



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO.

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 371 PÁRRAFO
TERCERO DEL CÓDIGO PENAL"

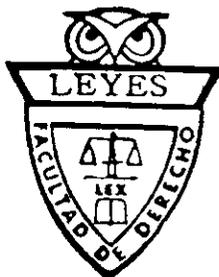
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ALFREDO ANGEL LOPEZ GARCIA



ASESOR: LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA

MEXICO, D. F.

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno LOPEZ GARCIA ALFREDO ANGEL , ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, la tesis profesional intitulada "ANALISIS DEL ARTICULO 371 PARRAFO TERCERO DEL CODIGO PENAL", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

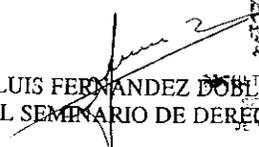
La profesora, LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ANALISIS DEL ARTICULO 371 PARRAFO TERCERO DEL CODIGO PENAL" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno LOPEZ GARCIA ALFREDO ANGEL.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 13 de septiembre del 2000


DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO. DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

A DIOS. POR PERMITIRME SER Y ESTAR
SIEMPRE DISPUESTO A AYUDARME

A MI PADRE, POR SUS CONSEJOS DE TODA LA VIDA
QUE HAN LOGRADO TRASMITIR EN MI, EL DESEO
DE LA SUPERACION.

A MI MADRE POR SER UNA PERSONA INCANSABLE
QUE EN TODO MOMENTO SE HA ESFORZADO PARA
LOGRAR QUE CONQUISTE MIS METAS.

A AMBOS POR HABERME DADO LA VIDA
Y QUE CON SUS ESFUERZOS, CARIÑO, Y
ESPIRITU DE LUCHA HAN SABIDO CONDUCIRME
A LO LARGO DE MI VIDA.

A MIS HERMANOS MOISÉS, ALMA ROSA,
VICTOR, FERNANDO, ROSALBA, LUCIA,
EVELIA Y SILVIA, SABIENDO QUE SIEMPRE
HAN COMPARTIDO MIS TRIUNFOS, Y POR
SU COMPAÑÍA.

DEDICO ESTA TESIS A MONCHITO Y ALFREDITO QUE
AUNQUE YA NO ESTEN CON NOSOTROS, SE QUE
HABRIAN SIDO UNAS GRANDES PERSONAS DISPUESTAS
A SUPERARSE.

ESPECIALMENTE A MI HERMANA ROSALBA, QUIEN HA
SIDO UNA PERSONA QUE ME A AYUDADO A CONSEGUIR
CULMINAR MI CARRERA, EN FORMA INCONDICIONAL Y
DESINTERESADAMENTE.

ESTE TRABAJO LO DEDICO A MI ESPOSA
ELIZABETH, POR COMPARTIR MIS TRIUNFOS
Y FRACASOS E IMPULSARME A SEGUIR
PROGRESANDO.

A MI HIJA CINTHYA, ESPERANDO QUE EN SU VIDA
Y CAMINO TOME ESTE TRABAJO COMO EJEMPLO EN SU
SUPERACION.

DEDICO LA PRESENTE TESIS A TODOS
Y CADA UNO DE LOS QUE FUERON MIS
MAESTROS, POR HABERME TRASMITIDO
SUS CONOCIMIENTOS.

A CADA UNA DE LAS PERSONAS QUE ME
HAN DEMOSTRADO SU AMISTAD Y AFECTO

CON ADMIRACION Y RESPETO, LA PRESENTE
TESIS ESTA DEDICADA AL LICENCIADO
ALEJANDRO JIMÉNEZ VILLARREAL QUIEN HA
SIDO UN EJEMPLO DE SUPERACION CONSTANTE
EN LA VIDA PRACTICA, A TRAVES DEL CONOCIMIENTO

AL LICENCIADO CARLOS BARRAGÁN
SALVA TIERRA, POR SU AYUDA
INCONDICIONAL EN LA ELABORACIÓN DE
LA PRESENTE TESIS.

SABIENDO QUE NO PODRE RECOMPENSAR TODO LO QUE ME DIO,
DEDICO ESTE TRABAJO CON INFINITO AGRADECIMIENTO A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO, POR HABERME
ABIERTO SUS PUERTAS Y PERMITIRME CULMINAR UNA CARRERA.

INDICE

PAGINA

INTRODUCCIÓN.

IV

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE ROBO.

1.1	Concepto.	1
1.2	Hebreos.	2
1.3	Grecia.	2
1.4	Roma.	3
1.5	México.	9
1.5.1	Epoca Precortesiana.	9
1.5.1.1	Aztecas.	10
1.5.1.2	Mayas.	10
1.5.1.3	Zapotécos.	11
1.5.2	Epoca Colonial.	11
1.5.3	Epoca Independiente.	13
1.5.3.1	Código Penal de 1871.	13
1.5.3.2	Código Penal de 1929.	13
1.5.3.3	Código Penal de 1931.	14

CAPITULO II

DEL DELITO EN GENERAL

2.1	Concepto de delito.	15
2.2	Concepciones sobre el estudio del delito.	17
2.3	Teorías que estudian al delito.	19
2.4	Presupuestos del delito.	21
2.4.1	Sujeto activo.	23
2.4.2	Persona jurídico colectiva	25
2.4.3	Sujeto Pasivo.	26
2.4.4	Objeto.	27
2.5	Elementos del delito.	27
2.5.1	Actividad o Conducta.	29
2.5.1.1	El resultado	33
2.5.1.2	Relación de causalidad.	34
2.5.1.3	Delito de omisión.	37
2.5.2	Ausencia de conducta.	43
2.5.3	Tipicidad.	47
2.5.3.1	El tipo de Injusto imprudente.	53
2.5.4	Ausencia de tipo y tipicidad.	53
2.5.5	Antijuricidad.	56
2.5.6	Las causas de Justificación.	59
2.5.6.1	Legítima defensa.	62

2.5.6.2 Estado de Necesidad.	64
2.5.6.3 Cumplimiento de un deber o Ejercicio de un derecho.	66
2.5.7 Imputabilidad.	67
2.5.8 Inimputabilidad.	70
2.5.9 Culpabilidad.	72
2.5.9.1 Dolo	74
2.5.9.2 Culpa.	76
2.5.10 Inculpabilidad.	78
2.5.10.1 El error.	78
2.5.10.2 La no exigibilidad de otra conducta.	80
2.5.10.3 Condiciones objetivas de punibilidad.	81
2.5.11. Punibilidad.	83
2.5.12. Excusas absolutorias.	84
2.5.12.1 Especies de excusas absolutorias.	85
2.5.13. Clasificación del delito.	86
2.5.13.1 Según Luis Jiménez de Asúa.	86
2.5.13.2 Según Eduardo López Betancourt.	88
2.5.13.3 Nuestra Clasificación.	92

CAPITULO III

DELITO DE ROBO PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 371 PARRAFO TERCERO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

3.1 Antecedentes del artículo 371 párrafo tercero.	96
3.2 Aspectos positivos y negativos.	99
3.2.1 Conducta.	100
3.2.2 Ausencia de conducta.	102
3.2.3 Tipicidad.	102
3.2.4 Atipicidad.	104
3.2.5 Antijuricidad.	106
3.2.6 Causas de justificación.	106
3.2.7 Imputabilidad.	107
3.2.8 Inimputabilidad.	108
3.2.9 Culpabilidad.	109
3.2.10 Inculpabilidad.	110
3.2.10.1 Condiciones objetivas de punibilidad.	110
3.2.11 Punibilidad.	110
3.2.12 Excusas absolutorias.	111
3.2.13 Clasificación en orden al tipo.	112

CAPITULO IV.	<u>PROBLEMÁTICA GENERAL DE APLICACIÓN DEL ARTICULO 371 PARRAFO TERCERO DEL CODIGO PENAL</u>	
	4.1 Necesidad de aplicar el párrafo tercero del artículo 371 como calificativa del robo.	115
	4.2 Autonomía de los tipos.	116
	4.3 El verbo rector.	119
	4.4 Aplicación de la pena.	121
	4.5 Relación con los artículos 164 bis y 372 del Código penal para el Distrito Federal.	125
	4.6 Jurisprudencia.	130
CONCLUSIONES.		135
BIBLIOGRAFÍA.		140

INTRODUCCION

El robo ha sido un delito que prácticamente nació con la humanidad misma; es decir en los diversos pueblos que han existido, este delito se ha presentado en todo momento, en unos con mayor o menor grado pero siempre ha estado presente, pues es naturaleza del hombre el tratar de tener todo lo que le rodea para su dominio, pero en muchas ocasiones este deseo se ve frustrado, porque no siempre es posible tener todo lo material que se desea y ante ésto, el hombre se apodera de las cosas en forma ilegítima.

Esta situación aunque en un principio era más controlable, dado que los pueblos de nuestros antepasados eran muy pequeños, con el paso del tiempo se fue agudizando de tal forma que se tuvieron que realizar leyes de acuerdo a cada sociedad: situación que no fue ajena a nuestro país y que en los últimos tiempos se ha agudizado de tal forma que nuestros legisladores cada vez tienen que crear o modificar con más regularidad la ley, para tratar de controlar la comisión de éste y otros delitos.

Una de las tantas modificaciones que se han hecho, es la adición del párrafo tercero al artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal en 1996, pero como en muchos casos, el legislador al elaborar las leyes, con regularidad carece de los conocimientos o técnica legislativa acorde a sus funciones, y entonces crea o modifica las leyes de tal forma que se prestan a confusión.

Con base en lo anterior la finalidad de este trabajo es aclarar el hecho de que el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, prevé una calificativa del delito de robo contenido en el artículo 367 del mismo ordenamiento, y no que se trata de un delito autónomo independiente de éste último, como muchos de nuestros tribunales lo han señalado, precisamente por que al haber adicionado este párrafo al artículo 371 de nuestra ley sustantiva

penal, el legislador no concretó claramente que es lo que estaba creando, si un nuevo tipo autónomo o una calificativa del delito de robo.

Situación que sin embargo a través de un detenido análisis se puede corregir, y precisar como ya se dijo, que estamos ante una calificativa y no un tipo autónomo, convirtiéndose entonces esta situación en el punto central de la presente investigación

Para lograr este fin se han elaborado cuatro capítulos que se desarrollan de tal forma que se abarque desde los antecedentes del delito de robo, hasta el análisis específico del párrafo mencionado.

En el primer capítulo se señala lo que es el concepto de robo, tanto doctrinal como legalmente, se precisan distintas definiciones dadas por diversos autores; asimismo se hace una reseña histórica del delito de robo a través de pueblos como el hebreo, el griego, el romano, hasta llegar a los antecedentes de este delito en nuestro país, donde se estudia el robo dentro de las principales culturas prehispánicas, para posteriormente hacer un estudio de la época colonial hasta nuestros días.

En el siguiente capítulo se hace un análisis de la teoría del delito, lo que se debe entender como delito según diversas teorías y autores; posteriormente entramos al estudio de cada uno de sus elementos en forma general, analizando sus aspectos positivos y negativos, para concluir con la clasificación del delito según dos grandes autores y posteriormente dar la clasificación propia; y así tratar de precisar una noción de todo lo que debe contener una conducta para ser considerada como delito y con base en esto, poder analizar el párrafo tercero del artículo 371 de nuestro Código Penal.

Es pertinente aclarar en este punto que si bien dentro de la investigación se analizan siete elementos del delito, este análisis se hace únicamente con fines de investigación y para mayor comprensión y alcance del objetivo planteado, ya que en lo personal considero como lo hacen algunos autores, que el delito se compone principalmente de cuatro elementos, que son conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Dentro del tercer capítulo se estudian los antecedentes del párrafo tercero del Artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal y se lleva a cabo un análisis de la teoría del delito, pero ya concretizada a lo que es el párrafo tercero a estudio, es decir se analiza cada uno de los elementos del delito aplicándolos al párrafo mencionado, relacionando éste con el artículo 367 del Código Penal; haciendo esta relación ya que por sí solo no podría analizarse. porque como se ha mencionado se pretende aclarar el hecho de que estamos ante una calificativa y no un delito, lo que hace que no pueda clasificarse por sí solo el párrafo indicado. Y se concluye con la clasificación en orden al tipo, del delito de robo, calificado con el multicitado párrafo.

Dentro del cuarto capítulo se analiza en forma más extensa el porque se considera que el párrafo tercero del artículo 371 del Código Sustantivo Penal, contiene circunstancias que califican al robo básico y por tal razón, porque debe aplicarse como calificativa y no como se ha venido haciendo aplicarlo como si se tratara de un delito autónomo; asimismo se hace referencia a la pena que tiene prevista y se señala el hecho de porque se considera que esta situación no le da la autonomía que se le pretende otorgar.

Se señala la relación que tiene con los artículos 164 bis y 372 que antes de su creación ya estaban contenidos en el Código Penal del Distrito Federal y que preveían el contenido del mencionado párrafo; además se hace un análisis del verbo rector que debe contener cada uno de los tipos contenidos en nuestra ley penal y como es que el párrafo tercero a estudio no lo contiene.

Finalmente se plasman diversas tesis jurisprudenciales que con su contenido robustecen la finalidad de este trabajo, que es el que quede precisado el hecho de que el artículo 371 en su párrafo tercero del Código penal para el Distrito Federal contempla circunstancias calificantes del robo y no un delito autónomo.

De esta manera, esta tesis intenta en la medida de sus posibilidades aclarar este conflicto y poder resolver uno de los tantos problemas por los que pasan nuestras leyes, que en muchas ocasiones están hechas sin que se piensen las verdaderas consecuencias que van a generar al momento de su aplicación, porque en la mayoría de la veces ocasionan que tenga que estarse reformando o creando nuevas leyes para subsanar errores.

El estudio de cada uno de los capítulos antes señalados, me condujo a realizar diversas conclusiones que pretenden sintetizar el fin de este trabajo desde un punto de vista particular.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE ROBO

1.1. CONCEPTO.

Para definir lo que es el delito de Robo, primero es necesario establecer que: "Por robar se entiende quitar o tomar para lucrarse, con violencia o con fuerza las cosas ajenas muebles".¹

Así por robo en Derecho Penal común se entiende el apoderamiento de las cosas muebles ajenas con ánimo de lucro, con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas.²

López Betancourt menciona "El delito de robo consiste en la apropiación violenta de una cosa ajena mueble, sobre la cual se carece de derechos o no se cuenta con el consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley."³

En nuestra legislación la definición del robo está contenida en el artículo 367 del Código Penal en donde se señala:

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

Una vez establecido lo que se entiende por robo, trataremos de hacer una breve reseña histórica de este delito.

Referirnos al robo, es hablar de uno de los delitos que ha existido desde que surgió el hombre, y principalmente desde que se hizo sedentario. López Betancourt señala al respecto "Podemos expresar que el robo es uno de los delitos, tan arcaico como la humanidad misma."⁴

¹ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Editorial Espasa Calpe. España, Madrid, 1994. p. 896.

² DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Op. cit. p. 896.

³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. DELITOS EN PARTICULAR, tomo I, Editorial Porrúa S.A. p. 246.

⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p. 251.

1.2. HEBREOS.

El derecho hebreo siempre ha estado íntimamente ligado con la religión, motivo por el cual la codificación hebrea se encuentra recopilada en los libros Levítico y Deuteronomio (entre 600 y 900 años a. C.).

Por lo anterior el Derecho Penal judío lo vamos a encontrar en el *Pentateuco Mosaico*, (s. XIV. a.C.), es decir en los cinco primeros libros de la Biblia

En cuanto al robo se refiere, se estipulaba que, “quien robara a una persona y la cosa la vendiera o la tuviera en su poder, se le castigaba con la muerte”.⁵

Otro castigo consistía, en que la persona que robaba, no sólo restituía lo robado, sino que además debía otorgar una compensación, tal y como lo menciona el Éxodo XII-37 de la Biblia: “el que roba un buey o una oveja y la mata o la vende, tiene que restituir cinco bueyes por el buey o cuatro ovejas por la oveja”.

Asimismo se consideraba como robo “el que una persona guardara en depósito dinero o utensilios robados, y cuando estos fueran encontrados... el ladrón pagaba el doble”.⁶

1.3. GRECIA

En este pueblo existió un antecedente del “Robo de Famélico” como lo señala el maestro Cuello Calón al decir “en Grecia el hurto de objetos alimenticios realizado diestramente por los adolescentes era impune”.⁷

Por su parte López Betancourt señala “en la antigua Grecia el hurto se castigó en Atenas y en Esparta; sin embargo, se creó que los Lacedonios no lo sancionaron, sino cuando el ladrón era sorprendido en flagrante delito o en cualquier otra circunstancia en que se comprobaba el mismo”.⁸

⁵ La biblia Exodo XXI-16.

⁶ La biblia Op. cit.

⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. DERECHO PENAL. (Parte General.) Editorial Bosh. Barcelona, 1975. p. 68.

⁸ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, Cit. p. 251.

En Esparta; con la legendaria figura de Licurgo (desde mediados del siglo IX o quizá del siglo VIII antes de Cristo), cuyas leyes estaban imbuidas de espíritu heroico, de sentido universalista, de disciplina castrense; se castigaba al soldado cobarde en el combate; se azotaba a los jóvenes afeminados; quedaba impune el hurto de alimentos realizado diestramente por adolescentes, se penalizaba a los célibes. debido a ello, se ordenaba dar muerte a los niños deformes⁹

1.4. ROMA.

El derecho romano es una formación milenaria; desde el año 753 antes de Jesucristo, en que se funda Roma, hasta el 553 de la Era Cristiana, que culmina con los últimos textos del Emperador Justiniano. Esos mil trescientos años han sido divididos, conforme la estructura política social del país, en tres grandes épocas: la Monarquía, hasta el año 510 antes de Jesucristo, la República que abarca cinco siglos, hasta el año 31 antes de nuestra Era, y el imperio, que más o menos comprende lo mismo que la etapa republicana y que termina en el año 553 después de Jesús.

En la Ley de las Doce Tablas se señalaba que sólo podían ser incluidas en el derecho penal cuatro clases de delitos:

- a) Perduellio.
- b) Parricidium
- c) Furtum
- d) Iniuria.

Estas clases de delitos se dividían en derecho penal público y privado. El hurto se presentaba como *furtum sacrilegium* o *peculatus*.

La palabra *fur* que en griego es “El que lleva algo” y *furtum* la sustracción y lo sustraído solamente tenía aplicaciones de índole penal, y significaba la apropiación ilegítima. En sentido Técnico estas expresiones no se usaban sino aplicándolas a la apropiación de los bienes privados; pero la apropiación de los bienes llamados de los dioses llamada técnicamente *sacrilegium*, y la de los bienes del Estado llamada *Peculatus*, casi no se diferenciaba del *furtum* privado más que en la nomenclatura¹⁰

⁹ MARQUEZ PIÑERO, Rafael. DERECHO PENAL. (Parte General) 3ª Ed. Editorial Trillas. México, 1994. p. 41.

¹⁰ MOMMSEN, Teodoro. DERECHO PENAL ROMANO. Editorial Themis. Bogotá, 1976. p. 458.

Tocante a la división que se hacía en la Ley de las Doce Tablas respecto del Furtum, este se dividía en “furtum manifestum” y “furtum nec manifestum” o figuras que se distinguieran en el hecho de que se sorprendiera in fraganti o no al agente del delito.

Los criterios relativos a los elementos del furtum, en lo esencial son iguales a los del hurto de las cosas privadas para todas las demás categorías del furtum y consisten en la apropiación de una cosa mueble que se hallare en propiedad ajena, a fin de lograr el enriquecimiento propio y con perjuicio de un tercero.¹¹

Dentro del delito de Hurto se comprendían también por tener como elemento común el ataque a la propiedad, los delitos que son ahora conocidos como abuso de confianza y fraude.

Respecto del hurto flagrante (furtum manifestum), éste, “tenía lugar cuando el ladrón era sorprendido y cogido en el mismo lugar donde estaba la cosa, ya en posesión de ella, pero antes de habérsela llevado; a este hurto se le hallaba legalmente equiparado a aquél en que después de haberse llevado la cosa robada el ladrón, se encontraba ésta, mediante un formal y autorizado registro (furtum conceptum).¹²

Haciendo una clasificación del furtum, en Roma existían diversas concepciones del hurto según fuera la cosa robada y se dividían de la siguiente forma:

Hurto entre cónyuges.- En este tipo de Hurto dada la relación que existía, entablar la acción de hurto contra el otro cónyuge era infamante. Se podía prescindir del hurto en atención a la persona que lo había cometido y por esta razón, la acción recibía el nombre de “actio rerum amorum” la diferencia era que no se trataba de una acción penal.

Hurto sacrilegium.- Era el hurto de bienes pertenecientes a los dioses, como peculatus era el hurto de los bienes pertenecientes al Estado. A pesar de la diferente denominación desde un principio se les consideró como formando realmente un sólo grupo, pues en Roma los bienes divinos y los del Estado no se distinguían jurídicamente, distinguiéndose tan sólo por el uso que se hacía de ellos.

Sobre este particular hubo una Ley Julia, la cual fue promulgada en la época de Cesar o en la de Augusto que estableció un sistema procesal para el hurto de los bienes pertenecientes a los Dioses o al Estado ley a la que se le añadió más tarde otra Ley Julia distinta de la primera y que se refería al dinero restante.¹³

¹¹ MOMMSEN, Teodoro. Op. Cit. p. 458.

¹² Ibidem. p. 458.

¹³ Ibidem. p. 471.

Los elementos en este tipo de hurto eran iguales que los del hurto en general, diferenciándose únicamente en que debía existir un daño a la respectiva divinidad.

Hurto de cosechas.- Las Doce Tablas en el caso de hurto de cosas privadas señalaban pena pública en el hurto de cosechas, siempre que se realizara de noche segándolas o pastándolas con ganado, o también si se hiciera uso de medios mágicos.

La inclusión del hurto entre los delitos a cuya persecución requería acción privada estaba muy en armonía con las concepciones de las Doce Tablas, más no con las de la posterior, en que la autodefensa del ofendido había perdido, como es natural, mucho terreno.¹⁴ También se advierte en la literatura una casi total ausencia de informes respecto del hecho, según el cual el hurto desde los tiempos antiguos, fuera dejando de ser considerado como un delito privado y asimismo en la práctica no se le considera como tal.

Hurto depeculatus o peculatus públicos.- Se llamaba así al hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado y se les daba este nombre por que antes de que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase.

El hurto de estos bienes se daba entre otras de las siguientes formas.

- a) Sustracción de metales o de monedas del herario de la comunidad romana de alguna otra caja pública.
- b) La distracción u ocultación de bienes que era equiparada al hurto, sucedía en el *furtum* de cosechas privadas y tenía gran importancia en el *peculado* sobre todo por que podía entablarse esta acción contra el que hubiese tomado dinero público, para que entregase lo que quedara después de haberse dado cuentas al herario.
- c) La defraudación contra la caja pública.
- d) El hecho de que las autoridades competentes para recibir el importe de una deuda a favor de la comunidad perdonasen contra derecho, esa deuda.
- e) Alterar el valor de la moneda, hecha en los talleres del Estado.

¹⁴ *Ibidem*, p. 336.

Hurto Cualificado de la Epoca Imperial.- En el antiguo derecho romano, no se hacía distinción entre robo o hurto cometido con violencia o sin ella. Pero posteriormente se hizo una distinción denominando al robo sin violencia como hurto; y al robo con ésta como rapiña.¹⁵

En la “Lex cornelia de sicaris” se impusieron penas muy duras contra el robo con violencia, castigándola con la pena capital por medio de la horca o de las *bestias*.

