero que en cambio, coinciden en el proceso humanista de la pena.

En la vida, no se castiga por castigar, el valor de los castigos impuestos al hombre es un valor medicinal y tiende a lograr la seguridad pública y la curación del delincuente.

La mayoría de nuestras prisiones, tienen todavía una tónica militar, lo que impide con mucho que la prisión se convierta en una comunidad terapéutica, debe cambiarse la usual actitud pasiva de esperar el tratamiento hacia una concientización del sujeto por tomar parte activa en el misma.

La ejecución penal debe ser tal, que respete la condición del justiciable, y por su importancia destaca la dignidad, se le concientiza acerca de su papel en la comunidad y se le libera del pesado perjuicio de que es un ser extrasocial. Más aún, se le inculca un sentido de responsabilidad y respeto a sus congéneres.

Esta aspiración reformadora tiende a no aniquilar la libertad por la pena, sino a restringirla por el mal uso que de ella se ha hecho, dotando de una nueva aptitud al inculcado para su correcta utilización y reeducándolo para su posterior disfrute.

El hombre, por rebajado que esté, exige instintivamente que se respete su dignidad de ser humano; cada detenido sabe muy bien que está preso, que es un réprobo y aprecia la distancia que le separa de sus superiores, pero ni estigma ni cadenas le harán olvidar que es un hombre: urge, pues, considerarlo humanamente.

El penado no sólo tiene deberes que cumplir, sino derechos amparados por el Estado; no es un "alieni iuris" a la manera romana, fuera del derecho, sino que, descontados o limitados ciertos bienes jurídicos por su condena, conserva el resto de las garantías que tienen todos los hombres, por su calidad de tales.

Si ya en la actualidad la prisión no se ve más como una pena, cierto es que, el nuevo penitenciarismo nace bajo un signo de libertad y proclama que la readaptación social no es sino el afán sincero de liberar, pausada y razonadamente, de enseñar la convivencia social a través, precisa y lógicamente,

del uso de la libertad, aún en el limitado espacio del reclusorio.

Aunque parezca tautológica la premisa, de enseñar a vivir la libertad estando privado de la misma. El nuevo penitenciarismo sirve al interno, al brindarle un uso auténtico de la libertad, cada vez más amplio, en una marcha que va hacia afuera, ya no más hacia adentro, en egreso pausado y razonado que implica capacitación y reintegración. Sirve a la sociedad al desarmar con paciencia, con conocimiento, con especial vocación, la bomba de los rencores y de los odios, de las revanchas y de las agravadas desadaptaciones.

"Por eso, es fácil afirmar que el penitenciarista moderno, hace a un lado el desprestigio carcelero, emprende cotidianamente una marcha hacia la libertad, dejando que el propio interno, día a día, la obtenga por esfuerzo propio. Su readaptación es el uso creciente de su libertad, la prisión que libera, que ensaya el juego humano de la libertad" (8).

No se combate violencia con violencia, abandono con abandono, ocio con ocio, la imaginación creativa de instrumentar técnicamente la vida en prisión, será el mejor elemento para acabar con la irritación que produce la exasperante monotonía, con la falta de ocupación en la que, por inercia depresiva, se abandonarán los internos, con la angustia que quema y que desemboca en agresiones y autoagresiones.

La nueva vida penitenciaria debe fundarse en el sentido que los internos sólo están privados de su libertad, pero no así de su libertad intelectual, de su dignidad o de su individualidad, la prisión debe dejar de ser una pena.

La pena larga y corta de la prisión son dos extremos que deben combatirse, la pena larga porque se convierte en una simple eliminación del sujeto, siendo superfluos los esfuerzos para reintegrarlo a la sociedad y en este sentido, "la prisión es el destierro a un país peor que el que existe fuera de la prisión" (9).

Por otra parte como nos recuerda Garófalo: "el hombre se cansa de atormentar a un semejante indefenso. El más horrible crimen resulta al

cabo de uno o más años, una página de crónica de un tiempo olvidado casi. El disgusto contra su autor es una impresión que, como todas las demás, se debilita por el tiempo y con la familiaridad en que se vive con el reo. Una vez viejo y abatido, ya no suscita nuestra invencible antipatía como en los primeros momentos que siguen al delito. Un tratamiento excesivamente rígido lleva a parecer una inútil crueldad. Si él sufre, si pide por piedad no ser obligado a enloquecer entre las cuatro paredes de su celda, sus gemidos acaban por encontrar acogida" (10).

Se consideran como penas cortas de prisión las que no permiten, por su breve duración, límite de tiempo y aplicación, lograr la intimidación individual, la enmienda y la readaptación del delincuente. Pueden inclusive considerarse como "el tendón de Aquiles" del sistema penal moderno.

Las penas cortas de prisión carecen de ventajas, y si en cambio reúnen una notable variedad de desventajas entre las que encontramos que no existe tratamiento, tienen un costo enorme, son inútiles para obtener la corrección del culpable, falta de sentido intimidatorio especialmente para los delincuentes habituados a ello, son desiguales según la condición de los penados sean casados, solteros, vagabundos, habituales, etc., no reportan ninguna utilidad o beneficio, la familia queda abandonada, estigmatizan al delincuente etc.

Por eso los últimos Congresos Penitenciarios se han significado por tener una tendencia hacia acortar las penas de prisión, recomendar la amplia extensión al sistema de la prueba, mayor desarrollo para la multa, y básicamente sustituir la pena corporal.

Y así, en la pena larga o corta importa siempre la idea de la privación de la libertad, lo que siempre ha sido una situación de alto peligro, un incremento del desamparo y con ello un estado previo a la extinción física, pero cuando se le creyó el gran sustituto de la pena de muerte, intimidando siempre, corriendo a menudo, lo único que se logró fue encerrar al delito entre muros.

La sociedad parece más preocupada por la fuga de un reo que por su readaptación, se ha conformado con aislarlo del mundo exterior sin que aparentemente se preocupe de como lo devolverá a la vida en libertad luego de cumplir con su cautiverio.

Todo delincuente se halla después de la liberación ante una tarea más difícil que antes, su amor propio está lastimado, su capacidad de trabajo ha disminuido, sobre él pesa el fardo de los antecedentes penales, la deserción de amigos y conocidos, la propia inseguridad y la supersensibilidad. Lo que es peor, aún muchos de ellos nunca fueron realmente antisociales, pero afuera se les trata como tales.

Tanto en las penas largas como en las cortas, se complican las modernas técnicas de las prisiones tradicionales, más cruel será la ironía cuando se pretende educar para la libertad en un ambiente de tensiones agobiantes; mientras no se cambien esos conceptos toda terapia será inútil, porque se estará aplicando a una masa amorfa de reclusos frustrados física y psicológicamente.

No obstante que el vínculo delito-pena ha sido modificado, para considerar la relación delincuente-sanción, gran parte de las administraciones penitenciarias del mundo han incurrido en el extremo de conservar al reo solamente en su existencia física, porque se le aloja, se le viste, se le alimenta -en el mejor de los casos con decoro, dignidad e higiene- pero se ha descuidado, al grado de acabar con ellos, su vida intelectual y moral. Se les despoja de su personalidad, puesto que pasan a ser una cifra más de una estadística, una pieza del engranaje automático de una máquina sin vida, que se le impele al cumplimiento inexorable de un reglamento y la sumisión de un director.

Este es el estado que prevalece en los cautiverios, sin embargo, durante los últimos años, ha sido más insistente el afán de destronar lo que para muchos es la reina de las penas, por lo que es menester detenerse un instante en el estudio para conocer los argumentos de quienes abogan por terminar con el régimen de las prisiones.

La política criminal ha señalado los gravísimos inconvenientes de la prisión y la necesidad de transformarla o suprimirla, para dar paso a otro tipo de medidas que procuren la protección efectiva de los intereses sociales.

Nos enfrentamos por lo tanto, a un doble problema: por

una parte, la necesidad de abolir la pena de prisión, tal como se fue aboliendo la pena de muerte; y por la otra, el imperativo de encontrar como sustituirla, pues que no podemos cometer un nuevo error, al traer a escena una nueva pena que a la larga resulte cruel e inoperante como la anterior.

La idea general es reemplazar por medio de sustitutivos convenientes, las penas cortas de privación de libertad, puesto que arrancan al individuo de su específica clase social, corrompiendo a los más débiles, inclinándolos hacia la vida criminal. Por tal razón, en nuestro país se empieza con avanzar a una nueva cultura penitenciaria, y por supuesto, con una mejor política criminal.

“No hemos encontrado aún el mágico remedio al doble problema y topándonos con la prisión como un aparente mal necesario, se han buscado otras vías de solución como son:

I.- La transformación de la prisión, de lugar de castigo, en institución de tratamiento, tanto cuando se es interno como cuando ya se ha obtenido la libertad.

II.- La diversificación de las formas de prisión.

III.- La sustitución de la pena de prisión por otras penas más eficaces.

IV.- La sustitución de la prisión por medidas de seguridad.

V.- Otras formas de sustitución o terminación de la pena de prisión y de la prisión preventiva (perdón, amnistía, libertad condicional etc.), porque al acusado siempre le asiste el principio de inocencia. “(11).

En fin, que todo esto nos lleva a la necesaria conclusión que nunca han sido del todo aconsejables la imposición de penas largas o cortas para lograr los objetivos para los cuáles se conformó la prisión.

Estos cambios se ven cada vez más imperiosos en el campo del derecho penal, habida cuenta que ya el reo no es un mero receptor pasivo de un tratamiento, sino como una persona con derechos y sobre todo con dignidad para ser tratado como lo que es: un ser humano.

La cárcel debe entenderse ahora sólo como el "último recurso" o "la última ratio" para combatir el crimen. El Estado debe estar en franca oposición a la delincuencia.

Una muestra muy palpable de ello es la naciente Ley del Combate contra la Delincuencia Organizada, y la militarización en ciertas regiones del país, lo que, por cierto, ha traído severas críticas a las autoridades.

3. FINALIDAD DE LA PENA

La historia de la humanidad desde el perfil punitivo, comenzó con un acto de desobediencia y la aplicación de un castigo según la mitología hebrea, al igual ocurre en el mito griego, es y ha sido un hecho natural y universal el que la sociedad ha procurado combatir el delito y aquellas conductas que ha creído lesivas a los contenidos fundamentales de su cultura mediante instrumentos de control, como son las sanciones.

De esta manera, los seres humanos hemos obligado a los criminales a resarcir los daños a sus víctimas, pero ¿ha sido necesaria tanta crueldad para persuadir a los delincuentes a no cometer más delitos?, y ¿cual es el derecho que nos subrogamos los hombres para castigar a nuestros semejantes?, en cambio, con el desarrollo de la civilización, los pueblos adquirieron la idea moderna de Estado y del Contrato Social y sobre tales ideas, la sociedad apoyo "el derecho a castigar".

"Así, las sanciones vienen a ser una especie de moldeadores de la conducta humana que se aplican solo dentro de un marco ideológico cultural de referencia, la amenaza de un castigo se puede considerar gracias a esta función, creadora de hábitos conforme a la ley, ya que por medio de su eficacia se desarrollan condiciones idóneas para instaurar en una sociedad y asimilar de ella, la ideología de la clase dominante y a veces un conformismo generalizado y estabilizador " (12).

Los códigos penales constituyeron y constituyen un

recuerdo permanente de aquél contrato a través del cual podían saber aquello que les es permitido y los que les es prohibido, además de las sanciones en que incurrían en caso de desobediencia.

Es así, como nace el "ius puniendi" del Estado o derecho punitivo del mismo, más desde luego, es menester un sitio en donde cumplir el castigo, es decir, la cárcel.

Por otra parte, decía Don Constancio Bernaldo de Quiroz que la "pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito" (13). Lo que comprende en el sentido absoluto de la palabra como un castigo a todo comportamiento socialmente insoportable, por eso también Kaufman sostiene que "pena significa todo mal que es infringido a causa de un hecho culpable y declarado por la ley como pena" (14). La pena es un hecho universal, y lo que cambia con el tiempo es la forma de considerarla, los lugares y la dureza en aplicarla.

Generalmente, se acepta que la pena debe cumplir un fin, sea éste el de castigar al criminal, el de proteger a la sociedad, el garantizar los intereses de la misma o el de intimidar para evitar que se cometan conductas indeseables. De esta forma han surgido diversas teorías que tratan de explicar la legitimidad y finalidad de la pena, que pueden ser clasificadas en:

a) Absolutas: que descansan en la naturaleza intrínseca de la pena cuyo concepto predominante es el de la retribución justa como consecuencia necesaria inseparable del delito, se castiga "quia peccatur", es decir, se castiga según el "pecado", o sea, el hecho.

b) Relativas: que no asignan a la pena un fin de agotamiento en sí misma, sino que le dan carácter de instrumento político con fines de reparación y resarcimiento para evitar futuras transgresiones al orden y reparar los efectos del delito.

c) Intermedias: como intento conciliatorio, estas teorías tratan de conciliar la justicia absoluta con los fines socialmente útiles retribución de utilidad al buscar la resocialización del delincuente.

Luego, a partir de ello es fácil advertir que son funciones de la pena, fundamentalmente las siguientes:

1) La función retributiva: Que se interpreta como la realización de la justicia mediante la ejecución de la pena, pues se paga al delincuente con un mal por el mal que él previamente causó.

2) La función de prevención general. En la que la pena actúa como inhibidor, como amenaza de un mal para lograr que los individuos se intimiden y se abstengan de cometer el delito.

3) La función de prevención especial. Logrando que el delincuente no reincida, sea porque queda amedrentado, sea porque la pena es de tal naturaleza que lo elimina o lo invalida o imposibilita para la reiteración en el delito.

4) La función socializadora. Aceptada ya por muchos como una función independiente, en que se busca hacer al sujeto socialmente apto para la convivencia en la comunidad.

En suma, la pena es esgrimida como un castigo, si el sujeto no se abstiene de determinadas conductas consideradas como gravemente antisociales; si a pesar de la advertencia el individuo delinque, vendrá la aplicación de la pena, para ejemplificar a los demás e intimidar al mismo criminal, y si la naturaleza de la pena y la personalidad del criminal lo permiten; se procurará reintegrarlo a la comunidad como un ser útil y sociable.

Es el fin primordial de la pena.

En realidad, la justificación de la pena no es una cuestión religiosa ni filosófica, sino una necesidad amarga en una sociedad de seres imperfectos como la formada por el ser humano, para usar, palabras más, palabras menos, la frase que la totalidad de los tratadistas emplean.

Parece unánime la opinión, en el mundo científico del derecho, la afirmación de que la pena se justifica por su necesidad,

particularmente habremos de sumarnos a esa concepción, porque sin la pena no sería posible la convivencia en nuestros días de los hombres entre sí.

Asimismo, la pena constituye un recurso elemental con que el Estado cuenta y al que acude, cuando es preciso, para hacer posible la convivencia entre los gobernados.

Si la pena ya no es ese mal del que hablan los defensores de la teorías retribucionistas sino, por el contrario, una grave e imprescindible necesidad social, los postulados que fundamentan este concepto se sumergen en una profunda crisis, que no es sino la crisis de la idea retribucionista que tantos males ha causado al ser humano.

Y por otra parte la idea de la resocialización, no deja de ser en realidad una mera buena intención, ya no es acertado pensar, desde ningún punto de vista, que se pueda reeducar o resocializar a una persona para la libertad, en condiciones de no libertad, lo cual, a todas luces es un contrasentido.

Por tales razones, las nuevas teorías de la pena tienden a un proceso de edulcoración de la pena, es decir, que debe atenderse al hecho de que el sujeto de la pena es precisamente un ser humano que con un mínimo al menos de dignidad para ser atendido en la prisión, a eso se le ha dado en llamar: "el humanismo de la pena".

Aunque en nuestra actualidad penitenciaria, hemos ido de un lado a otro, desde el régimen de "prisión abierta" hasta la "prisión de máxima seguridad", sin alcanzar realmente los objetivos buscados.

La vida social es conflictiva, la pena debe ser humanizadora y humanizante, solo así podrá cristalizarse su función. Porque de otra manera, un derecho penal de sangre o talional, en poco tiempo tendría un desgaste y desprestigio del Poder punitivo del Estado, reduciendo su función a una mera expresión simbólica de las frustraciones y angustias colectivas y reflejando la impotencia del sistema social para resolver adecuadamente sus problemas.

Este es el fin actual de la pena.

4. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Debido a que en la actualidad en la mayoría de los países del mundo, el sistema punitivo descansa en el corrolido y caduco pilar de la privación de la libertad (prisión); es por lo que dedico este punto especial a este tipo de penas.

“Las penas privativas de libertad, como su nombre lo indica, consisten en privar de la libertad al sentenciado, internándolo en un lugar ó Institución especialmente para ello y sometido a un régimen de custodia o castigo o de tratamiento rehabilitatorio” (15), según las últimas teorías penitenciarias.

Surgen estas penas como un paliativo, supuestamente, contra el exceso, abuso y nulo efecto de la pena de muerte a fines del siglo pasado, cuando la humanidad al darse cuenta que la eliminación del delincuente mediante la tortura y tormento (moral y físico), no eran ya los adecuados para redimir al condenado, ni para causar temor en la población, pues los espectáculos públicos de ejecución de condenados se habían convertido en verdaderas romerías familiares, más que en actos de dolor y sufrimiento para los espectadores.

Pero además, este tipo de penas ya no eran acordes a los tiempos en que el Derecho Penal se proyectaba como un derecho que respetaba la dignidad del ser humano y que recibía la denominación de “Derecho Penal Liberal”.

Sin embargo, tanto las penas eliminatorias (muerte), como las privativas de libertad, están íntimamente relacionadas; pues la cárcel surgió primero, como una forma de retención únicamente para guardar al condenado mientras se eliminaba o ejecutaba, por ello se decía, que para castigar al culpable del delito, era necesario aprehenderlo físicamente y evitar su fuga, mientras aguardaba el juicio.

Este tipo de penas han recibido diferentes denominaciones a través del tiempo y por consecuencia no ha sido uniforme el criterio seguido sobre las mismas; así, se hace mención del “arresto”, “reclusión”,

“presidio”, “cárcel” y “prisión”. Se supone que deben existir diferencias fundamentales entre ellas, sin embargo, hasta el momento no han sido claros los tratadistas, por lo que intentaremos hacer una explicación breve a cada una de estas penas.

El Arresto consiste en una privación de libertad por muy breve tiempo, e incluso se ha usado más como una medida de carácter administrativo, que como una pena. Por lo regular, el tiempo máximo que se ha fijado para la misma es hasta de tres días, salvo algunas excepciones, se llegó a establecer como pena hasta por dieciocho meses.