Los primeros preceptos penales de esta clase se refieren al siglo II después de J.C; desde entonces puede ya hablarse de un hurto cualificado o lo que es lo mismo, de un procedimiento criminal especial empleado en la sustracción de ciertas categorías de hurtos a los que se da la denominación de delitos extraordinarios. Ninguno de ellos tenía por base una ley acordada por el pueblo; no obstante, de hecho pertenecían a la esfera de la administración de justicia regular y la jurisprudencia los consideraba y estudiaba también de ese modo.¹⁶

La pena era, con respecto a estos delitos, más arbitraria todavía; sin embargo a menos que ocurrieran especiales circunstancias de agravación y sobre todo el uso de armas, no se imponía nunca pena mayor que la relegación si se trataba de personas de la clase alta y de trabajo obligatorio tratándose de personas de condición inferior.

Mommsen¹⁷ hace una clasificación de este tipo de delitos señalando como clases de hurto cualificados los siguientes:

1. - Los delitos contra la propiedad ejecutados con armas en la mano perdían a los ojos del derecho penal, ese carácter de delitos contra la propiedad, pues se hallaban regulados por la ley contra el homicidio. Pero si no se hubicra causado ninguna herida el hecho era castigado como hurto grave.
2. - A los que auxiliaran, ocultaran o albergaran, mediante pago o ganancia de algo, a los ladrones se les imponía una pena que no se hallaba determinada por la Ley.
3. - Al ladrón de ganado se le consideraba como reo de hurto cualificado, siempre que el ganado hubiera sido sacado del sitio donde pastara o del establo, o por lo menos cuando lo robado fuese un caballo padre, o dos yeguas o dos vacas o cinco puercos o diez ovejas o cabras. Eran circunstancias agravantes de este delito, ante todo el uso de la fuerza armada para realizarlo, el tropel o tumulto y la reincidencia.

¹⁵ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, Cit. p. 251.

¹⁶ Ibidem. p. 478.

¹⁷ MOMMSEN, Teodoro. Op, cit. p. 479 y sig.

4. - El hurto de las cosas pertenecientes a los dioses se nos ofrece ahora con el carácter de cualificado; pero no regía aquí la antigua regla según la que el precepto legal del sacrilegio se limitaba a los santuarios de la comunidad romana, y que la correspondiente pena se aumentara en caso de que hubiera recaído el daño en lugares de cultos públicos y frecuentados; si se hubiera realizado el robo de noche en el tropel podía llegarse hasta imponer pena de muerte por medios agravados crueles.

5. - El fracturador, especialmente el nocturno. Podía también convertirse en tal, por el empleo de la violencia.

6. - El ladrón de balnearios.

7. - El ladrón de sacos.

8. - El ladrón nocturno.

9. - El gran ladrón.

Hurto de herencias.- Este tipo de hurto fue creado en la época del Emperador Marco, mandando considerar la apropiación indebida de herencias, como un crimen “*expilatae hereditatis*” y en virtud del cual este delito quedó incluido en el número de los delitos extraordinarios siendo sus elementos iguales a los del hurto.

Jiménez de Asúa¹⁸ se refiere al imperio, diciendo que en esta época aparece el nuevo y extenso grupo de los *crimina extraordinaria* que tan importante fue para el ulterior desarrollo del derecho penal. Representan el grado intermedio entre *crimen publicum* y *delictum privatum*, aunque se aproxima más a aquel que a éste.

Dentro de la *crimina extraordinaria* podemos distinguir tres grupos:

Primero.- Los casos más graves, que salen de los delitos privados, y para los que se señalan penas de Derecho Penal. Así del *furtum* surgen el delito de los **seccularii** (ladrones de bolsillo), *effractores* (autores de robos), *expilatores* (merodeadores), *balnearii* (ladrones de baños), *abigei* (cuatreros) y la *expilatio hereditatis*. De la rapiña, salieron: los ladrones (con tendencia al bandolerismo, o robo con homicidio), y *grassatores*. De la Injuria: los *libellifamosi* (escritos difamatorios) y el delito de los *directarii* (perturbadores de la paz doméstica), y otros casos.

¹⁸ JIMENEZ DE ASUA, Luis. TRATADO DE DERECHO PENAL. Tomo I., 15ª Ed. Editorial Losada S. A. Buenos Aires. p. 283.

Segundo.- Nuevos conceptos delictivos. La receptación (crimen receptatorum), la estafa (stellionatus), el rapto (raptus) y otros.

Tercero.- Delitos Privados con elección de acciones. Finalmente aparece la facultad del ofendido, incluso sin taxativo precepto legal, para elegir en la mayor parte de los delitos privados entre actio ex delicto civil y accusatio extra ordinem penal.

La acción de hurto en el derecho romano podía interponerse contra todo el que hubiese cometido la apropiación dicha, aun contra el mismo propietario o el poseedor de la cosa, siempre que estos al apropiársela indebidamente hubieran causado algún perjuicio al derecho real de alguien, ya al poseedor de buena fe, ya también del que no disfrutara más que del mero derecho de tenencia de la cosa. Podía entablar todo el que resultara perjudicado con la referida apropiación, de manera que a menudo correspondía ejercerla a diferentes personas a la vez.

Tenían derecho a interponer la acción las siguientes clases de personas:

- a) Por regla general la persona a quien perteneciera una propiedad de cosa hurtada. Este interés desaparecía cuando un tercero solvente hubiera prestado fianza por el hurto y el propietario hubiese hecho uso de ella.
- b) El tenedor de algún derecho real sobre el objeto.
- c) El poseedor de buena fe.
- d) El detentador de la cosa robada, siempre que de la tenencia de la misma le resultara alguna ventaja, o de la pérdida de algún perjuicio.
- e) Aquél que tuviese derecho a pedir la entrega de una cosa específica e individualmente determinada.

González de la Vega¹⁹ menciona: resumiendo las explicaciones de Mommsen en su "Derecho Penal Romano" podemos decir que los juristas latinos llamaban en general *Furtum* a los delitos consistentes en apropiarse de las cosas ajenas distinguiéndose las siguientes clases: 1. Hurto en general y sobre todo de bienes privados; 2. Hurto entre cónyuges; 3. - Hurto de bienes pertenecientes a los Dioses (*sacrilegium*) o al Estado (*peculatus*); 4. Hurto de Cosechas; 5. Hurtos cualificados de la época imperial (para los cometidos con armas, para los ocultadores de ladrones, para los abigeos o ladrones de ganado, para los fructuradores, para la circunstancia de nocturnidad, etc.); y 6. Hurto de Herencias. El acto violento, sin quedar excluido del concepto general del *furtum*, se consideraba como un delito de coacción.

1.5. MEXICO.

1.5.1. EPOCA PRECORTESIANA.

En cuestiones penales existen autores que señalan que es un ámbito que comienza realmente en nuestro país con la conquista de los españoles. Así por ejemplo el maestro Carrancá²⁰ comenta: "en lo penal la historia de México, comienza con la conquista, pues todo lo anterior protohistoria y prehistoria está por descubrirse todavía. O los pueblos indígenas nada tenían o si lo tenían nada les quedó después de la conquista; fue borrado y suplantado por la legislación colonial."

Sin embargo dentro del derecho precortesiano existía el "Código Penal de Nezahualcoyotl" que regía en Texcoco dentro del cual se contenían penas como la muerte, esclavitud, confiscación, destierro, suspensión o destitución, hasta prisión en cárcel e inclusive en el propio domicilio.

Se conoció también la diferencia entre delitos intencionales y culposos respecto del delito de homicidio; la embriagues era tomada como atenuante.

López Betancourt²¹ dice "en la época precortesiana, el derecho penal fue ejemplar, siendo en algunos casos demasiado severo en sus sanciones. En el derecho Penal azteca lo más importante era la restitución al ofendido, sus leyes eran demasiado estrictas y esa situación provocó fuera innecesario el encarcelamiento como pena. Únicamente se introducía en una jaula al presunto delincuente, para ulteriormente ser juzgado".

¹⁹ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. (Los Delitos), Editorial Porrúa S.A. México, 1988. p. 165.

²⁰ CARRANCA Y TRUJILLO. DERECHO PENAL MEXICANO. (Parte General), 19ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1997. p. 112.

²¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. cit. p. 253.

1.5.1.1. AZTECAS.

En el Derecho Azteca se concebían las siguientes figuras

- a) Robo en guerra.
- b) Robo de armas e insignias militares.
- c) Hurto en el mercado.
- d) El robo de cosas leves.
- e) El hurto de oro y plata.

La religión desempeñó una función central en esas sociedades que eran teocráticas y militares. El mismo Estado azteca tenía esa característica, la unificación religiosa entonces precedía completamente o equivalía de algún modo a la unificación política.

Los delitos más sobresalientes eran: las violaciones a las reglas de la vida antigua y tradicional y las ofensas al soberano. El robo la incontinencia y la embriaguez se sancionaban con mucho rigor.

Se consideraba permitido tomar de paso algunos frutos bajo la condición de que fueran en corto número y de la primera hilera de junto el camino. Era considerado como una clase particularmente grave del robo, aquel en que se adormecía por medio de sortilegios el propietario para procurarse el acceso a la cosa. En los robos pequeños había penas pecuniarias que se pagaban con la ayuda de los parientes.²²

1.5.1.2. MAYAS.

El mundo maya en relación, al azteca, muestra menor energía, más sensibilidad así como un sentido de la vida más refinado en cuanto al tratamiento de los delincuentes.²³

Al hurto a manos de un plebeyo se imponía la pena del pago de la cosa robada o esclavitud. En algunas ocasiones muerte. El hurto a manos de señores o gente principal, la sanción era que el agente del delito era labrado en el rostro desde la barba hasta la frente, por los dos lados.²⁴

²² DE BERLIN, J. Kohler. EL DERECHO DE LOS AZTECAS. Editorial Latino América. México, 1924. p. 67.

²³ CARRANCA Y RIVAS, Raúl. DERECHO PENITENCIARIO. (Cárcel y Penas en México), Editorial Porrúa S.A. México, 1981. p. 33.

²⁴ CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Op. cit. p. 33.

1.5.1.3. ZAPOTECOS.

La delincuencia era mínima, entre los zapotécos el robo se castigaba con penas corporales como la flagelación en público en caso de robo grave. Si el robo era de importancia el castigo era la muerte y los bienes del ladrón se cedían al robado.²⁵

Los principales delitos en este pueblo eran:

- Adulterio
- Robo leve.
- Robo Grave.
- Embriaguez entre los jóvenes y
- Desobediencia a las autoridades.

Así podemos resumir que los pueblos precortesianos contaron con un sistema de leyes a fin de reprimir los delitos de su tiempo, que las penas que se imponían eran crueles y desiguales, predominando más que las penas las represiones e intimidaciones que ejercían las clases teocrática y militar.

1.5.2. EPOCA COLONIAL.

La conquista de los españoles del nuevo mundo, significó además de ampliar sus fronteras a nuevos territorios, la incorporación de los pueblos indígenas al mundo cristiano de Occidente. A su vez para los indígenas representó el fin de su organización sociopolítica y la imposición de nuevas culturas.

Las Indias Occidentales quedaron incorporadas a la Corona de Castilla por lo que fue el derecho castellano el que reguló los primeros momentos de la conquista. Sin embargo en el nuevo mundo, de contenido tan vasto y complejo requirieron de normas específicas que fueron dictando el Rey, El Consejo de las Indias y las propias autoridades locales, con aprobación del monarca, lo que dio lugar al nacimiento de las leyes de Indias.

La Legislación penal colonial compartía el casuismo del derecho de la época y lo contemplaba conjuntamente con la definición de delitos de reglas probatorias observables. Distinguían entre los delitos intencionales y los cometidos imprudencialmente y se preveían circunstancias que eximían la responsabilidad, la legítima defensa o la de un pariente.

²⁵ Ibidem. p. 44.

En la colonia se aplicaron Instituciones jurídicas españolas como, Las Leyes de los Reinos de Indias, Las Ordenanzas de Gremios de la Nueva España; regían también pero de manera supletoria el derecho de Castilla, como El Fuero real, Las partidas, El Ordenamiento de Alcalá, Las Ordenanzas Reales de Castilla, Las Leyes de Toro, La Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, entre otras.²⁶

La recopilación de Las Leyes de Indias constituyó el cuerpo principal de las leyes aplicadas durante la colonia. La materia penal se contenía principalmente en el Libro VIII que era denominado “De los delitos y Penas y su Aplicación”.

El maestro Carranca²⁷ escribe en su libro “Derecho penal Mexicano” que “Las Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de minería de la Nueva España y su tribunal contienen disposiciones penales especiales”. Se sancionan en ellas el hurto de metales y se equipara al hecho de que el barretero “extraviase la labor dejando respaldado el metal o lo ocultare de manera maliciosamente.”

Para conocer de esos hurtos o de las cosas pertenecientes a las mismas y haciendas de beneficio se concedía jurisdicción al tribunal y a las diputaciones, siempre que los casos fueran leves, pues de lo contrario, procediendo “La imposición de la pena ordinaria, mutilación de miembro u otro que sea corporis afflictiva” sólo les correspondía formar la sumaria y remitirla enseguida a la Sala del Crimen de la Audiencia.

En la época colonial el delito de robo se presentaba de diversas formas, así como las penas que se les aplicaban a estos entre las que se encuentran las siguientes²⁸:

- El delito de robo y asalto merecía la pena de muerte en la horca, hacer cuartos el cuerpo y ponerlo en la calzada.
- El robo sacrilego la pena fueron azotes y marcas con hierro encendido, al culpable.
- Al robo y complicidad en el robo se sancionaban con azotes y cortadura de las orejas debajo de la horca.
- Los delitos de homicidio y robo cometidos conjuntamente eran sancionados con garrote y traslado al sitio del suplicio por las calles públicas.

²⁶ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, Cit. p. 254.

²⁷ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl DERECHO PENAL MEXICANO. Op. Cit. p. 119

²⁸ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, Cit. p. 255.

1.5.3. EPOCA INDEPENDIENTE.

Una vez lograda la Independencia de México, el Gobierno Federal se vio acompañado de décadas de inestabilidad política y económica como consecuencia de luchas entre conservadores y liberales o invasiones extranjeras entre ellas la de los Estados Unidos de Norte América, por lo que surgió la necesidad de seguir aplicando la legislación colonial, consistente en la Recopilación de las Indias, complementada con los autos acordados; Las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y Aguas y De Gremios; La Novísima Recopilación y las Partidas y Ordenanzas de Bilbao, funcionando estas dos últimas como derecho supletorio.

Fue así como desde el momento en que se dio la independencia, hasta aproximadamente el año de 1857, las cuestiones legislativas se abocaron más a cuestiones políticas propiciadas precisamente por la propia independencia, y es el Constituyente de 1857 el que comienza a elaborar proyectos para lo que después sería el primer Código Penal que regiría en México.

1.5.3.1. CODIGO PENAL DE 1871.

López Betancourt²⁹ se refiere este ordenamiento diciendo que el delito de Robo lo encontramos en el Libro Tercero “De los delitos en particular” Título Primero “Delitos contra la propiedad” Capítulo I “robo” Capítulo II “robo sin violencia” y Capítulo III “robo con violencia a las personas.” Del artículo 368 al 404 este Código define al delito de robo como:

Artículo 368. - Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la Ley.

1.5.3.2. CODIGO PENAL DE 1929.

En el Código Penal de 1929, el delito de robo lo encontramos en el Libro Segundo, “De la Reparación del Daño” Título Vigésimo “Delitos contra la Propiedad” Capítulo I “Del robo en general” “Capítulo II “ Del robo sin violencia” y Capítulo III “Del Robo con Violencia”³⁰

²⁹ Ibidem. p. 256.

³⁰ Ibidem. p. 257.

Este ordenamiento definía al robo en su artículo 1112 diciendo:

Artículo 1112 -. Comete el delito de robo: El que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

López Betancourt³¹ al referirse respecto de la consumación a los dos ordenamientos señalados anteriormente comenta “En el Código de 1871 se tenía por consumado el delito “cuando el ladrón tiene en sus manos la cosa robada” situación que es imprecisa, ya que el sólo echo de tener una cosa en las manos no es criterio para entender que se la ha robado; sin embargo el ordenamiento de 1929, nos aclara un poco más el momento de la consumación expresando: “artículo 1114. - Para la aplicación de la sanción se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella.” Al indicar “el ladrón tiene en su poder” ya nos está hablando de un apoderamiento de la cosa; lo cual es uno de los elementos del delito de robo.”

1.5.3.3. CODIGO PENAL DE 1931.

El Código Penal que sucedió al de 1929 fue sancionado el 22 de enero de 1931; este ordenamiento que en un principio tenía 390 artículos presenta como características primordiales las siguientes:

- Conserva la extensa lista de sanciones, provenientes del de 1871, sin diferencia entre penas y medidas de seguridad.
- Admite la pena de prisión hasta por cincuenta años.
- Prevé la presunción del dolo al establecer que la intención delictiva se presume. Entre otras.

En esta ley el robo se encuentra en el Título Vigésimo Segundo. “delitos en contra de las personas en su patrimonio.” En el capítulo I “Robo” Definiendo en su artículo 367 al robo de la siguiente forma:

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

Aquí el delito de robo se ubica en un sólo capítulo en el que se agrupa tanto al robo sin violencia como al robo con violencia.

³¹ Ibidem. p. 258.

CAPITULO II

DEL DELITO EN GENERAL

2.1. CONCEPTO DE DELITO.

La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.³²

Definir el delito, como muchos autores lo mencionan, siempre ha sido muy difícil en razón de que no ha existido una definición de tipo universal valedera en todo tiempo y espacio, ya que según el lugar, costumbres e ideologías de un pueblo, lo que para determinada comunidad puede constituir un delito, para otras no lo es y viceversa.

Sin embargo se han dado definiciones de delito, de tal forma que éstas abarquen elementos comunes, que puedan ser aplicables en todo lugar y tiempo. Si lo que interesa es saber si el derecho positivo considera al delito (problema característico del Juez), la definición podría lograrse recurriendo a la consecuencia jurídica del hecho concreto; en este sentido, será delito todo comportamiento cuya realización tiene prevista una pena en la Ley. Por el contrario si lo que interesa es saber si determinado hecho debe prohibirse bajo la amenaza de una pena (problema característico del legislador), esa definición no servirá, pues no podrá referirse a la pena, sino que deberá hacerlo el contenido de la conducta. Dicho de otra manera; la definición de delito dependerá, en principio, de si lo que quiere caracterizarse son los comportamientos punibles o los que son merecedores de pena. El primer concepto dio lugar a un llamado concepto "formal" mientras que el segundo fue designado como concepto "material" del mismo.³³

³² CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. (Parte General), 39ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1998. p. 125.

³³ BACIGALUPO, Enrique. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL (Parte General), 2ª Ed. Editorial Akal. p. 82.

Rafael Garófalo, exponente del positivismo define al delito como la violación de los sentimientos altruistas de probidad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.³⁴

Por su parte Luis Jiménez de Asúa dice, delito es el acto típicamente antijurídico, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. [y agrega] Al definir la infracción punible, nos interesa establecer todos sus requisitos aquellos que son constantes y los que aparecen variables. En este aspecto diré que el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad. imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. A nuestro juicio, en suma, las características del delito serían éstas. Actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de penalidad.³⁵

Varios autores dan un concepto jurídico-formal del delito diciendo que la verdadera noción formal la suministra la Ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal, sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar de delito.

En nuestra Legislación la definición de delito se encuentra contenida en el artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal en su primer párrafo el cual dice: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”

Porte Petit dice respecto de esta definición: “a primera vista y sin más indagaciones, se diría que el concepto de delito corresponde a una concepción bitómica o dicotómica de acuerdo con el contenido del artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal: “Delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales”, o sea, que el delito es una conducta punible”.³⁶

³⁴ Citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 126.

³⁵ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. (Principios de Derecho Penal), 2ª Ed. Editorial Hermes. México, 1954. p. 223.

³⁶ PORTE PETIT CANDAUDAUP, Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, 14ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1991. p. 203.

Ahora bien relacionando este precepto con el propio ordenamiento, descubrimos una conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, a veces alguna condición objetiva de punibilidad, y la punibilidad. La conducta o hecho se obtiene del artículo 7º del Código Penal y del núcleo correspondiente a cada tipo penal. La tipicidad es la adecuación al tipo respectivo. o sea, que tan pronto se realiza una conducta o un hecho, o bien una conducta o un hecho y además se llena algún otro u otros elementos típicos exigidos, hay tipicidad. antijuricidad en cuanto que habiendo tipicidad no esté el sujeto amparado o protegido por una causa de licitud, de las que recoge el artículo 15 en sus varias fracciones. Habrá imputabilidad, al no concurrir la excepción regla contenida en la fracción II, del citado artículo 15. Habrá culpabilidad cuando exista reprochabilidad y por último, la punibilidad la desprendemos del artículo 7º del Código Penal y del precepto correspondiente de la parte especial que señala aquella.³⁷

2.2. CONCEPCIONES SOBRE EL ESTUDIO DEL DELITO.

Existen diversas concepciones que estudian al delito, pero aquí nos referiremos principalmente a dos que son las más aceptadas:

- a) La Totalitaria o Unitaria, y
- b) La Analítica o Atomizadora.

La primera considera al delito como un todo formado y el cual, no puede ser divisible ya que éste forma un conjunto y su esencia no está en cada elemento del mismo sino en tal.

La segunda propone lo contrario, estudiar al delito desmembrándolo en sus elementos, sin que esto niegue la existencia del delito como un todo formado.

³⁷ PORTE PETIT, Celestino. Op. Cit. p. 203.

Fernando Castellanos, al referirse a estas concepciones señala: "Dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-esencial del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico. Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble."

En cambio Los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos.³⁸

Nosotros compartimos el punto de vista de la concepción analítica, porque consideramos que el desintegrar al delito, para analizar cada parte, no es negar su unidad, sino es un medio para determinarlo.

Es verdad que el delito es un todo formado en sus elementos, sin embargo el analizar los mismos de manera separada no implica el hecho, que se niegue esa conexión, sino por el contrario en la medida en que se estudia cada uno de los elementos va a ser más certera la explicación del delito formado en su conjunto, de aquí que estemos de acuerdo con la concepción analítica.

Porte Petit apunta, "Los unitarios consideran al delito como un "Bloque monolítico", presentándose de acuerdo con Bettioli, como una entidad que no se deja escindir en elementos diversos, que no se deja, para usar una expresión vulgar rebanar. La concepción analítica, estudia al delito desintegrándolo en sus propios elementos, pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito; de aquí que estemos de acuerdo con los argumentos esgrimidos por los defensores de esta concepción, quienes demuestran inconsistencia de las objeciones de los unitarios. Por otra parte, reconocemos las más importantes consecuencias derivadas de la atomización del delito sin perder de vista su unidad, recordando el pensamiento de Petrocelli, de que el análisis no es la negación de la unidad, sino el medio para realizarla y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica".³⁹

³⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 129.

³⁹ PORTE PETIT, Celestino. Op, Cit. p. 196.

2.3. TEORIAS QUE ESTUDIAN AL DELITO.

Al igual que las concepciones, existen diversas teorías que estudian al delito, de entre las que se destacan dos; la teoría causalista de la acción y la teoría finalista de la acción, a las cuales haremos alusión.

La explicación naturalística del acto o acción humana, se basa en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otro se da una relación.

El acto o acción humana y su efecto en el mundo material, son un proceso causal; como todo proceso causal natural que parte de una causa, produce un efecto.⁴⁰

La acción como aspecto del delito, es estudiada por la teoría causalista como un control humano dependiente de la voluntad, es decir trata a la acción como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerlo, lo que a esta teoría le interesa es si la acción llevada a cabo fue la causa que dio origen al resultado, sin importar cual haya sido la intención que tenía el agente al cometerlo.

Los causalistas explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, porque ésta no pertenece a la conducta o hecho. En este orden de ideas, a la acción se le considera como un hacer voluntario, pero en esa voluntad no hay contenido. No contempla el actuar lleno de sentido, sino la simple producción de dicha actuación referida al mundo exterior, a la que le llama resultado.⁴¹

⁴⁰ ORELLANA WIARCO, Octavio. TEORÍA DEL DELITO. 4ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1997. p. 10.

⁴¹ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORÍA DEL DELITO. 5ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1998. p. 6

La Teoría causalista considera al delito como un comportamiento humano dependiente de la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior; trata a la conducta como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerla. Los causalistas explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, porque ésta no pertenece a la conducta, se concibe a la acción como un proceso causal natural y extrajurídico, libre de valor, como simple causación, sin tomar en cuenta la voluntad rectora.⁴²

La Teoría finalista sin embargo no contempla a la acción como un proceso causal, para ellos cuando el sujeto lleva a cabo determinada acción tiene un fin determinado al que pretende llegar, dada la capacidad del hombre lo que acontecerá al desplegar su comportamiento.

Los finalistas consideran a la voluntad como un factor de conducción que supradetermina el acto causal externo. Es decir el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y realiza la conducta delictiva, porque su voluntad lleva un fin y éste es el último acto que provoca la aparición del delito. La voluntad lleva un contenido, la intención de cometer el ilícito, el propósito de llegar a algo.⁴³

Hans Wezel fundador del finalismo expone: “Para la teoría finalista de la acción, la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es por lo tanto, un acontecimiento “finalista” y no solamente “causal”. “La finalidad” o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos... la finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad no esta dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando la finalidad es “vidente”, la causalidad es “ciega.”⁴⁴

⁴² REYNOSO DAVILA, Roberto. TEORÍA GENERAL DEL DELITO, 1ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1995. p. 11.

⁴³ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORIA DEL DELITO. Op. Cit. p. 7.

⁴⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio. Op. Cit. p. 88.

Debemos distinguir a las teorías causalista y finalista de la acción, en virtud a que la primera, considera a la acción como mecánica: un producto causal; en cambio la segunda determina dirección o propósito a ese producto causal, es decir, existe una voluntad orientada en determinado sentido.⁴⁵

2.4. PRESUPUESTOS DEL DELITO.

Para la existencia de un delito, se requiere que haya diversas circunstancias o sujetos anteriores al delito, sin los cuales no podría darse vida a éste; y a tales circunstancias o sujetos se le ha llamado presupuestos del delito.

Los autores que se refieren a los presupuestos, los consideran como las circunstancias jurídicas o de hecho, cuya existencia debe ser previa a la realización del delito. Clasifican a los presupuestos en generales y especiales. Son generales cuando necesariamente deben concurrir para la configuración del delito, pues su ausencia implica la posibilidad de integrarlo; mencionan como tales a la norma penal, el sujeto activo, el sujeto pasivo y el bien jurídico. Estiman como presupuestos especiales a las condiciones de la existencia de un delito concreto y cuya ausencia puede originar, la no aparición del delito, como la falta de preñez para la comisión del aborto.⁴⁶

En la doctrina existen dos corrientes sobre el tema de los presupuestos.

- a) Una negándolos; y
- b) Otra que los acepta, en la cual se encuentran los autores que admiten la clasificación:
 - a') de presupuestos de delito y del hecho y
 - b') las que sostienen únicamente los presupuestos del hecho.

⁴⁵ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORIA DEL DELITO. Op, Cit. p. 8.

⁴⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p.134.

Los presupuestos del delito han sido divididos en generales y especiales. La doctrina enseña que los presupuestos del delito generales, son aquellos, comunes al delito en general, y presupuestos del delito especial aquellos propios de cada delito en particular.⁴⁷

Como el delito está formado por varios elementos, los llamados presupuestos generales del delito, serán en su caso, presupuestos de cada uno de dichos elementos. Así el sujeto activo, lo será del elemento objetivo: conducta o hecho; el tipo o norma penal, de la tipicidad; el mismo tipo, de la antijuridicidad; la imputabilidad, de la culpabilidad; y de la punibilidad, considerándola como consecuencia del delito, serán sus presupuestos los elementos del delito.

Como presupuestos del delito generales se señalan

- a) la norma penal, dentro de la cual se comprenden el precepto y la sanción.
- b) el sujeto activo y el pasivo.
- c) la imputabilidad.
- d) el bien jurídico tutelado.
- e) el instrumento del delito u objeto material.

Los requisitos del presupuesto del delito especial son:

- a) un requisito jurídico.
- b) previo a la realización de la conducta o del hecho, y
- c) necesario para la existencia del título o denominación del delito respectivo.

López Betancourt hace la siguiente clasificación de los presupuestos:

- a) la norma penal, dentro de la cual se comprenden el precepto y la sanción.
- b) el sujeto activo y el pasivo.
- c) la imputabilidad.
- d) el bien jurídico tutelado.
- e) el instrumento del delito.

⁴⁷ PORTE PETIT, Celestino. Op, Cit. p. 208.

Y agrega: "Como presupuestos del delito especial, encontramos, entre otros, la relación del parentesco, tipificada en el homicidio, en razón del parentesco o relación, así como la calidad de funcionario, en el peculado."⁴⁸

2.4.1. SUJETO ACTIVO.

El hombre es el sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable o punible; o bien cuando participa en la comisión del delito, contribuyendo a su ejecución proponiendo, instigando o auxiliando al autor, con anterioridad a su realización, concomitante con ella o después de su realización.

El ser humano es el único capaz de ser el sujeto activo, ya que no existe ninguna otra criatura capaz de delinquir, pues no es posible hablar de culpabilidad sin que hayan concurrido la conciencia y voluntad, facultades exclusivas del ser humano.

El artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, de acuerdo a la participación del sujeto activo, señala que son autores del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización.
- II. Los que lo realicen por sí.
- III. Los que la realicen conjuntamente.
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro.
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo.
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión.
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y
- VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

⁴⁸ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORÍA DEL DELITO. Op, Cit. p. 34.

El sujeto activo se clasifica como:

a) *Autor material*. Es quien físicamente realiza el evento delictivo, lo ejecuta directamente.

b) *Coautor*. Se considera coautor al que en unión de otros autores responsables, ejecuta el delito, realizando conductas señaladas en la descripción penal. Todos los coautores son igualmente punibles.

c) *Autor intelectual*. Se le ha considerado en la fracción I, del artículo 13 de nuestra ley penal, al decir que son responsables del delito “los que acuerden o preparen su realización”. Es quien prepara la realización del delito y cuando al proyectarlo provoca o induce a otro a la ejecución de un ilícito, se convierte en instigador.

d) *Autor Mediato*. Este no realiza el delito, directa ni personalmente, acude a otra persona extraña que utiliza como instrumento para su perpetración.

e) *El Cómplice*. Realiza acciones secundarias encaminadas a la perpetración del hecho delictivo; puede participar moralmente, instruyendo al autor material, la forma de ejecutar el delito, ofreciendo su ayuda para su perpetración o impunidad; el cómplice también puede ser material y es cuando le ayuda al autor material del hecho delictivo presentándole los medios materiales para su realización o bien, interviene en la ejecución del hecho delictivo con actos ajenos a la descripción legal.

f). *Asociación o banda delinciente*. Es cuando un grupo de sujetos se une para delinquir, pero esta unión no es temporal ni por un momento nada más, sino que debe prolongarse en el tiempo, es decir, para que sea una asociación se requiere de esa permanencia.

g). *Muchedumbre*. Es una forma de participación en el delito, reúne a un mayor número de participantes.

La muchedumbre a diferencia de la asociación delictuosa, reúne a varios sujetos sin acuerdo previo, sus características son heterogéneas, compuestas por individuos de todas las edades, de ambos sexos y de diferentes grados de cultura moral.

2.4.2. PERSONA JURÍDICO-COLECTIVA.

Podemos iniciar diciendo que una persona jurídico colectiva, no es un ente físico sino un ser ficticio, creado por el Derecho Civil, para facilitar las actividades de un grupo de personas reunidas para lograr un fin común, y por otra parte, el sujeto activo de un delito es un ser físico, un ser humano.⁴⁹

Si como se mencionó el sujeto activo en la comisión de un delito es un ser con capacidad de razonamiento y voluntad en su ejecución, por ende una persona jurídico-colectiva como ente ficticio no puede ser sujeto activo del delito.

El artículo 11 del Código Penal para el Distrito Federal, alude a esta situación y textualmente dice:

Artículo 11. Cuando algún miembro representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el Juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

⁴⁹ Ibidem. p. 46.

2.4.3. SUJETO PASIVO.

El sujeto pasivo en la perpetración de un delito, es quien sufre directamente la acción, es sobre quien recaen todos los actos materiales utilizados en la realización del ilícito, es el titular del derecho dañado o puesto en peligro.⁵⁰

El sujeto pasivo puede ser visto desde dos aspectos, como sujeto pasivo del delito, o sujeto pasivo de la conducta. El primero será la persona sobre quien se lleva a cabo precisamente el delito y el segundo aquél que resiente el daño ocasionado por dicha conducta delictuosa.

A diferencia con el sujeto activo, la persona jurídico-colectiva o persona moral si puede ser sujeto pasivo, ya que ésta puede ser titular de bienes jurídicamente tutelados por la ley, en la misma forma que un ser humano.

La Legislación penal respecto al sujeto pasivo del delito, no hace mucha referencia, y únicamente se encuentra diversas disposiciones referentes a la reparación del daño.

El artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal dice: La reparación del daño comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible el pago del precio de la misma;

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los precios curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima, y

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

⁵⁰ Ibidem. p. 52.

2.4.4. OBJETO.

El objeto puede dividirse en dos formas:

- a) *Objeto material*, que viene a ser la persona o cosa sobre la cual recae la conducta delictiva.
- b) *Objeto Jurídico*. Es el bien jurídico tutelado por la ley penal, el cual por ejemplo en el homicidio es la vida; en el robo y fraude, el patrimonio entre otros.

Ahora bien según sea el bien jurídico tutelado puede ser a su vez de daño o de peligro. El Derecho penal, únicamente va a considerar el daño, cuando lesione un bien jurídicamente tutelado; el delito de peligro es aquél cuya realización crea la posibilidad de ocasionar una lesión a un bien jurídicamente tutelado.⁵¹

2.5. ELEMENTOS DEL DELITO.

El delito tiene diversos elementos que en su conjunto forman un todo. Jiménez de Asúa dice: “delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.

El artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal dice: “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.” A través de estas y otras definiciones dadas por diversos autores podemos decir que el delito esta conformado de siete elementos, los cuales se estudian de manera positiva y cada uno de ellas va a tener un aspecto negativo, el cual va a impedir que se dé la existencia o inexistencia del delito.

⁵¹ Ibidem. p. 59.

Castellanos Tena refiere, para nosotros los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad (o antijuricidad), y culpabilidad, más esta última requiere la imputabilidad, concebida como capacidad de culpabilidad, constituye no un presupuesto de ésta, sino el primero de sus elementos sobre los que reposa el juicio de reprochabilidad.⁵²

Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos los factores del delito; por ello suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuridicidad, etc., sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos. Más en un plano estrictamente lógico procede observar inicialmente si hay una conducta; luego puede verificarse su amoldamiento al tipo legal: tipicidad, después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y en caso negativo llegar a la conclusión de que existe la antijuridicidad; enseguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable obró con culpabilidad.⁵³

Por otra parte según el número de elementos analizados la clasificación puede variar, pero nosotros para efectos de este trabajo y para mayor entendimiento expondremos siete elementos del delito al igual que lo hace Jiménez de Asúa, los cuales son:

ASPECTO POSITIVO

- a) Actividad.
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad.
- d) Imputabilidad.
- e) Culpabilidad.
- f) Condicionalidad Objetiva.
- g) Punibilidad.

ASPECTO NEGATIVO.

- a) Falta de acción
- b) Ausencia de tipo.
- c) Causas de Justificación.
- d) Causas de inimputabilidad.
- e) Causas de inculpabilidad.
- f) Falta de Condición objetiva
- g) Excusas absolutorias.

⁵² CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit p. 132.

⁵³ Ibidem. p. 132.

2.5.1. ACTIVIDAD o CONDUCTA.

Una vez establecidos los elementos a analizar, también es menester hacer mención que si bien existen diversas teorías que analizan al delito, nosotros nos apegaremos principalmente a lo expuesto por los finalistas, sin por ello dejar de mencionar brevemente a las demás.

El delito, ante todo es una conducta humana. Dentro de este concepto se puede incluir tanto la acción como la omisión, es decir la forma de actuar positiva o negativa del agente.

Los autores emplean indistintamente los vocablos de acción, hecho, acontecimiento, acto, etc; con cualquiera de estos términos es posible entenderse, aunque merezcan objeciones.

Así por ejemplo, Porte Petit dice: “Nosotros pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento material del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo integran una conducta o hecho humanos”.⁵⁴

Por su parte Jiménez de Asúa escribe: “El primer carácter del delito es ser un acto, [y agrega] “acto es la manifestación de voluntad que, mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo, cuya modificación se aguarda”. El acto es pues una conducta humana voluntaria que produce un resultado.”⁵⁵

Castellanos refiere el acto o la acción stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.⁵⁶

⁵⁴ PORTE PETIT, Celestino. Op, Cit. p. 229.

⁵⁵ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op, Cit. p. 227.

⁵⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 152.

Para la Teoría finalista la acción humana es el ejercicio de la actividad final y no solamente causal. esta teoría se basa en que el hombre sobre la base de su conocimiento causal, puede prever las consecuencias posibles de una actividad, proponerse diversos objetivos y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos.

Para los finalistas la acción pasa por dos fases, una interna y otra externa. En la primera podemos encontrar los siguientes componentes.

En la fase interna, que sucede en el pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente la realización de un fin. Por ejemplo: “realizar un viaje. Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios (viajar en coche, tren, avión). Esta selección, sólo puede hacerse a partir del fin, es decir sólo cuando el autor esta seguro de *que es lo que quiere*, puede plantearse el problema de *como lo quiere*. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone (sí, por ejemplo, elige el coche como medio de viaje y éste es largo, sabe que tiene que parar para dormir, cuenta con avería etc.). La consideración de esos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rehace algunos de los medios seleccionados para su realización. Pero una vez que los admita, como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción.⁵⁷

Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta.

La valoración penal puede caer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y no lo sean los efectos concomitantes, o los medios seleccionados para realizarlo.

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. TEORIA GENERAL DEL DELITO. Editorial Themis. Bogotá Colombia, 1990. p. 11.

Así por ejemplo, cuando el autor conduce un coche a más velocidad de la permitida, puede pretender una finalidad absolutamente loable (llegar a tiempo al lugar de trabajo), pero los medios empleados para ello (conducir imprudentemente un coche) o los efectos concomitantes (la muerte de un peatón atropellado) son desvalorados por la ley penal. Cuando se dice que la acción final es la base del derecho penal, no se quiere decir que sólo sea el fin de esa acción lo único que interesa al derecho penal, pues éste puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin, o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin.⁵⁸

Nosotros compartimos el punto de vista de López Betancourt en que la conducta es el primer elemento básico del delito y que consiste en el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

La conducta puede ser cometida a través de una acción, una omisión o por comisión por omisión. Consiste en un hacer voluntario o un no hacer voluntario o no voluntario dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico. La conducta debe entenderse como el ejercicio del comportamiento que tiende a un fin. Por tanto la voluntad del objetivo es claramente la base de la teoría finalista de la acción.⁵⁹

Como se puede ver de lo hasta aquí expuesto, para el derecho penal la conducta es relevante ya sea en forma positiva o negativa, de ahí la distinción que se hace en el artículo 7o del Código Penal para el Distrito Federal, al mencionar que delito es el *acto u omisión* que sancionan las leyes penales.

El acto es el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado. Positivo será una acción, que consiste en una actividad, en un hacer; mientras la omisión es una inactividad, cuando la ley espera una conducta de un individuo y éste deja de hacerla.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op, Cit. p. 12.

⁵⁹ PORTE PETIT, Celestino. Op, Cit. p. 167.

Asimismo de lo ya expresado se puede apreciar que la conducta tiene tres elementos:

- 1) Movimiento
- 2) Resultado,
- 3) Relación de causalidad

De acuerdo a la adopción por nosotros aceptada, los elementos del hecho son:

- a) una conducta.
- b) un resultado material.
- c) La relación causal entre la conducta y la mutación en el mundo exterior.

La acción en estricto sentido, es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, consta de un elemento físico y un elemento psíquico, el primero es el movimiento y el segundo la voluntad del sujeto, esta actividad voluntaria produce un resultado y un nexo causal entre la conducta y el resultado.

La conducta de acción se integra por un movimiento voluntario descrito en el tipo legal. En este tipo de delitos, se viola siempre una norma prohibitiva.

López Betancourt, al referirse a estos dos aspectos de la acción, es decir el movimiento físico y la voluntad, explica. “La voluntad se refiere al querer de la acción, por eso se dice que existe una relación de causalidad, al presentarse un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad, donde la voluntad va dirigida a la realización del tipo de injusto. [Y se refiere al movimiento corporal diciendo] El movimiento corporal es la parte externa de la acción, y consiste en el cambio de posición del cuerpo o parte de él que realiza el sujeto, sin olvidar, que se necesita la existencia de la opción psíquico voluntad, y, del elemento material movimiento, para que la conducta se configure en forma positiva, es decir conducta de acción”.⁶⁰

⁶⁰ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORIA DEL DELITO. Op. Cit. p. 90.

2.5.1.1. EL RESULTADO

El realizarse la conducta esta siempre produce un resultado, el cual una vez acontecido ya no forma parte integrante de la acción.

El resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir, debe configurar un delito descrito y penado en la ley, será intrascendente que lesione intereses jurídicos protegidos por la ley o sólo los ponga en peligro según lo requiera el tipo penal.

Al respecto nos dice Jiménez de Asúa: “EL resultado no es sólo el daño moral cometido por el delito, no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral. El peligro corrido de que habló elegantemente Carrara, es el resultado en la tentativa. No se produjo muerte del sujeto en el conato de homicidio, pero se alteró el mundo exterior, lesionando la seguridad, la tranquilidad de la víctima. Para nosotros no existe delito sin resultado. La vieja categoría de *delitos formales* era falsa. Lo que acontece en ciertas infracciones es que la manifestación de voluntad y el resultado aparecen contemporáneamente y con aspecto inseparable. Así, suele decirse: “si se prohíbe bajo pena el paso por un puente, la manifestación de voluntad que consiste en el tránsito por encima de él y el resultado de pasar, son dos momentos caotánicos unidos inseparablemente, pero el resultado existe.”⁶¹

Gustavo Labatud Glenda, manifiesta que no existen delitos sin resultado. Una acción no seguida de resultado sería jurídicamente irrelevante, pues ella tiene trascendencia penal sólo cuando se traduce en una lesión jurídica. Afirmar lo contrario es caer en el error de atribuir al término resultado una significación limitada exclusivamente a los fenómenos perceptibles por los sentidos. En realidad, el evento puede ser material o jurídico. Aquél es el definido por la doctrina “como transformación, sino visible, sensible del mundo externo” (Remo Pannain); éste en cambio, siguiendo al mismo autor, es la ofensa o la lesión del interés penalmente protegido”. El resultado se presenta en sentido naturalístico en los delitos materiales, y en sentido jurídico en los formales.⁶²

⁶¹ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op, Cit. p. 231.

⁶² Citado por REYNOSO DAVILA, Roberto. TEORIA GENERAL DEL DELITO. Op, Cit. p. 26.

Respecto al resultado como se puede desprender de lo hasta aquí expuesto existen dos formas en las que se puede presentar; *formales y materiales*, formales son los delitos de simple actividad, como por ejemplo: la portación de arma prohibida. y materiales son aquellos que atacan intereses jurídicos, como por ejemplo: el robo donde se puede apreciar el daño que se ocasiona al patrimonio del pasivo afectado.

López Betancourt, dice: “nosotros consideramos, uniéndonos al criterio de Wezel, que la relación causal y el resultado pertenecen a la conducta, y deben ser considerados a nivel pretípico, por que la acción sin su efecto sería únicamente un querer interno, lo que no le interesa a nuestro derecho penal, porque como ya hemos mencionado, las intenciones o pensamientos no exteriorizados no son sancionados por la ley penal.”⁶³

Podemos agregar qué, al desplegar el agente su conducta de acción, ésta afecta a un bien jurídico, y esta afectación por el daño que cause puede ser de daño o de peligro, el primero afecta directamente, se ve el daño que ocasiona, el segundo únicamente pone en peligro el bien jurídico, sin menoscabarlo.

2.5.1.2 RELACION DE CAUSALIDAD.

Como hemos visto uno de los elementos de la acción es el nexo de causalidad, entre la conducta producida y el resultado obtenido.

La relación causal consiste en un nexo entre un elemento del propio hecho y una consecuencia de la misma, que viene a ser igualmente un elemento del hecho. Existe nexo causal cuando suprimiendo una de las condiciones no se produce el resultado. O sea, si se le suprime y no obstante se produce el resultado, quiere decir que no hay relación de causalidad.

⁶³ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORIA DEL DELITO. Op. Cit. p. 97.

La relación de causalidad es el nexo que existe entre un elemento del hecho y una consecuencia de la misma conducta: resultado. De aquí que el nexo causal, debe realizarse en el elemento material del delito, independientemente de cualquier otra consideración. Es decir deben concurrir para dar por existente el "hecho" elemento del delito: una conducta, resultado y relación de causalidad. En otros términos, con el estudio del elemento hecho, se resuelve únicamente el problema de la causalidad material; es el estricto cometido de la teoría del elemento material del delito y no otro, comprobar el nexo naturalístico entre la misma conducta y el resultado. Pero para que un sujeto sea responsable, no basta el nexo naturalístico, sino además, verificar la existencia de una relación psicológica entre el sujeto y el resultado y la reprochabilidad. Así pues una vez que se comprueben los elementos del hecho y consiguientemente la relación causal, es necesario la concurrencia de los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad. Por ello no podemos admitir que la culpa venga a ser un correctivo lo que es elemento, o sea aquello que es indispensable que concurra o se origine para que nazca el delito, pues en todo caso habría la misma razón para llamar correctivos a los restantes elementos del delito.⁶⁴

Podríamos reducir a dos las doctrinas sobre la causalidad:

- a) aquella que considera a todas las condiciones como causa del resultado, y
- b) las que entresacan de todas las condiciones, una como productora del resultado, en consideración de una nota temporal, cuantitativa o cualitativa.

Existen diversas doctrinas respecto a la causalidad de la conducta y el resultado; una es la *generalizadora*, la cual toma en cuenta todas las condiciones como causa del resultado, y la *individualizadora* que considera sólo a una de las condiciones como productora del resultado en relación, a una característica temporal cuantitativa o cualitativa.

En la teoría generalizadora también llamada teoría de la equivalencia de las condiciones, los autores explican que si se suprimiera una de las condiciones, el resultado no se produciría, es decir no concibe el resultado sin la participación de todas las condiciones.

⁶⁴ PORTE PETIT, Celestino. Op, Cit. p. 268.

Nuestros tribunales han establecido: “La teoría de la *conditio sine quanon*, equipara todas las causas y condiciones que concurren en la producción de un resultado, ya que todas cooperan a la producción, sin que ésto implique que al hacer la valoración jurídica de tales condiciones, a efecto de determinar la responsabilidad jurídico penal de cada uno de los cooperantes en el delito, no puedan valorarse, desde el punto de vista jurídico y de la reprochabilidad que implica la culpabilidad, en forma diversa dichas condiciones o causas que descubriesen en ellos una mayor culpabilidad, sin perjuicio de salvar desde el punto de vista de la causalidad la equivalencia causal de todas las condiciones en orden a la producción del resultado.”⁶⁵

Las teorías individualizadoras son:

- a) *Teoría de la última condición*: parte de un criterio temporal y se debe estimar como causa del resultado producido, la última condición realizada.
- b) *Teoría de la condición más eficaz*: esta teoría considera como la causa más eficaz, la condición que más contribuyó al resultado.
- c) *Teoría de la prevalencia, del equilibrio o de la causa decisiva de Binding*, según el criterio de esta teoría el mundo se rige sobre el equilibrio de fuerzas, el rompimiento de ese equilibrio es originado por aquellas fuerzas tendientes a modificarlo, frente a las que quieren conservarlo.
- d) *Teoría de la causa eficiente o de la cualidad*, distingue a la causa que tiene como su nombre lo dice la capacidad de ocasionar el resultado.
- e) *Teoría de la adecuación o causación adecuada*: para ésta, la conducta más adecuada para producir el resultado es la causa que debe tomarse en cuenta.