La Reclusión, se deriva del latín “recludare”, que significa, recluir y se empleaba o se emplea todavía en algunos países para privar de la libertad a una persona, parece ser que la diferencia con la prisión es únicamente en razón del tiempo.

El Presidio, corresponde más bien al establecimiento en que se cumple o ejecuta la pena de prisión, e incluso en el ámbito castrense, se denomina con ello, a la guarnición de soldados en una plaza fuerte. Sin que sea uniforme el criterio, al presidio se le asignó siempre el ser una institución en donde se imponían trabajos forzados.

Así, vemos que la privación de la libertad puede durar desde tres días, hasta determinado número máximo de años, que pueden ser hasta cuarenta o cincuenta años, o bien indefinidamente como sería el caso de la llamada “sentencia indeterminada”, que por fortuna nuestro sistema procesal penal no tiene.

Actualmente, en nuestro país, solamente ha quedado contemplada como única pena privativa de libertad, la prisión, cuyo antecedente más directo es la cárcel.

El concepto de cárcel probablemente tiene su raíz en la palabra “coercere”, que significa encierro forzado y la mejor idea sobre la finalidad de ella nos la dio Ulpiano cuando dijo: “Carcer enim ad continandos homines non ad puniendos haberi debet”, o sea, “la cárcel debe ser para guardar los presos y no para hacerles enemigos, ni otro mal, ni darles pena en ella” (16).

Esta detención, como aseguramiento del condenado se hacía en lugares inhóspitos e improvisados, tales como sótanos, torres, fortalezas de piedra o castillos, sin preocuparse por las condiciones de higiene o inhumanas, sino simplemente por la seguridad de custodia de los ahí guardados mientras se les ejecutaba, a tal grado llegaba esa preocupación de aseguramiento o retención de los condenados, que eran sometidos mediante cadenas y grilletes (anillos de hierro que se colocaban al cuello, mano o pies y de donde pendía la cadena).

Se afirma, que las primeras cárceles que surgieron datan desde la antigua Roma, y varios autores las ubican durante el reinado de Tulio Hostilio (670-620 A. de C.) y posteriormente en época de Apio Claudio a quien debe su nombre la famosa "cárcel claudiana". Esta idea originaria de la cárcel permaneció durante varios siglos y para su aplicación se utilizaron horribles edificios que ofrecían la máxima seguridad y desolación de los ahí reclusos.

Presuntamente, es hasta la Edad Media cuando aparece como pena en el derecho canónico, destinada a castigar a los clérigos que hubieran infringido las reglas eclesiásticas, así como también a los herejes juzgados por la jurisdicción canónica. El objetivo dentro de este derecho, era el arrepentimiento del culpable y tiene el carácter de penitencia. Este es el punto de arranque del concepto de la prisión como "pena privativa de libertad".

Sin embargo, fuera del ámbito religioso, siguió usándose todavía como medio de retención, pues la pena de eliminación (muerte) permaneció hasta fines del siglo XIX como el principal medio de castigo del delincuente.

Así, se atribuye la mayor antigüedad a la Casa de Corrección de Bridewel en Londres en 1552; después en 1596 en Amsterdam se construyó la célebre Rasphuis a donde eran enviados jóvenes vagabundos destinados a raspar madera de especies arbóreas empleadas como colorantes para la lana, que era preparada en otro establecimiento de corrección conocido como Spinhuis (hilandería) en donde eran reclusas las mujeres y se dedicaban a hilar la lana. En ambos establecimientos se combinaba el trabajo duro y la disciplina férrea que se mantenía a base de castigos en el cuerpo, como latigazos o palos.

Estas casas de trabajo y corrección se habían difundido

también en Alemania y su difusión coincide con el despertar económico, político y cultural que se había dado en Europa.

Coincide en esas fechas, la repulsa que empezaba a generalizarse contra la pena de muerte y mucho se decía, que debería ser reemplazada por una pena menos cruel y más humana, así, se piensa, que la prisión puede llegar a convertirse en una solución, y efectivamente, se le da ese carácter; empezando la construcción de grandes fortalezas de piedras, frías y lúgubres para mantener seguro al delincuente privado de su libertad y que mediante la soledad de su celda expiará su pena, pero esto es ya penitenciarismo y, un tema que no me corresponde tratar.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) Ramírez Delgado, Juan Manuel. *"Penología"* . Editorial Porrúa, S.A. México, 1995. pág. 6
- (2) Ojeda Velázquez, Jorge. *"Derecho Punitivo"* . Editorial Trillas. México, 1993. pág. 97
- (3) lb. idem.
- (4) Idem. pág. 101
- (5) Reynoso Dávila, Roberto. *"Teoría general de las sanciones penales"* . Editorial Porrúa, S.A. México, 1996. pág. 13
- (6) Ibidem.
- (7) Cuello Calón, Eugenio. *"Derecho penal"* Tomo I Parte General. 2a. Ed. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1929. pág. 473
- (8) Ramírez Delgado, Juan Manuel. Op. cit. pág. 17
- (9) Ojeda Velázquez, Jorge. Op. cit. pág. 103
- (10) Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. pág. 477
- (11) Huacuja Betancourt, Sergio. *"La desaparición de la prisión preventiva"* . Editorial Trillas. México. 1989. pág. 40
- (12) Ramírez Delgado, Juan Manuel. Op. cit. pág. 42
- (13) Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. pág. 481
- (14) Kaufmann, Hilde. *"El poder penal del Estado"* . Trad. Roberto Bergalli y Juan Bustos. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1986. pág. 185
- (15) Ojeda Velázquez, Jorge. Op. cit. pág. 222
- (16) lb. pág. 224

SUMARIO: 1. La dogmática jurídica. 2. La estructura del delito. 3. El error y el caso fortuito. 4. Condiciones objetivas de punibilidad.

1. LA DOGMÁTICA JURÍDICA.

"La disciplina denominada Teoría del Delito no es reciente, pues ésta se ubica en el inicio de los estudios dogmáticos realizados en torno del Código Penal Alemán de 1871. El principio de legalidad, acuñado en la expresión latina "Nullum crimen, nulla poena sine lege", tuvo una enorme importancia en el inicio de la dogmática jurídico-penal. No obstante lo anterior, es el principio de la legalidad, la categoría informante de los estados liberales, pues sin lugar a dudas, la ley penal vigente, es el fundamento y límite de los estudios de la dogmática jurídico-penal" (17).

Meridianamente, parafraseando a Mezger, la teoría del Delito viene a ser el puente vinculador de la ley penal histórica y la realidad contemporánea palpante. Este estudio quedaría trunco, si únicamente se abordara la dogmática jurídico-penal desde la perspectiva positivista, en forma pura, sin extrapolar sus aportaciones sobre el concepto general del delito a las especies delictivas, que en particular deben conocerse en los procesos de individualización de las normas.

Al respecto, ya lo había señalado Hans Kelsen, "no debe circunscribirse el derecho, solo al plano abstracto y general: también es importante la fuente de creación del derecho, representada por la individualización de las normas, proceso encomendado al juez" (18).

El positivismo marca el surgimiento de los Estados de Derecho, y éstos se caracterizan por adoptar constitucionalmente dos principios:

a) El distributivo, y

b) El orgánico.

Según el primer principio, la esfera jurídica de los gobernados frente al Estado es limitado, y de conformidad con el segundo principio, el Estado frente al particular, sólo podrá hacer aquello ubicado en su campo de competencia circunscrito. De la conjugación de ambos principios, surge la legalidad jurídica liberal legitimadora del funcionamiento de las autoridades del Estado, cuando estas cumplen previamente a la perturbación o privación de bienes jurídicos de los gobernados, con todos los requisitos, condiciones o elementos establecidos en la legislación correspondiente.

La aparición del Estado moderno, y la consecuente influencia desplegada en el siglo XIX, por el positivismo, marcaron importantes transformaciones en el derecho penal. La ciencia ejerció una influencia decisiva en la configuración del derecho penal del siglo XIX. La aportación de Fierbachi, marca un hito en la conformación del moderno derecho penal, consistente en el desarrollo del "principio de legalidad", cuya expresión clásica se encuentra en la fórmula "nullum crimen, nulla poena sine lege".

El principio anterior marca las directrices por donde debe discurrir el poder punitivo estatal, y Rodríguez Morillo le llama "principio de intervención legalizada".

Hans Weizel, apunta que "sobre la base del Código Penal Alemán de 1871, se formaron dos escuelas: La Clásica, con Binding a la cabeza, cuya principal obra fue "Las Normas", y la escuela Moderna, dirigida por Franz Von Liszt, la labor de la escuela clásica se refirió especialmente a la dogmática y la escuela de Liszt concebía al derecho penal como un medio fin racional para combatir el delito, por lo que su principal objetivo fué investigar la causa del delito con el método causal de las ciencias naturales y encontrar los medios adecuados para su eliminación" (19).

Apunta Muñoz Conde: "la polémica dada entre las escuelas anteriores, al dividir el estudio del delito en dos vertientes distintas, ambas con el rango de científicas, fué muy benéfico, porque se delimitó que el delito puede ser analizado por los métodos causal-explicativo o comprensivo-axiológico,

característicos, el primero de la criminología y el segundo de la dogmática, pero en forma paradójica, se generó que lo que era válido desde la perspectiva dogmática, fuera falso de la perspectiva criminológica, y viceversa" (20).

Actualmente, se pretende integrar a ambos métodos de estudio del delito, pero que cada uno conserve su autonomía, en una visión totalizadora de la realidad penal. Por lo anterior, se concluye, que el principio de legalidad influyó en la elaboración de la dogmática jurídico-penal, de la teoría del delito, pues sin lugar a dudas el principio anterior inspiró a Belling para la formación del concepto de tipo y del consecuente juicio de tipicidad.

El tipo jurídico penal, en la teoría moderna constituye el "puente entre la parte general y la especial del derecho penal".

Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas a través de las cuales se describen conductas delictivas, estableciendo consecuentemente penas o medidas de seguridad y corrección. Es común identificar derecho penal con ciencia del derecho penal. No obstante lo anterior, el derecho penal, sólo es un conjunto de normas, constitutivas del objeto de estudio de la ciencia penal. En la actualidad, se identifica a la ciencia del derecho penal con la dogmática jurídico-penal, la cual constituye un método a través del cual se sistematiza la interpretación y la aplicación del derecho penal vigente.

La dogmática jurídico-penal, refiere Hanz Weizel, inició con Anselmo Von Furbach, quien partiendo del criticismo de Kant, dió comienzo a la ciencia jurídico-penal. La dogmática jurídico-penal, se caracterizó acota Weizel, "por una conceptualización precisa y una clara sistemática" (21), y Jescheck afirma: "en la creación de un sistema de derecho penal, no sólo puede deducirse de axiomas que se formulan utilizando la lógica-formal, sino que también debe utilizarse la lógica material porque ésta contiene razones que derivan del orden de valores para una decisión objetiva que aparezca como correcta o por lo menos disponible" (22).

La dogmática jurídico-penal, es un método a través del cual se sistematiza, no sólo la interpretación o aplicación del derecho penal positivo, sino también los juicios axiológicos realizados sobre la finalidad normativa que sirve

de substrato al derecho penal.

Jescheck, le atribuye a la dogmática jurídico-penal, el carácter de núcleo de la ciencia del derecho penal, y considera a la ley positiva como su fundamento y límite. Así pues, "la teoría del delito, es el método a través del cual se elabora el conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; se sistematiza el material jurídico que se produce en las sentencias de los tribunales así como por las opiniones de la ciencia; y por último, se pretende encontrar nuevos caminos de elaboración conceptual y de sistemática" (23).

En los sistemas de derecho liberal como el nuestro, solo la ley establece delitos y penas. Así lo manda la Constitución Federal en su artículo 14. En consecuencia, para el penalista la ley es como un verdadero dogma; debe tenerse por verdad firme y cierta, base de toda investigación. La dogmática jurídico penal **"es la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del Ordenamiento Penal Positivo"** (24).

Suele identificarse la dogmática jurídico penal con la ciencia del derecho penal. Contra la opinión general, consideramos a la primera parte de la segunda. Mientras el derecho punitivo es conjunto de normas, la ciencia del derecho penal se integrase por principios cuyo objeto es, desde luego, el estudio de las normas positivas, pero también como expresa el maestro Villalobos, "fijar la naturaleza del delito", las bases, la naturaleza y los alcances de la responsabilidad y de la peligrosidad, así como la naturaleza, la adecuación y los límites de la respuesta respectiva por parte del Estado.

En concreto: la dogmática es una rama de la ciencia del derecho penal cuya misión es el estudio integral del ordenamiento penal positivo.

Jescheck con gran clarividencia, indica que la pena y la medida de seguridad no son, no constituyen, en nuestras sociedades, los únicos medios de asegurar la necesidad social de proteger los bienes jurídicos fundamentales de la convivencia social, y que no son sólo para evitar arbitrariedades, sino también para proporcionar al individuo una esfera dentro de la cual pueda decidir con libertad y realizar sus decisiones conforme a su criterio. "El derecho penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad" (25).

Por otra parte, el concepto legal de delito, debe buscarse siempre en el derecho positivo, pues delito será toda conducta sancionada por el legislador con una pena o medida de seguridad. Para Luis Jiménez de Asúa, fué a raíz de la acuñación de la concepción jurídica del delito, "no como la violación de un derecho", sino concebido filosóficamente, a la manera de A. Frank, como "quebrantamiento del derecho", cuando se empiezan a gestar las definiciones de carácter dogmático.

En función a los señalamientos anteriores, la conceptualización del derecho puede ser abordada: dogmática y legalmente. El hecho de abordar el delito dogmáticamente no significa soslayar como fundamento y límite el código penal vigente. Al respecto, es significativo lo señalado por Muñoz Conde, cuando expresa: "la primera dificultad con que se tropieza, al intentar un concepto del delito, es la imposibilidad de concebirlo al margen del derecho penal y positivo" (26).

Pero tampoco lo anterior significa, que el dogmático esté atado al concepto legal del delito, la elaboración del concepto material corresponde al jurista, y al respecto, Muñoz Conde, sigue señalando que la misión de la dogmática, no consiste, por tanto, únicamente en interpretar o sistematizar el derecho vigente; también tiene que poner de relieve sus lagunas, los problemas que estén más resueltos y los que todavía quedan por resolver.

2. LA ESTRUCTURA DEL DELITO

El delito tiene diversos elementos que conforman un todo. Para Maurach el delito es "una acción, típicamente antijurídica, atribuible" (27) y, para Belling "es la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad" (28), para Ernest Meyer él define al delito como "acontecimiento típico, antijurídico e imputable"(29), por su parte Mezger afirma que "el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable" (30) y, más actualmente para Jiménez de Asúa es "un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal" (31).

De lo anterior podemos concluir que los elementos del delito, según su concepción positiva y negativa, son los siguientes:

POSITIVOS

- a) Conducta
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad.

- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condicionalidad objetiva.

- g) Punibilidad

NEGATIVOS

- a) Ausencia de conducta
- b) Ausencia de tipo.
- c) Causas de justificación.
- d) Inimputabilidad.
- e) Inculpabilidad
- f) Falta de condiciones objetivas.
- g) Excusas Absolutorias

El delito tiene un gran contenido en cuanto a elementos que lo componen y en relación a esto, existen diversas corrientes de la doctrina, las cuales tratan de explicar algunos de ellos, como la teoría causalista y finalista de la acción, la teoría psicologista y normativista, el modelo lógico y la teoría sociologista.

Las teorías causalista, finalista y social explican a la acción, como primer elemento del delito: para la teoría causalista "la acción es un factor causal del resultado y no toma en cuenta la intención del sujeto que lo llevó a cometerlo, ya que considera a la acción como un producto causal y mecánico" (32).

Toma únicamente en cuenta la voluntad para realizar el comportamiento y no el resultado. Así, para los causalistas, existirá una conducta delictiva, si el sujeto tenía intención de realizar dicha conducta sin tomar en cuenta la intención de producir el resultado; esto no es aceptable, ya que la acción es el comportamiento humano voluntario, encaminado a un fin determinado y el sujeto al realizar la acción tiene el propósito de producir un resultado. Al cometer la conducta delictiva, no podemos aislarla del resultado, en virtud de que existe un nexo entre la conducta y el resultado del sujeto.

La teoría finalista, al referirse a la acción, dice que "es un comportamiento anticipado mentalmente" (33), a diferencia de la teoría causalista, es decir, esta corriente finalista, da contenido a la voluntad, la conducta desplegada

por el sujeto es realizada por la intención de producir el resultado, no lo ve como un fenómeno natural de causa y efecto, sino como una acción provista de un propósito que se refleja en el resultado. Para esta teoría, toda acción delictiva lleva la intención de cometer dicho acto, dejando fuera los delitos culposos, que son cometidos por imprudencia y no en forma intencional.

La teoría social determina como únicas conductas que importan al derecho penal, a aquellas "relevantes socialmente", es decir, a las acciones de un individuo, que trascienden a la esfera de otro.

Para los sociólogos, la acción es ese comportamiento humano socialmente relevante. Esta teoría representa una limitante para nuestra legislación, ya que deja afuera algunas figuras delictivas, así, la lesividad social de la acción, en un plano anterior a la descripción legal es mas bien un juicio ético, como dice Zaffaroni, lo que es muy difícil y delicado.

Las teorías psicologista y normativista tratan de explicar a la culpabilidad como otro elemento del delito. La primera, como su nombre lo indica tiene una base psicológica consistente en un nexo mental entre el sujeto y su conducta o el resultado material, según se trate de un delito de mera conducta o de resultado material. En estas teorías psicologistas hay imprecisión respecto al delito cometido por culpa o negligencia, pues en estos no existen nexos psicológicos.

Para la corriente normativista, la culpabilidad no es otra cosa que un juicio de reproche. La reprochabilidad tiene existencia en tanto al sujeto se le puede exigir una conducta distinta a la realizada, esto es, será culpable en tanto no haya actuado conforme a derecho, pudiéndolo hacer. Esta teoría tiene la ventaja de abarcar tanto en los delitos dolosos, en los que se tiene la plena intención o propósito de cometer el delito, como a los delitos culposos que son cometidos por imprudencia o negligencia del sujeto.

Por otra parte, para los psicologistas la culpabilidad (entendida como el genero) es el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material; en tanto que, para los normativistas, esta será el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material "reprochable". Lo importante es pues, esa relación causal.

El modelo lógico explica "al derecho penal mediante representaciones gráficas ordenadas de un conjunto de proposiciones lógicas mediante la utilización de dos latices, la primera proyectada sobre la segunda, teniendo esta última la función de laticis interpretativa, también se refieren a las aportaciones, obtenidas del modelo lógico, matemático, del derecho penal, de la "teoría del tipo", traducido todo esto como una forma para conocer y adentrarse en la ciencia jurídico penal" (34).

Con el surgimiento de los conceptos de **Tipo** y **Tipicidad**, se fué transformando el concepto de cuerpo del delito, así como también su contenido, ampliándose este último, con otros elementos como las modalidades de la conducta, los elementos normativos y los subjetivos específicos.

En el Derecho Penal Mexicano, dentro de la corriente casualista, encontramos posiciones definidas en cuanto a la relación entre los conceptos del tipo penal y cuerpo del delito. Una, que considerando al cuerpo del delito como una parte del delito y no del tipo, lo identifica con la tipicidad, cuyos principales sostenedores son González Bustamante y Julio Acero (ambos fallecidos), así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero que lo reducen a lo externo o material del delito, esto es, a los elementos objetivos, perceptibles por los sentidos. Ya decíamos: conducta, resultado y nexos.

Otra posición sostenida por Rivera Silva, Colín Sánchez, Jiménez Huerta y Silvio González Ortiz, consideran que también forman parte del cuerpo del delito, dependiendo de cada tipo en particular, los siguientes elementos:

- a) la conducta (acción ú omisión),
- b) el resultado material específico incriminado por la norma,
- c) los medios de ejecución,
- d) las referencias de ocasión, las calidades y número de los sujetos activo y pasivo,
- e) los elementos normativos y los subjetivos.

Ya dentro de la sistemática finalista, al hallarse ubicados el dolo y la culpa en el tipo, y éste ser descripción de conducta, el dolo y la culpa

pasan a formar parte de la conducta, y por lo tanto del cuerpo del delito, como hecho de la vida real; según se trate de delitos dolosos o culposos, con lo que se producen modificaciones profundas en el campo del procedimiento penal, entre ellas planteamientos más congruentes con la problemática del delito tentado (tentativa). Esto es, que el cuerpo del delito para los finalistas, contiene los elementos señalados en la última parte del párrafo anterior, más el dolo o la culpa.

Ya en el terreno del modelo lógico, el cuerpo del delito se integrará por los siguientes elementos contenidos en el tipo penal y acreditados, en cuanto a su existencia se refiere, en el contenido del delito:

- a) el deber jurídico penal;
- b) el bien jurídico;
- c) el sujeto activo con su voluntabilidad, su calidad de garante, su calidad específica y su pluralidad específica;
- d) el objeto material; el kernel o conducta típica con la voluntad dolosa o, en su caso, la voluntad culposa;
- e) la actividad; la inactividad (en su caso); el resultado material con su nexo causal, o, en su caso, con su nexo normativo;
- f) los medios de comisión del delito;
- g) la referencia espacial o de lugar; la referencia de ocasión; y
- h) la lesión o, en su caso, la puesta en peligro del bien jurídico.

De ahí que hagamos notar que, para esta sistemática, la tipicidad no se identifica con el cuerpo del delito, pues la imputabilidad y la autoría, a pesar de formar parte del tipo, corresponde su ubicación al contenido de la responsabilidad.

Lo anterior, es conveniente señalarlo de una buena vez, tiene íntima relación no solamente con el artículo 19 Constitucional, sino también con su resultante, la prisión preventiva, la que siendo un verdadero acto de molestia para quien la sufre, es manejada con ligereza por la mayoría de los jueces en cuanto a su fundamentación y motivación se refiere, violentando cotidianamente la garantía de estricta aplicación de la ley penal, pues si por fundar entendemos;

dentro del contexto del párrafo relativo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a qué tipo penal se encuadran los hechos delictivos, y por motivar; dentro de ese mismo contexto, entendemos los razonamiento hechos por quien realiza el acto autoritario de molestia (prisión), según el cual, el juzgador llega a la conclusión de que el acto, el evento concreto, se ajusta exactamente al contenido de determinado precepto penal (tipo penal).

La anterior adecuación del caso a la hipótesis legal (tipo penal), solo es posible mediante el juicio de tipicidad y, por tanto, para motivar debidamente su auto de formal prisión (de sujeción a proceso con prisión preventiva), con la consiguiente violación de garantías individuales.

Esto es, que formando la tipicidad la base para el antiguo concepto procesal de "cuerpo del delito", nos permite concluir afirmando que la autoridad, cuándo no señala cuáles son los elementos del tipo penal del delito que se imputa al acusado, queda imposibilitado para hacer el juicio de tipicidad y, por tanto, para motivar debidamente su auto de formal prisión (de sujeción a proceso con prisión preventiva), con la consiguiente violación de garantías individuales.

Hoy día, con la desaparición de la categoría procesal de cuerpo del delito, con la desaparición de la palabras "cuerpo del delito" a nivel constitucional y legal, nos queda el manejo exclusivo de los conceptos de Tipo y Tipicidad que, a fin de cuentas, solamente cambiarán de significado y contenido de acuerdo a la sistemática que se maneje y, lo que es más significativo, de acuerdo a la legislación vigente.

3. EL ERROR Y EL CASO FORTUITO.

Sentado que toda excluyente de responsabilidad lo es, porque elimina uno de los elementos esenciales del delito, y consistiendo la culpabilidad tomada por el sujeto; en la intención de ejecutar un acto antijurídico cuya naturaleza le es conocida, es manifiesto que 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.

La culpabilidad, como el coronamiento que es de la construcción delictiva está ausente siempre que falta cualquiera de los elementos del delito; pero como excluyente directamente eliminadora de la culpabilidad sólo puede considerarse cuando recae sobre los factores que constituyen esa culpabilidad: el conocimiento o la voluntad.

No se puede ser culpable de algo en que no se ha puesto una actuación propia, como cuando el movimiento corporal se ha producido por el impulso de una fuerza física exterior irresistible; tampoco se puede hablar de culpabilidad por parte de quien ejecuta un acto lícito, como la legítima defensa; ni puede haber dolo o imprudencia en la conducta de un inimputable; pero supuesta la concurrencia de todos esos elementos anteriores: ejecutar un acto típico del derecho penal, ser este acto plenamente antijurídico y tener su autor capacidad normal y absoluta imputabilidad, puede ser que el entendimiento haya sido engañado en cuanto a la naturaleza del acto, como sucedería si el artista de teatro que noche a noche dispara sobre otra persona un arma cargada sin proyectil, lo hace alguna vez usando alguna pistola con carga verdadera y priva de la vida al supuesto rival, porque el arma se le preparó de esta manera, sin su conocimiento y él la toma creyendo que esta dispuesta en forma inofensiva; o bien que la voluntad haya sido coartada por una amenaza seria para que se ejecute el acto no querido.

En estos casos es cuando se dice que la excluyente recae exclusiva y directamente sobre la culpabilidad y que hay una excluyente de culpabilidad.

“Toda ignorancia y todo error inculpable o invencible sobre los elementos esenciales que integran la antijuridicidad de un acto (ignorar que lo que va a dispararse es un arma mortal, que el disparo se hace sobre un ser humano, que el objeto de que se toma posesión es ajeno, creer que el propietario del mismo, ha prestado su consentimiento, entender que la casa en que se introduce uno es la propia, siendo la de otra persona, o creer, con fundamento, que concurre una excluyente de antijuridicidad como la legítima defensa o la necesidad) elimina la culpabilidad, pues en tales condiciones se obra sin malicia, sin oposición

de la voluntad individual o la voluntad del Estado y sin el consentimiento de ejecutar algo a que no se tenga derecho" (35).

La falta de acción existe cuando no es atribuible a la voluntad del sujeto el movimiento (o la falta de movimiento en las omisiones); cuando el supuesto acto, considerado independientemente de sus efectos o valoraciones, no es manifestación de la voluntad de aquel a quien se atribuye sino que se produce sin el concurso de esa voluntad física exterior; en las excluyentes de culpabilidad, en cambio, hay acto u acción, puesto que el sujeto quiere disparar y dispara, pero actúa inculpablemente habida cuenta que no ha conocido ni querido la trascendencia o la naturaleza del mismo y por ende, tampoco sus consecuencias penalmente relevantes.

En Derecho Penal no tiene importancia el concepto absoluto del "caso", puesto que en éste pudiera comprenderse cuanto sucede por leyes naturales desconocidas o de imprevista actuación, hechos que se hallan fuera de la actividad de los hombres y, por tanto fuera del interés jurídico-penal. Si un ciclón destruye una casa del vecino o si se inundan los sembradíos de una región por fuertes lluvias, podrá decirse que hay caso fortuito pero sin relevancia alguna para lo estudios que aquí nos ocupan.

Para que ese caso deba ser considerado en el Derecho Penal, se requiere que concorra con alguna actividad del hombre, impidiendo a éste llevar a cabo "aquella diligencia ordinaria que... hubiera sido necesaria para ajustarse a un precepto penal" (36). El hombre que maneja un automóvil y por la rotura repentina e imprevisible de los frenos o de los mecanismos de dirección, va a causar daños a las personas o a las pertenencias ajenas, ha ejecutado el acto de poner y llevar en movimiento el vehículo, movimiento y vehículo que son causas inmediatas y materiales del daño causado; pero no ha querido, ni previsto ni podido evitar el evento y por eso no se le puede considerar culpable.

Se ha dicho que este caso fortuito no es propiamente una excluyente sino la simple falta de dolo y de la culpa; que "comienza allí donde termina la culpabilidad" (Manzini); o bien que, si se trata de actos ejecutados sin intención ni imprudencia y tal conducta repele la calificación delictuosa, "mal puede llamarse eximente a esta norma necesaria por obvia" (González de la Vega).

Pero la naturaleza de las excluyentes no estriba en lo difícil o escabroso del problema implicado ni en la exigencia de una norma que establezca, puesto que hay eximentes supralegales; consistente en la concurrencia de una circunstancia, de una condición o de un factor excepcional, cuando se realiza un hecho típico, por el cual el acontecimiento deja ser delictuoso: como el hecho típico, por el cual el acontecimiento deja que me apodere de una cosa ajena, o la descompostura de una máquina de manejo, que produce un atropellamiento, todos ellos factores positivos.

El caso fortuito es el "límite de culpabilidad" y consiste en realizar una conducta o un hecho que no se previeron por ser imprevisibles, separándose de la culpa sin representación, porque en ésta no se previó la conducta o el hecho siendo previsibles.

Maggiore nos dice que puede definirse el caso fortuito como "un hecho imprevisible e incalculable, que sobreviene de sorpresa en el comportamiento de un hombre, de tal manera que provoca un resultado que, con las precauciones ordinarias no podía evitarse" (37).

El error será causa de inculpabilidad, de acuerdo con lo establecido por el precepto 44 del Código Penal en el Estado; cuando al realizar el hecho legalmente descrito incurre en error respecto de algún elemento de tal descripción.

Sí el error se debe a culpa, se sancionará a tal título, cuando el hecho admita esa forma de realización.

Y, concluye tal dispositivo: Las mismas reglas se aplicarán a quien suponga erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

Antes de estudiar el error, me parece importante aludir al concepto de inculpabilidad. Una definición usual la señala como "el conjunto de causas que impiden la integración de la culpabilidad". Don Luis Jiménez de Asúa dice: "son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche" (38). Pero además, es necesario tratar de buscar la esencia de la inculpabilidad, para llegar a un

concepto claro.

Si como sabemos, todos y cada uno de los aspectos negativos de los caracteres esenciales del delito, funcionan eliminando la existencia del ilícito, por no darse alguna nota vital, como la conducta, la tipicidad, etc., bien podemos decir que la inculpabilidad es una causa de inexistencia del delito que se caracteriza por la presencia del error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo éste antijurídico y legalmente descrito por la ley penal.

La anterior concepción se sostiene al tomar en cuenta que la culpabilidad consiste en la determinación tomada por el sujeto de ejecutar un acto antijurídico, cuya naturaleza le es conocida. La determinación del sujeto debe ser libre y espontánea y debe tener pleno conocimiento de lo injusto de su proceder, para que así se integre la culpabilidad. En consecuencia, cuando la determinación no es libre, cuando la voluntad está coartada no hay culpabilidad.

Tampoco existe cuando se comete el ilícito penal por inadecuación entre la realidad y lo que se piensa.

Así pues, hay inculpabilidad cuando existe error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo éste antijurídico y típico. La libre manifestación de un sujeto, realizando un acto antijurídico, con pleno conocimiento de su naturaleza determina la presencia del contraste subjetivo con la norma implícita en el tipo y ello trae como efecto necesario la reprochabilidad, ya que existen los dos elementos configurativos de la culpabilidad: el intelectual y el volitivo.

Es decir, el agente posee conciencia de la ilicitud de su conducta y manifiesta una actitud psíquica contraria al deber, cuando estos elementos no se dan, surgen entonces la inculpabilidad.

Tradicionalmente, la doctrina ha estimado como especies o clases de error los siguientes: error de hecho y error de derecho. El primero de ellos se ha conceptualizado como aquella equivocada representación entre lo que es y lo que se piensa que incide sobre las circunstancias fácticas de la figura

o de la justificante. Y el error de derecho, se define como aquel que incide sobre elementos valorativos o consiste en discrepancias axiológicas entre el sujeto y el legislador.

De particular importancia resulta señalar que los tratadistas alemanes han sostenido que es inoperante realizar la distinción entre error de hecho y error de derecho y proponen una clasificación diferente que a grandes rasgos se traduce en lo siguiente: el error, puede ser de tipo y de prohibición.

a) de Tipo, que verse sobre elementos típicos de la figura o de la justificante, pudiendo ser de hecho o de derecho siempre y cuando en este último caso verse sobre elementos valorativos.

b) de Prohibición, que es aquel en el que existe discrepancia valorativa entre el sujeto y el legislador originada por la ignorancia o desconocimiento de la ley y por ende de la norma implícita en el tipo penal.

El error se subdivide en esencial e inescencial. El error esencial puede ser a su vez vencible e invencible. El error esencial es aquel que recae sobre los elementos constitutivos del delito, es decir, sobre los elementos o componentes típicos de la figura, si no versa sobre ellos, entonces el error es inescencial. El error esencial vencible es aquél del cual el sujeto puede substraerse con diligencia o cuidado, éste es, que puede reprochársele a título de culpa, y por ende, el daño puede ser evitado.

Como sería el caso del que dispara sobre un hombre confundiéndolo con una pieza de cacería, si este resultado, pudo ser evitado, con la diligencia o cuidado que según las circunstancias concretas le incumbían al agente.

El error es invencible cuando no puede hacerse ningún reproche culposo por no existir infracción a un deber de cuidado. Además, el error puede ser decisivo o no decisivo en tanto y cuanto produzca ó no convicción en el sujeto sobre su falso conocimiento.

El error inescencial, es aquel que no incide sobre

elementos del tipo o de la justificante, o cuando se presenta una desviación causal.

El error en el objeto. Cuando existe equivocación en el objeto jurídico material del delito, hay veces que tal objeto no puede desvincularse de un individuo, como en el homicidio, las lesiones, la privación de libertad, etc.; en tales casos se le denomina error en la persona (Pedro quiere matar a José, pero dispara sobre Juan al confundirlo en las sombras de la noche).

El error en el golpe (*aberratio ictus*), surge cuando existe una desviación causal en el golpe, con la causación de un daño equivalente al realmente querido por el agente (Pedro dispara contra Juan a quien no confunde, pero por error en la puntería, mata a José).

No obra culpablemente quien incide en error esencial, invencible y desicivo. El error excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa, cuando es esencial pero vencible o evitable, siempre que el hecho admita su realización culposa.

El error es ineficaz, como causa de inculpabilidad cuando es inesencial, vencible o no desicivo.

4. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Para Ernesto Beling, las condiciones objetivas de punibilidad son "ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen carácter de culpabilidad" (39).

Para Liszt Schmidt, las circunstancias exteriores nada tienen que ver con la acción delictiva, pero su presencia condiciona la aplicabilidad de la sanción.

Jescheck considera a las condiciones objetivas de punibilidad, como circunstancias que se hallan fuera del tipo del injusto y del de la

culpabilidad, pero de cuya presencia dependen la punibilidad del hecho y la posibilidad de la participación. Como no pertenecen al tipo, no es preciso que sean abarcadas por el dolo ni por la imprudencia. El error, pues, se halla jurídicamente desprovisto de significación. La producción de las condiciones objetivas de punibilidad es indiferente al orden, al lugar y al tipo de la acción. Por ello, el auxilio prestado al autor por otra persona tras la terminación del hecho, pero antes de la producción de la condición, no constituye complicidad, sino encubrimiento u obstaculización de la justicia penal.

Las condiciones objetivas de punibilidad deben diferenciarse de los presupuestos procesales. En las primeras se expresa el grado de menoscabo del orden jurídico protegido, que en cada caso se requiere, mientras que en los presupuestos procesales, se toman en consideración circunstancias opuestas a la verificación de un proceso penal.

Para el maestro Celestino Porte Petit, las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos constitutivos del delito, ya que no se requiere su existencia.

Pannain considera, a las condiciones objetivas de punibilidad como "elementos esenciales, porque cuando se requieren y no están presentes no hay punibilidad y, por lo tanto no hay delito, sin embargo, anota; no son elementos constitutivos, porque no intervienen en la construcción de la figura criminosa, y su función es la de condicionar la existencia de un delito ya estructuralmente perfecto, pero no vital" (40).

Existen varias diferencias entre las condiciones objetivas de punibilidad y los elementos constitutivos del delito.

a) Los elementos constitutivos integran el hecho vivificado por el elemento psicológico, las condiciones de punibilidad lo presuponen.

b) Los elementos constitutivos se refieren al precepto contra el cual se realizan, las condiciones de punibilidad se refieren a la sanción cuya aplicabilidad suspenden.

c) Los elementos constitutivos son esenciales e imprescindibles para todo delito, las condiciones de punibilidad existen sólo

excepcionalmente.

Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellos requisitos señalados en algunos tipos penales, los cuales, si no se presentan no es factible que se configure el delito; de ahí que el presentarse solo en algunos tipos penales, es porque no constituyen elementos básicos del delito, sino secundarios.

El procedimiento penal señala en determinadas ocasiones, requisitos procesales que son condiciones previas para juzgar a una persona, para hacerle un proceso penal y no deben confundirse estas con las condiciones objetivas de punibilidad.