De todas las doctrinas antes referidas la mayoría de los autores están de acuerdo en que la más adecuada es la teoría generalizadora o de la equivalencia de las condiciones.

⁶⁵ ANALES DE JURISPRUDENCIA, LIV. p. 15. .

Así Jiménez de Asúa explica: “Apresurémonos a dejar sentado que, desde el punto de vista causal, ésta es la única tesis correcta. El principio de *conditio sine qua non*, ya formulado, es absolutamente indispensable para decidir sobre el nexo causal entre la acción humana y el resultado concreto. Cuando se contempla, pues la relación de causa a su aspecto filosófico y en su *aplicación causal* al Derecho Punitivo, no hay más teoría correcta que la de la equivalencia de las condiciones.”⁶⁶

2.5.1.3. DELITO DE OMISION.

Como ya se ha mencionado, el artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal define al delito como: “acto u omisión que sancionan las leyes penales”. De donde se observa que el elemento conducta se da de dos formas de forma activa o pasiva, es decir mediante un hacer o un no hacer, o sea una acción o una omisión. El mismo artículo en su párrafo segundo expone: “En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considera que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo, tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”.

La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a “un tipo de mandamiento” o “imposición”

La no realización de la conducta, debe ser así, voluntaria y no coaccionada y el sujeto produce el resultado con su inactividad, teniendo el deber jurídico de obrar. Los delitos de omisión al igual que los de acción, pueden lesionar bienes jurídicos tutelados por el derecho o solamente ponerlos en peligro.

⁶⁶JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op, Cit. p 243.

En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente. En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una ley dispositiva.

La omisión social y jurídicamente relevante está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia. No existe una omisión en sí sino, siempre en todo caso, la omisión de una acción determinada. De aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión: el paralítico no puede omitir la salvación de una persona que se está ahogando en el río. Omisión no es un simple no hacer nada, sino no hacer una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (finalidad y causalidad) deben estar a disposición del sujeto, para poder hablar de omisión. Las causas que excluyen la acción son también, al mismo tiempo, causas de exclusión de la omisión.

Como en la acción, en la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar; conclúyase en consecuencia, que los elementos de la omisión son: a) voluntad; y b) inactividad. La voluntad encaminase a no efectuar la acción ordenada por el derecho. La inactividad está íntimamente ligada a otro elemento, el psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado.⁶⁷

Los delitos de omisión consisten en la abstención del sujeto, cuando la ley ordena la realización de un acto determinado. Esta omisión es la conducta inactiva, es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente a una inactividad; para que esta omisión le interese al Derecho Penal, debe existir el deber jurídico de hacer algo.

De lo anterior podemos, decir que la omisión tiene cuatro elementos:

- 1.- Manifestación de la voluntad.
- 2.- Una conducta pasiva (inactividad).

⁶⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 157.

- 3.- Deber jurídico de obrar.
- 4.- Resultado típico jurídico.

Los delitos de omisión se clasifican en dos formas los de simple omisión o propios y los de comisión por omisión o impropios, respondiendo a la naturaleza de la norma, los primeros consisten en omitir la ley, violan una ley preceptiva, mientras que los segundos, en realizar la omisión con un resultado producido por la ley. La primera no produce un resultado material, la segunda sí.⁶⁸

Muñoz Conde⁶⁹ al referirse a la clasificación de los delitos de omisión expone tres formas en que pueden presentarse: “En derecho penal, el delito aparece de una triple forma.

- a) Como delito de omisión pura o propia, en los que se castiga la simple infracción de un deber de actuar, sin más, equivalen a los delitos de simple actividad.
- b) Como delito de omisión y resultado, en los que la omisión se vincula a un determinado resultado, con el que se conecta normalmente.
- c) Como delitos impropios de omisión, o de comisión por omisión, en los que, al igual que en los supuestos anteriores de la omisión, se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concreto, no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva, constituyendo pues un problema de interpretación, al dilucidar cuando la forma.

Los delitos de omisión, como ya sea explicado con anterioridad, lo constituyen la inactividad del sujeto, como lo puede ser el no denunciar un delito, estando obligado a hacerlo.

En estos delitos el deber jurídico de obrar se encuentra en la norma, el precepto, con la omisión lo que se incumple es lo establecido en dicha norma, ocasionando un resultado jurídico.

⁶⁸ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORIA DEL DELITO. Op, Cit. p 100.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op, Cit. p. 31.

Los delitos omisivos propios. En estos delitos, el contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber de actuar. Paradigma de este tipo de delitos es la omisión del deber de socorro. En ellos el deber de actuar surge en el plano objetivo de la presencia de una situación típica que exige una intervención. La no prestación de una intervención (no socorrer), determina el incumplimiento de los elementos objetivos del tipo de injusto de este delito omisivo, al que suelen añadirse otros elementos que delimitan al ámbito de exigencia (poder hacerlo sin riesgo propio ni de tercero). En el ámbito subjetivo, la imputación a título de dolo requiere el conocimiento de la situación típica y de las posibilidades de intervención que el supuesto tiene, y al sustraerse conscientemente a pesar de ese conocimiento a la obligación de actuar. La imprudencia generalmente no punible, puede surgir, tanto de la negligencia en la apreciación de la situación típica (creencia errónea en la falta de gravedad de un accidente) o de las propias posibilidades de intervención, como en la falta de cuidado en la ejecución de la acción mandada.⁷⁰

En los delitos de comisión por omisión o impropios, dice Castellanos hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas; una preceptiva y otra prohibitiva. En los delitos de comisión por omisión, es necesario un resultado material una mutación en el mundo exterior mediante un no hacer lo que el derecho ordena.⁷¹

En la omisión impropia o comisión por omisión, la inactividad del sujeto causa un cambio material en el exterior, se viola una norma preceptiva y una prohibitiva. Se trata de fincar la responsabilidad de un evento externo y positivo a un sujeto, quien se ha abstenido de realizar una conducta exigida por la ley, como es el caso de la madre que deja de alimentar a su pequeño hijo y con esta inactividad produce la muerte del menor, se está violando una norma preceptiva, la cual ordena a los padres suministrar alimentos a sus hijos, produciendo un resultado material al causar la muerte del menor; violando una norma prohibitiva de “no matar”.⁷²

⁷⁰ Ibidem. p. 32.

⁷¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 154.

⁷² LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORIA DEL DELITO. Op, Cit. p. 101 y 102.

Muñoz Conde⁷³ al referirse a los delitos de comisión por omisión aclara: “Como ya se ha dicho, una problemática especial, dentro de los delitos de omisión, presentan los llamados de comisión por omisión, o impropios de omisión. En ellos el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe o prohíbe un comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalente, desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, también en la descripción típica del comportamiento prohibido, determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido. Así por ejemplo, nadie duda de incluir en la acción típica del infanticidio (matar a un recién nacido) el comportamiento de la madre que deja morir al recién nacido. Sin embargo no siempre hay unanimidad a la hora de equiparar la omisión de la acción, respecto de un resultado prohibido, y constituye una de las cuestiones más discutidas en la dogmática jurídico penal, cual es el fundamento de esa equiparación, y cuales son los límites de la misma.”

Los elementos de la comisión por omisión u omisión impropia, puede decirse que son los mismos que los de la omisión propia, con excepción del resultado el cual es material:

- 1.- Manifestación de la voluntad.
- 2.- Conducta pasiva (inactividad).
- 3.- Deber jurídico de obrar.
- 4.- Resultado material.

Porte Petit⁷⁴ hace una exposición de las principales diferencias entre los delitos de omisión y los de comisión por omisión y dice:

- a) Con la omisión simple se viola una norma preceptiva penal. En los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva o de otra rama del derecho y una prohibitiva.
- b) En los delitos de omisión simple existe un resultado típico y en los de comisión por omisión un resultado típico y material.

⁷³ MUÑOS CONDE, Francisco. Op, Cit. p. 33.

⁷⁴ PORTE PETIT, Celestino. Op, Cit. p. 157 y 158.

c) En los delitos de omisión simple, lo que se sanciona es la omisión, a diferencia de los de comisión por omisión, en los que se sanciona no la omisión en sí sino el resultado producido por ésta.

En otros términos, en los delitos de omisión simple, el delito lo constituye la violación de la norma preceptiva; en tanto en los de comisión por omisión, lo constituye la violación de la norma prohibitiva.

d) El delito de omisión simple es un delito de mera conducta y el de comisión por omisión es de resultado material.

El problema de la relación causal en la acción, es opuesto al de la omisión, pues en la causalidad de la acción, si suprimimos una de las condiciones el resultado no se produce, en tanto que en la causalidad de la omisión, si suprimimos la acción esperada y exigida, el resultado se produce.

Respecto de la relación causal en los delitos de omisión existen diversas teorías:

- a) Teoría del aliud actum, agere o facere, contemporánea o diversa.
- b) Teoría de la acción precedente.
- c) Teoría de la interferencia y teoría de la omisión misma.

Teoría de la acción contemporánea. Apunta que la causalidad la encontramos en el acto positivo realizado por el sujeto al abstenerse e una conducta esperada y exigida por la ley, y el resultado producido por la acción va aliado a la omisión.

En esta teoría se sostiene que la causa debe encontrarse en la acción que lleva a cabo el omitente, en vez de realizar la acción esperada y exigida. Teoría inaceptable por que no puede encontrarse el nexo causal, en la acción esperada o diversa, sino en la omisión, al no realizar la acción esperada y exigida.

La Teoría de la acción precedente. Sostiene que la causalidad se encuentra entre el acto precedente a la omisión y el resultado.

La teoría de la acción precedente consiste en que al realizar el sujeto una conducta se coloca en la obligación de realizar una acción esperada y exigida, para evitar el resultado.

Teoría de la interferencia. Esta se fundamenta indudablemente en la acción psíquica del agente del delito, que origina en virtud de contener, reprimir el impulso a realizar la acción esperada y exigida, es decir a obrar, teoría que como se advierte en la doctrina, falla frente a la culpa sin representación, o inconsciente, habida cuenta que en esta forma de culpabilidad no existe una actividad psíquica.⁷⁵

Teoría de la omisión misma. Se basa en la concepción normativa, y sostiene que la relación causal se encuentra en ésta y el resultado producido.

2.5.2. AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia de conducta es el aspecto negativo de la propia conducta, y ésta abarca tanto a la acción como a la omisión.

Si el comportamiento humano es el primer elemento del delito, que tiene que concurrir para que puedan añadirse las demás categorías de antijuricidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, su falta exime la necesidad de preguntar por estas otras.

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

⁷⁵ Ibidem. p. 277 y sig.

La ausencia de acción en la teoría finalista la encontramos cuando no se presentan las fases en que se puede dar la acción, es decir, cuando el sujeto no se ha planteado la realización de un fin, no ha seleccionado los medios para lograrlo, o no ha considerado los efectos concomitantes que pertenecen a la acción propuesta, sino que el resultado se produce en virtud de un mero proceso causal, en el cual la finalidad no tuvo que ver (fase externa), como puede suceder en el llamado caso fortuito.

La teoría finalista acepta como casos de ausencia de conducta, a la fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta*); a los movimientos reflejos; a los estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, la hipnosis). En el caso de los estado de inconsciencia incluye el problema de las llamadas *acciones liberae in causa* en que lo relevante penalmente es el actuar finalista precedente.⁷⁶

La ausencia de conducta se presenta por:

1. Vis absoluta o fuerza física irresistible.
2. Vis maior o fuerza mayor.
3. Movimientos reflejos.

Y para algunos autores también se presenta dicha ausencia con:

1. El sueño.
2. El hipnotismo.
3. El sonambulismo.

Porte Petit ⁷⁷ al referirse a la vis absoluta o fuerza física irresistible dice: “En efecto la fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta. Esta involucra una actividad o inactividad voluntarias. De tal manera que la fuerza física hace que el individuo realice un hacer o un no hacer, que no quería ejecutar. En consecuencia si hay fuerza irresistible la actividad o inactividad forzadas no pueden consistir en una conducta, por faltar uno de sus elementos: la voluntad. Se ha estimado y con razón que en estos casos el hombre actúa como

⁷⁶ ORELLANA WIARCO, Octavio. Op. Cit. p. 95.

⁷⁷ PORTE PETIT, Celestino. Op. Cit. p. 323.

instrumento, como actúa la pistola, el puñal, la espada, etc., en la mano del hombre para realizar un delito, y sancionar al individuo cuando actúa por fuerza física irresistible, es tanto se dice, como sancionar a cualquiera de los instrumentos de que se valiera el delincuente.

La Suprema Corte de Justicia señala respecto a la vis absoluta que: “De acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actúo en virtud de una fuerza física irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es voluntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no pueda resistirla y se ve obligado a ceder ante ella.” (Semanao Judicial de la Federación, XCIII, p. 2018.)

Esta fuerza física irresistible es un aspecto negativo de la conducta; el sujeto, a través de ésta va a realizar una acción u omisión, que no quería ejecutar, por lo tanto esta situación no puede constituir una conducta, por falta de la voluntad del sujeto, elemento esencial de la conducta.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal se refiere a este aspecto negativo en el artículo 15 donde dice: El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente... de donde se desprende claramente que sin la voluntad del agente no se puede integrar el elemento conducta.

La vis maior, constituye otro aspecto de ausencia de conducta y en esencia es igual que la vis absoluta o fuerza física, con la diferencia de que en la primera la fuerza irresistible proviene de un hecho de la naturaleza y la segunda se da por una fuerza irresistible procedente del hombre.

En la vis maior como en la vis absoluta, no hay voluntad en el sujeto, la diferencia estriba en que en la vis absoluta, es una fuerza irresistible proveniente del hombre, mientras la vis maior es una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.⁷⁸

Si comparamos a la vis absoluta y la vis maior, se observa que en ambas hay ausencia de voluntad y por ende fuerza mayor igualmente constituye un aspecto negativo de la conducta,

En la vis absoluta y vis maior hay:

- a) Una fuerza,
- b) física,
- c) exterior,
- d) irresistible.

Los movimientos reflejos son otra causa de ausencia de conducta, por que al igual que en los anteriores tampoco participa la voluntad del sujeto.

Para algunos penalistas son aspectos negativos de la conducta: El sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias. Otros especialistas los sitúan entre las causas de inimputabilidad.⁷⁹

Si la conducta esta ausente evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impositivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como todo problema jurídico. Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal.

⁷⁸ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, Cit. p. 108.

⁷⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 165.

Con referencia al texto original de la fracción I del artículo 15 del Código Penal, decíamos que no era indispensable, la inclusión en la ley de todas las formas de la excluyente de responsabilidad por ausencia de conducta, pues cualquiera capaz de eliminar ese elemento básico del delito, impediría la integración de éste, con independencia de lo que dijera o no el legislador expresamente en el capítulo de las eximentes; por ende siempre hemos admitido las excluyentes supralegales por falta de conducta.⁸⁰

2.5.3. TIPICIDAD.

La tipicidad es comúnmente conocida como la adecuación de la conducta al tipo.

En este orden de ideas varios autores han dado su definición de lo que es tipicidad. Para Castellanos “La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.”⁸¹

Para Muñoz Conde tipicidad es “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente *nullum crimen sine lege*, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tal.”⁸²

La importancia de la tipicidad es fundamental ya que si no hay adecuación de la conducta al tipo, no hay delito.

Debemos tener cuidado de no confundir tipicidad con tipo; la primera se refiere a la conducta, y el segundo pertenece a la ley, a la descripción o a la hipótesis plasmada por el

⁸⁰ *Ibidem*. p. 164.

⁸¹ *Ibidem*. p. 168.

⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco. Op, Cit. p. 39.

legislador sobre un hecho ilícito; es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia de un delito.

Jiménez de Asua⁸³ Respecto de la evolución del concepto de tipo dice que ésta se ha dividido en tres fases:

En su primera fase la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, absolutamente separada de la antijuricidad y de la culpabilidad. “Matar a un hombre” es el tipo del delito de homicidio. Es una mera descripción. Establecer si la muerte fue contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizó en legítima defensa, es función valorativa que se concreta en la característica del delito llamada antijuricidad. Finalmente el juicio que permite la atribución a ser imputable del acto cometido y de reprochárselo a título de dolo o de culpa, se hace en virtud de la culpabilidad. Béling modificó y amplió su Teoría del Tipo en 1930, manteniéndole no obstante su papel independiente de mera función descriptiva.

La segunda fase de la Teoría de la tipicidad se halla expuesta en el aludido “Tratado de Derecho Penal” de Mayer, que aparece en 1915. En este libro uno de los más geniales que se han escrito sobre nuestra disciplina, resurge la doctrina del tipo. Pero para él la tipicidad no es ya una mera descripción, atribuyéndole un valor indiciario. Sigue manteniendo la independencia entre la tipicidad y la antijuricidad, pero afirma que el hecho de que una conducta sea típica, es ya un indicio de la antijuricidad.

La tercera fase, extremadamente opuesta a la concepción de Béling se haya representada por Edmundo Mezger. Aunque desde 1926 comenzó a constituir su doctrina, ésta recibe organización definitiva en 1931, cuando publica su “Tratado de Derecho Penal”. La teoría de Mezger transparenta ya clara en su definición del delito “acción típicamente antijurídica y culpable”. Puesto que para Mezger no es ya el delito una acción típica, antijurídica etc., es decir, un conjunto de características independientes, sino que constituye en primer término, una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la tipicidad no se hace en sección o capítulo propio, sino que por el contrario, se incluye en la antijuricidad, tratada primero como “injusto

⁸³ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op, Cit. p. 256 y sig.

objetivo” y después como “injusto tipificado”. En la concepción de Mezger la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que *ratio cognoscendi* de la antijuricidad llegando a constituir la base real de ésta; es decir su *ratio essendi*. En verdad Mezger subraya que la “antijuricidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo” puesto que pueden existir acciones que no sean antijurídicas, pero en cambio es esencial la antijuricidad, la tipificación.

Para el finalismo, la tipicidad es el elemento del delito más relevante; al igual que el sistema tradicional, la tipicidad es la cualidad que se atribuye a una acción cuando es subsumible al supuesto de hecho de una norma penal, o lo que es lo mismo, adecuación de la acción (u omisión) al tipo.

Wezel plantea, en su sistema finalista que la acción humana se caracteriza por tener siempre una finalidad; el legislador cuando tipifica las acciones delictivas, lo hace pensando, no en un proceso causal simple, sino en un proceso causal regido por la voluntad dirigida a un fin, lo anterior tiene como consecuencia que tanto el dolo como la culpa, que en el sistema tradicional son formas de culpabilidad, pasan a formar parte del tipo de injusto como elementos subjetivos de éste.⁸⁴

La tipicidad está fundamentada en el artículo 14 de nuestra Constitución en su párrafo tercero dice: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”

El tipo es el amoldamiento de una conducta realizada a la descripción que hace el legislador de dicha conducta.

Así también el tipo tiene diversas modalidades de la conducta, como pueden ser el tiempo, lugar, referencia legal a otro ilícito, así como a los medios empleados. que de no darse, tampoco será posible se dé la tipicidad.

⁸⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 170.

Para cumplir su función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida. Para ello hay que utilizar un lenguaje claro y preciso asquible al nivel cultural medio. Se debe ser parco en la utilización de los elementos *normativos* (“acrededor”, “insolvencia”; “ajenidad”, etc.) que implican siempre una valoración y, por eso, un cierto grado de subjetivismo, y emplear sobre todo elementos lingüístico descriptivos que cualquiera puede apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo “matar”, “daños”, “lesiones”, etc., aunque realmente es imposible desterrar los elementos normativos e incluso los puramente descriptivos, como el de, “morada”, en el allanamiento de morada están necesitados de valoración para ser aplicados en la práctica ⁸⁵.

Los autores señalan que los elementos del tipo se reducen a tres: la acción, los sujetos y el objeto.

Santiago Mir Puig ⁸⁶ al referirse a la acción menciona que toda acción típica debe integrarse de las dos componentes necesarias de toda acción:

a) *Parte objetiva*, que abarca la conducta externa. En los delitos de resultado, es preciso que éste se produzca en términos tales que pueda ser *imputado objetivamente* a la conducta. Sin embargo el resultado no pertenece a la acción, sino que es un efecto separado y posterior a ella.

b) *Parte subjetiva* constituida siempre por la voluntad bien dirigida al resultado (en los delitos dolosos de resultado), bien a la sola conducta (en los delitos imprudentes y en los de mera actividad) y a veces por especiales *elementos subjetivos* (por ejemplo: “el ánimo de ocultar su deshonra” en la madre que mata a su hijo recién nacido, necesario para que concurra el delito de infanticidio).

Sujeto activo. El delito como obra humana, siempre tiene un autor, aquél que precisamente realiza la acción prohibida. Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones como “el que” o “quién”. En estos casos sujeto activo del delito puede ser cualquiera

⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. p. 44 y 45.

⁸⁶ MIR PUIG, Santiago. DERECHO PENAL. (Parte General), 2a Ed. Editorial Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1985. p. 162..

(delitos comunes). al margen de que después pueda o no ser responsable del delito en cuestión. si tiene las facultades psíquicas mínimas necesarias para la culpabilidad.⁸⁷

En algunos tipos se plantea sin embargo. algunas cuestiones en relación con el sujeto activo.

En primer lugar tenemos los delitos plurisubjetivos, en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien concurriendo uniformemente para la consecución del mismo (delitos de convergencia: rebelión, asociación ilícita), bien autónomamente como parte de una misma relación delictiva (delitos de encuentro: el cohecho, en el que interviene el funcionario y la persona que lo soborna).

López Betancourt⁸⁸ hace alusión a los sujetos y señala que: Dentro de los sujetos se ha establecido que deben concurrir tres sujetos: 1) el sujeto activo, es quien realiza la conducta delictiva; 2) el sujeto pasivo, sobre el cual recae la actuación del sujeto activo. Ante ello 3) el Estado es llamado a reaccionar con la aplicación de una pena. [y agrega] La mayoría de los autores destacan la importancia de estos tres sujetos en toda norma penal, describiendo la conexión existente entre ellos como un conjunto de expectativas recíprocas, ya que cada uno de ellos espera de los otros no sólo determinados comportamientos sino también la existencia de espectadores frente a él.

Objeto. Debe distinguirse entre *objeto material* (u objeto de la acción) y *objeto jurídico*. El primero se halla constituido por la persona o cosa sobre la que recae materialmente la acción por lo que también se conoce como *objeto de acción*. Puede coincidir con el sujeto pasivo (por ejemplo en el homicidio o en las lesiones), pero no es preciso (ejemplo: en el delito de hurto es la cosa hurtada, mientras que el sujeto pasivo es la persona a quien se hurta).⁸⁹

⁸⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. p. 47.

⁸⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORÍA DEL DELITO. Op, Cit. p.128.

⁸⁹ MIR PUIG, Santiago. Op, Cit. p.164.

En el *objeto Jurídico* equivale al bien jurídico, es decir al bien objeto de la protección de la ley. No equivale al objeto material. Ejemplo: en el delito de hurto el objeto jurídico es la *propiedad* de una cosa, en tanto que el objeto material es la *cosa* hurtada.