Una condición objetiva de punibilidad establecida en nuestro Código Penal, es la que se señala en el delito de quiebra fraudulenta, el que para poder configurarse requiere de la previa declaración de quiebra; la quiebra se aplica a los comerciantes; es un fracaso económico de estos, por varias razones, como la mala organización, falta de planeación, malas ventas, etc. Para ejemplificar, puede ser que el acreedor reciba por sus pesos, centavos y puede ser una quiebra legal, situación que como ya mencioné, sucede a los comerciantes; pero puede ser el caso que los negociantes que venden ropa, se pongan de acuerdo con otro, para ocultarla y vender parte de ella, independientemente del negocio, y declararse en quiebra, la cual será fraudulenta.

La ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad es el aspecto negativo de las mismas. El lugar que ocupen dentro de la teoría del delito dependerá del criterio que se sustente, ya que algunos autores consideran que la ausencia de dichas condiciones, será el aspecto negativo de un elemento del delito, y otros estiman que no constituyen un aspecto negativo del delito, al negar a las condiciones objetivas el carácter mismo de elemento.

Jiménez de Asúa señala que "cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no pueda castigarse; pero así como la carencia del acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas absolutorias, hacen para siempre imposible perseguir el hecho, y si se produce la denuncia o la querrela después de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, podrá alegarse de adversa la

excepción de cosa juzgada, la falta de ciertas condiciones objetivas de penalidad - por mí estimadas como mas propias- permite, una vez subsanando el presupuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable" (41).

Aún no existe delimitada con claridad en la doctrina la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad. Frecuentemente se les confunde con los requisitos de procedibilidad, como la querrela de parte en los llamados delitos privados; o bien, con el desafuero previo en determinados casos. Urge una correcta sistematización de ellas para que queden firmes sus alcances y naturaleza jurídica.

Generalmente -las condiciones objetivas- son definidas como aquellas ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

Para Guillermo Colín Sánchez, existe identidad entre las llamadas "cuestiones prejudiciales" y las "condiciones objetivas de punibilidad", así como con "los requisitos de procedibilidad". Textualmente expresa "quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el punto de vista general del Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde el punto de vista procesal" (42).

Quienes consideran que la punibilidad es un elemento esencial y constitutivo del delito, han sentido la necesidad de encajar en la misma estructura las condiciones de punibilidad, no obstante convenir que tales condiciones solo se dan en algunos delitos y por tanto no pueden referirse a la esencia común a todos ellos. Esencia es necesidad; es no poder faltar a un solo individuo de la especie sin que este deje de pertenecer a ella; por lo mismo tener como esenciales estas condiciones de ocasión, que con mas frecuencia faltan que concurren en los delitos, sólo se explica como efecto de un prejuicio arraigado.

Grandes han sido los esfuerzos y muchos los caminos buscados para resolver este problema de las condiciones objetivas de punibilidad y de no criminalidad; es decir, si se conviene en que el acto puede ser delictuoso y no castigarse porque no convenga o porque no se llene una condición puesta para ello, según se describa el tipo.

Admitido que la punición no es elemento esencial del delito, fácilmente puede hacerse la debida separación y comprender que las condiciones de penalidad tampoco se requieren para constituir el delito sino, a veces, para imponer o hacer efectiva la pena, que es cosa diferente.

Es verdad que con frecuencia se mencionan condiciones sin cuyo cumplimiento no se integra el delito; pero entonces, como luego se verá, se trata de anexos o partes del tipo que, como tales, no requieren mención especial aparte. En resumen, puedo decir que las llamadas "condiciones objetivas de punibilidad" se clasifican en dos grupos: las que en realidad son condiciones para hacer efectiva la punibilidad ya existente, y aquellas que forman parte de la descripción objetiva de lo ilícito y, por tanto, quedan ya incluidas en la tipicidad.

Mezger considera que son, más bien, "anexos del tipo" que, aún cuando los externos al acto delictuoso, deben también ser previstos por la ley; omisión, concomitantes o sucesivos a la ejecución del hecho mismo, sin el concurso de los cuales este no es punible porque no constituye delito.

No es lo mismo, desde luego, condiciones de punibilidad que condiciones para hacer efectiva la penalidad, ya que no es lo mismo la punibilidad como merecimiento, que la punición como aplicación de la pena merecida o como satisfacción de aquella punibilidad. Las condiciones de punibilidad son, como lo hizo notar Leopoldo Zimmerl, los elementos del mismo delito (tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad); y siendo ya punible una acto por llenar esos caracteres.

Hablar de cosa alguna objetiva (condiciones anexos o partes del tipo) del cual dependa el castigo y que no sea captada por la culpabilidad, es desconocer el principio según el cual no puede haber pena sin culpabilidad.

El hecho de que la culpabilidad se considere referida a los elemento objetivos del tipo se dice que no es una realidad absoluta, desde un punto de vista dogmático y actual, si en algunas legislaciones aun se encuentran verdaderos delitos calificados por el resultado, en los que, por definición, la pena solo se conecta con el daño o efecto producido; pero la realidad es que, aun en esa

clase de infracciones, la sanción no prescinde en absoluto del factor subjetivo de culpabilidad, aun cuando sea en formas indirectas de dolo indeterminado, de dolo eventual o de culpa, ya que puede concurrir la previsión y el consentimiento del agente respecto de los posibles resultados, al poner en movimiento la cadena casual que los produce.

La punibilidad no es elemento del delito; y en cualquier condición que pueda mediar para el cumplimiento de esa punibilidad, se halla más alejada de serlo. Así, la exigencia de reciprocidad para sancionar los delitos que afectan a otros Estados, puede ser una condición de actividad punitiva, usada como recurso político, para obtener iguales auxilios de los demás países; pero de ninguna manera es parte o esencia del delito cuya sanción se aplaza o se omite como represalia internacional.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (17) Santiago Nino, Carlos. *"Consideraciones sobre la dogmática jurídica"*. Ediciones UNAM. México, 1989. pág. 17
- (18) Kelsen, Hans. *"Teoría general del derecho y del Estado"*. Trad. Eduardo García Maynez. 3a. Reimpresión. Ediciones UNAM. México, 1983. pág. 68
- (19) Weizel, Hans. *"Derecho penal alemán"*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. 3a Ed. Castellana. 1987. pág. 43
- (20) Muñoz Conde, Francisco. *"Derecho penal y control social"*. Fundación Universitaria de Jerez. España. 1985. pág. 23
- (21) Weizel, Hans. Op. cit. pág. 45
- (22) Jescheck, Hans-Heinrich. *"Derecho penal"*. Trad. Dr. Conrado A. Finzi. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1967. pág. 15
- (23) lb. pág. 17
- (24) Santiago Nino, Carlos. Op. cit. pág. 23
- (25) Jescheck, Hans-Heinrich. Op. cit. pág. 22
- (26) Muñoz Conde, Francisco. Op. cit. pág. 27
- (27) Orellana Wiarco, Octavio. *"Teoría del delito"*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1995. pág. 19
- (28) lb. pág. 20
- (29) Idem.
- (30) lb. pág. 22
- (31) Idem.
- (32) López Betancourt, Eduardo. *"Teoría del delito"*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1996. pág. 45
- (33) lb. pág. 46
- (34) Islas de González Mariscal, Olga. *"Análisis lógico de los delitos contra la vida"*. 3a. Ed. Editorial Trillas. México, 1991. pág. 19
- (35) Madrazo, Carlos. *"Estudios jurídicos"*. INACIPE No. 19. México. 1985. pág. 39
- (36) lb. pág. 41
- (37) Jiménez de Asúa, Luis. *"La ley y el delito"*. 3a. Ed. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. pág. 128
- (38) Idem.
- (39) Weizel, Hans. Op. cit. pág. 352

(40) lb. pág. 354

(41) Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. pág. 131

(42) Colín Sánchez, Guillermo. *"Derecho procesal penal"*. 12a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1984. pág. 198

SUMARIO: 1. Concepto del delito de robo. 2. Elementos típicos del robo. 3. Formas de ejecución. 4. El robo en el crimen organizado.

1. CONCEPTO DEL DELITO DE ROBO.

El delito de robo, es el ilícito de comisión más frecuente de todos los delitos patrimoniales, debido a su simplicidad ejecutiva, sobre todo en sus formas más primarias de exteriorización, las que pueden quedar perfeccionadas por un único acto: remover la cosa ajena con intención de lucro.

El núcleo del tipo penal de robo radica en el apoderamiento que ha de realizar el sujeto activo. "Apoderarse" uno de alguna cosa tanto significa, según el Diccionario de la Academia Española, como "ponerla bajo su poder" (43). Empero, como para la configuración del delito de robo se precisa que la causa esté previamente en posesión ajena, esto es, en poder de otra persona, necesario es determinar cuando, previo quebrantamiento de dicha posesión, la cosa queda en poder del agente.

Esta determinación tiene importancia capital, pues de ella depende, presupuesta la concurrencia de los demás elementos típicos, la perfección del delito.

Existen de antiguo, diversos criterios para determinar en qué consiste y cuándo se integra el apoderamiento, enraizan en la conducta o comportamiento ejecutivo del delito en pluralidad, las diversas teorías elaboradas en orden al problema; fincan sus pilares en los diversos momentos del proceso ejecutivo.

Según la más antigua teoría, el robo se perfecciona por el hecho de tocar el sujeto activo la cosa con la mano. Esta teoría está impregnada del sacramental simbolismo del primigenio Derecho Romano.

En la actualidad es insostenible, pues el solo hecho de focar la cosa no implica un apoderamiento de la misma, habida cuenta de que no quebranta la posesión o poder de hecho que sobre la cosa tiene el sujeto pasivo.

Extraordinaria importancia ha tenido y tiene la teoría de la remoción. Carrara sostiene "que el robo se consuma cuando la cosa ajena ha sido desplazada del sitio en que se hallaba y no ya por el acto de ponerse la mano sobre ella, pues sólo cuando acaece aquel desplazamiento surge la violación de la posesión ajena" (44). Si se prescinde del momento de la remoción, el cual implica en sí mismo una violación completa de la posesión, no se podría encontrar un criterio exacto para determinar el momento consumativo del robo, pues, incluso, entre los que niegan que la esencia del delito radica en la remoción de la cosa, se advierte una fluctuación ineludible. Unos sostienen que se consuma cuando el objeto robado es sacado de la cámara en que se encuentra; otros de la cosa; otros de las adyacencias; y, finalmente, otros cuando el ladrón ha llevado la cosa al lugar al que la destinaba.

Un tercer criterio estima insuficiente la simple remoción de la cosa, por quedar impreciso el sitio al que se desplaza, y exigen que la cosa sea transportada por el ladrón a otro fuera de la esfera en que estaba y colocada en la de la acción del culpable.

Finalmente, una teoría -de la illazione-considera que sólo puede considerarse integrado el delito, cuando la cosa ha sido transportada por el ladrón al lugar seguro donde se propuso, antes del robo, ocultarla.

El sujeto activo del robo tiene en su poder la cosa robada cuando, en cada caso concreto, concurren aquellas circunstancias fácticas precisas para que social y jurídicamente pueda afirmarse que ha quebrantado la posesión ajena y que, la cosa, de hecho, ha quedado, aunque sólo fuere momentáneamente, bajo su potestad material.

Sólo las remociones o desplazamientos que quebrantan la posesión ajena, constituyen, en puridad, el apoderamiento que configura el delito de robo. El criado que toma en sus manos la bandeja de plata de su patrón y la lleva a la cocina para limpiarla, no efectúa una remoción o desplazamiento que

quebranta la posesión que sobre ella tiene el dueño de la cosa; más si en vez de devolverla a su lugar la saca de la casa para apropiársela o, con el mismo fin, se la entrega por la ventana a su cómplice, realiza un apoderamiento típicamente antijurídico.

No basta para integrar el elemento típico del apoderamiento, la simple remoción o desplazamiento de la cosa. Necesario es que dicha remoción o desplazamiento se efectúe con ánimo de apropiación. Un elemento subjetivo de antijuricidad hállase, pues, ínsito, larvada y latentemente, pero de modo inequívoco, dentro del concepto de apoderamiento. Para la integración de éste, es preciso que la antijurídica remoción de la cosa se efectúe por el sujeto activo con el fin de apropiársela, o séase, de hacerse dueño de ella de propia autoridad.

Por tanto, en la integración del tipo básico del delito de robo, el apoderamiento de la cosa ha de efectuarse por el agente "para apropiársela o venderla". Si el apoderamiento se hace para destruirla, dañarla o deteriorarla, se configura el delito de daños; si para usarla temporalmente, el especial de robo de uso; y si para donarla o repartirla gratuitamente entre terceras personas, el hecho es atípico por estar ausente el elemento subjetivo de antijuricidad, preciso y necesario para la configuración del delito de robo.

Desde siempre Carrara ya definía al -precedente del robo- hurto como "la contrectación dolosa, de una cosa ajena, hecha contra la voluntad de su dueño (*invito domino*), y con intención de lucrar con ella" (45).

De la misma manera ya Maggiore señalaba que el hurto "consiste en que el hecho de quien se apodera de cosas muebles ajenas, sustrayéndolas al que las retiene con el fin de sacar provecho de ellas para sí o para otros" (46).

Para entonces, como bien pudo notarse había relativa confusión entre el concepto de "hurto" y de "robo", controversia que al menos en nuestro país se encargó de sangar Martínez de Castro, encargado de la Comisión redactora del Código de 1871 expresó "queriendo la comisión acomodarse al lenguaje común, en el cual no se conoce la distinción legal entre hurto y robo, la

desechó de su proyecto, admitiendo en él, únicamente, la primera de estas dos denominaciones, como se ha hecho en otros códigos" (47). Es decir, que bastó acogerse al aspecto lingüístico y de semántica, a modo de no entrar en discusiones doctrinales.

Para el sustentante, el delito de robo consiste en la apropiación violenta de una cosa mueble ajena sobre la cual se carece de derechos o no se cuenta con el consentimiento de la persona que pueda disponer de ella de acuerdo con la ley.

Quizás valdría pensar, reflexionar y cuestionarse acerca de la conveniencia de instrumentar en nuestra legislación penal la figura del "hurto", la cual, a diferencia de la del robo será la del simple apoderamiento sin violencia pero con los mismos elementos.

De acuerdo con nuestra legislación, 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 violencia.

Bajo estas premisas se advierte que, "para que exista este delito, se requiere que la cosa robada se encuentre en poder de una persona distinta al agente" (48), de modo que, al salir de su custodia se lesione su dominio y libre determinación. Fue entonces, esta, la idea que hacer surgir para el jurista el concepto de la famosa "esfera de custodia del dueño" (49), que a la postre, el ilustre maestro Jiménez Huerta rebautizará como la "esfera de poder y vigilancia" (50).

En resumen, puede decirse que el delito de robo sólo ha de existir cuando sea arrancado el objeto materia del delito de la tenencia del propietario, sin que éste lo haya entregado voluntariamente a otro.

2. ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE ROBO

Compleja es, indiscutiblemente, la estructura típica del delito de Robo contenida en el artículo 265 del Código Penal en el Estado, "comete el delito de robo -afirma el indicado precepto - el que se apodera de una cosa mueble, ajena y sin consentimiento de quién legítimamente pueda disponer de ella" (51).

En este cuadro típico, se contienen elementos de diversa naturaleza, pues además de aquel que es descriptivo del comportamiento fáctico -"apoderamiento"- se comprenden también otros de naturaleza normativa como lo son "cosa ajena", y "sin derecho", "sin consentimiento de la persona que podía disponer de ella (de la cosa) con arreglo a la ley"; e incluso, en aquel caracterizado como de fáctica descripción "apoderamiento", hállanse insitas, inequívocas vivencias del elemento subjetivo o finalístico que se enseñoorea de toda la conducta.

Los elementos del tipo penal descrito en este precepto son los siguientes:

- a) Apoderamiento,
- b) Cosa,
- c) Calidad mueble de la cosa,
- d) Ajeneidad de la cosa, y
- e) Sin consentimiento.

"Apoderamiento". Parece ser un elemento de carácter puramente objetivo, ya que entraña la forma o aprehensión material de una cosa. Apoderarse de una cosa significa asumir la posesión de la misma, pero afectando una posesión que pertenece a una tercera persona, ya que cuando hablamos del apoderamiento de una cosa, significa que desapoderamos de ella a quien la tiene, es decir, el apoderamiento entraña una agresión a la posesión.

En efecto, no es difícil llegar a la conclusión de que esa es la nota característica del robo, la agresión a la posesión, y hacemos las

siguientes consideraciones: apoderarse de una cosa requiere como necesaria condición de que esa cosa se encuentre en poder de alguien, del sujeto pasivo, de tal manera, que la actividad del delincuente viene a quebrantar o violentar esa posesión. Se requiere entonces, para la mejor comprensión de esta figura un análisis desde el punto de vista del sufrimiento de la acción por parte de la víctima y es necesario analizar todos los aspectos subjetivos y objetivos que encierra el sufrimiento de la acción pues sin este análisis la figura no se estudiaría completa.

Si la característica del robo es "la agresión a la posesión" es necesario entrar a estudiar lo que debemos entender por la misma. Desde luego, que los estudios privatistas nos serán muy útiles para la determinación de este derecho, pero quiero hacer resaltar que la posesión que interesa al Derecho Penal tiene una significación mucho más comprensiva que en el Derecho Civil. En efecto, bastaría simplemente considerar que no siendo propia la cosa del que la toma, lo mismo dá que su poseedor la tenga a virtud de un título o causa lícita o ilícita, inclusive proveniente de un hecho delictuoso.

La agresión a la posesión es de las agresiones más bárbaras y alarmantes, de ahí su gran contenido antisocial; de tal manera que el Derecho Penal no puede dejar desguarnecida una posesión por el sólo hecho de que su origen sea precisamente delictivo. Piénsese que sucedería si fuesen impunes los apoderamientos de cosas ajenas por el sólo hecho de que el poseedor de la misma haya llegado a ella a través de la comisión de un hecho delictuoso; se crearía una situación sumamente peligrosa que invitaría al rompimiento del orden jurídico.

Desde el punto de vista objetivo, la posesión nos da la idea del poder que una persona tiene sobre una cosa; existe una idea de vinculación directa entre una persona y una cosa. Pero no sólo eso es la posesión, sino que la posesión puede ir desde esa vinculación directa e inmediata entre el sujeto y la cosa hasta grados mucho más laxos en donde aún existe esa posesión.

Para el entendimiento de esta cuestión, creemos de gran utilidad traer a colación las enseñanzas del maestro Sebastián Soler, uno de los dogmáticos más importantes de América, cuando desarrolla lo que podríamos llamar su teoría de "la esfera de vigilancia y de poder". Inicia su teoría basándose en los estudios de Winscheid y de Pessina, y asegura que además la posesión o la

tenencia encierran otras ideas distintas menos materiales, más espirituales.

Dice que: "el propietario o poseedor de una cosa proyecta su poder dentro de determinada esfera sobre el objeto y sobre el espacio que ocupa, porque todo está comprendido dentro de una esfera global de actividad, cuyos alcances están señalados por límites muchas veces de puro valor simbólico" (52).

Así, vemos por ejemplo, que una persona posee todos los objetos que tiene en su casa, aún en los rincones más apartados, aunque nunca concorra a esos lugares, o aún cuando nunca los tenga en sus manos. Dentro de determinada esfera, que en el presente caso, se limita por el inmueble mismo, se proyecta cierta posibilidad de disposición de la cosa que el propietario tiene respecto de ella; así es que, todo aquello que se encuentre encerrado dentro de esa "esfera" está siéndolo poseído por su propietario, aún cuando no existe ninguna vinculación física directa e inmediata entre sujeto y cosa.

— Implícito en el apoderamiento, que es el elemento de carácter objetivo, está un elemento de índole subjetiva que es el ánimo del sujeto activo en relación con ese apoderamiento, es un ánimo de hacerla ingresar en una esfera de vigilancia y de poder para conducirse en relación con la cosa como si se fuese el dueño.

Me interesa dejar perfectamente bien esclarecido que para la existencia del robo, no basta con el apoderamiento, sino que es necesario que concorra el ánimo de apropiación por parte del sujeto activo: para que exista el robo, se requiere necesariamente una conducta dolosa por parte del sujeto, ya que el ánimo de apropiación y la conciencia de que la cosa no es propia sino ajena, nos revelará ese elemento de carácter subjetivo, lo que nos lleva a concluir que el robo es de comisión necesariamente dolosa.

En relación con el apoderamiento, que se definió como la toma o aprehensión material, quebrantando una posesión ajena y con ánimo de apropiación, diremos que puede realizarse de muy diversas maneras. En general es una figura abierta, en lo tocante a los medios comisivos, ya que el legislador no los especifica de una forma precisa.

Los medios pueden ser múltiples, y variados, cualquier medio por el cual se quebrante la posesión ajena es un medio idóneo para realizar el delito de robo.

Elemento "cosa". En principio, se debe entender por la misma, todo objeto corporal susceptible de apoderamiento material y de apropiación, ya que como hemos asentado, la conducta descrita por la ley consiste en la toma o aprehensión material de una cosa quebrantando una posesión ajena y con ánimo de apropiación.

Este elemento, que es el objeto material del delito, debe reunir características físicas tales, que permitan su aprehensión material y debe poseer los caracteres jurídicos que hagan posible, desde el punto de vista del Derecho, una apropiación.

Respecto de las características físicas, cualquier materialidad nos dará el elemento a que me acabo de referir, en cuanto objeto corporal y objeto material. Los líquidos, en un momento dado sí son susceptibles de apoderamiento por parte del sujeto activo del delito, lo que requerirá el sujeto activo será un instrumento, una "longa manus" que le permita superar sus naturales limitaciones físicas y biológicas para tomar esa clase de cosas.

Pero siempre que se tome o aprehenda un líquido estaremos en presencia del delito de robo. Ahora bien, se debe distinguir del despojo de aguas, que constituye otra figura, la diferencia estriba en que en el robo debe existir toma o aprehensión material del elemento agua, y en el despojo lo que encontramos es que se desvía el cauce natural o determinado que las aguas tengan, para realizar un aprovechamiento de la misma.

En relación a los gases, también podemos pensar sobre cierta dificultad para su toma o aprehensión, ya que este elemento es considerado como el más incorpóreo que pueda existir, desde luego que una aprehensión por medio de los elementos físicos y biológicos del sujeto no sería posible naturalísticamente. Pero el hombre puede echar mano de otros elementos naturales o artificiales para aumentar su capacidad y potencia de aprehensión, así podemos pensar en el robo que realice un individuo de un recipiente de gas butano, que no

sólo roba el recipiente, sino también el contenido, de tal manera que tendrá que responder del robo de ambas cosas.

Lo mismo se puede decir de la energía eléctrica, que es también incorpórea, y aparentemente susceptible de apoderamiento, sin embargo; éste puede realizarse cuando esa energía se encuentra acumulada en un determinado recipiente, así al aprehender un acumulador, se apodera de la energía que éste contenga, y la energía es considerada también una cosa.

Por otro lado, se han dado casos en la vida, en que una persona puede apoderarse de elementos orgánicos de un individuo, debiéndose hacer la distinción de si esos elementos orgánicos derivan del desprendimiento o la amputación de un ser vivo, o bien si se tratan de elementos orgánicos pertenecientes a un individuo muerto, esto es, a un cadáver.

Desde el punto de vista penalístico, no hay duda de que estos elementos son también cosas susceptibles de apoderamiento físico o material, aún cuando no puedan ser susceptibles de apropiación.

Respecto de la calidad de la cosa. La ley dice que la cosa deberá ser mueble. La movilidad de la cosa le dará la característica de mueble para los efectos del Derecho Penal, no importa que la cosa esté incorporada a un inmueble, y como consecuencia de la acción humana es posible el desprendimiento de la misma.

"Ajeneidad de la cosa". La cosa, además de ser mueble, debe ser ajena; ésto es, que no sea propia de quien realiza el apoderamiento. La ajeneidad es un elemento normativo, por lo que para delimitarlo tendremos que acudir al Derecho Civil, ya que sus normas nos indicarán la forma como se regula la titularidad de los patrimonios y de los bienes que los integran.

Hay ocasiones en que el dueño de la cosa puede no estar en posesión material de la misma, porque se encuentra restringido su derecho de propiedad, o por alguna obligación de carácter contractual o porque se encuentra como garantía del cumplimiento de una obligación que puede derivar de una vinculación jurídica por entidades públicas o simplemente porque se le ha

perdido o se la han robado, y cuando el dueño se apodera de tal cosa sin el consentimiento de la persona que la tenga en su poder por cualquier título o causa, lícito o ilícito, la doctrina ha hablado desde el Derecho Romano de la figura que se llama "furtum rei propriae", o sea, el robo en cosa propia, deja de ser robo por no ser ajena la cosa.

En el supuesto de que un copropietario quebrante la posesión del otro, no podemos afirmar válidamente que está cometiendo el delito de robo, puesto que en una copropiedad no es posible pensar que la cosa es ajena al copropietario, dado que tal copropiedad supone necesariamente el mismo derecho de propiedad perteneciente a varias personas.

Tratándose de la herencia yacente, también los coherederos tienen la calidad de copropietarios, presentándose las mismas consecuencias analizadas en el caso de la copropiedad; es decir, no existirá el delito de robo cuando un coheredero quebrante la posesión de otro coheredero.

Cuestión diferente es la que podemos observar, por ejemplo, en una sociedad, si es que alguno de los socios se apodera de un bien que forme parte del capital social, entonces, cometerá robo, pues sabido es que el patrimonio de la sociedad es distinto del de los socios, de tal manera que si uno de ellos se apodera de un bien ajeno, por ende, estaremos en presencia del delito en estudio.

El robo también se constituirá cuando el nudo propietario tome los frutos de una cosa dada en usufructo, pues aquellos pertenecen al usufructuario, toda vez que éste tiene la facultad de hacer suyos los frutos que la cosa sea susceptible de producir.

El elemento "sin consentimiento". El consentimiento elimina la antijuridicidad de la conducta en tratándose de bienes disponibles por el pasivo. En este caso, es un elemento esencial para que se dé el delito, toda vez que el apoderamiento de la cosa mueble, ajena, si se realiza con el consentimiento del pasivo, no podremos afirmar que se ha configurado el robo; así, no se dará el delito. Ahora bien, ese consentimiento deberá ser válido para que deje de ser punible, y si se obtiene por algún medio ilegal, desde luego, que entonces será

punible.

3. FORMAS DE EJECUCION DEL DELITO DE ROBO

"La conducta ejecutiva del delito de robo se concreta en el plexo de actos materiales que realiza el sujeto activo para lograr el apoderamiento de la cosa. Este comportamiento material, siempre de carácter comisivo, reviste mayor o menor complejidad, según la naturaleza de la cosa, el lugar en que ésta se encuentre y las facilidades o dificultades que el agente tenga que vencer para consumir el apoderamiento" (53).

Puede el delito ser unisubsistente -el ratero arrebató de un jalón el bolso de mano que la dama porta- y plurisubsistente -el ladrón fractura puertas y ventanas para introducirse en el lugar en que se encuentra el cuadro o joya de que se quiere apoderar-, ello sería una clasificación o forma de aparición del delito en orden a la conducta.

Empero, también en el delito de robo unisubsistente puede configurarse la tentativa; piénsese en el caso del ratero que no logra apoderarse del bolso de mano a pesar del fuerte jalón que dió del mismo, debido a la simultánea contracción reactiva desplegada por su propietario.

El delito de robo es siempre y en cualquier incidencia de su proceso ejecutivo, un delito de resultado o material.

El robo simple está en el ápice de las acciones punibles y es lo gris y cotidiano de la criminalidad. La forma simple de ejecución del delito de robo puede determinarse sólo por exclusión, pues como en el Código se establecen penas agravadas para cuando se ejecute con violencia en las personas, allanamiento de morada o lugar cerrado, quebrantamiento de la fé o seguridad, resulta por eliminación que el robo es simple, únicamente cuando se ejecuta sin la concurrencia de algunos de los medios o circunstancias a que se refiere el artículo 268 del Código Penal en el Estado.

Sólo los apoderamientos efectuados con astucia, destreza, o clandestinidad integran dichas sencillas e incomplejas formas. La astucia implica la puesta en juego -directa o indirectamente- de un medio ingenioso de apoderamiento de la cosa, o seáse, mañoso, o sagaz. Sirvan de ejemplos los que se efectúan con animales amaestrados, o valiéndose de personas a quienes se induce en error o incapacidad penal -locos, menores, etc.-.

La destreza estriba en hacer uso para lograr la remoción de la cosa de una especial habilidad o adiestramiento, bien puesta de relieve en los robos que de consuno efectúan los carteristas profesionales en trenes, metros o camiones. La clandestinidad supone que el apoderamiento se realiza en secreto, ocultamente, en un instante en que el agente no es visto por nadie. Estas formas ejecutivas son -valga la paradójica frase- las de mayor pureza jurídico-penal, pues en ellas estrictamente se dañan intereses patrimoniales, al contrario que acaece con las calificadas, en las que, como vamos a ver se lesionan otros bienes jurídicos tutelados también penalmente.

Existen formas de ejecución que califican el robo, esto es, que aumentan su disvalor penal. Dichas circunstancias agravan el delito debido a que cuando concurren algunas de ellas en su ejecución, contemporáneamente a la lesión del interés patrimonial que sobre la cosa tiene el ofendido, se lesionan también otros bienes jurídicos de naturaleza distinta, como lo son los de su libertad, y seguridad individual.

La violencia en las personas, el allanamiento de morada o de lugar cerrado y el quebrantamiento de la fé o seguridad debidas, son las formas de ejecución que según el Código Penal, agravan el robo.

Ya Carrara advertía que "si el delincuente que aspira a enriquecerse con las cosas ajenas, hace violencia sobre la persona del propietario para alcanzar su péfido fin, realiza un ilícito que, aún cuando no cause daño efectivo a la persona ofendida, presenta siempre caracteres de extrema gravedad" (54).

En estos casos se lesionan dos o incluso hasta tres derechos, pues el agresor además de atacar al del propietario lesiona también por

el medio que emplea, el derecho de libertad individual, y algunas veces hasta el de la integridad de las personas.

Por otra parte, dichas conductas ofenden intensísimamente los ideales valorativos de la colectividad, pues el hecho de que se recurra a la violencia o a la amenaza, como medio para desposeer a las personas de sus bienes patrimoniales, engendran una profunda alarma.

Subraya Carrara que "integra la violencia tanto el uso de la fuerza física como el de la fuerza moral" (55), pues igual es que el propietario haya sido aferrado, encerrado en una habitación, golpeado o atado con lazos para que no impida el robo, como que con el mismo fin se le haya puesto una pistola al pecho, o de otra manera se le haya intimidado.

Existe violencia física si se mata, lesiona, golpea, amordaza o ata a la víctima para eliminarla o inmovilizarla, o a una persona distinta de la robada, que se halla en compañía de ella, ejem: parientes, criados, etc. No existe la calificativa de violencia física si la fuerza material se ejerce sobre la cosa -no sobre la persona- para arrancarla de manos de la víctima, como, por ejemplo, acontece cuando se da un manotazo o jalón sobre el bolso de mano que una señora porta.

Los actos de violencia física no deben rebasar la ofensa a la libertad personal, esto es, no deben lesionar otro bien jurídico. En cuanto a la violencia moral existe ésta en los siguientes supuestos: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidar. Amenaza o amaga quien para ejecutar el robo da a entender, con actos, palabras, ademanes, al sujeto pasivo o a las personas que se hallen en su compañía, que le inferirá un mal si opone resistencia, así como también quien después de consumado el robo diere a entender o hiciera ademanes a cualquier persona, de inferirle un mal si obstaculiza su huida o intenta recuperar lo robado.

Es "grave" aquello que reviste mucha entidad o importancia. Y, aplicado el concepto al problema en examen, es grave aquel mal que amenaza con privar de la vida o con inferir alguna lesión corporal, pues estos males, dada su magnitud, son idóneos para enervar o destruir la libertad de las

personas.

Se califica el delito de robo cuando para perpetrarlo se quebrebrante la fé y confianza existentes entre sujeto activo y pasivo, en virtud de determinados vínculos laborales o de hospitalidad que presuponen una tácita seguridad o fé que atempera la eficiencia de la defensa privada.

La posible existencia de la calificativa no se limita a aquellos empleados de comercio sin independencia en su actuación, autorizados para la contratación de ciertas operaciones y sometidas a las órdenes que reciben, ya que también es aplicable a los factores y demás auxiliares o empleados del comercio, como escribientes, mecanógrafos, contadores, o encargados de la contabilidad y mancebos.

También en la fracción II del artículo 268 del Código Penal en el Estado de Guanajuato, se toman en consideración otros vínculos laborales, diversos a los existentes entre los dependientes o domésticos, y los patrones o dueños para agravar el robo.

Es intuitivo que el trabajo que habitualmente los obreros, artesanos, y aprendices desempeñan en una casa, taller, habitación, bodega, o cualquier otro lugar al que tienen libre acceso por sus actividades laborales, engendra una social seguridad y confianza que el sujeto activo quebranta si roba en dichos lugares.

Esta tácita seguridad y confianza no existe en relación al obrero u operario eventual, que por ejemplo, llamamos a nuestro domicilio para que componga una cañería, una cerradura, puerta o ventana deterioradas. Y, tan es así, que la más elemental norma de prudencia y cautela que el dueño de la casa adopta mientras aquéllos desempeñan su trabajo para el que fueron requeridos, es la de vigilarlo personalmente o encargar su vigilancia a familiares o criados de planta para evitar que puedan llevarse algún objeto.

En relación a la hospitalidad a que alude el mencionado precepto, ésta se refiere a la que se brinda a las personas que en concepto de huéspedes o comensales recibimos en nuestra casa para obsequiarlas o

agasajartas.

Es calificado el delito de robo si para apoderarse de la cosa objeto material del mismo, se irrumpe en el domicilio o en cerrada heredad ajena, su conducta adquiere desde el punto de vista de la desvaloración penal una plural significación, pues contemporáneamente lesiona el patrimonio de la persona ofendida y el bien jurídico de su libertad individual, en cuanto el domicilio y la heredad cerrada materializan la íntima personalidad del hombre: en ellos halla reposo en su trabajo, descanso en sus fatigas, paz en sus tormentos, refugio en sus luchas, consuelo en sus aflicciones, protección para sus secretos y resguardo y seguridad para sus pertenencias.

De ahí, que el Código Penal establezca una agravación para el que robe en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, y se estatuye también un aumento de la pena para cuando se cometa en un lugar cerrado.

El legislador estimó también con acierto, que tratándose de los supuestos contenido en la fracción IV del citado artículo 268 del Código Punitivo; es decir, aprovechando la falta de vigilancia, el desorden o la confusión que se produzcan por incendio, inundación, accidente de tránsito de vehículos o cualquier siniestro, se estaría en presencia del robo calificado, pues que estas circunstancias disminuirán en forma notable la defensa de la víctima.

Con mayor razón, la circunstancia agravante de este delito opera en los casos en que sea ejecutado por dos ó más personas, pues es indudable que la superioridad numérica disminuye las posibilidades de defensa de la persona afectada.

Cuando la acción ejecutiva del delito recaiga en expediente o documento, con afectación de alguna función pública, el legislador ha estimado que la ratio de la agravación deriva de las características del objeto material del delito, un documento, debiéndose entender por tal aquello donde se encuentre fijado permanentemente un pensamiento, y expediente es el conjunto de documentos relativos a un mismo asunto. El documento o expediente debe estar vinculado con las atribuciones del Estado, lo cual viene a justificar la agravación, ya

que no sólo se afecta el patrimonio, sino dichas atribuciones.

En el caso de que el objeto del robo sea un vehículo de motor, se califica esta conducta, por la alta incidencia en el hurto de estos bienes, lo que significa ya una alarma social derivada de estos hechos. Si se toma en cuenta además que la incidencia está constituida en buena parte por robo de vehículos que se dejan en la vía pública sin vigilancia, destacándose implicaciones de disminución de la defensa de la víctima.

El Código Penal estatuye una pena atenuada para al que se imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y que acredite haberla tomado con carácter temporal y no para aplicársela o venderla.

Carrara recuerda que según las leyes romanas, estas hipótesis eran consideradas como constitutivas de verdaderos y propios robos. Pero, si bien en la figura de "robo de uso" se reproducen todos los elementos del tipo básico, subsiste una excepción respecto de la modalidad que imprime a la conducta el propósito o la finalidad que impulsa al agente a remover la cosa.

Dicho propósito o fin deja su huella material en la propia conducta, pues como el desplazamiento de la cosa se efectúa por el sujeto activo "con carácter temporal y no para apropiársela o venderla", no es identificable o equiparable, desde el punto de vista finalístico, con el "apoderamiento" y sólo tiene la significación naturalística y neutra consubstancial al sentido estrictamente muscular insito en el verbo "tomar".