López Betancourt⁹⁰ se refiere a los elementos subjetivos, objetivos y normativos, los que en síntesis explica de la siguiente forma:

Objetivos. Al referirnos al elemento objetivo del tipo penal, estamos hablando de la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo; como hemos dicho con anterioridad, el tipo penal tiene un carácter descriptivo, pero esto no quiere decir que sea únicamente una descripción externa, ya que siempre que estemos describiendo una conducta humana habrá de tomarse en cuenta el elemento subjetivo. El elemento objetivo se identificará con la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerida por el tipo penal. Es un concepto tomado del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describe objetos del mundo real.

Normativos. Los elementos Normativos ofrecen una mayor libertad al juez, ya que requieren una valoración para ser completados con un contenido capaz de ser aplicado. En este caso, el legislador no espera que el juez Justiprecie, según su criterio, sino que debe exponer en sus sentencias, las evaluaciones que existen en la sociedad. En la aplicación de los elementos normativos del tipo, el legislador ha introducido conceptos jurídicos indeterminados, en los cuales puede salvaguardarse el requisito de la vinculación del juez a la ley, basando la apreciación en conceptos valorativos generalmente admitidos.

Subjetivos. Los elementos subjetivos van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir, atienden a las circunstancias que se dan en el mundo interno en la psique del autor.

⁹⁰ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORIA DEL DELITO. Op, Cit. P. 128 y sig.

Los elementos subjetivos del tipo penal surgen de la misma naturaleza del hombre, ya que éste es un ser esencialmente pensante, que ante la ejecución de la mayoría de sus actos, siempre va a participar su psique, elemento subjetivo del tipo penal

2.5.3.1. EL TIPO DE INJUSTO IMPRUDENTE.

El tipo de injusto de la imprudencia, se determina por cuatro elementos; primero, la posibilidad de advertir el peligro de realización del tipo; segundo, la actuación que en vista de este peligro no observa el cuidado objetivamente requerido; tercero (en los delitos imprudentes de resultado), la producción del resultado típico, en la medida en que éste se deba a la inobservancia del cuidado; y, cuarto, debe concurrir además la exigencia de culpabilidad imprudente.⁹¹

2.5.4. AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

Jiménez de Asúa menciona que la ausencia de tipo presupone la absoluta posibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica.

Existe una distinción entre la ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos.

⁹¹ Ibidem. p. 137.

Podría considerarse que el delito putativo es un caso de ausencia de tipo penal, aunque para muchos autores, se trata de una causa de inculpabilidad por error de hecho. El delito putativo consiste en la comisión de un hecho en la convicción de que constituye una infracción punible siendo que no lo es.

Respecto de las causas de atipicidad, para los finalistas se presenta cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo, y mencionan los siguientes:

a) Por ausencia de un elemento objetivo, sea por:

1. Falta del número o calidad del sujeto activo.
2. Falta del número o calidad del sujeto pasivo.
3. Falta del bien Jurídico tutelado.
4. Falta de acción u omisión
5. Falta de resultado típico en los delitos que exigen resultado.
6. Falta de elementos normativos.
7. Falta de circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidos en el tipo.

b) Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos, sea por:

1. Falta de dolo o de culpa.
2. Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo (falta de la tenencia, ánimo, etc.)

El sistema causalista señala casi las mismas causas de atipicidad, por la falta de los elementos objetivos, a que se refiere el sistema finalista, sin embargo difieren fundamentalmente en que el sistema finalista incluye como causas de atipicidad, la ausencia de dolo, o de otros elementos subjetivos distintos del dolo, por ubicar el dolo y la culpa como elementos subjetivos de acción típica.⁹²

⁹² ORELLANA WIARCO, Octavio. Op, Cit. p.102.

La atipicidad se dará cuando se presentan los elementos negativos del tipo penal:

- I. Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho.
- II. Ausencia de la calidad del sujeto activo exigido en el tipo.
- III. Ausencia de la calidad del sujeto pasivo exigido por el tipo.
- IV. Ausencia del objeto jurídico.
- V. Ausencia del objeto material.
 - a) De referencias temporales.
 - b) De referencias espaciales.
 - c) De referencias a otro hecho punible.
- VI. Ausencia de las modalidades de la conducta
 - d) De referencias a otra índole exigida por el tipo.
 - e) De los medios empleados.
- VII. Ausencia de elemento normativo.
- VIII. Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

Como consecuencia de la atipicidad podemos citar en tres hipótesis los efectos de la misma:

- a) No integración del tipo.
- b) Traslación de un tipo a otro tipo.
- c) Existencia de un delito imposible.

Jiménez de Asúa⁹³ menciona que la ausencia de tipo presupone la absoluta posibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica.

⁹³ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op. Cit. p. 284.

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en su fracción II, se refiere a la ausencia de tipo al manifestar el delito se excluye cuando:

II. Falta alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate.

El tipo penal esta compuesto de elementos, los que al no integrarse, originan la atipicidad, o sea la adecuación o conformidad a lo prescrito en el tipo, de tal manera, que la ausencia de cualquier elemento típico acarrearía la atipicidad, dándose así por ejemplo este aspecto negativo, por falta del elemento material, del presupuesto del delito, de la calidad en el sujeto activo o pasivo, por ausencia de modalidades de la conducta, consistente en las referencias temporales, espaciales a otro hecho punible, de otra índole exigida por el tipo o de los medios empleados, por falta del elemento normativo o subjetivo del injusto.

2.5.5. ANTIJURIDICIDAD.

Respecto de la antijuridicidad, existen varias tesis:

- a) La que afirma que constituye un carácter del delito;
- b) La que sostiene que es un elemento del delito;
- c) Qué constituye un aspecto del delito; y
- d) Qué es el delito en sí.

Para efectos de este trabajo, nosotros nos inclinaremos hacia la segunda de las tesis, que sostiene que la antijuridicidad es un elemento del delito.

Castellanos define la antijuridicidad al manifestar: “como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a derecho.”⁹⁴

⁹⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 178.

La antijuridicidad es lo contrario a derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por la ley, no protegida por causas de justificación, establecidas de manera expresa en la misma.

La Antijuridicidad de un comportamiento típico se define como la realización del tipo no amparada por causa de justificación: todo comportamiento típico será antijurídico a menos que este autorizado por una causa de justificación. Esto rige tanto para el delito de comisión como para uno de omisión. En la práctica se presentarán con mayor frecuencia casos de estado de necesidad por colisión de deberes: el de garante (que impone la realización de la acción tendiente a evitar el resultado). Y otro deber que en el mismo momento imponga al autor otro comportamiento excluyente de aquel. A tal respecto sólo cabe apuntar al margen que la teoría más moderna admite la existencia de un estado de necesidad justificante en los casos de colisión de deberes de igual jerarquía, pues se afirma, con razón, que quien de todos modos cumple con un deber no obra antijurídicamente. Este punto de vista es válido inclusive en aquellos códigos penales que regulan el estado de necesidad por colisión de bienes, atribuyéndole efecto justificante sólo a la acción que sacrifica el bien menor para salvar el mayor. La diferencia de soluciones radica en la naturaleza de la colisión de deberes.⁹⁵

La antijuridicidad ha sido dividida en dos corrientes, la primera denominada positivismo jurídico y otra positivismo sociológico. La primera considera a la antijuridicidad como concepto legal y la denomina "formal"; la segunda como un concepto sociológico, denominándola "material".

El delito, en cuanto constituye un acto injusto, es como la infracción civil, un acto punible contrario a derecho. El delito es, pues, contrario al derecho. Es reprobación jurídica que recae sobre el acto, es doble: Primero, el acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es trasgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. Segundo el acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.⁹⁶

⁹⁵ BASIGALUPO, Enrique. Op, Cit. p. 267.

⁹⁶ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op, Cit. p. 299.

A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuricidad formal. La antijuricidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuricidad material. Antijuricidad formal y material no son sino aspectos del mismo fenómeno.⁹⁷

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo Franz Von List ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Porte Petit se refiere a si la antijuridicidad es objetiva o subjetiva y expone: “La antijuridicidad se dice que es objetiva, y que existe cuando una conducta o un hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad. La circunstancia de que la antijuridicidad tenga naturaleza objetiva, tan sólo significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o del hecho.”⁹⁸

En consecuencia, la teoría de la antijuridicidad objetiva es a juicio de un sector doctrinal la única que tiene validez, pues la antijuridicidad es independiente, autónoma de la culpabilidad. Para que exista delito, es indispensable la culpabilidad, pero ésta no la es para la existencia de la antijuridicidad. De aquí que ésta última, de acuerdo con la prelación lógica entre las notas características del delito, es presupuesto de la culpabilidad, sin que a su vez, la culpabilidad, lo sea de la antijuridicidad. Una conducta no puede ser culpable si no es antijurídica, pero puede ser antijurídica sin ser culpable, dándose en este último caso una hipótesis de inculpabilidad.

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op, Cit. p. 84.

⁹⁸ PORTE PETIT, Celestino. Op, Cit. p. 379.

2.5.6. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Siguiendo el método adoptado consistente en señalar el aspecto negativo de cada elemento del delito, nos referiremos a las causas de justificación que vienen a ser el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Las causas de Justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta alguno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminadoras de la antijuridicidad, causas de licitud etc.

Jiménez de Asúa define a las causas de justificación de la siguiente forma “Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios a derecho, que es el elemento más importante del crimen.”⁹⁹

El ordenamiento Jurídico no sólo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan realizar un hecho, en principio, prohibido. En Derecho Penal la existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido, por cuanto el tipo constituye o describe la materia de prohibición, es decir, aquél o aquellos hechos que el legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos. Pero en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan. En estos casos, el indicio de la antijuridicidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, es decir, por una causa de exclusión de la antijuridicidad que convierte el hecho, en si típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con las causas de inculpabilidad, las de justificación no sólo

⁹⁹ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op, Cit: p. 306.

impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, sino que convierten ese hecho en lícito, aprobado por el ordenamiento jurídico.¹⁰⁰

De esta situación se derivan importantes consecuencias:

- a) Frente a un acto justificado no cabe legítima defensa, ya que ésta supone una agresión antijurídica.
- b) Las causas de Justificación impiden que el autor del hecho justificado pueda imponérsele una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción, ya que su hecho es lícito en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico.
- c) La participación en un acto justificado del autor está también justificada.
- d) La existencia de una causa de justificación exime la comprobación de la culpabilidad del autor, ya que la culpabilidad sólo puede darse una vez comprobada la existencia de la antijuricidad.
- e) El ámbito de las causas de justificación se extiende hasta donde llega la protección normativa del bien que, por renuncia de su titular o por mayor importancia de otro, se permite atacar. Toda extralimitación en el ejercicio de una causa de justificación o lesión de un bien extraño será, por lo tanto, antijurídica.

Respecto de la esencia de las causas de justificación existen diversas opiniones dentro de las cuales se destacan las expuestas por Mezger y Jiménez de Asúa.

Mezger, considera la desaparición del interés que en otro caso sería lesionado por el injusto, o surge frente a este interés otro de mayor valor, transformando a la conducta conforme al derecho, lo que en otro caso hubiera constituido un injusto. Para este autor, las causas de justificación se basan en la falta de antijuridicidad, según el principio de la ausencia de interés, o por la preponderancia de un bien jurídicamente tutelado.¹⁰¹

¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. p. 91.

¹⁰¹ Citado por LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORÍA DEL DELITO. Op. Cit. p. 155.

Por otra parte, Jiménez de Asúa expone que el fundamento de las causas de justificación se encuentra en la preponderancia del interés, ya sea porque es de mayor interés jurídico-social, en el caso del que triunfa en la legítima defensa o el que se actúa al ejecutar un derecho o cumplir un deber; o porque es superior al bien jurídico salvaguardado en el estado de necesidad y en los casos de justificación suprallegal.¹⁰²

Las Justificantes no deben ser confundidas con otras eximientes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación, son objetivas referidas al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personales e intransitivas.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal contempla las causas de justificación en su artículo 15 fracciones IV, V y VI, diciendo lo siguiente:

Artículo 15. El delito se Excluye cuando.

I.-...

II.- ...

III.-...

IV.- Se repela una agresión real, actual e inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer un derecho, y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

¹⁰² *Ibidem.* p. 155

A las eximentes de responsabilidad no expresamente destacadas en la ley se les llama “supralegales” la doctrina designa así a las causas impeditivas de la aparición de algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma específica.

Al respecto el Maestro Castellanos dice: La enumeración expresa de las causas excluyentes de responsabilidad en la ley no tiene carácter limitativo; antes bien es puramente enunciativa. Todas aquellas causas que impidan la aparición de alguno de los elementos del delito evitarán su configuración.¹⁰³

Las causas de justificación como ya se señaló se encuentran contempladas en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en las fracciones de la IV a la VI, y básicamente son tres a) La legítima defensa; b) El estado de necesidad y c) Cumplimiento de un deber.

Hablar, de estos tres tipos de causas de justificación podría ser materia de gran estudio, pero para el fin de este trabajo, únicamente nos referiremos a ellas de forma resumida.

2.5.6.1. LEGITIMA DEFENSA.

La legítima defensa es una de las causas de justificación de mayor importancia; las diversas definiciones dadas por los autores son muy semejantes. Para Jiménez de Asúa es *repulsa de la agresión legítima, actual o inminente, por el atacado a tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla.*¹⁰⁴ La legítima defensa es la repulsa de una agresión ilegítima y actual o inminente por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de defensa de la persona o de los bienes o intereses jurídicos en inminente peligro de daño y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla, siempre que el agredido o quien ejerza la defensa no haya provocado la agresión, ni exista otro medio más práctico y racional para evitarla.¹⁰⁵

¹⁰³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 185.

¹⁰⁴ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op, Cit. p. 311.

¹⁰⁵ REYNOSO DAVILA, Roberto. Op, Cit. p. 123.

Muñoz Conde expresa respecto de la naturaleza de la legítima defensa, que como causa de justificación parece fuera de duda, pero durante mucho tiempo estuvo confundida con las causas de inculpabilidad, planteándose como un problema de miedo de perturbación del ánimo en el que se defiende, porque es objeto de un ataque. Pero en la medida en que la defensa sea respuesta proporcionada a una agresión injusta, no cabe duda de que cualquiera que sea la actitud anímica, del que se defiende existe auténtica causa de justificación que legitima el acto realizado.¹⁰⁶

Según la Suprema Corte de Justicia la legítima defensa es considerada como causa de licitud con base en un interés preponderante, sosteniendo que ésta implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que salvaguarda el interés preponderante, y aún cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales, de todas formas el defensor restablece el derecho atacado mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante. Semanario judicial de la Federación IX P. 82. Sexta Epoca. Segunda parte.

Como ya hemos dicho en líneas anteriores, la legítima defensa se encuentra contemplada en nuestra legislación en el Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, como una de las causas de exclusión del delito al señalar: “Art. 15. El delito se excluye cuando; Fracción IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente o inmediata por parte del agredido o de la persona de quien se defiende”.

De la definición señalada podemos darnos cuenta que la legítima defensa tiene los siguientes elementos:

- a) Una agresión injusta y actual.
- b) Un peligro inminente de daño, derivado de la agresión sobre bienes jurídicamente tutelados; y
- c) Repulsa de dicha agresión.

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. p. 102.

Al respecto el maestro Carranca¹⁰⁷ menciona como elementos de la legítima defensa:

- a) una agresión actual, inminente, violenta y sin derecho;
- b) contra una persona, su honor y sus bienes, entendiéndose por estos últimos los económicos, pues al decir "Honor", se comprende el patrimonio moral o espiritual;
- c) el rechazo de esa agresión, verificado por el agredido o por un tercero;
- d) que el agredido no haya dado causa inmediata o suficiente para la agresión; y
- f) que no la haya previsto o podido fácilmente evitar por otros medios legales.

Llenados todos los requisitos anteriores, la consecuencia es la inincriminación.

El artículo 15 mencionado en su fracción IV párrafo segundo, hace referencia a las presunciones de la legítima defensa al preceptuar: "Se presumirá como legítima defensa, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar de la gente, al de su familia, a sus dependencias, o a las de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentren en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión".

2.5.6.2. ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad es la segunda forma contemplada por nuestra legislación como causa de justificación y se define, según Cuello Calón, como el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.¹⁰⁸

El maestro Porte Petit dice que estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona a otro bien, igualmente amparado por la ley. Existe el estado necesario, cuando haya la necesidad

¹⁰⁷ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op, Cit. p.537.

¹⁰⁸ Citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 203.

de salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado, de un peligro grave, actual o inminente, lesionando otro bien igualmente amparado por la ley, siempre que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo y no sea el peligro ocasionado dolosa o culposamente por el propio agente.

La fracción V del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal se refiere al estado de necesidad como causa de justificación del delito, diciendo que éste se excluye cuando: “Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de igual o menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.”

El maestro Carrancá también se refiere a los elementos del estado de necesidad y expresa que son tres los elementos de éste: Una necesidad, un peligro y los medios de que aquélla se vale para conjurar éste. En otros términos, se requiere la necesidad de la acción, es decir que el mal que amenace deba sobrevenir en caso de inacción por no haber medio de evitarlo si no es causando el perjuicio; se requiere la existencia de un peligro cierto, injusto e inminente, por lo que el mal que amenace no ha de estar impuesto por la ley ni estar el sujeto jurídicamente obligado a afrontarlo; y por último que haya desproporcionalidad entre el bien que se trata de salvar y el que se tiene que sacrificar, correspondiendo al primero jerarquía de mas alto valor.¹⁰⁹

Entre el estado de necesidad y la legítima defensa existen las siguientes diferencias:

- a) El estado de necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto la defensa es reacción contra el ataque;
- b) En la legítima defensa hay agresión, mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella;
- y
- c) La legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión), y otro lícito (la reacción); en el estado de necesidad, no existe tal lucha sino un conflicto entre intereses legítimos.

¹⁰⁹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit. p. 574.

Como ejemplos del estado de necesidad comúnmente se conocen casos específicos como los son:

a) El Aborto Terapéutico. El artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal dispone: “No se aplicará sanción cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.”

b) El robo de Famélico. El artículo 379 del Código Penal para el Distrito Federal establece “No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.”

Castellanos, respecto del robo de famélico menciona: para nosotros es una verdadera causa de justificación por estado de necesidad, pues existe una colisión de intereses tutelados jurídicamente. Por una parte, el derecho del necesitado de lo ajeno, que puede ser de tanta importancia como la misma conservación de la vida; y, por la otra, el derecho del propietario de los bienes atacados. Nuevamente nos encontramos en presencia del principio del interés preponderante.

2.5.6.3. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO

Otra de las causas de justificación del delito es el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, éstos, se encuentran contemplados dentro de la fracción VI del artículo 15 del ya mencionado Código que reza de la siguiente forma: “La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.”

En cuanto a las excluyentes de incriminación derivadas de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, de un cargo, profesión u oficio existen diversas situaciones:

- ejecución de la ley o actos ordenados por ella, que a veces se traduce en la práctica en órdenes de actos legítimos de la autoridad.
- cumplimiento de un deber, que no sólo abarca el impuesto por el servicio, sino aquél a que está obligado el individuo *Pro Magistratu*;
- ejercicio de un derecho que comprende casos muy variados, en particular las vías de hecho de que es muestra particular el derecho de retención, el derecho de corrección y el disciplinario
- ejercicio profesional, en especial la defensa en juicio del abogado, el ejercicio de la medicina y el uso de armas por el que tiene derecho a llevarlas y emplearlas
- Privilegios de función (parlamentario, diplomáticos, etc.).

2.5.7. IMPUTABILIDAD

La imputabilidad es otro de los elementos del delito, según el orden seguido en este trabajo, pero cabe precisar que algunos autores la toman como tal y otros como contenido de la culpabilidad, existiendo inclusive una tercera posición que sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

La imputabilidad es definida en el Diccionario Jurídico Mexicano como “la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.”¹¹⁰

Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la

¹¹⁰ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. V. Editorial. Porrúa S.A. México, 1985, p. 51.

responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse. La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él.¹¹¹

El maestro Castellanos quien es partidario de la posición, de que la imputabilidad, es presupuesto de la culpabilidad señala: "para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se verá más adelante, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquéllo que conoce; la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el derecho penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito según pretenden algunos especialistas."¹¹²

Imputar es poner una cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin este alguien; y para el derecho penal solo es alguien aquél que, por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad. Ahora bien, por voluntad se entiende en las escuelas liberoarbitristas, la libertad de elegir, que con la libertad de obrar es lo que se ha llamado concurso de voluntad (Carrara); en las escuelas deterministas, aun reconociéndose como base la imputabilidad el conocimiento y la probabilidad del hecho, se entiende la conducta humana determinada por fines antisociales, ajenamente en todo al libre albedrío, cuestión abstracta que no interesa, pues lo único que importa a la sociedad humana es si la conducta causó el hecho objetivo voluntariamente o no, a fin de adecuar el tratamiento al sujeto. Será, pues, imputable, todo aquél que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder

¹¹¹ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op, Cit. p. 350.

¹¹² CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 217.

desarrollar su conducta socialmente: todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.¹¹³

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigido por la ley; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

La responsabilidad resulta, entonces, de una relación entre el sujeto y el estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.¹¹⁴

De lo anterior podemos interpretar que la imputabilidad tiene dos elementos, uno que se refiere al elemento intelectual o de conocimiento: el sujeto activo al realizar el ilícito debe comprender lo injusto de éste; y el otro el de la voluntad, ya que no basta que el sujeto comprenda lo ilícito de su conducta, sino que además deberá querer, tener la voluntad de su realización y conducirse de acuerdo a esa comprensión. De tal manera que sólo la concurrencia de estos dos elementos dará lugar a que el sujeto sea considerado como imputable.

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama *liberae in causa* (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí sin duda alguna, existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay

¹¹³ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op, Cit. p. 430.

¹¹⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 219.

un enlace causal. En el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de la causalidad el sujeto era imputable.¹¹⁵

2.5.8. INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad; y esta se presentará cuando no hay capacidad de querer y entender lo injusto en el Derecho.

Como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva... la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad, son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar ya sea, el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.¹¹⁶

El Código penal para el Distrito Federal en su artículo 15 señala las causas de inimputabilidad en la siguiente fracción:

El delito se excluye cuando:

“VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código”

Jiménez de Asúa hizo una clasificación de los motivos de inimputabilidad plasmados dentro de los Códigos Penales de hispanoamérica, así como de aquéllos que surgen de las corrientes interpretativas teleológicas de sus textos:

“ a) Falta de desarrollo mental:

¹¹⁵ Ibidem. p. 221.

¹¹⁶ Ibidem. p. 223.

- a) La menor edad se reconoce en los Códigos como eximente; pero varía el plazo de exención, que en los más antiguos se fija en los diez años de edad; en otros –los más– en los doce; en algunos figuran como límites los catorce; y en los más adelantados en este punto, los dieciséis y hasta los dieciocho. El Código Penal Argentino, después de la aprobación de la ley 14.394, del 22 de diciembre de 1954, establece la edad de dieciséis años para declarar al menor capaz de delinquir.
- b) Falta de salud mental.
- c) Trastorno mental transitorio.
- a') Embriaguez (solo atenuante en algunos Códigos).
- b') Fiebre y dolor.

El sexo y la vejez por sí solos jamás pueden ser causas de inimputabilidad; a lo sumo lo serán de atenuación de pena pero no de responsabilidad penal. Si trastornos de la mujer (menstrual, embarazo, menopausia), y la evolución de la senectud causan estados psicopáticos o psicóticos, estos se aprecian como tales, pero no por ser mujer o anciano quienes lo padecen.¹¹⁷

Con motivo de las reformas hechas al Código Penal el 10 de enero de 1994 el miedo grave y el temor fundado quedaron eliminados.

Del artículo 15 del Código penal para el Distrito Federal se desprende que nuestro Código prevé dos hipótesis

- a) Trastorno mental, y
- b) Desarrollo intelectual retardado.

Inmadurez mental (falta de desarrollo mental).

a) Comúnmente se afirma que en nuestro medio los menores de 18 años son inimputables y, por lo mismo, cuando realizan comportamientos típicos del Derecho penal no se configuran los delitos respectivos; sin embargo desde el punto de vista lógico y doctrinario, nada se opone a que una persona de 17 años, por ejemplo posea un adecuado desarrollo mental y no sufra enfermedad alguna que altere sus facultades.

¹¹⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op. Cit. p. 365.

b) trastorno mental. Consiste en la perturbación de las facultades psíquicas. La ley vigente no distingue los trastornos mentales transitorios de los permanentes; por lo mismo, al interprete no le es dable distinguir. Inférese que puede operar la inimputabilidad tanto en un trastorno mental efímero como en uno duradero. Pero indudablemente no basta la demostración del trastorno mental para declarar valedera la eximente; la ley es cuidadosa al referirse a un trastorno mental de tal magnitud, que impida al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

2.5.9. CULPABILIDAD.

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable, se considera culpable la conducta, cuando existe un nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Para los finalistas a la culpabilidad le corresponde el papel más importante en la Teoría del delito, el del juicio de reproche por la realización de una conducta típica y antijurídica, cuando el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo a esa comprensión (imputabilidad), además tuvo conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada, y por último, que al sujeto le era exigible dicha conducta y que pudiendo obrar de otro modo, no lo hace.¹¹⁸

Existen dentro de la naturaleza jurídica de la culpabilidad, dos principales doctrinas:

- a) Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad. Y
- b) Teoría Normativa o normativista de la culpabilidad.

Para la Teoría Psicologista la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor.

“El concepto causal-naturalista de delito de Von Liszt y Beling (el llamado <concepto clásico> del delito) supuso una concepción psicológica de la culpabilidad: La culpabilidad como relación psicológica entre el hecho y su autor. El ambiente positivista de fines del pasado siglo se plasmó en una construcción de la teoría del delito que por una parte, arrancaba de la división del mismo en las dos partes que se manifiestan separadas ante la percepción de los sentidos: la parte externa y la parte interna, y, por otra parte, se atendía como elemento definidor fundamental a la idea de la causalidad. La parte externa del hecho se identificó con el objeto de la antijuridicidad, mientras que en la parte interna se atribuyó a la culpabilidad. Esta se presenta como el conjunto

¹¹⁸ ORELLANA WIARCO, Octavio. Op, Cit. p. 157.

de elementos subjetivos del hecho. Por otro lado, así como el injusto se define a partir del concepto de causalidad, como causación de un estado lesivo, la culpabilidad se concibe como una relación de causalidad psíquica como el nexo que explica el resultado como producto de la mente del sujeto. El dolo y la culpa se ven como las dos formas posibles de esta conexión psíquica entre el autor de su hecho. El delito aparece, pues, con el resultado de una doble vinculación causal. La relación de causalidad material que da lugar a la antijuridicidad, y la conexión de causalidad psíquica en que consiste la culpabilidad.

En esta concepción el dolo y la culpa no solo pertenecen a la culpabilidad, son las dos clases o especies de culpabilidad que constituyen el género. No sólo son formas de la culpabilidad, porque son la culpabilidad misma en una u otra de sus dos posibles especies.¹¹⁹

La teoría psicologista de la culpabilidad se basa en la relación subjetiva que existe entre la voluntad del autor y el acto ejecutado por él, y se encuentra éste reprochable en cuanto provenga de esa voluntad.

La teoría normativa o normativista de la culpabilidad. Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado así la culpabilidad no nace en ausencia de poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa. Por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al derecho; es decir el deber ser jurídico.¹²⁰

De lo antes señalado nos podemos dar cuenta que para definir la culpabilidad, dependerá de la teoría que se adopte; en este mismo sentido se expresa el maestro López Betancourt, quien señala "Concepto de la culpabilidad, dependerá de la teoría que se adopte, pues no será igual el de un psicologista, el de un normativista o el de un finalista. Así, el primero diría, la culpabilidad consiste en un nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material, y el segundo, en el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, reprochable, y el tercero, afirmaría, que la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta. La culpabilidad en la tesis finalista se reduce a la reprochabilidad y a diferencia de la teoría normativa el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad porque son contenido del tipo."¹²¹

¹¹⁹ MIR PUIG, Santiago. Op, Cit. p. 467.

¹²⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 235.

¹²¹ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORIA DEL DELITO. Op, Cit. p. 213.

Con base en la Teoría finalista los elementos de la culpabilidad son:

- a) La exigibilidad de una conducta conforme a la ley.
- b) La imputabilidad, y
- c) La posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado.

FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

Las dos formas de la culpabilidad son el dolo y la culpa, aunque en algún tiempo se tomó como una tercera forma la de preterintencionalidad, siendo derogada ésta, en las reformas al Código penal de enero de 1994.

2.5.9.1. EL DOLO.

El dolo es la voz más patente de la culpabilidad. Para fundamentar el dolo es necesario unir dos teorías una llamada de la voluntad y otra de la representación

Al respecto Jiménez de Asúa señala: “Los más viejos autores sólo habían percibido la teoría de la voluntariedad; y por eso definieron el dolo en orden a la consecuencia directa que el autor ha previsto y ha deseado. Por ejemplo: se trata de un homicidio doloso cuando un sujeto se propone dar muerte a otro y pone cuantos medios son posibles de su parte para que la muerte de aquél se produzca, queriendo el resultado.”

Pero a medida que la técnica evoluciona y se afina, hay autores que creen que no es posible dar una definición del dolo apoyada únicamente en la voluntariedad, porque entonces no habría modo de definir el dolo eventual, y se pasa a sustituir el concepto de la voluntariedad por el de la representación, como ha hecho Mayer. En tal sentido “la producción contraria al deber (*pflichtwidrig*) de un resultado típico es dolosa, no solo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria”.

El mismo autor da su definición de dolo señalando que “es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y un cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. A su vez Castellanos define al dolo como “el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico” por su parte para el maestro López Betancourt el dolo consiste en “el conocimiento de la

realización de circunstancias que pertenecen al tipo y voluntad o aceptación de la realización del mismo.”

ELEMENTOS DEL DOLO.

El dolo está compuesto de dos elementos:

- a) Elementos Intelectual. Que implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza las circunstancias pertenecientes al tipo, y
- b) Emocional. Es la voluntad de la conducta o del resultado.

Como elementos del dolo unas teorías subrayan como el más importante la voluntad (teorías de la voluntad), y otras el conocimiento que se tenga del hecho querido (teorías de la representación). Elementos constitutivos del dolo son, en todo caso la previsión del resultado ilícito o sea de las consecuencias de la acción, y la voluntad de causación o decisión de producir ese resultado. En suma elementos intelectuales y emocionales.¹²²

Existen diversas especies de dolo, pero al igual que muchos autores, aquí solo haremos referencia a las cuatro clases de dolo más conocidas:

Dolo Directo.- es aquél en que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado.

Dolo indirecto o de consecuencia necesaria.- Se presenta cuando el sujeto actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

Dolo indeterminado.- Se presenta si el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial.

Dolo eventual.- Existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso y a pesar de tal representación no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; este no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia que en última instancia equivale a aceptarlo.

¹²² CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op, Cit. p. 442.

2.5.9.2. LA CULPA.

La culpa es la segunda forma de la culpabilidad.

Jiménez de Asúa expresa: “ La culpa en su sentido más clásico y general no es mas que la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto, y que por falta de previsión en el agente, produce un efecto dañoso.”¹²³

Se habla de delito culposo, sin perjuicio de otras matizaciones cuando el tipo penal se realiza por la infracción por parte del sujeto del deber de cuidado exigido en una situación concreta, deber que puede ser definido de forma objetiva (el correspondiente a un <ciudadano medio cuidadoso>) o de forma individual (teniendo en cuenta los conocimientos y capacidades del sujeto).¹²⁴

Castellanos señala: “Consideramos que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cuatelas o precauciones legalmente exigidas”.¹²⁵

Para la existencia de la culpa es necesario comprobar:

- a) La ausencia de la intención delictiva.
- b) La presencia de un daño igual al que pudiera resultar de un delito intencional.
- c) La relación de causalidad entre el daño resultante y la actividad realizada.
- d) Que el daño sea producto de una omisión de voluntad, necesaria, para preservar de un deber de cuidado, indispensable para evitar un mal. Esta omisión de la voluntad exige que el hecho sea previsible y prevenible.

Para determinar la naturaleza de la culpa se han desarrollado diversas teorías: a) de la previsibilidad; b) de la previsibilidad y evitabilidad c) del defecto de atención.

¹²³ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op, Cit. p. 399.

¹²⁴ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Op, Cit. p. 267.

¹²⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 248.

La primera (previsibilidad) fue sostenida principalmente por Carrara, para quien la esencia de la culpa "consiste en la previsibilidad del resultado no querido". Afirma que la culpa consiste en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; por ende se puede considerar que se funda en un vicio de la inteligencia el cual no es en última instancia, sino un vicio de la voluntad.

La segunda, expuesta por Binding seguida por Brusa, acepta la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa, de tal manera que no ha lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.

Por último, la teoría del defecto en la atención, sostenida principalmente por Angliolini, hace descansar la esencia de la culpa en la violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley."¹²⁶

CLASES DE CULPA.

Dos son las principales clases de culpa: conciente con previsión o con representación e inconsciente, sin previsión o sin representación.

La culpa conciente, con previsión o representación, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado, este no se quiere se tiene la esperanza de su no producción.

La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

¹²⁶ Ibidem. p. 247.

2.5.10. INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad.

La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos en su esencia.

“Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminadora de alguno o de ambos debe ser considerada como causa de inculpabilidad. Para muchos especialistas seguidores del normativismo llenan el campo de las inculpabilidades el *error* y la *no exigibilidad de otra conducta*. Por nuestra parte creemos que aun no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cual de los dos elementos de la culpabilidad queda anulado en presencia de ella. En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían *el error esencial de hecho* (ataca el elemento intelectual) y *la coacción sobre la voluntad* (afecta el elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos.”¹²⁷

2.5.10.1. EL ERROR.

La base de la inculpabilidad es el error y se entiende como tal a la falsa o equivocada idea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo

“En el aspecto penal el error puede ser de dos tipos, bien puede recaer sobre un elemento de hecho del delito o bien puede recaer sobre la norma jurídica aplicable. Así en el primer supuesto se tratará de una equivocación sobre un elemento del delito y en el segundo de un error de derecho o de la norma jurídica.

¹²⁷ Ibidem. p. 258.

Jiménez de Asúa explica de manera clara los efectos del error en orden a sus condiciones y especies:

A) El error excluye la culpabilidad del agente cuando es:

a) Esencial, en orden a los elementos constitutivos del tipo o de las agravaciones y en referencia a la decisión del autor, pudiendo recaer:

a') Sobre el núcleo de lo injusto tipificado, como cuando se trata de purgar a un sujeto y se le mata por confundir la sustancia laxante con un veneno ("error de hecho"), o cuando se lleva un arma sin autorización en aquellos países, como España, en que la tenencia de armas es un delito, por ignorar invenciblemente que la ley ha configurado típicamente esa forma de lo injusto ("error de derecho");

b') Sobre la referencia del objeto, como cuando se ignora que la cosa es ajena en el hurto ("error de hecho") o que hay que declarar el tesoro encontrado, que no es res nullius ("error de derecho");

c') Sobre la referencia al sujeto pasivo, como cuando se yace con una niña menor de 12 años creyendo que tienen muchos más;

d') Sobre las agravantes calificativas, como cuando se da muerte al padre desconociendo que lo es;

e') Sobre la existencia de causas que excluyen la pena, ora se suponga erróneamente que concurren en el hecho los elementos de una justificación, como en la defensa putativa y en el estado de necesidad putativo ("error de hecho"); bien se crea que le ampara al sujeto una inexistente causa de justificación, como en el caso de fraile mendicante que pide limosna en un país en que esta prohibida la mendicidad, sin que la orden a que pertenezca haya sido aun legalmente admitida en los confines del territorio nacional ("error de derecho").

f') Sobre la legitimidad de lo mandado, cuando hay dependencia jerárquica entre el que obedece y el que manda, cuando éste ordena en la esfera de sus atribuciones y cuando la orden no tiene evidencia delictiva o dudosa criminalidad. Con esto situamos la llamada obediencia jerárquica en la doctrina del error, en vez de hacerlo, como hasta ahora era corriente, como una causa autónoma de justificación.

b) Racionalmente invencible, es decir, que no haya podido ser conocidas las características de los hechos o la injusticia de la acción, atendida la relatividad de las circunstancias.

B) El error excluye la culpabilidad sin distinguir:

a) Si el error es de hecho o de derecho, según venimos insistentemente demostrando en este estudio;

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

b) Si el llamado error de derecho recae en una ley penal o en una ley extrapenal (civil, comercial, política, administrativa etc.) vinculada al contenido de aquella, porque la naturaleza garantizadora del Derecho penal hace que sus conceptos jurídicos provengan de otras ramas.

C) El error esencial excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa, cuando es vencible o evitable.

D) El error no produce efecto alguno en la culpabilidad, cuando es:

a) Accidental, como en el caso de que afecte la variación del curso de la cadena de antecedentes y causas, pero sin ser esencial el cambio para la producción del resultado; problema que nos llevaría lejos y que entronca en el asunto de la causalidad en que nos hemos ocupado reiteradamente;

b) Relativo a las condiciones objetivas de penalidad;

c) In Objecto, como cuando Ticio quiere matar a Marcos, su enemigo, y en las sombras de la noche lo confunde, por un vago parecido, con César, a quien no conoce, y lo mata. El caso de aberratio ictus se equipara por muchos autores al error in objeto, pues es igual que la confusión sea como se ha descrito en el error in persona, o que se deba a una alteración insospechada en el disparo que conduce la bala dirigida a Marcos, al corazón de César. Pero debemos reconocer que la vieja doctrina que divide el episodio en dos partes –Tentativa de homicidio contra Marcos y homicidio culposo contra César- Tiene modernos partidarios y no puede desecharse con ligereza.

E) El error en la idoneidad de los medios o del objeto de nacimiento al delito inidóneo o imposible.

F) No produce, en cambio, efectos punibles al delito putativo; es decir, no se responsabiliza, a título de dolo ni de culpa, al autor de una conducta imaginaria o fantásticamente delictiva, que, con acción ejemplar, llamó Carlos Binding error al revés.¹²⁸

2.5.10.2. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

La no exigibilidad de otra conducta forma parte de la inculpabilidad. La doctrina afirma que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminadora de la culpabilidad, junto con el error esencial de hecho.

Según esta doctrina una conducta se deja de considerar culpable cuando al sujeto según las circunstancias de su situación no puede exigírsele una conducta distinta de la observada.

¹²⁸ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op, Cit. pag. 428 y sig.

Para muchos especialistas seguidores del normativismo, llenan el campo de las inculpabilidades el error y la no exigibilidad de otra conducta. Aun no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por haberse podido establecer cual de los dos elementos de la culpabilidad queda anulado en presencia de ella.

El Código Penal para el Distrito Federal, contempla la no exigibilidad de otra conducta en el artículo 15 señalando: “El delito se excluye cuando: IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar su actuar conforme a derecho”.

Una de esas especies, o un grupo de ellas, que había figurado hasta ahora en tan incongruente puesto, es, si bien no con el carácter de supralegalidad, ejemplo genuino de la no exigibilidad de otra conducta: aquellos casos en que se encubra, se auxilie o se proteja a un próximo pariente. En los Códigos suelen encontrarse dos por demás demostrativos. Se considera punible al que ante la autoridad judicial declare falsamente que ha cometido o ayudado a cometer algún hecho ilícito, pero en ciertas leyes penales se añade: a menos que su declaración sea con el objeto de salvar a algún pariente cercano, un amigo íntimo o a su bienhechor. Lo más común es que los Códigos declaren terminantemente que no es punible el encubrimiento de los parientes cercanos.

2.5.10.3. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Las condiciones objetivas de penalidad tampoco son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios fortuitos.

Aun 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 de los llamados delitos privados; o bien, con el desafuero previo.

Los requisitos a que se encuentra subordinado el ejercicio de la acción penal dentro del sistema legal, reciben la denominación de condiciones de la acción (o condiciones de procedibilidad). No deben confundirse con los presupuestos procesales, que tienen naturaleza muy distinta. Las condiciones de procedibilidad no deben confundirse tampoco ni con los presupuestos prácticos del proceso penal, es decir, con las fuentes de la *notitia criminis*, ni con las condiciones de punibilidad, que condicionan la pretensión penal. Las condiciones de la

acción, de acuerdo con el derecho mexicano, son: la querrela, la denuncia, la excitativa y la autorización.¹²⁹

El maestro Carrancá se refiere a éstas y señala. "Puede decirse que en todos los casos la ley exige para que exista punibilidad de la acción un conjunto de condiciones objetivas seleccionadas en los tipos, pero en ocasiones también fija otras condiciones objetivas: así las tenemos en el caso de delincuentes que hayan cometido infracción en el extranjero y que deban ser sancionados en la República, para lo cual es requisito *que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República* (art. 4 fr. III c.p). En ocasiones también la punibilidad esta cualificada por el resultado mismo, más o menos grave, no causado por el infractor; y así tenemos cierta sanción para el que provoque públicamente a cometer un delito o haga la apología de él o de algún vicio, si el delito no se ejecutare, pues *en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido* (art. 209 c.p). Todas estas son condiciones objetivas de punibilidad de la acción, ajenas a la acción misma es su aspecto causal físico y pueden ser consideradas como anexos al tipo (Mezger), como Condiciones de penalidad o como condicionantes de la procedibilidad de la acción penal.

En ciertos delitos los llamados privados, es condición de procedibilidad de la acción penal, que prácticamente entraña condición de punibilidad, la querrela del ofendido o de sus representantes legales. El c.f.p. dispone que *cuando el ofendido sea menor de edad, puede querrellarse por sí mismo, si no hay oposición del ofendido* (art. 115). Y el Código de Justicia Militar que *el querellante que se haya desistido no podrá en ningún caso renovar su querrela sobre el mismo hecho criminoso a que la anterior se refería* (art. 440); lo que se nutre en unánime doctrina.¹³⁰

Cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse; pero como la carencia de acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas absolutorias, hacen para siempre imposible perseguir el hecho, y si se reproduce la denuncia o la querrela después de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, podrá alegarse de adverso la excepción de cosa juzgada, la falta de ciertas condiciones objetivas de penalidad –las por nosotros estimadas más propia- permite, una vez subsanado el presupuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable.

¹²⁹ DE PINA VARA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. 9a Edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1980.

¹³⁰ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit. p. 424.

2.5.11. LA PUNIBILIDAD.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de una conducta.

Respecto de este último elemento existen opiniones encontradas de diversos autores, por una parte algunos señalan que la pena no es elemento esencial del delito sino solo consecuencia del mismo y otros que constituye un elemento del delito y es precisamente ésta la que le da carácter como tal.

Para López Betancourt, la punibilidad es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito.¹³¹

Carrancá, señala que debe reconocerse que la noción del delito se integra, no con la pena aplicada o no en la realidad de la vida o la acción descrita por la ley, ni con la sola amenaza de tal pena, o la conminación de punibilidad, independientemente de que la pena misma se aplique o se deje de aplicar.¹³²

Porte Petit nos dice: “ Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter de delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7º del Código penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal *nulla pena sine lege*, pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por tanto, constitutiva de delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absoluta, obviamente respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición de delito contenida en el artículo 7º del Código Penal.”¹³³

¹³¹ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. TEORÍA DEL DELITO. Op. Cit. p. 263.

¹³² CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit. p. 424.

¹³³ Citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 276.

El maestro Jiménez de Asúa, menciona respecto de la punibilidad. “Como se ve lo que en último término, caracteriza al delito es ser punible. Por ende, *la punibilidad es el carácter específico del crimen*. En efecto: acto es toda conducta humana; típica es, en cierto modo toda acción que se ha definido en la ley para sacar de ella consecuencias jurídicas y en tal aspecto la usura, que no tiene en el derecho vigente venezolano índole penal, así como tampoco en el Código argentino, es un acto típico de naturaleza civil que produce consecuencias de este orden; antijurídico es todo lo que viola el derecho y en tal sentido lo es el quebrantamiento de un contrato; imputable y culpable es la conducta dolosa de un contratante. Sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

Y posteriormente señala: “La penalidad resulta así el más acomodaticio de los requisitos. Cuando no la precisamos, se queda reducida a mera consecuencia. Cuando no hace falta, reasciende a su categoría de característica específica. Esto puede ser muy hábil; pero no tiene la menor seriedad científica. Un elemento característico de la infracción no puede cambiar de índole conceptual a mero efecto, para recuperar su puesto luego. Si es un *carácter* del delito ahora es por que nunca dejó de serlo.”¹³⁴

2.5.12. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Las excusas absolutorias existen cuando una conducta es antijurídica y culpable, es decir reúne todos los elementos del delito; pero la Ley exonera de pena a su autor, es en realidad un perdón legal.

Son aquellas específicas y excepcionales causas por las cuales el legislador deja impune una conducta típica, antijurídica y culpable.

Jiménez de Asúa las define como *causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública*; es decir que son motivos de impunidad.¹³⁵

La penalidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de tratarse de una acción típica antijurídica y culpable.

¹³⁴ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op, Cit. p. 458 y 461.

¹³⁵ Ibidem. p. 465.

2.5.12.1. ESPECIES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

a) *Excusas en razón de la mínima temibilidad.* El artículo 375 del Código penal para el Distrito Federal, establece que cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia. La razón de esta excusa se basa en el arrepentimiento espontáneo del autor y de la mínima temibilidad de éste.

b) *Excusas en razón de la maternidad consciente.* El artículo 333 del Código Penal para el Distrito Federal establece la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

En el primer caso se exime de pena en función de nula o mínima temibilidad; en el segundo, en razón de la no exigibilidad de otra conducta, pues el Estado no está en condiciones de exigir a la mujer, un obrar diverso.

c) La fracción IX del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal contempla otra excusa absolutoria, a decir *el encubrimiento de parientes y allegados.*

d) *Excusas por graves consecuencias sufridas.* En el artículo 55 del Código penal para el Distrito Federal se contempla esta excusa, “Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.”

Esta excusa se da en razón de que resultaría inhumana la imposición de la pena o innecesaria, tratándose de personas de avanzada edad o precaria salud.

2.5.13. CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO.

El querer explicar el delito de manera clara y concisa, ha dado lugar a que los diversos autores hagan una clasificación de éste; así existen diversas clasificaciones que cada uno de los autores dan según su punto de vista.

2.5.13.1. CLASIFICACIÓN DEL DELITO SEGÚN LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.

a) Según la conducta del sujeto.

Este autor menciona: “Cuando decimos *acto voluntario*, queremos significar acción u omisión espontánea y motivada.”

“Ya hemos dicho al ocuparnos en el concepto del acto, que éste abarca tanto al hacer como el omitir. De esta doble y contrapuesta forma de actividad a nacido una clasificación de las infracciones, objeto de polémica y largo estudio. Las primitivas categorías de delitos de acción y de omisión han sido complementadas en el siglo XIX con los llamados en Alemania impropios delitos de omisión y en Francia “delitos de comisión por omisión”. Ahora los penalistas tudescos aceptan la más certera denominación francesa.”

Acción.- Son delitos en los que el sujeto activo, para su comisión debe realizar movimientos corporales.

Omisión.- “La omisión simple y la omisión responden a la naturaleza de la norma. Si ésta es prohibitiva: “no mataras”, su quebrantamiento crea un delito de acción; si es imperativa: “socorrerás”, el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión. Esto es de naturaleza absolutamente meridiana.”

b) Por el resultado.

Al respecto señala: El resultado no sólo es el daño cometido por el delito, no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral. Para nosotros no existe delito sin resultado

Formales.- “Los llamados delitos formales son delitos de simple actividad o meros delitos de acción.”