Por ser el robo un delito material o de resultado es configurable la tentativa siempre que el sujeto activo realice actos encaminados directamente a apoderarse de la cosa, ora removiéndola del lugar en que la tiene colocada su poseedor, ora sustrayéndola de su esfera de vigilancia en los casos en que el sujeto activo tenga contacto físico con ella por razones de dependencia, trabajo o cualesquiera otra oriunda de la vida social.

La posibilidad conceptual de configuración de la tentativa en el delito de robo, está en razón directa de la pluralidad de actos que el sujeto

activo, dada su ubicación en relación con la cosa o con la esfera de vigilancia de poseedor, tenga que realizar para lograr removerla del lugar en que se halla o para substraerla de dicha esfera de vigilancia. Cuanto mayores son los obstáculos que el agente tiene que vencer para lograr remover la cosa o para substraerla de la vigilancia del poseedor, mayores son también las posibilidades fácticas de configuración de la tentativa.

El apoderamiento que constituye el núcleo del tipo en exámen se consuma pues, en el instante en que, con el fin de apropiársela o venderla, el sujeto activo tiene, sin derecho, la cosa en su poder, aunque sólo fuere momentáneamente ó aún cuando la abandone o le desapoderen de ella.

4. EL ROBO EN EL CRIMEN ORGANIZADO

La organización es una característica externa que puede darse respecto de cualquier delito. Incluso hay delitos como el terrorismo que aparentemente, dadas las motivaciones, las características y necesidades para su comisión, por su propia naturaleza sólo podría existir como producto de una organización.

Sin embargo no es así, la prueba de que puede haber también terroristas individuales la tenemos con el famoso "Unabomber" de los Estados Unidos, que tiene una finalidad política, hace publicar manifiestos, comete delitos mediante explosivos, pero que, hasta donde se tiene conocimiento, es un terrorista solitario.

Hay delitos que de manera normal se prestan más para la organización, sin embargo excepcionalmente pueden ser cometidos individualmente y, a la inversa, hay delitos que parecen no adecuarse a una comisión organizada, pero que también, eventualmente, puede aparecer una banda que lo cometa de esa manera.

Dentro de las características esenciales de la delincuencia organizada destaca sobremanera la de la permanencia. A ello hay que

añadir una estructuración de actividades entre quienes participan en la comisión del fenómeno delictivo, dividiéndose el trabajo, asignándose tareas y muchas veces llegando a una jerarquía en donde hay un jefe, mandos intermedios, y luego operadores de base.

Generalmente, la motivación más frecuente para este tipo de organizaciones es la obtención de beneficios económicos; ésto quiere decir, que las agrupaciones de esta índole dirigen su acción a la comisión de delitos que permiten obtener un lucro, por ejemplo: robo, fraude, extorsión, secuestro, etc.

Los requisitos mencionados se dan claramente en organizaciones como la mafia que surgen desde el siglo pasado en Italia. Esta fué el resultado de la asociación de los encargados de resguardar las grandes fincas, propiedades rurales, quienes estaban armados por sus patronos, los dueños de las tierras, y operaban como una especie de guardias blancas. Aprovechando su cercanía, su conocimiento entre ellos y el disponer de armamento, empezaron a emplearlo para la finalidad de obtener beneficios ilícitos amenazando a otras personas.

Ahora bien, qué es lo específico de la organización atribuida al fenómeno delictivo que sí es propio de finales del siglo XX. "En primer lugar, una sofisticación mayor de los métodos para la comisión de los delitos por las distintas organizaciones delictivas y una respuesta también más sofisticada y más compleja por parte de la autoridad. Esto es ya producto de la segunda mitad de nuestro siglo: el uso de los medios más avanzados de la tecnología aplicada al delito, y por otro lado, la mejor organización y una respuesta jurídica novedosa frente a ese crecimiento y perfeccionamiento de la organización delictiva" (56).

Igual ocurre con las organizaciones mafiosas, si bien éstas, ya mencionamos, existen desde tiempo atrás, la gran cantidad de recursos que han logrado manejar a lo largo de éstos últimos años, el desarrollo del narcotráfico como una gran industria de dichas organizaciones e, inclusive, la posibilidad de desplazamiento de grandes cantidades de dinero a través de los circuitos financieros legales: bancos, casas de bolsa, y otras organizaciones financieras, les han dado una mayor capacidad para expandir sus actividades hacia diferentes campos. Uno de los más recientes es, por ejemplo, el tráfico de los

desechos tóxicos, ese sí es evidentemente un fenómeno muy reciente, el cual viene a sumarse a las actividades ilícitas de estas organizaciones que van desde la extorsión, la intimidación a personas para que le paguen por protección, hasta la realización de fraudes de montos muy elevados en los que afectan a multitud de personas, sea por los medios de estafa tradicionales, o bien empleando sofisticados métodos de computación.

Por otro lado, vinculado a este mismo fenómeno delincencial, se tiene el lavado de dinero como una forma específica de delinquir organizadamente, de modo que ganancias producto del delito se conviertan en ingresos aparentemente lícitos, a ser manejados por instituciones financieras y por otro tipo de empresas, como si se tratara de ganancias bien habidas.

Otros delitos, en los cuales se ha incrementado y perfeccionando su organización, es precisamente el robo de automóviles, que permite distribuir desde unidades completas, hasta piezas por separado en diferentes países, lo cual requiere, por supuesto, la participación de una gran cantidad de personas que actúen organizadamente. Otro caso es el de los asaltos en carreteras cometidos en contra de transportes de gran magnitud, por ejemplo, de productos alimenticios o insumos para la construcción. Evidentemente, es una forma de delincuencia organizada porque requiere reciclar esos bienes en un mercado supuestamente lícito.

Hay que considerar, un fenómeno que se ha ido expandiendo, sobre todo en las grandes ciudades, el de los gangs o bandas que siembran el terror entre poblaciones de las zonas urbanas, en ocasiones simplemente por el deseo de causar daño. Muchas veces no existe una finalidad económica o lucrativa, sino simplemente la afirmación de una identidad distinta del grupo que encuentra una forma de manifestar su rencor social aterrorizando a los demás y haciéndose temer por la comunidad.

"En relación al delito de robo de vehículos, es menester agregar, que según cálculos conservadores de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en menos de una década dejó de ser un delito secundario en las estadísticas criminales, y se convirtió en la segunda actividad más rentable en México, después del narcotráfico, ya que las bandas organizadas obtienen entre 1.5

millones y 3 millones de dólares al año" (57).

Con un campo propicio para operar a sus anchas -no se tiene un control real sobre la planta vehicular nacional, los marcos legales estatales valoran en diferente forma el delito, y autoridades federales y locales están coludidas en algunas regiones con la delincuencia-, las organizaciones criminales se han perfeccionado y en la actualidad son capaces de desmantelar un auto en cuestión de minutos y de vender sus partes en deshuesaderos, de "doblar" facturas, de falsificar y obtener documentación oficial, y más aún, de sacar unidades en contenedores y venderlas en el extranjero sin ningún problema.

Ni la modernización de los equipos de rastreo policiacos ni los sofisticados sistemas antirobo han podido frenar hasta ahora esa actividad.

Según informes internos de la Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros (AMIS), en junio último tenía registradas 95,341 unidades robadas en el país durante 1997 -aseguradas y no aseguradas-, siendo la Ciudad de México la más golpeada, con 150 coches robados al día en promedio.

Lo más alarmante es que en un 40% de éstos casos, los delincuentes recurren a la violencia y la comisión del delito se ejecuta en un horario de nueve de la mañana a seis de la tarde- en que se supone que la metrópoli tiene mayor presencia policiaca.

Aparte del D. F., los Estados de Jalisco y de México se han convertido en verdaderas fuentes de riqueza para las organizaciones criminales por el elevado número de autos robados reportados. Sólo en Jalisco, ese delito registra un crecimiento sin precedentes de 186.3% en un año.

Mario Crowell Arenas, Coordinador General de Investigación de Robo de Vehículos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, admite: "por el creciente número de autos robados en el país, estamos en presencia de un negocio de carácter nacional e internacional, tan grave como el narcotráfico" (58).

A partir de su experiencia profesional, primero en la

Procuraduría General de la República, y ahora, en la de Justicia del Distrito Federal, no se tiene ninguna duda tampoco de que en el comercio ilegal de vehículos en México, están coludidas autoridades federales, estatales y municipales, policías fiscales y de la federal de caminos; expolicías, empleados de agencias automotrices y bandas organizadas.

Este delito tiene mucha semejanza con el narcotráfico. Por eso, ocupa el tercer lugar a nivel mundial en cuanto a ingresos. Aquí, el robo de vehículos en la entidad es la actividad ilegal más productiva, después del narcotráfico, y en muchas ocasiones está asociada con otros delitos no menos redituables, como tráfico de estupefacientes, secuestros y asaltos.

Advierte Mario Crosswell, que de no darle rango federal al delito de robo de autos, de no reformar y unificar las legislaciones estatales y de no crear el Registro Nacional de Vehículos (RENAVE), cuanto antes, esta actividad seguirá en ascenso.

Por lo pronto, el crimen organizado ya logró expandir el comercio ilegal de vehículos, con la "exportación" de unidades robadas.

En la actualidad, existen numerosos esfuerzos aislados que realizan las diferentes instituciones interesadas en este ilícito, pero estos esfuerzos han sido encaminados hacia la recuperación de vehículos dejando de lado el control, la persecución, el combate al robo.

Crosswell señala también que: "existe una aberración jurídica cuándo en la Ley contra el Crimen Organizado se tipifica solamente el delito de robo de vehículo estacionado, y se les olvidó a los legisladores que también se roban los coches con violencia y en movimiento" (59).

En lo inmediato, la única solución de Política Criminológica, que se visualiza, es la de convertir en delito federal el robo de automóviles y reimplantar el Registro Nacional de Vehículos.

Sobre este último punto, existe ya un proyecto formal elaborado en forma conjunta por un equipo de trabajo de las Secretarías de

Gobernación, Hacienda, Comercio, Comunicaciones y Transportes, Contraloría y Turismo, así como la Procuraduría General de la República, el Departamento del Distrito Federal. Según el cual con ese organismo sería posible tener un control más estricto de la planta vehicular del país que consta de 13 millones, 700,000 automotores, así como homologar normatividades y sanciones, pero mientras las autoridades locales y los policías no rompan con el hampa, todos los esfuerzos por frenar el robo de autos serán inoperantes e imprácticos.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (43) Diccionario ilustrado "Pequeño Larrouse". Editorial Cumbre, S.A. de C.V., México. 1984. pág. 587
- (44) Carrara, Francesco. *"Tratado de los delitos y de las penas"*. 2a. Edición facsimilar. Trad. Voltaire. Editorial Porrúa, S.A., México. 1985. pág. 310
- (45) lb. Idem.
- (46) González de la Vega, Francisco. *"Derecho penal mexicano"*. 2ava. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México. 1985. pág. 158
- (47) lb. pág. 169
- (48) Porte Petit Candaudap, Celestino. *"Robo simple"*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1984. pág. 7
- (49) lb. Idem.
- (50) Jiménez Huerta, Mariano. *"Derecho penal mexicano"*. Tomo IV. 5a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México. 1984. pág. 26
- (51) Código Penal para el Estado de Guanajuato. 3a. Ed. Orlando Cárdenas Editor, S.A. de C.V., Irapuato, Gto., 1994. pág. 127
- (52) Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit. pág. 34
- (53) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. cit. pág. 73
- (54) Carrara, Francesco. Op. cit. pág. 326
- (55) lb. pág. 327
- (56) Andrade Sánchez, Eduardo. *"Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado"*. Ediciones UNAM. México. 1996. pág. 18
- (57) lb. pág. 23
- (58) lb. pág. 31
- (59) lb. pág. 32

SUMARIO: 1. Causas de inculpabilidad. 2. Las excusas absolutorias. 3. Paralelismo entre la pena y el importe de lo robado. 4. Razones y principios de la excusa absoluta.

1. CAUSAS DE INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es el elemento negativo de la culpabilidad. Esta se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y de querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

La inculpabilidad operará cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento, o la voluntad. Tampoco será culpable de una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

Toda excluyente de responsabilidad lo es, porque elimina uno de los elementos del delito; asimismo habrá inculpabilidad siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúa libre y espontáneamente.

Quien realiza un hecho en apariencia delictivo, pero obra de esta forma por una fuerza física a la que no puede resistir, no será culpable.

"Se ha dicho que la inculpabilidad operará en favor del sujeto, cuando previamente medie una causa de justificación en lo externo o una de inimputabilidad en lo interno, por lo que para que sea culpable un sujeto deben concurrir en la conducta el conocimiento y en la voluntad de realizarla" (60).

Para algunos autores la inculpabilidad se dará sólo en el supuesto del error y la no exigibilidad de otra conducta; sin embargo, algunos otros

penalistas consideran el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

Asimismo, se han dado definiciones sobre las causas de inculpabilidad, dentro de las más destacadas encontramos la de Mayer, quien las llama "causas de inculpabilidad o causas de exculpación". Las causas de exculpación excluyen la culpabilidad, es decir, son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. Se ha considerado importante diferenciar a éstas con las causas de inimputabilidad, señalando que en éstas últimas el sujeto es psicológicamente incapaz para toda clase de acciones ya sea permanente o transitoriamente; en cambio el inculpable es completamente capaz, pero no le es reprochada la conducta porque es resultado de un error o por no podersele exigir otra forma de actuar, por lo que en el juicio de culpabilidad se le absuelve.

La base de la inculpabilidad es el error, teniéndose varios tipos de éstos. Si se presenta la inculpabilidad, el sujeto no podrá ser sancionado, ya que para la existencia del delito, se requiere de la concurrencia de sus cuatro elementos, primero, se efectúe una acción; segundo, haya tipicidad, es decir, se adecue la conducta a algún tipo penal; tercero, el acto sea antijurídico y por último este mismo sea culpable.

"La inculpabilidad consiste en la falta del nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, esto es, la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto" (61).

Así, las causas de inculpabilidad como eliminadoras de la culpabilidad son: el error de hecho esencial vencible o invencible, y la coacción.

Antes de entrar al estudio del error y la coacción, me parece interesante aludir al concepto de "inculpabilidad". Una definición usual la señala como "el conjunto de causas que impiden la integración de la culpabilidad" (62), aunque esta por demás decir, que se trata de un concepto que encierra una tautología, pero que puede salvarse como lo dice Jiménez de Asúa "son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche" (63), lo cierto es que, es inculpable todo aquello que no es culpable.

De tal suerte, que es necesario entrar a la esencia de la

inculpabilidad a modo de llegar a un concepto claro. Si como sabemos, todos y cada uno de los aspectos negativos de los caracteres esenciales del delito, funcionan eliminando la existencia del ilícito por no darse una nota vital, como la conducta, la tipicidad, etc., bien podemos decir que la inculpabilidad es una causa de inexistencia del delito que se caracteriza por la presencia del error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo éste antijurídico y legalmente descrito por la ley penal.

La anterior concepción se sostiene al tomar en cuenta que la culpabilidad consiste en "la determinación tomada por el sujeto de ejecutar un acto antijurídico cuya naturaleza le es conocida" (64).

Al desentrañarse esta definición se llega a precisar necesariamente que la "determinación" del sujeto debe ser "libre y espontánea" y que asimismo el sujeto de referencia debe tener "pleno conocimiento" de lo injusto de su proceder, para que así se integre la culpabilidad. En consecuencia, cuando la determinación no es libre, cuando la voluntad está coartada no hay culpabilidad.

Tampoco existe cuando se comete el ilícito penal por inadecuación entre la realidad y lo que se piensa. Así pues, hay inculpabilidad cuando existe error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo éste antijurídico y típico.

La libre manifestación de un sujeto, realizando un acto antijurídico, con pleno conocimiento de su naturaleza determina la presencia del contraste subjetivo con la norma implícita en el tipo y ello trae como efecto necesario la reprochabilidad ya que existen los dos elementos configurativos de la culpabilidad: el intelectual y el volitivo. Es decir, el agente posee conciencia de la ilicitud de su conducta y manifiesta una actitud psíquica contraria al deber, cuando estos elementos no se dan, surge entonces la inculpabilidad.

Tradicionalmente la doctrina ha estimado como especies o clases de error los siguientes: error de hecho y error de derecho. El primero de ellos se ha conceptualizado como aquella equivocada representación entre lo que es y lo que se piensa que incide sobre las circunstancias fácticas de la figura o de la justificante, y el error de derecho se define como aquel que incide sobre elementos

valorativos o consiste en discrepancias axiológicas entre el sujeto y el legislador.

2. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Al aspecto negativo de la punibilidad se les llama "Excusas Absolutorias".

Varios autores exponen con relación a éstas, los conceptos que enseguida se enuncian:

Jiménez de Asúa dice "son excusas absolutorias las causas que hacen a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública" (65).

Esto significa que, las excusas absolutorias son aquellas circunstancias en las que, a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor.

Carrancá y Trujillo divide a las excusas absolutorias, desde el punto de vista subjetivo o sea, la temibilidad que el sujeto revela y dice que son:

- a) Excusas en razón de los móviles afectivos revelados.
- b) Excusas en razón de la copropiedad familiar.
- c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela.
- d) Excusas en razón de la maternidad consciente.
- e) Excusas en razón del interés social preponderante.
- f) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada" (66).

Y a guisa de explicación diré respecto de cada una de ellas que:

Las excusas en razón de los móviles afectivos revelados son aceptadas, ya que la acción que el sujeto desarrolla "acredita en él nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble. Algunos casos de estas excusas son: el encubrimiento de personas que sean parientes ascendientes y descendientes consanguíneos o afines o por adopción, el cónyuge, concubino y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo grado y los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad, otro caso es la evasión de presos cuando sean parientes cónyuge o concubina.

Las excusas en razón de la copropiedad familiar se han querido fundamentar en motivos de intimidad o en una supuesta copropiedad familiar. Actualmente ya no existen este tipo de excusas absolutorias en nuestro código penal.

Las excusas en razón de la patria potestad o de la tutela, tienen su sustento en el hecho de que quienes ejercen la patria potestad pueden corregir y castigar a sus hijos de una manera mesurada y que a ellos les incumbe la educación conveniente de los hijos, actualmente esta excusa absolutoria ya no se contempla en el Código Penal del Estado habiendo sido derogada. Sobre todo porque la vieja discusión del "animus corrigendi" ha sido absolutamente superada, en la doctrina y en la práctica, habida cuenta que daba lugar a un sinúmero de abusos por los titulares de éste derecho.