Materiales.- “Son delitos de resultados externos.”

c) Por el daño que causan.

Lesión.- “Son los que aparecen con más frecuencia en las legislaciones penales, y en ellos pertenece a la tipicidad la lesión de un determinado bien jurídico, como, por ejemplo, la muerte en el homicidio, y las heridas en las lesiones.”

Peligro. - “El otro grupo de delitos –los denominados de peligro solo exigen que se haya puesto en riesgo el bien jurídico protegido por el Derecho. Puede ser relevante en Derecho penal no sólo la *realidad* del curso causal de hecho (delitos de lesión), sino la producción de un curso causal esperado (delitos de peligro).”

d) En orden a sus fundamentos.

Fundamentales.- “Constituyen la médula de la parte especial de los Códigos.”

Cualificados.- “Constituyen los tipos derivados, pero cuya índole es más grave que la de los arquetipos.”

Privilegiados.- “Su específica condición es la benignidad.”

e) Por su autonomía.

Básicos.- “Son de índole fundamental y tienen plena independencia.”

Especiales.- “Supone el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial; es decir, que éste y el básico se eliminan mutuamente.”

Complementarios.- “presupone la aplicación del tipo básico al que se incorpora. Ejemplifiquemos: el infanticidio es, a este respecto, *tipo especial* del homicidio, y en cambio, deben considerarse como *tipos complementarios* el parricidio, el asesinato y el magnicidio.”

f) Por el elemento interno.

Preterintencionales.- Son aquellos en cuya realización el sujeto activo no tenía la intención de un mal de alta gravedad como el que produjo. En las reformas del 10 de enero de 1994 al Código Penal, este tipo de delitos fueron excluidos.

De dolo.- Es cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con el conocimiento de que se está quebrantando un deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso

esencial de la relación de causalidad entre la manifestación humana y el cambio en el exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

De culpa. Es cuando se realiza un acto que pudo y debió haber sido previsto y que por falta de esa previsión produce un resultado dañoso.

g) Por su duración.

Instantáneo.- Se consume en un solo momento, con una sola actuación de la voluntad.

Permanente o continuo.- Implica una persistencia en el resultado del delito, mediante el cual se mantiene la voluntad del sujeto activo.

Delito que crea un estado.- En éste no depende de que la voluntad persista. Una vez consumado el acto se crea una situación antijurídica que no esta en el sujeto cancelar.

h) Por su estructura.

Complejo.- Es cuando de un delito la ley, crea varios tipos y cada uno por si solo puede constituir un delito compuesto.

Colectivo.- Es cuando el delito exige al sujeto activo la realización de varios actos.

2.5.13.2. CLASIFICACIÓN DEL DELITO SEGÚN EDUARDO LOPEZ BETANCOURT

El maestro López Betancourt, en su libro “Teoría del delito” da su clasificación de la siguiente forma

A) En función de su gravedad:

1. *Bipartita.* Delitos y faltas; son delitos los sancionados por la autoridad judicial, y las faltas son sancionadas por la autoridad administrativa.

2. *Tripartita.* Delitos, faltas y crímenes; esta clasificación no funciona en nuestro sistema penal.

B) Según la conducta del agente:

1. Acción. Son aquellos en que se requiere el movimiento del sujeto para cometer el ilícito, por ejemplo, para jalar el gatillo de la pistola, para clavar un puñal, entre otros.
2. Omisión. Son aquellos que requieren la inactividad del sujeto, es decir que deje de hacer lo que esta obligado.
 - a) Omisión simple. La simple inactividad origina la comisión del delito independientemente del resultado; se viola la ley preceptiva.
 - b) Comisión por omisión. Necesariamente, como consecuencia debe haber un resultado, por ejemplo, el guarda vías no realiza el cambio de vías del tren, por tal razón chocan los trenes, entonces se castigará esa omisión, se viola una ley prohibitiva.

C).- Por el resultado.

1. Formales. Aquellos que para configurarse no requieren de ningún resultado. esto es, de ninguna materialización, por ejemplo, el abandono de un niño.
2. Materiales. Requieren de un resultado, de un hecho cierto, por ejemplo, el homicidio.

D) Por el daño que causan.

2. De lesión. Causan una disminución del bien jurídicamente tutelado, v.gr. la muerte y el robo, entre otros.
3. De peligro. Sólo ponen en riesgo el bien jurídicamente tutelado, por ejemplo, las lesiones que no causan la muerte, sino que se recupera el afectado.

E) Por su duración.

1. Instantáneos. Cuando se consuma en un solo movimiento y en ese momento se perfeccionan, v.gr., el homicidio.
2. Permanentes. Cuando su efecto negativo se prolonga a través del tiempo, por ejemplo, el secuestro.
3. Continuados. Cuando siendo acciones dañosas diversas, producen una sola lesión jurídica; varios actos y una sola lesión.

F) Por el elemento interno o culpabilidad:

1. Culposos. Cuando el agente no tiene la intención de delinquir, pero actúa con imprudencia, negligencia, descuido o torpeza, por ejemplo, el que atropella a una persona por imprudencia.
2. Doloso. Cuando existe la plena y absoluta intención del agente para cometer su delito.
3. Preterintencionales. El resultado va más allá de la intención del sujeto. Eliminados del Código penal en la reforma del 10 de enero de 1994.

G) Por su estructura:

1. Simples. Cuando sólo causan una lesión jurídica. V.gr. el robo.
2. Complejos. Cuando causan dos o más lesiones jurídicas, por ejemplo el robo en casa habitación.

H) Por el número de actos:

1. Unisubsistentes. Cuando es suficiente un solo acto para cometer un delito.
2. Plurisubsistentes, necesariamente requieren la concurrencia de dos o más actos en la realización del ilícito.

I) Por el número de sujeto:

1. Unisubjetivo. Cuando el tipo se colma con la participación de un solo sujeto.
2. Plurisubjetivo. Cuando el tipo penal requiere de dos o más sujetos. Por ejemplo, el adulterio requiere necesariamente de dos personas.

J) Por su forma de persecución.

2. De oficio. Son los delitos en los que no es necesaria la denuncia del agraviado, sino que cualquier persona la puede efectuar, y el Ministerio Público, tiene la obligación de perseguir el delito, por ejemplo el homicidio.

3. De querrela. También conocidos como de petición de parte ofendida; se piensa que es una reminiscencia de la "venganza privada", en la que la gente se hacía justicia por su propia mano.

K) En función de su materia:

2. Comunes. Son los delitos que se aplican en una determinada circunscripción territorial, en un estado de la República Mexicana, por ejemplo.
3. Federales. Son los delitos que tienen validez en toda la República Mexicana y de los cuales conocerán únicamente los jueces federales.
4. Militares. En esta división nos referimos al fuego militar, el cual es solo aplicable en los órganos militares, es decir a todos sus miembros pero nunca a un civil.

L) Clasificación legal:

Esta clasificación es la que aparece en la ley, por eso se le llama legal, los delitos se clasifican tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado. En este sentido encontramos que la clasificación de los delitos desde el punto de vista legal es la siguiente:

- a) Delitos contra la nación...;
- b) Delitos contra el Derecho Internacional...;
- c) Delitos contra la humanidad...;
- d) Delitos contra la seguridad pública...;
- e) Delitos en materia de vías de comunicación y violación de correspondencia...;
- f) Delitos contra la autoridad...;
- g) Delitos contra la salud...;
- h) Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres...;
- i) Delitos de revelación de secretos.
- j) Delitos cometidos por servidores públicos...;
- k) Delitos cometidos contra la administración de justicia...;

- l) Delitos de responsabilidad profesional y delitos de abogados patronos y litigante.
- m) Delitos de falsedad...;
- n) Delitos contra la economía pública...;
- o) Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual...;
- p) Delitos cóntra el estado civil y la bigamia.
- q) Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones...;
- r) Delitos contra la paz y seguridad de las personas...;
- s) Delitos contra la vida y la integridad corporal...;
- t) Delitos contra el honor, difamación y calumnia.
- u) Privación de la Libertad y otras garantías.
- v) Delitos en contra de las personas en su patrimonio...;
- w) Encubrimiento, y
- x) Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos

2.5.13.3. NUESTRA CLASIFICACION.

En función de su gravedad:

- a) Delitos: son aquellos sancionados por una autoridad de carácter judicial.
- b) Faltas: son sancionados por la autoridad administrativa.

Según la conducta del agente:

- a) Acción. Son aquellos en que se requiere el movimiento del sujeto para cometer el delito, es decir que su conducta sea susceptible de los sentidos.

b) Omisión. Son aquellos que surgen de la inactividad del sujeto, es decir que deje de hacer lo que esta obligado; estos pueden ser de dos formas:

1) Omisión simple. Consiste en la simple inactividad del activo, sin que se requiera un resultado, violando una ley preceptiva.

2) Comisión por omisión. Necesariamente, como consecuencia debe haber un resultado, aquí se viola una ley prohibitiva.

Por el resultado.

a) Formales. Aquellos que para configurarse no requieren de ningún resultado.

b) Materiales. Requieren de un resultado, de un hecho que se genere en el mundo exterior.

Por el daño que causan.

a) De lesión. Aquellos que afectan el bien jurídicamente tutelado, por el tipo.

b) De peligro. Sólo ponen en peligro el bien jurídicamente tutelado.

Por su duración.

a) Instantáneos. Cuando se integran todos sus elementos en un solo momento.

b) Permanentes. Cuando su efecto se prolonga a través del tiempo.

c) Continuados. Cuando siendo acciones dañosas diversas, producen una sola lesión jurídica; varios actos y una sola lesión.

Por el elemento interno:

a) Culposos. Cuando el agente no tiene la intención de delinquir, pero actúa con imprudencia, negligencia, descuido o torpeza, es decir no toma las medidas de cuidado necesarias que está obligado a tomar.

b) Dolosos. Cuando existe la plena y absoluta intención del agente para cometer su delito, a sabiendas de lo ilícito de su acción.

Por su estructura:

- a) Simples. Cuando sólo causan una lesión jurídica. .
- b) Complejos. Cuando causan dos o más lesiones jurídicas.

Por el número de actos:

- a) Unisubsistentes. Cuando es suficiente un solo acto para cometer un delito.
- b) Plurisubsistentes, necesariamente requieren la concurrencia de dos o más actos en la realización del ilícito.

Por el número de sujetos:

- a) Unisubjetivo. Cuando el tipo se perfecciona con la participación de un solo sujeto.
- b) Plurisubjetivo. Cuando el tipo penal requiere de dos o más sujetos para su integración.

Por su forma de persecución.

- a) De oficio. Son los delitos en los que no es necesaria la denuncia del agraviado, sino que cualquier persona la puede efectuar, y el Ministerio Público, tiene la obligación de perseguir el delito.
- b) De querrela. Aquellos en que para la persecución del delito, es necesaria la queja del ofendido

En función de su materia:

- a) Comunes. Son los delitos que se pueden cometerse en una determinada entidad federativa.
- b) Federales. Son los delitos que tienen validez en toda la República Mexicana y de los cuales conocerán las autoridades federales.

- c) Militares. Son perseguibles y aplicables únicamente entre las autoridades y los miembros militares, y no pueden ser aplicados a un civil.

Por su autonomía:

- a) Fundamentales o básicos. Son aquellos en que tienen plena independencia,
- b) Especiales. Son aquellos formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial.
- c) Complementados. Estos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta; se diferencian de los especiales en que estos últimos excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

CAPITULO III

“DELITO DE ROBO PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 371 PARRAFO TERCERO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.”

3.1. ANTECEDENTES DEL ARTICULO 371 PARRAFO TERCERO

El artículo 371 desde que fue creado, atendió a los parámetros de la sanción, de acuerdo al monto de lo robado, considerando inicialmente la cuantía en una cantidad definida y liquida en pesos, para posteriormente tras haberse reformado atender a la cuantía del robo de acuerdo al valor intrínseco del objeto materia del apoderamiento. Este precepto también se refiere a los casos del robo pero en grado de tentativa. Así en los Códigos antes de las reformas de 13 mayo de 1996 el artículo a estudio decía:

“Artículo 371.- Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años.

En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar su monto, se aplicarán de tres días a dos años de prisión.”

Respecto del párrafo tercero del precepto invocado, el mismo no tiene antecedente alguno y fue creado a partir de las reformas publicadas en el Diario oficial de la federación el día 13 de mayo de 1996.

Este tercer párrafo se dio como consecuencia de la iniciativa de ley presentada por el Ejecutivo Federal, como resultado del alto índice de delictuosidad e inseguridad por el que pasaba y sigue pasando el país, así al presentar el presidente de la República su propuesta mencionó “El ejecutivo Federal a mi cargo, consciente de la preocupación de los habitantes del país por el considerable crecimiento de la inseguridad pública reflejada en el alto número de delitos que diariamente se cometen y que lastiman seriamente la vida y la integridad física de varios individuos, así como el patrimonio de numerosas familias, durante el último año ha sometido a consideración de esa Honorable Soberanía diferentes iniciativas de reformas constitucionales y a leyes secundarias, con la finalidad de garantizar y hacer más eficiente la

función de seguridad pública y así, crear las condiciones legales, institucionales y administrativas que aseguren a los individuos la debida protección de su integridad física y moral.”¹³⁶

La finalidad principal de la iniciativa además de otras, era la de sancionar con mayor severidad los casos de robo cometidos en el Distrito Federal, en donde no importara el monto de lo robado, sino la peligrosidad a la que se enfrenta la víctima del delito, en este orden de ideas el ejecutivo señaló:

“ El robo representa cerca del 70% de los hechos delictivos que se denuncian en el Distrito Federal, de ellos, poco más de la mitad son con violencia y cerca de la tercera parte comprende los robos de cuantía menor a \$5,000.00 pesos, cometidos principalmente en contra de transeúntes, camión repartidor y auto partes.

Cotidianamente se cometen una considerable cantidad de robos que no rebasan el monto de cien veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal o bien, no es posible determinar su cuantía, lo que ocasiona que los inculpados obtengan fácilmente su libertad bajo caución, en virtud de que estos delitos no son considerados como graves por la ley, a pesar del grado de violencia con que se llevan a cabo la mayoría de los casos.

El sistema sancionador vigente para el caso del robo concede beneficios al delincuente, basados en criterios que estiman solo el monto de lo robado, y no así el número de sujetos, su peligrosidad, la violencia empleada o el riesgo para la víctima.

La iniciativa propone **adicionar** el artículo 371 del Código Penal con un párrafo, a fin de establecer una nueva forma para sancionar los robos que sean realizados por dos o más sujetos activos mediante la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja. Para estas conductas se establece una sanción de cinco a veinticinco años de prisión y hasta mil días multa, sin importar el monto de lo robado.

La adición busca sancionar severamente estos delitos que frecuentemente llegan a dañar la integridad física y la dignidad del ciudadano. Bajo el supuesto que se propone aún cuando el monto de lo robado sea de poca importancia, se atiende a las circunstancias de ejecución del delito, a fin de imponer al delincuente sanciones considerables que inhiban su comisión.

¹³⁶ Exposición de motivos de la iniciativa de ley presentada por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 18 de marzo de 1996.

Asimismo, se propone a los delincuentes, además de la pena de prisión, la prohibición de ir a lugar determinado o la vigilancia de la autoridad, cuyo quebrantamiento daría lugar a la imposición de penas más severas. De esta manera se tendrá una constante supervisión del delincuente para tratar de evitar que vuelva a delinquir.¹³⁷

Así bajo los razonamientos antes señalados, se presentó como proyecto que el artículo 371 del Código Penal, fuera adicionado con un tercer párrafo y quedar el artículo de la siguiente forma:

“Artículo 371.- Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años.

En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar su monto, se aplicarán de tres días a dos años de prisión.

Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a veinticinco años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicársele prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta.”

Tras el análisis y estudio de la iniciativa presentada por el Ejecutivo federal, se plantearon diversas modificaciones a las mencionadas iniciativas y llevado a cabo el proceso legislativo correspondiente, el día 13 de mayo de 1996, fue aprobado y publicado en el Diario Oficial de la Federación, la reforma por la que se adicionó el tercer párrafo del ya tan mencionado artículo el cual comenzó a tener vigencia al día siguiente de su publicación, quedando finalmente de la siguiente forma:

“Artículo 371.- Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años.

En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar su monto, se aplicarán de tres días a dos años de prisión.

¹³⁷ Idem.

Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicársele prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta.”

3.2. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS.

Una vez establecidos de forma rápida los antecedentes del párrafo tercero del artículo 371, así como los aspectos generales del delito, trataremos de hacer un estudio de dicho párrafo de acuerdo a los aspectos positivos y negativos del delito, pero de forma específica o particular.

Asimismo, es menester hacer mención que el fin principal de este trabajo, es establecer que el párrafo tercero del artículo 371 contempla una calificativa del robo y no un delito autónomo o específico, es por ello que al establecer cada uno de los aspectos positivos y negativos lo haremos con el tipo que contempla el robo en general previsto en el artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal, precisamente por que al tratarse de una calificativa no podría hacerse una clasificación de ésta, por que sería tanto, como aceptar que se trata de un delito autónomo; y en consecuencia el análisis que se hará, será del artículo 367, como ya se mencionó, relacionándolo con la calificativa prevista en el párrafo tercero del artículo 371 del mismo ordenamiento

Para esto procede fijar el contenido del artículo 367 y el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal:

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

“Artículo 371...

Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las

posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de libertad impuesta”.

Después de haber dejado especificado el contenido del artículo y párrafo a clasificar, procederemos a hacer el análisis de los mismos.

3.2.1. CONDUCTA

La conducta es el primer elemento básico del delito y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.¹³⁸

Este elemento objetivo puede presentarse en forma de *acción, omisión y comisión por omisión*, mientras la primera, se integra por una actividad voluntaria, la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad.

Bajo este contexto el delito de robo, como lo señala el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 60, no admite la realización culposa, con esto queremos decir que no puede ser llevado a cabo por omisión o comisión por omisión, ya que es un delito necesariamente doloso, y por ende debe ser cometido a través de una acción.

En el de **robo**, la conducta es un elemento objetivo o externo, pues es susceptible de los sentidos, y se presenta a modo de acción, de un hacer humano, consistente en la aprehensión y remoción del objeto del delito por parte del sujeto de la conducta, de la esfera de dominio del sujeto pasivo.

¹³⁸ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, Cit. p. 83.

Como podemos darnos cuenta este elemento en el artículo 367, esta contenido en la parte que señala “comete el delito de robo el que se **apodera** de cosa ajena mueble...” Evidentemente en el párrafo tercero del artículo 371, se aprecia que carece de una conducta específica, porque en todo su cuerpo no señala el núcleo del tipo, únicamente se concreta a señalar circunstancias, de cómo se puede dar la comisión del robo, por lo que para poder determinar cual es el núcleo o conducta específica, necesariamente hay que remitirse al robo previsto en el artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal.

Santiago Mir Puig¹³⁹ al referirse a este elemento menciona que toda acción típica, debe integrarse de las dos componentes necesarias de toda acción:

a) *Parte objetiva*, que abarca la conducta externa. En los delitos de resultado, es preciso que éste se produzca en términos tales que pueda ser *imputado objetivamente* a la conducta. Sin embargo el resultado no pertenece a la acción, sino que es un efecto separado y posterior a ella.

b) *Parte subjetiva*, constituida siempre por la voluntad bien dirigida al resultado (en los delitos dolosos de resultado), bien a la sola conducta (en los delitos imprudentes y en los de mera actividad) y a veces por especiales *elementos subjetivos* (por ejemplo: “el ánimo de ocultar su deshonra” en la madre que mata a su hijo recién nacido, necesario para que concurra el delito de infanticidio).

De acuerdo a los elementos de la conducta para que se integre debe haber:

- a) una conducta.
- b) un resultado material.
- c) La relación causal entre la conducta y la mutación en el mundo exterior.

Al no haber una conducta específica en el párrafo tercero del artículo 371, no puede tampoco apreciarse la existencia de un resultado, y como consecuencia tampoco se dará una relación de causalidad ya que ésta se presenta como consecuencia del enlace que hay entre la conducta y el resultado.

¹³⁹ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 162.

3.2.2. AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia de conducta es el aspecto negativo de la propia conducta, y ésta abarca tanto a la acción como a la omisión.

La ausencia de conducta se presenta por:

1. Vis absoluta o fuerza física irresistible.
2. Vis maior o fuerza mayor.
3. Movimientos reflejos.

El Código Penal para el Distrito Federal se refiere a este aspecto negativo en el artículo 15 donde dice: El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente... de donde se desprende claramente que sin la voluntad del agente no se puede integrar el elemento conducta, y sin una conducta descrita tampoco puede haber una voluntad existente.

Si la conducta esta ausente evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como todo problema jurídico.

3.2.3. TIPICIDAD.

La tipicidad es comúnmente conocida como la adecuación de la conducta al tipo.

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay adecuación de la conducta al tipo, no hay delito; al carecerse en el párrafo a estudio de una conducta la tipicidad no existe.

En cambio en el delito de robo la tipicidad, se presenta cuando la conducta desplegada por el agente se adecua a la hipótesis descrita por el legislador; habrá tipicidad en el robo si el agente se apodera de una cosa mueble, que esa cosa sea ajena, y además que el apoderamiento sea sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda disponer de ella.

Al analizar el artículo 367 del Código Penal del Distrito Federal, claramente se aprecia que esta compuesto por elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho, pero además contiene elementos normativos y subjetivos, como son:

- 1) Elementos objetivos, consistentes en la conducta y el objeto material.
- 2) Elementos subjetivos como son el dolo natural.
- 3) Elementos subjetivos distintos del dolo, a decir, el ánimo de apropiación.
- 4) Un resultado material
- 5) Un nexo causal

Elementos anteriores que el párrafo tercero del artículo 371, por si sólo no contiene en su descripción legal, y que para poder tenerlos como integrantes de una conducta típica autónoma, necesariamente hay que remitirse al tipo que contempla el robo simple. dando lugar a que exista una necesaria dependencia de este párrafo, respecto del artículo 367, ocasionado que con esto se forme un tipo complementado agravado.

Para el finalismo, la tipicidad es el elemento del delito más relevante; al igual que el sistema tradicional, la tipicidad es la cualidad que se atribuye a una acción cuando es subsumible al supuesto de hecho de una norma penal, o lo que es lo mismo, adecuación de la acción (u omisión) al tipo.

La tipicidad está fundamentada en el artículo 14 de nuestra Constitución en su párrafo tercero, y dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

En consecuencia pretender imponer una pena a un sujeto determinado, fundándose en que el delito se contempla y fundamenta en el artículo 371 párrafo tercero, por sí solo es completamente una violación de garantías, pues este precepto como se ha mencionado carece de un núcleo específico que dé nacimiento a un delito autónomo.

Esto es así, pues de la simple lectura del párrafo en cita se advierte que su contenido esta referido al delito de robo genérico y sólo agrega a éste medios comisivos o formas de ejecución específicos.

Para cumplir su función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida. ¹⁴⁰.

3.2.4. ATIPICIDAD

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

Respecto de las causas de atipicidad, para los finalistas se presenta cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo, y mencionan los siguientes:

a) Por ausencia de un elemento objetivo, sea por:

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. p. 44 y 45.

1. Falta del número o calidad del sujeto activo.
2. Falta del número o calidad del sujeto pasivo.
3. Falta del bien Jurídico tutelado.
4. Falta de acción u omisión
5. Falta de resultado típico en los delitos que exigen resultado.
6. Falta de elementos normativos.
7. Falta de circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidos en el tipo.

b) Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos, sea por:

1. Falta de dolo o de culpa.
2. Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo (falta de la tenencia, ánimo, etc.)