Las excusas en razón de la maternidad consciente, se refieren a que no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea el resultado de una violación.

Las excusas en razón del interés social preponderante; se refieren a que debido al interés social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una función pública, es punible el no procurar impedir por todos los medios lícitos que estén al alcance del sujeto, la consumación de los delitos que sepa que van a cometerse o que se están cometiendo.

Las excusas en caso de injurias, difamación y calumnias, que se encuentran señaladas en el artículo 259 del Código Punitivo, y que textualmente dice: "quedará exento de sanción el acusado de difamación si probare la verdad de sus imputaciones, en los siguientes casos:

I.- Si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual.

II.- Si el imputado fuere una persona que haya obrado con carácter público y la imputación fuere relativa al ejercicio de sus funciones, y

III.- Si el hecho imputado está declarado cierto por sentencia firme y el acusado obre por un interés legítimo" (67).

Las excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada respecto del robo, el Código Penal señala en el artículo 270; (exclusión de la pena por pago) "cuando el valor de lo robado no exceda de veinte días de salario mínimo vigente en la fecha de los hechos, y sea reparado el daño en las etapas de la averiguación previa o de instrucción, no será punible la conducta. No se aplicará esta disposición cuando el activo reitere su conducta o cuando hubiere sido condenado por delito patrimonial" (68).

Estas son las bases que brindar soporte a la institución jurídica de las "excusas absolutorias" y, es precisamente sobre ellas que se han de sentar las nuevas concepciones, tal como ha de verse más adelante.

3. PARALELISMO ENTRE LA PENA Y EL IMPORTE DE LO ROBADO.

El Código Penal ha tomado en cuenta para sancionar el delito de robo el valor del objeto material sobre el que recae, así como también las abstractas valoraciones que formula sobre la gravedad de las circunstancias que lo califican, y la que determina la levedad de su forma privilegiada como es el caso del robo de uso.

El "valor de lo robado" -frase empleada en el párrafo primero del artículo 266- entra en consideración al fijar la pena del robo simple, pues conforme a lo dispuesto en este artículo en su actual redacción, "cuando el valor de lo robado no exceda de una cantidad equivalente a cien veces el salario mínimo general obligatorio más alto vigente en el Estado, en la fecha en que se haya cometido el delito, se aplicará prisión de tres días a un año y de cinco a treinta días multa" (69), y así sucesivamente, incrementa hasta más allá de cuatrocientas veces el salario.

Por lo que atañe a la multa cúmpleme subrayar que el Código Punitivo actual, substituyó el antiguo módulo monetario (recuerdesé que en antaño, había una suma de dinero como límite inferior y otra como límite superior), por un módulo laboral que desconoce el principio de permanencia legal en la fijación de las penas, pues introduce un sistema oscilantemente temporal, dado que los salarios cambian cada año.

El nuevo sistema encierra un extravagante reenvío a las disposiciones administrativas de los organismos laborales, quizás porque se pensó más en el patrimonio de los pasivos, que en las repercusiones sociales del delito y se olvidó de plano, los principios rectores de una adecuada política criminológica y penitenciaria.

Aunque el artículo 266 explícitamente no expresa el sentido de la frase "valor de lo robado", dedúcese lógicamente de las referencias monetarias en él contenidas, que el valor que menciona es el estimable en dinero. Y por si alguna duda hubiere -que no la hay-, al establecerse subsidiariamente en el artículo 267 que se atendera al "valor intrínseco de la cosa", lo que por supuesto, no puede entenderse sino en relación al monto que en dinero se entienda como producto del delito.

No son cosas susceptibles de ser estimadas en dinero, pues por su propia naturaleza resulta imposible fijar su valor, todas aquellas que carecen de significación social económicamente estimable -como lo son, los documentos o expedientes sin trascendencia histórica- o que sólo tienen para quien las posee un interés de afección, como, por ejemplo, acontece con las fotografías familiares, con las cartas de amor o de amistad o demás recuerdos de la vida

privada de signo emocional.

La cuantía en dinero del robo ha de ser fijada, como expresa también el artículo 267, atendiendo únicamente "al valor intrínseco del objeto del apoderamiento". Sobre este punto ya Carrara subrayó claramente "que el único valor atendible como medida de la pena del robo simple, es el efectivo valor intrínseco y venal de la cosa robada, sin que en su cálculo deban tomarse en cuenta la utilidad que de la cosa pueda obtener el ladrón ni el costo de su adquisición originaria, ni las consecuencias que el robo produzca o el destino especial que a la cosa diere el propietario" (70).

Ya en 1768, en la "Constitutio Criminalis Theresiana" se advertía por Carrara que el robo no debía ser cuantificado ni en el exagerado valor en que posiblemente pretendía el robado debido al especial afecto que tenía por la cosa robada o por las ganancias que esperaba obtener de ella, ni conforme al provecho obtenido por el ladrón, sino de acuerdo con su verdadero valor intrínseco.

La fijación del valor intrínseco del objeto robado debe hacerse en función al que tuviere el día del robo, sin tomarse en cuenta el que hubiere tenido antes o el que pudiera tener después.

Los robos de escasa cuantía fueron contemplados con ojos benévolos por los antiguos juristas y teólogos. "Derecho es el arte de lo bueno y equitativo, y no hay equidad alguna -decía el eminente Diego Covarrubias- en que se dé acción de robo, que lleva consigo la nota de infamia, por la substracción de un cuadrante de una moneda de cobre, de un huevo o de cualquiera otra cosa insignificante" (71).

Además la apropiación de una cosa mínima, atendiendo al poco daño que causa, o no es robo, o por lo menos no es un crimen mortal, ni relevante socialmente de modo que causara gran alarma, sino tan solo venial, por el ánimo del que lo hace; pues se presume que aquella cosa -de la que se arrebató al propietario- por su parvedad, no se quita contra la voluntad del señor, por el daño insignificante que a su patrimonio ocasiona; y aun por esto mismo, aunque se presumiera contraria su voluntad sería crimen venial, no mortal como lo enseñaron Santo Tomás, Cayetano, etc.

El sistema de penalidad cuantitativa, que es el seguido por nuestro Código Penal ha sido muy criticado por algunos autores, ya que consideran que debe ser totalmente abandonado, porque en esta forma se está atendiendo al daño causado y no a la personalidad del delincuente.

Cito el pensamiento de Quintano Ripollés, que concuerda con numerosos penalistas y dice: "la sistemática de graduar la responsabilidad criminal del hurto en atención a la cuantía del valor de las cosas sobre el que versare, es de viejo abolengo, que posiblemente constituye una reminiscencia de los tiempos en que el "furtum" permanecía en el ámbito de la ilicitud civil, o que, por lo menos, se solventaba en lo criminal sobre la base de restituciones y compensaciones pecuniarias proporcionales" (72).

Obedece, en todo caso, a una visión privatista y hasta mercantilista del asunto, por lo que tiene de valoración convencional, en que la pena viene a ser un tanto el papel de precio representativo del valor atribuido parcialmente al objeto.

Un tal proceder, por mucho que responda a coincidentes tradiciones romanas y germánicas, apenas si merece los honores de una cerrada crítica, ya hace mucho tiempo, pero todavía necesaria, desgraciadamente en nuestro Derecho vigente. Salta a la vista lo inadecuado del sistema, no por su artificiosidad y casuismo sino por estar en pugna flagrante con los más elementales principios que informan el Derecho Penal Moderno, en cualquiera de las concepciones doctrinales que se adopten.

En la escuela clásica o neoclásica, que parte de la idea de culpabilidad personal, coordinada con la responsabilidad ética, por la obvia razón de que quien hurta algo, sin estar predeterminada su valoración o cuantía, como corrientemente acontece, lo hace pensando en su máxima utilidad crematística, siendo absurdo que la pena se asigne arbitrariamente por una circunstancia extraña a su voluntad concreta, y en cierto modo casual, como es el valor real de la cosa, que el agente ignora o puede ignorar.

Y, en la concepción positivista y defensista, de modo similar por dimanar idéntica peligrosidad en las conductas antisociales paralelas.

cualesquiera que fuere su concreción cuantitativa.

4. RAZONES Y PRINCIPIOS DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA.

Las excusas absolutorias integran una categoría dogmática, ciertamente compleja y controvertida, que excluye la pena en actos antijurídicos y culpables y, por ende, constitutivos de delito. Tal exclusión no se apoya en que el acto sea en sí mismo legítimo, como sucede en las causas de justificación, ni tampoco en que no aparezca un sujeto en condiciones de capacidad para responder, como acontece en las causas de inimputabilidad, sino más bien aparece fundada en motivos transitorios y de conveniencia.

Al parecer, considera el legislador, que resulta más útil tolerar el delito, que castigarle, aún conociendo que existe la infracción, y de que hay una persona que puede responder de él.

Se trata, por tanto, de circunstancias personales que, por estrictas razones de utilidad o conveniencia, determinan la exclusión de la pena en un comportamiento antijurídico y culpable.

De acuerdo con tal orientación destaca la doctrina tradicional, que las causas absolutorias son sustancialmente distintas de las causas de justificación y de las circunstancias excluyentes de la culpabilidad, de modo que "el acto ejecutado es antijurídico y culpable, hay delito y delincuente y, sin embargo, no se castiga" (73).

No se trata tampoco de "una condición objetiva adscrita al tipo, que es preciso se produzca en la realidad para que pueda llegarse a la punición del hecho; ni un obstáculo procesal que se precisa salvar para que el hecho pueda entrar en sanción; aquí existe el delito, existe el autor, se produce íntegramente la figura descrita por el legislador, no hay ningún obstáculo procesal para perseguir, pero, sin embargo, a pesar de todo, el hecho no se castiga por razones de política penal" (74).

Advierte al respecto, un relevante sector de nuestra doctrina que tales razones -de utilidad o conveniencia- lo son en orden a la protección del bien jurídico.

Por ello, hay que tener en cuenta, para su precisión y diferenciación, que las excusas absolutorias surgen en referencia a la materia misma del injusto, conectada al desvalor del acto y del resultado.

De ahí que no se pueda entrar a considerarlas conjuntamente con otras causas de exclusión de la pena, como pueden ser la muerte del reo o el cumplimiento de la condena, que no son circunstancias relacionadas directamente con el bien jurídico protegido.

Con base en el principio general del "interés preponderante", se considera que las excusas absolutorias son causas de justificación. Este parecer ha sido expresamente rechazado por Bustos Ramírez, tratadista español, quien desde su personal posición dogmática, destaca cómo las causas de justificación se basan en reglas permisivas, esto es, en reglas jurídicas que entran a dar cuenta de un valor determinado dentro de la sociedad, y por ello, hay que entender el enjuiciamiento de las conductas típicas desde el ordenamiento jurídico; en cambio, las "excusas legales absolutorias" no parten de un planteamiento valorativo, sino sólo de consideraciones de utilidad o de conveniencia en relación al tejido social en que se dan los bienes jurídicos (determinados valores de relación social).

Para esos valores de relación aparece útil no aplicar pena a un injusto o delito que ha afectado a un determinado bien jurídico. Es decir, en el caso de las excusas legales absolutorias se dan completamente las características materiales de la tipicidad y la antijuridicidad, luego no pueden ser causas de justificación.

El artículo 271 del Código Penal en el Estado de Guanajuato, establece el Robo entre parientes próximos, y señala que "el robo cometido por un ascendiente contra un descendiente, por éste contra aquél o por un cónyuge o concubino contra el otro, no produce responsabilidad penal". La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito.

A pesar de que casi todos los autores califican la exención parental de genuina excusa absolutoria, considerándose por algunos como "la excusa legal por excelencia", tampoco en este caso, faltan opiniones discrepantes.

Así, según Vives Antón, "esta caracterización no es del todo adecuada, pues las excusas absolutorias presuponen un comportamiento posterior del agente que hace innecesaria la pena, mientras que, en el precepto que analizamos, la ausencia de necesidad de pena viene determinada por la relación parental del autor o partícipe con "la víctima del delito", de donde deriva que nos hallamos ante una causa personal de exclusión de la pena" (75).

Resulta evidente que, en la excusa parental, la exención de pena no se basa en un comportamiento del sujeto posterior a su actuar antijurídico y culpable. Ya lo advirtió Rodríguez Muñoz, diciendo "que en este supuesto, desde su origen, su iniciación, la conducta del sujeto activo lleva en sí una modalidad determinante de la exclusión de responsabilidad criminal" (76).

Pero es que las excusas absolutorias, como categoría unitaria, no tienen porqué basarse en una acción posdelictual.

Ciertamente, dentro de las excusas, pueden distinguirse las posteriores a la comisión del delito de aquellas preexistentes. Así lo hacen algunos autores al manifestar que las excusas previstas de antemano en la ley, la excusa parental, el encubrimiento entre parientes, presentan una estructura normativa diversa a las que dependen del comportamiento posdelictual del agente.

"Es por ello que en el Derecho Alemán, las exenciones posteriores a la comisión del delito se consideran "causas personales de anulación o levantamiento de la pena", mientras que "las preexistentes" se incluyen en una categoría distinta: las "causas personales de exclusión de la pena" (77).

No obstante, entre nosotros ambas modalidades de exención punitiva a quien realizó un comportamiento antijurídico y culpable se incluyen en una misma categoría dogmática, las de las excusas absolutorias, acuñadas por la doctrina desde una perspectiva unitaria, que sin embargo, no

desconoce la desigual estructura e incluso naturaleza distinta de las diversas modalidades que la integran.

La razón de ser de las excusas estriba en "el respeto a la unidad de la familia, deteniendo a sus puertas la investigación criminal, que, por sus graves consecuencias, produciría rencores inextinguibles, consideración de política criminal que encontraría además, apoyo en el principio de intervención mínima" (78).

La exención punitiva se debe a razones de política criminal que aconsejan cerrar el paso a la investigación penal en el seno de la familia, cuando de delitos patrimoniales se trata, para no interferir peyorativamente en las relaciones que mantienen los miembros más próximos.

La excusa parental tiene su última razón de ser en la menor culpabilidad objetivamente presumida, al concurrir en el autor -y presumirlo así el legislador- una conciencia de saberse perdonado o de la escasa gravedad del propio comportamiento, derivada del especial contenido vinculante de la relación de parentesco y de la concreta vida comunitaria que se desarrolla en el seno familiar.

Para Bustos Ramírez, por el contrario, las razones de utilidad que fundamentan la excusa tienden a mantener el marco social en que se dan las relaciones sociales protegidas, los bienes jurídicos. Por ello, también en este caso, "la falta de necesidad de la pena está en relación al injusto y no a la culpabilidad" (79).

En cualquier caso, esta excusa absolutoria, cuyo alcance y contenido ofrecen complejas dudas al intérprete, carece hoy, en buena medida del fundamento sustancial que en otro tiempo la justificó: la unidad y cohesión de la familia. Tal vez, como observa Rodríguez Devesa "el mejor remedio para los fines que persigue el legislador, sería transformar estos casos en delitos perseguibles a instancia de parte, dejando en manos del perjudicado la apreciación de si es oportuno hacer uso de las acciones penales o perdonar" (80).

Por otra parte, en relación al delito de encubrimiento entre parientes parece mayoritaria la tesis que la considera como un supuesto de la

no exigibilidad de otra conducta, y no como excluyente de culpabilidad.

A mi modo de ver, el fundamento de esta excepción es racional y poderoso y obedece a una ley más antigua que las sociedades y superior a sus leyes, la ley de la naturaleza, y sería inmoral que una ley humana exigiese de un padre, de un hijo, de una mujer, que sofocasen esos honrosos sentimientos que ennoblecen tan bellos nombres, y que enaltecen tanto a nuestra especie. Sólo a un padre desnaturalizado, sólo a una mujer degradada se les puede exigir en lance tan crítico que no tiendan una mano de favor y protección a una persona desgraciada, por lo mismo que se ha hecho culpable, y con quien le unen vínculos de tal especie.

Díaz Palos, sostiene cómo, en el encubrimiento entre parientes "no se excluye la pena utilitatis causa, por más que concurran la antijuridicidad y la culpabilidad, sino que realmente falta ésta última porque, humanamente, no se les puede exigir a tales parientes otra conducta que la que le dicta la voz de la sangre y la naturaleza" (81). Habrán obrado tales parientes al encubrir al deudo de modo antijurídico, serán capaces de imputación y habrán sido conscientes de su acto, pero no se les puede hacer reproche del mismo.

En suma, la acción -de encubrir- es la resultante de una dura alternativa, en la que no sería humanamente posible un comportamiento distinto, no llegando a surgir el reproche de la conducta que es lo que constituye la esencia de la culpabilidad. Siguen asimismo, esta orientación, entre otros, Cuello Calón, Quintero Olivares e Higuera Guimerá.

En nuestra legislación sustantiva penal, el artículo 271 establece una excusa absolutoria en relación con el robo cometido por un ascendiente contra un descendiente, misma que es clasificada como una "excusa en razón de la copropiedad familiar", solo que no debemos olvidar que ese es un concepto civilista que no coincide con el penalista, sobre todo si entendemos que no existe la copropiedad familiar por el vínculo parental, puesto que de existirlo así, estaríamos en presencia de la atipicidad de la conducta más no de la excusa.

En efecto, "pensamos que las razones se derivan de que habiendo un estrecho vínculo de parentesco la investigación y castigo del delito constituiría un factor de disolución familiar y no es conveniente que el Estado aporte

un elemento disolvente y se prefiere que el conflicto se resuelva en el seno familiar exclusivamente" (82).

En el último párrafo del precepto enunciado se sostiene que la excusa absolutoria no alcanza para el yerno, el suegro, el padrastro, el hijastro, o a los hermanos, esto, porque en tales supuestos, la indagatoria judicial solo ha de iniciar a instancia de parte, debido a que el vínculo de parentesco es menos estrecho, "el Estado se reserva su intervención sólo para el caso en que el conflicto no puede resolverse entre los interesados" (83).

La excusa absolutoria como elemento negativo de la punibilidad, o bien, dicho de otro modo, como una forma de eliminación de la pena, es en principio importante cuando se planifica, es decir, cuando se atiendan más a razones de orden de la política criminológica, que a cuestiones de tanta subjetividad -como el asegurar- que ciertos parentescos son "lejanos" o "menos estrechos".

A mi juicio conviene realizar un cambio sustancial en el punto y que, aunque parezca presunción o quizás exageración, lo encuentro en mi apartado de proposiciones de este trabajo, lo cual dejo para su sana crítica y discusión.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (60) López Betancourt, Eduardo. *"Imputabilidad y Culpabilidad"*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993. pág. 31
- (61) Jiménez de Asúa. Op. cit. pág. 146
- (62) Ib. pág. 147
- (63) Ib. Idem.
- (64) Madrazo, Carlos. Op. cit. 63
- (65) Jiménez de Asúa. Op. cit. pág. 151
- (66) Carranca y Trujillo, Raúl. *"Código Penal Federal Comentado"*. 12ava. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1984. pág. 358
- (67) Código Penal para el Estado de Guanajuato. Op. cit. pág. 124
- (68) Ib. pág. 131
- (69) Ib. pág. 128
- (70) Ib. pág. 129
- (71) Jiménez Huerta, Mariano. Tomo IV. Op. cit. pág. 57
- (72) Villalobos, Ignacio. *"Derecho Penal"*. 4a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1994. pág. 203
- (73) Graf Zu Dohna, Alexander. *"La ilicitud"*. Trad. Faustino Bailvé. 1a. Ed. Castellana. Editorial Jurídica Mexicana. México. 1959. pág. 55
- (74) Ib. pág. 59
- (75) Villalobos, Ignacio. Op. cit. pág. 211
- (76) Ib. pág. 214
- (77) Welzel. Op. cit. pág. 359
- (78) Muñoz Conde, Francisco. Op. cit. pág. 41
- (79) Ramírez Delgado, Juan Manuel. Op. cit. pág. 67
- (80) Ib. pág. 69
- (81) Díaz Palos, Arturo. *"Culpabilidad y Pena"*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1994. pág. 111
- (82) Cardona Arizmendi, Enrique y coaut. *"Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato"*. pág. 717
- (83) Ib. Idem.

CONCLUSIONES

Desde siempre hemos escuchado una máxima: "la familia se convierte en la célula de la sociedad". Esta afirmación no es de suyo gratuita, al contrario, siempre ha estado presente en nuestro Derecho, entonces, significa que el orden legal ha de velar por la integración y la armonía familiar.

Será pues que, entre los miembros de la familia ha de reinar la sana convivencia y esa integración a su vez traspasará el ámbito familiar para incorporarse a la sociedad.

En el mundo del Derecho Penal el Estado se reserva para sí la posibilidad de castigar a todo aquellos que han infringido la normatividad, ya imponiéndoles una sanción, ya aplicándoles una medida de seguridad, en ambos casos, se busca que esa agrupación no se fracture por el actuar negativo de sus miembros.

Pero cuando el orden impuesto se ve quebrantado, no queda más que sancionar al infractor o delincuente, la preocupación surge, en el caso de que ese autor sea algún miembro de la familia que ha atentado contra el interés de la propia familia, donde seguramente esa unión llega a su fin, no solo por el hecho penalmente relevante, sino también por lo que se tiene por consecuencia, o sea, la sanción.

Mi preocupación salta a la vista en el caso de los delitos patrimoniales, en donde el bien jurídico tutelado tiene gran importancia en tiempos en que se vive una profunda crisis social, en que cualquier persona se ve obligada a dar sustento a su familia. Es esta necesidad es la que no puede ser absolutamente evitada y se convierte en un factor determinante de la delincuencia que incide en la afectación patrimonial.

A la larga, no se trata de llenar las cárceles con delincuentes "patrimoniales", valga la expresión, sino por el contrario, prevenir este

tipo de conductas, sobre todo ahora que en el mundo del derecho punitivo existe una clara tendencia a la desincriminación, es decir, a disminuir el número de delito o acciones punibles.

En esta tesitura, la propuesta fundamental de este trabajo es colaborar con esta tendencia procurando que se plasman en nuestra Legislación Sustantiva Penal un mayor número de "Causas que excluyen la Incriminación".

Ahora bien, la razón que mueve esta propuesta de reforma legislativa al Código Penal, radica en la intención de profundizar el estudio de las conductas que agreden al patrimonio cuando el autor de la misma es un miembro de la propia familia, puesto que la intención no es agravar la problemática familiar que estos hechos produzcan, sino buscar su enmienda y prevención.

Por ello, el tema de este trabajo se intitula "Crítica a la actual excusa absolutoria del robo calificado en Guanajuato".

Mucho se ha especulado sobre la "ratio" de esta excusa. Prevalció primigeniamente la idea de una comunidad familiar patrimonial. Empero, la fundamentación más sólida y que más condice con la realidad, es aquélla del interés social: las relaciones entre éstas personas -de la familia- son demasiado íntimas, para que convenga, en relación con sus intereses pecuniarios, facultar al Ministerio Público para indagar secretos de familia que quizás no deban ser jamás develados; para que no sea extremadamente peligroso que una acusación penetre en asuntos donde la línea que separa la ausencia de escrúpulos y el verdadero delito es muy difícil de trazar.

Por otra parte, la nota de infamia que acompaña a cualquier acusación por robo, aconseja que en aras de los vínculos familiares, no deba pensarse los perpetrados entre ascendientes y descendientes y sí sancionar los cometidos por los demás parientes próximos, sólo previa querrela del agraviado.

Así, no hay duda alguna de que la "ratio" de esta excusa obedece a la responsabilidad que inspiran los lazos familiares. Lo proclama el hecho de que la exención de la pena es absoluta en los robos entre ascendientes y

descendientes, y relativa y condicionada a la previa querrela en los cometidos entre cónyuges, suegros y yernos, o nueras, padrastros, hijastros y hermanos.

La razón que se tomó en cuenta para establecer la persecución por querrela necesaria en los robos entre cónyuges o entre estos parientes ya señalados, fue la de no hacer intervenir a la autoridad oficiosamente en los conflictos de la intimidad familiar, prefiriéndose dejar a la decisión del cónyuge o pariente ofendido el juicio de la conveniencia de la persecución; él debe resolver el conflicto que se le presenta entre una posible desorganización de su familia y la necesidad de represión de los autores del delito.

No obstante esta consideración moral, el sistema adolece del defecto general de la forma de persecución a instancia de parte, en que la necesaria acción pública represiva se sustituye por una acción cuasi de venganza privada.

A pesar de estas argumentaciones, nadie duda que la "raíz" en la responsabilidad que inspiran los lazos familiares, habida cuenta que justo resulta que siendo una cuestión tan delicada deje la ley a la exclusiva voluntad del ofendido, la iniciativa procesal.

Esta exención absoluta prevista por el artículo 271 del Código Penal cualifica a los parientes, pero creo sería también bueno preciar que el robo "cometido" por los parientes en agravio de otro, incida sobre una cosa -u objeto material del delito- que no pertenezca exclusivamente al pariente sino también a un extraño, entendemos en ese sentido que ha quedado rebasado el ámbito de aplicación del indicado precepto.

A guisa de ser descriptivo y ejemplificativo en mi opinión, he de enumerar mis conclusiones finales, para terminar con la propuesta de modificación y redacción del precepto apuntado. A saber:

1.- Las "excusas absolutorias" son causas de exclusión de la pena. Siempre que nuestra postura en relación a la dogmática jurídica penal, entienda al delito como una estructura conformada de seis elementos y, donde por supuesto, la pena es uno de esos componentes.

2.- Las excusas absolutorias tradicionalmente se estiman como condiciones que impiden pueda aplicarse una sanción al transgresor de la ley penal.

3.- En el delito de robo la objetividad tutelada es el patrimonio de la personas. Particularmente, en el robo entre parientes, ese bien jurídico protegido debe ser extensivo a la familia tanto en su organización y composición como en su armonía sociológica.

4.- La "*ratio essendi*" del robo entre parientes, es el respeto y la responsabilidad que han de inspirar los lazos familiares y que el mutuo respeto entre los parientes de la familia.

5.- La familia es y seguirá siendo el núcleo de la sociedad, por tanto el Derecho Penal ha de velar por la seguridad y salvaguarda del patrimonio de sus integrantes y, en todo caso procurar su prevención y evitabilidad.

6.- El llamado delito de "robo entre parientes", debe ser siempre perseguible por querrela de parte, siempre que en la ejecución de la conducta penalmente relevante no se haya empleado la violencia, ni física ni moral, puesto que de otro modo habría de denotarse la peligrosidad del sujeto, poniendo riesgo tanto para la familia misma como ulteriormente para la sociedad.

7.- La denominación legal de "Causas de Justificación" a la que se refiere el Capítulo V del Código Penal enmarcado por el artículo 33 y que contiene cuatro fracciones; debe cambiar su denominación a modo de no incluir solamente a las causas "permisivas" o que eliminan la antijuridicidad del hecho, para denominarlas con mayor y mejor acierto técnico-legal: "Causas excluyentes del delito".

Esto no obedece simplemente a un cambio de naturaleza semántica, sino de fondo, habida cuenta que bajo ese rubro podemos decir que se incluyen todos los aspectos negativos del delito. Consecuentemente esas cuatro fracciones se verán aumentadas, como en la parte propositiva del trabajo habrán de hacerse más gráfica mi propuesta, sin que ello signifique haber agotado el tema.

8.- La redacción del actual artículo 271 del Código Penal debe ser enunciativa y descriptiva, de tal manera que resulte más fácil en su comprensión y no deje espacio a interpretaciones maliciosas o arbitrarias tanto de los órganos encargados de la procuración como de la administración de justicia.

9.- Igualmente se requerirá de la querrela para la persecución de terceros que hubieren incurrido en la ejecución del delito de robo entre parientes.

10.- La frecuencia de esta clase de denuncias demanda una más justa protección, un mejor equilibrio, un resguardo para la institución de la familia en general, aún cuando esta no se encuentre asentada en previo contrato de matrimonio: al propósito civilizador de la ley estableciendo privilegios en favor de las uniones legales, hay que anteponer otro nacido de estricta justicia, teniendo en cuenta la secular tradición mexicana que prefiere, especialmente entre determinada clase social, el libre ayuntamiento al sancionado por las leyes.

11.- La excusa absolutoria no es una condición objetiva adscrita al tipo; ni el obstáculo procesal que se precisa salvar para que el hecho pueda entrar en sanción; aquí existe el delito, existe el autor, se produce íntegramente la figura descrita por el legislador, no hay ningún obstáculo procesal para perseguir, pero, sin embargo, a pesar de todo, el hecho no se castiga por razones de política penal.

12.- La excusa absolutoria no se apoya en que el acto sea en sí mismo legítimo, como sucede en las causas de justificación, ni tampoco en que no aparezca un sujeto en condiciones de capacidad para responder, como acontece en las causas de inimputabilidad, sino más bien aparece fundada en motivos transitorios y de conveniencia; considera el legislador, en efecto, más útil tolerar el delito que castigarle aún conociendo que existe delito, y que hay una persona que de él pudiera responder.

13.- Las excusas absolutorias no parten de un planteamiento valorativo, sino sólo de consideraciones de utilidad o de conveniencia en relación al tejido social en que se dan los bienes jurídicos. Para esos valores de relación aparece útil no aplicar pena a un injusto o delito que ha afectado a un

determinado bien jurídico.

14.- La excusa absolutoria es una causa de exclusión de la pena de naturaleza objetiva.

15.- La excusa absolutoria tal y como se encuentra regulada en nuestra actual legislación importa una causa personal de exclusión de la pena. Desde su origen la conducta del sujeto activo lleva en sí una modalidad determinante de la exclusión de responsabilidad criminal. La excusa no tiene por que basarse en una acción postdelincuencial.

Estas consideraciones deben hacer que el juez ponga todo su escrúpulo al examinar denuncias o pruebas de robos cometidos entre amantes, porque no es extraño que, el que se dice ofendido haya hecho donación, tácita o expresa, de los bienes que reclama a su amante; o puede existir que haya indivisión en cuanto a los derechos patrimoniales de los amancebados por haberse adquirido los bienes con la cooperación o los recursos de ambos.

Advertir esa situación evitaría la imposición de penas inequitativas.

PROPOSICIÓN NORMATIVA

El capítulo V del Libro II del Código Penal, debe modificarse de la manera como sigue:

CAPITULO V

Causas excluyentes del delito:

Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

I.-

II.-

III.-.....

IV.-...

V.- Que por error esencial invencible, el sujeto obre con desconocimiento de alguno de los elementos que integran la descripción legal o crea que su conducta este amparada por una causa de licitud. Si el error es vencible será responsable a título de culpa si el tipo legal admite ésta.

VI.- Que razonablemente no pueda exigirse al agente una conducta diversa de la que realizó.

VII.- Que producido un resultado típico, la acción este amparada por la imposibilidad jurídica de imponer una sanción.

Enunciar de esta manera las causas de exclusión del delito es de mejor técnica, puesto que como ya lo apuntaba, se incluyen todos los aspectos negativos del delito.

Por otro lado, se maneja la posibilidad jurídica de reestructurar la institución de la "excusa absolutoria" contenida en el artículo 271 del Código Penal, a efecto de mejorar su contenido, la que sería en los términos siguientes:

Artículo 271.- ".....

Para dejarse sin efecto y quedar como sigue:

Artículo 271.- Se procederá a instancia del ofendido, cuando, sin darse la violencia física o moral en las personas para la ejecución o fuga, los delitos de robo, robo de ganado, fraude, despojo o daños, se cometan por un ascendiente contra su descendencia o por éste contra aquel, entre cónyuges, concubinos, entre adoptante y adoptado o por un padrastro contra su hijastra o viceversa. En caso de parentesco por consanguinidad en línea colateral y por afinidad, sólo se requerirá querrela cuando se trate de parientes hasta el tercer grado.

Como bien puede verse se trata de un concepto de mayor amplitud.

El fundamento real de este planteamiento se encuentra en razones del orden de la política criminal, que aconsejan cerrar el paso a la investigación penal en el seno de la familia, cuando de los delitos patrimoniales se trata, para no interferir peyorativamente en las relaciones que mantienen los miembros más próximos.

La excusa parental tiene su última razón de ser en la menor culpabilidad objetivamente presumida, al concurrir en el autor -y presumirlo así, el legislador- una conciencia de saberse perdonado o de la escasa gravedad del propio comportamiento, derivado del especial contenido vinculante de la relación de parentesco y de la concreta vida comunitaria que se desarrolla en el seno familiar.

Las razones de utilidad que fundamentan la excusa tienden a mantener el marco social en que se dan las relaciones sociales protegidas,

los bienes jurídicos. Por ello, también en este caso, la falta de necesidad de la pena está en relación al injusto y no a la culpabilidad.

Ahora bien, el llamarles "*Causas excluyentes del delito*" obedece más que todo, al distingo que debe marcarse entre las causas "posteriores" a la comisión del delito y de aquellas que son "preexistentes", habida cuenta que las primeras, se refieren a "causas personales de anulación o levantamiento de la pena", mientras que, las segundas son "causas personales de exclusión de la pena".

No obstante ello, entre nosotros ambas modalidades de exención punitiva se incluyen en una misma categoría dogmática, desde una perspectiva unitaria.

En este sentido, la excusa absolutoria implica el respeto a la unidad de la familia, deteniendo a sus puertas la investigación criminal, que, por sus graves consecuencias, produciría rencores inextinguibles. La excusa absolutoria en cita se entiende como el reflejo pues del principio de "intervención mínima".

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Andrade Sánchez, Eduardo. "Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado". Ediciones UNAM. México. 1996.
- 2.- Carrara, Francesco. "Tratado de los delitos y de las penas". 2a. Ed. Facsimilar. Trad. Voltaire. Editorial Porrúa, S.A. México. 1985.
- 3.- Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho procesal penal" 4a. De. Editorial Porrúa, S.A. México. 1984.
- 4.- Cuello Calón, Eugenio. "Derecho penal" Tomo I Parte General. 2a Ed. Editorial Bosch, Barcelona, España. 1929.
- 5.- Díaz Palos, Arturo. "Culpabilidad y pena" Editorial Porrúa, S.A. México. 1994.
- 6.- Graf Zu Donha, Alexander. "La ilicitud" Trad. Faustino Balibe. 1a Ed. Castellana Editorial Jurídica Mexicana. 1959.
- 7.- González de la Vega, Francisco. "Derecho penal mexicano". 20ava. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1985.
- 8.- Huajuca Betancourt, Sergio. "La desaparición de la prisión preventiva". Editorial Trillas. México. 1989.
- 9.- Islas de González Mariscal, Olga. "Análisis lógico de los delitos contra la vida". 3a Ed. Editorial Trillas, México. 1991.
- 10.- Jescheck, Hans Henrich. "Derecho penal". Trad. Dr. Conrado A. Frinzi. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1967.
- 11.- Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el delito". 3a. Ed. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1967.
- 12.- Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho penal mexicano". Tomo V. 5a Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1984.
- 13.- Kaufman, Hilde. "El poder penal del Estado". Trad. Roberto Beraglli y Juan Bustos. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1986.
- 14.- Kelsen, Hans. "Teoría general del derecho y del Estado". Trad. Eduardo García Maynez. 3a. Reimpresión. Ediciones UNAM. México. 1986.
- 15.- López Betancourt, Eduardo. "Imputabilidad y culpabilidad". Editorial Porrúa, S.A. México. 1993.
- "Teoría del delito". Editorial Porrúa, S.A. México. 1996.
- 16.- Madrazo, Carlos. "Estudios jurídicos". INACIPE. no.19. México. 1985.

- 17.- Muñoz Conde, Francisco. "Derecho penal y control social" Fundación Universitaria de Jerez, España. 1985.
- 18.- Ojeda Velázquez, Jorge. "Derecho punitivo" Editorial Trillas, México. 1993.
- 19.- Orellana Wiarco, Octavio. "Teoría del delito". Editorial Porrúa, S.A. México. 1995.
- 20.- Porte Petit, Celestino. "Robo simple". Editorial Porrúa, S.A. México. 1984.
- 21.- Ramírez Delgado, Juan Manuel. "Penología". Editorial Porrúa, S.A. México. 1995.
- 22.- Reynoso Dávila, Roberto. "Teoría general de las sanciones penales". Editorial Porrúa, S.A. México. 1996.
- 23.- Santiago Nino, Carlos. "Consideraciones sobre la dogmática jurídica". Ediciones UNAM. México. 1989.
- 24.- Villalobos, Ignacio. "Derecho penal". 4a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1994.
- 25.- Welzel, Hans. "Derecho penal alemán" Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. 3a. Edición castellana. 1987.

CÓDIGOS Y LEYES

- 1.- Cardona Arizmendi, Enrique y coaut. "Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato". 3a. Ed. Cárdenas Editores, S.A. México. 1996.
- 2.- Carranca y Trujillo, Raúl. "Código Penal Federal Comentado". 12ava. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1984.