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en su fracción II, se refiere a la ausencia de tipo al manifestar el delito se excluye cuando:

II. Falta alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate.

El tipo penal esta compuesto de elementos, los que al no integrarse, originan la atipicidad, o sea la adecuación o conformidad a lo prescrito en el tipo, de tal manera, que la ausencia de cualquier elemento típico acarrearía la atipicidad, dándose así por ejemplo este aspecto negativo, por falta del elemento material, del presupuesto del delito, de la calidad en el sujeto activo o pasivo, por ausencia de modalidades de la conducta, consistente en las referencias temporales, espaciales a otro hecho punible, de otra índole exigida por el tipo o de los medios empleados, por falta del elemento normativo o subjetivo del injusto.

La atipicidad no viene expresamente descrita por el legislador; simplemente se deriva del propio sentido de la ley, porque si la atipicidad es la identificación de la conducta con la prevista en la norma penal, todas aquellas conductas que no se identifiquen, por simple operación lógica mental eliminatória, serán atípicas.¹⁴¹

¹⁴¹ GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo. DERECHO PENAL MEXICANO. (Parte General). Editorial Porrúa S.A. México, 1991. p. 247.

En el robo por ejemplo si no existe el objeto material; el elemento normativo, el sujeto pasivo, etc.; se da la atipicidad; así en el multicitado párrafo se aprecia claramente que carece entre otros aspectos de objeto material; dando lugar a una atipicidad. Es trascendente señalar además, que si se considera al referido tercer párrafo del artículo 371 como un tipo autónomo, la falta de acreditación de alguno de sus medios comisivos, llevaría a la conclusión de que se está ante una conducta completamente atípica.

3.2.5. ANTIJURIDICIDAD.

La Antijuridicidad de un comportamiento típico se define como la realización del tipo no amparada por causa de justificación: todo comportamiento típico será antijurídico a menos que este autorizado por una causa de justificación.

Siendo éste un elemento esencial general, para que exista el delito de robo, la conducta debe ser antijurídica; ahora bien el robo a que se refiere el artículo 367 con la calificativa prevista en el artículo 371 en su párrafo tercero, será antijurídico, cuando no esté amparado el sujeto activo por alguna causa de licitud, como sería, un estado de necesidad o cumplimiento de un deber.

3.2.6. CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Las causas de Justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta alguno de los elementos esenciales del delito, la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho.

El Código Penal para el Distrito Federal contempla las causas de justificación en su artículo 15 fracciones IV, V y VI, diciendo lo siguiente:

Artículo 15. El delito de Excluye cuando.

IV.- Se repela una agresión real, actual e inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. (LEGITIMA DEFENSA)

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. (ESTADO DE NECESIDAD)

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer un derecho, y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro. (CUMPLIMIENTO DE UN DEBER).

3.2.7. IMPUTABILIDAD

La imputabilidad es definida en el Diccionario Jurídico Mexicano como “la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.”¹⁴²

Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable.

¹⁴² DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Op. Cit. p. 51.

La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona.

En el Robo, cometido bajo las condiciones señaladas en el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal, el sujeto será imputable cuando tenga la mayoría de edad, señalada por la ley para que pueda ser el activo un sujeto capaz de delinquir; pero además de esto, que la persona posea un grado de capacidad psíquica que le permita disponer de un ámbito de autodeterminación que indique que es capaz de comprender el carácter antijurídico de los hechos cometidos.

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir los poseedores, al tiempo de la acción, del minimum de salud y desarrollo psíquico exigido por la ley; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

3.2.8. INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad; y ésta se presentará cuando no hay capacidad de querer y entender lo injusto en el Derecho.

Las causas de inimputabilidad, son todas aquellas capaces de anular o neutralizar ya sea, el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.¹⁴³

Nuestro Código penal en su artículo 15 señala las causas de inimputabilidad en la siguiente fracción:

El delito se excluye cuando:

¹⁴³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit. p. 223.

“VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

3.2.9. CULPABILIDAD.

Para los finalistas a la culpabilidad le corresponde el papel más importante en la Teoría del delito, el del juicio de reproche por la realización de una conducta típica y antijurídica, cuando el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo a esa comprensión (imputabilidad), además tuvo conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada, y por último, que al sujeto le era exigible dicha conducta y que pudiendo obrar de otro modo, no lo hace.¹⁴⁴

En el robo, calificado con el párrafo tercero a estudio, habrá culpabilidad cuando el sujeto activo realice la conducta y esa conducta sea típica y antijurídica, pero además precisa que al momento de cometer el delito, el sujeto activo haya tenido la capacidad de comprender lo ilícito de su acción y de conducirse de acuerdo a esa comprensión. Es decir la culpabilidad se concibe como una relación de causalidad psíquica, como el nexo que explica el resultado como producto de la mente del sujeto.

Las dos formas de la culpabilidad son el dolo y la culpa.

EL DOLO.

Jiménez de Asúa da su definición de dolo señalando que “es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y un cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.”

¹⁴⁴ ORELLANA WIARCO, Carlos. Op, Cit. p.157.

Como hemos señalado en anteriores párrafos, el delito de robo por naturaleza no admite la realización culposa, y por ende es un ilícito necesariamente doloso, de acuerdo a lo establecido en el artículo 60 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual señala los delitos que admiten la realización culposa; por lo que al no estar contemplado el robo dentro de estos supuesto a contrario sensu únicamente como ya se dijo se podrá cometer dolosamente

3.2.10. INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad.

La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos en su esencia.

Cuando se comete el delito de robo, se podrá presentar una causa de inculpabilidad si se demuestra que el sujeto activo al cometer el injusto penal, era inimputable, o se encontraba bajo un error de prohibición directo o indirecto, y en su caso no le era exigible otra conducta distinta a la ejecutada.

3.2.10.1. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Las condiciones objetivas de penalidad no son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios fortuitos.

En el delito de robo no existen condiciones objetivas de punibilidad.

3.2.11. LA PUNIBILIDAD.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de una conducta.

La punibilidad es la sanción que en abstracto se debe conminar al sujeto que produjo la ofensa al bien jurídico. Esta por lo general, se encuentra indeterminada en el tipo penal a través

de un arco punitivo expresado en un mínimo y un máximo de quantum sancionadoras; la quantum se concreta en el momento procesal de la individualización de la sanción llamada punición, que es el arte procesal de imponer las sanciones.¹⁴⁵

La pena para el robo calificado, cometido bajo cualquier supuesto señalado en el párrafo tercero del artículo 371, está señalada en el propio párrafo y será de **cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa**. Pudiéndose aplicar además la pena de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad hasta un término igual al de la sanción privativa de libertad impuesta

3.2.12. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Las excusas absolutorias existen cuando una conducta es antijurídica y culpable, es decir reúne todos los elementos del delito; pero la Ley exonera de pena a su autor, es en realidad un perdón legal.

Jiménez de Asúa las define como *causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública*; es decir que son motivos de impunidad.¹⁴⁶

En el robo calificado a estudio no se presenta ninguna excusa absolutoria.

¹⁴⁵ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. DERECHO PUNITIVO. (Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito), 1ª Ed. Editorial Trillas. México 1993.

¹⁴⁶ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. p. 465.

3.2. 13. CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.

Para llevar a cabo la clasificación del delito de robo con la calificativa prevista en el párrafo tercero del Artículo 371 del Código Penal, fijaremos nuevamente el contenido del tipo básico y la calificativa:

“Comete el delito de robo el que se apodera de cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ello con arreglo a la ley”.

“Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta”

Es importante señalar que al hacer la clasificación deberá entenderse que se hace con relación al robo, como un delito complementado y no en forma autónoma; es decir se hará la clasificación del delito de Robo Calificado.

Una vez aclarado lo anterior diremos que de acuerdo a su gravedad, **es un delito** ya que viola intereses de la sociedad para convivir en colectividad, dañando además uno de los principales bienes jurídicos, como lo es el patrimonio.

Según la conducta del agente:

De Acción. Este delito se comete por medio de movimientos corporales y materiales, susceptibles de los sentidos.

Por el resultado.

Material. Es de este tipo por que al cometerse es necesario un cambio en el mundo exterior.

Por el daño que causa.

De lesión, por que afecta de manera directa el bien jurídico tutelado por la ley, a decir el patrimonio del ofendido

Por su duración.

Instantáneo, ya que al momento de cometer su conducta los activos, se integran todos los elementos del delito en un solo acto.

Por el elemento interno.

Doloso, porque el delito de robo no admite la comisión culposa, ya que el presentarse este delito invariablemente interviene la voluntad y conocimiento del agente del delito para llevarlo a cabo

Por su estructura.

Simple, ya que sólo causan una lesión jurídica. .

Por el número de actos.

Unisubsistente, ya que es suficiente un solo acto para la configuración del mismo

Por el número de sujetos.

Generalmente el delito de robo es **unisubjetivo**, pero cometido con la calificativa del multicitado párrafo, se convierte necesariamente en **plurisubjetivo**, porque se necesita la intervención de dos o más sujetos, para su comisión.

Por su forma de persecución.

De oficio, en razón de que puede ser denunciado por cualquier persona, y además es perseguido por el Ministerio Público

En función de su materia:

Común. porque puede cometerse en una determinada entidad federativa.

Por su autonomía:

Complementado, porque se integra con el tipo fundamental previsto en el artículo 367 del Código Penal y una circunstancia o peculiaridad distinta, a decir la calificativa prevista en el párrafo tercero del artículo 371 del mismo ordenamiento; ya que el párrafo tercero antes señalado presupone la presencia del tipo fundamental o básico.

CAPITULO IV

“PROBLEMATICA GENERAL DE APLICACIÓN DEL ARTICULO 371 PARRAFO TERCERO”

4.1. NECESIDAD DE APLICAR EL PARRAFO TERCERO DEL ARTICULO 371 COMO CALIFICATIVA DEL ROBO.

El presente capítulo tiene como finalidad el tratar de demostrar que el párrafo tercero del artículo 371 del Código penal en el Distrito Federal, contempla una calificativa del delito de Robo y no como algunos de nuestros tribunales lo han señalado, un delito especial calificado, independiente del robo genérico.

Al respecto es pertinente señalar, que si hacemos una debida observación del contenido de este párrafo, nos daremos cuenta que el mismo, contempla diversas circunstancias agravantes en su contenido, las cuales vistas de manera singular nos permiten individualizar una de otra, sin que al hacer esto la calificativa pierda su esencia.

Para aclarar lo anterior a continuación señalaremos el contenido del robo genérico previsto en el artículo 367 del Código penal para el Distrito Federal, y cómo, el mismo se agrava con cualquiera de las circunstancias previstas en el párrafo a estudio, sin que sea necesario que se dé cada una de ellas al momento de cometer el delito.

Al delito de Robo antes mencionado, el párrafo tercero a estudio, lo único que le añade es la pluralidad de los sujetos que intervienen y los especiales medios comisivos que contempla, así nada se opone a que el robo se pueda conformar de la siguientes manera:

Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley; y a ésto agregarle cualquiera de las formas de comisión, siendo las siguientes:

- a) Que el robo sea cometido por dos o más sujetos a través de la violencia física.
- b) Que el robo sea cometido por dos o más sujetos a través de la violencia moral.
- c) Que el robo sea cometido por dos o más sujetos a través de la acechanza, y;
- d) Que el robo sea cometido por dos o más sujetos por cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja

Así pues es evidente que el párrafo tercero del referido artículo 371 de la Ley Sustantiva penal, no se refiere a un delito de robo especial, que sea autónomo o independiente del que describe el artículo 367 de dicho Código punitivo, sino que es claro que se refiere precisamente al delito de robo básico cometido por los medios y las condiciones a que alude dicho párrafo, consistentes en que los sujetos activos sean dos o más, los que sin importar el monto ejecuten el robo a través de cualquier tipo de violencia, acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima, o la ponga en condiciones de desventaja; circunstancias calificativas del robo que sólo dan lugar a la agravación de las penas a imponer, pero que, como ya se dijo, no dan origen a un tipo especial, autónomo o independiente del ilícito del robo básico, sino que se estaría en todo momento ante un delito complementado agravado.

4.2. AUTONOMIA DE LOS TIPOS

Hemos hablado a lo largo de éste capítulo de delitos especiales, autónomos, básicos y complementados, ¿pero que debemos entender por cada uno ellos?:

En íntima referencia a la autonomía de los tipos, estos se dividen en *básicos, especiales y complementarios*. Los primeros son de índole fundamental y tienen plena independencia. El tipo *especial* supone el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial; es decir, que éste y el básico se eliminan mutuamente. En cambio el tipo complementario presupone la aplicación del tipo básico al que se incorporará.¹⁴⁷

Sirve de apoyo el criterio Jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación, que dice: "DELITOS. AUTONOMIA DE LOS TIPOS.- Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, estos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón de su índole fundamental, y por tener plena independencia; los especiales suponen el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial, de tal manera que éste elimina al básico; por último los tipos complementarios, presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan. Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como un tipo básico, el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. El peculado es un delito de tipicidad especial, en razón de que el tipo contiene una referencia al sujeto activo, de tal manera que sólo pueden cometer éste delito aquellos que reúnan las condiciones o "referencias típicas en el sujeto" lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, los cuales solo pueden cometer los que tienen tal calidad."¹⁴⁸

¹⁴⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luis. TRATADO DE DERECHO PENAL. Tomo III. 5ª Ed. Editorial Lozada, Buenos Aires, 1950. p. 914.

¹⁴⁸ Semanario Judicial de la Federación Sexta época. Volumen XV. Pagina 68 Primera Sala.

Al respecto Alfonso Reyes Echandia¹⁴⁹ señala: la simple observación de los tipos de delito recogidos en un mismo título pone, de inmediato, en relieve, que la tutela de un mismo bien jurídico, después de abarcar lo genérico desciende a lo específico. Y con base en esta observación sobre la estructura externa de los tipos, pueden estos dividirse en básicos, especiales y complementarios:

a) Son **básicos o fundamentales** aquellos tipos que describen conductas lesivas de la integridad del bien jurídicamente tutelado y respecto de los cuales el proceso de adecuación típica es autónomo y en cuanto se realiza sin sujeción ni referencia a otros tipos.

Al respecto el autor antes mencionado señala que en general cada bien jurídico dispone de un tipo de esta naturaleza, formándose alrededor de éste los demás, como por ejemplo el homicidio es el tipo fundamental en los delitos que atenta contra la vida, como se podría decir del robo en los intereses jurídicos de la propiedad.

Dentro de una buena técnica legislativa, los tipos fundamentales deben prescindir cada uno de los títulos de la parte especial en que ordinariamente se dividen los Códigos.

b) Los **tipos especiales** se caracterizan por que **describen conductas**, referibles al básico aunque diferenciables a él en cuanto agregan, suprimen, concretan o cualifican elementos de aquél.

Esta particular estructura de tales tipos les da la vida propia e independiente “sin subordinación al tipo fundamental”. Su presencia se explica por el deseo del legislador de tratar diversamente desde el punto de vista punitivo ciertas formas de agresión al interés jurídico genéricamente tutelado en el tipo básico.

Son **tipos subordinados o complementarios** dice Beling,¹⁵⁰ aquéllos que refiriéndose inmediatamente a uno fundamental o especial **describen solamente circunstancias nuevas que apenas cualifican uno o varios de los elementos del tipo al cual se refieren**. Por esta razón carecen de vida propia y no pueden aplicarse con independencia de los otros.

¹⁴⁹ REYES ECHANDIA, Alfonso. TIPICIDAD. Primera reimpresión de la 6ª Ed. Editorial Themis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997. p. 112 y sig.

¹⁵⁰ Citado por REYES ECHANDIA, Alfonso. Op, Cit. p. 114.

Jiménez Huerta, escribe¹⁵¹ los tipos especiales y complementarios se asimilan en cuanto unos y otros se refieren al mismo bien jurídico y están igualmente conectados con el tipo básico respectivo, pero se diferencian en que, a tiempo que el especial excluye al fundamental (el infanticidio excluye al homicidio), y por eso se aplica con total independencia suya, el complementario supone su existencia hasta el punto de ser apenas una proyección del tipo básico o del especial. De otra parte, el elemento nuevo del tipo especial es por tal modo importante que actúa autónomamente y transforma la figura jurídica descrita en el básico en otra distinta, a tiempo que el agregado que contiene el tipo complementado es penas una circunstancia suplementaria que modifica, sin alterar la figura fundamental.

Tanto los tipos especiales como los complementarios, se dividen en privilegiados y agravados. Los primeros se caracterizan porque la vulneración del bien jurídico que la realización de la conducta en ellos descrita produce es de menor importancia que la ocasionada con la conducta señalada en el tipo básico por sí solo, y, en consecuencia, su sanción es más tenue. En cambio, los segundos encierran un comportamiento que lesiona más gravemente el bien jurídico materia de la apropiación estatal en el tipo básico y por ende están conminados con sanciones más altas.

“Las circunstancias previstas en nuestro Código... nos permiten clasificar los delitos en orden al tipo, en tipos fundamentales o básicos y en tipos complementarios, circunstanciados o subordinados” y agregamos “Los tipos complementarios requieren, para su existencia, del tipo fundamental, al que se agrega una circunstancia que sin modificar o excluir el básico, aumentan o disminuyen la sanción.”¹⁵²

De lo antes señalado nos podemos dar cuenta que el artículo 371 en su párrafo tercero del Código penal, es un claro ejemplo de un tipo subordinado o complementado, ya que las circunstancias ahí señaladas tienen una mera función calificadora de la conducta básica prevista en el artículo 367 del mismo ordenamiento y no pueden por lo mismo aplicarse con independencia de éste; así robar a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, no son más que formas de agravar el robo.

Cuando el legislador crea una determinada norma legal, con base en la consideración de que un comportamiento realizado por el hombre lesiona o pone en peligro determinado bien jurídico, de interés social o particular le asigna una pena con la intención de que tal comportamiento deje de llevarse a cabo y de sancionar a las personas que a pesar de ello realicen tal conducta.

¹⁵¹ Ibidem. p. 114.

¹⁵² CARDENAS F. Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO DEL ROBO, 2ª Ed. Editorial Porrúa, México, 1982. p. 169.

Ahora bien como ya se ha señalado anteriormente los ilícitos punibles se han clasificado en básicos, especiales y complementados. en este orden de ideas podemos señalar que dentro del delito de Robo el legislador creó como delito básico el previsto en el artículo 367, como delito especial el contemplado en el artículo 379 y como delito complementado el previsto el párrafo tercero del artículo 371, todos del Código penal para el Distrito Federal.

El primero lo señalamos como fundamental porque el apoderamiento de la cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de quien puede darlo de acuerdo a la ley, constituye la conducta básica o primaria que el legislador consideró como ilícita o lesiva para la sociedad

El segundo es especial porque además del apoderamiento como conducta básica o primaria, el legislador exige la presencia de una variante, que es que el apoderamiento sea por una sola vez y que sea de los objetos estrictamente necesarios para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

En cambio el párrafo tercero del artículo 371 del Código penal para el Distrito Federal, tiene las características de un tipo subordinado, ya que su contenido se refiere invariablemente al tipo básico del robo, agregando circunstancias agravantes; además, de la simple lectura de la norma, cuando señala “Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos...” se puede apreciar lo antes expuesto, pues de ahí se da uno cuenta que desde el inicio del párrafo éste nos traslada al delito básico que el es robo.

En este orden de ideas, para la aplicación del párrafo a estudio se debe haber concretado los elementos integrantes del robo, es decir una vez que se configuró el delito éste vaya acompañado con cualquiera de las circunstancias prevista en el mencionado párrafo.

4.3. EL VERBO RECTOR

Otra de las razones por las que se pretende aclarar el hecho de que el párrafo tercero del multicitado artículo 371 del Código Penal, es una calificativa que forma un tipo complementado es el hecho de que en el cuerpo del mismo en ningún momento se precisa el verbo rector, alrededor del cual se deriva la conducta descrita, por lo que es evidente que al no haber un verbo rector como ya se mencionó simplemente no existe una conducta.

A diferencia de lo que sucede en el artículo 367, en donde es evidente que el verbo rector está contemplado al mencionar que comete el delito de robo el que se **apodera**, de una cosa mueble...” de donde fácilmente se puede apreciar y desprender en que consiste la conducta.

Si examinamos los tipos encontraremos una serie de elementos comunes que contribuyen a formar su estructura; para identificarlos basta hacernos la consideración de que todo tipo penal describe una conducta que, realizada por alguien, lesiona o pone en peligro un bien del cual otra persona es titular; por consiguiente en cada uno de ellos se identifican dos sujetos; el activo que ejecuta el comportamiento típico y el pasivo en cuya cabeza radica el bien o interés que lesiona, **una conducta** que genéricamente allí aparece consagrada y que siendo por lo regular de naturaleza objetivo-descriptiva, en veces trae referencias normativas o subjetivas y un objeto de doble identidad; jurídica en cuanto al bien normativamente tutelado y material en cuanto ente-persona o cosa- sobre el cual recae la conducta típica.¹⁵³

Por verbo se entiende la parte vital de la oración, del lenguaje, porque entraña acción o pasión.¹⁵⁴

El verbo rector, es una parte fundamental para la integración de un tipo y para fundamentar lo que se pretende demostrar, al respecto señalaremos lo que precisa el maestro Reyes Echandía, en su Libro tipicidad, quien menciona “si el verbo es la parte más importante de una oración y si la conducta descrita en el tipo se plasma en una oración gramatical, entiéndase perfectamente que el verbo haya sido llamado con toda propiedad “núcleo rector del tipo”. Por verbo entendemos, pues, aquella forma verbal que nutre ontológicamente la conducta típica de tal manera que ella gira en derredor del mismo.

Es tal la importancia del estudio del verbo como núcleo del tipo, que la interpretación que de las normas hacen los jueces y magistrados en su cotidiano menester de administrar justicia entre hombres, es básicamente interpretación del verbo rector en ellas empleado.¹⁵⁵

La pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: matar, apropiarse, etc.¹⁵⁶

De esta forma podemos afirmar que la función de los tipos penales consiste primordialmente en describir conductas, ya sea en forma simple reduciendo la descripción al verbo rector y en otras con aditamentos de circunstancias de modo, tiempo o lugar en que la conducta debe desarrollarse.

¹⁵³ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. p. 25.

¹⁵⁴ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL. Tomo VIII. 20ª Ed. Editorial Heliasta S.R.L. Argentina, 1981.

¹⁵⁵ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. p. 48.

¹⁵⁶ JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Op. Cit. p. 274.

4.4. APLICACIÓN DE LA PENA.

Respecto a este punto, algunos de nuestros juristas pretender sustentar que el párrafo tercero del artículo 371 del Código penal para el Distrito Federal, es un tipo especial calificado, fundándose en que surge con su propia penalidad independiente del robo simple.

Al respecto podemos señalar lo siguiente, si bien para el delito de robo simple se prevén penas de acuerdo al monto de lo robado, y para el robo, cometido bajo cualquier circunstancia prevista en el párrafo a estudio, existe una pena definida que no atiende a dicho parámetro, ésto no le puede dar la característica de un tipo especial calificado.

En otras palabras la propia punibilidad a la que se asocia el tipo penal complementado, no le puede dar a éste el carácter de autónomo respecto del tipo básico del cual deriva, ya que dicha punibilidad no es parte integrante del tipo, y ante tal circunstancia sólo de los elementos de éste, es decir del tipo, es de donde se puede desprende o no tal autonomía.

Así pues es evidente que el párrafo tercero del artículo 371 de la ley sustantiva penal no se refiere a un nuevo delito de robo especial, que sea autónomo o independiente del que describe el artículo 367 del mismo ordenamiento, sino que es claro que se refiere al robo básico, pero cometido bajo los medios y condiciones a que se refiere dicho párrafo, consistente en que sean dos o más sujetos, los que sin importar el monto de lo robado ejecuten el robo a través de cualquier tipo de violencia, asechanza, o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima, o la ponga en condiciones de desventaja; circunstancias calificativas que únicamente dan lugar a la agravación de las penas a imponer, pero que como ya se dijo, no dan lugar a un tipo especial, autónomo o independiente del ilícito de robo básico.

En otras palabras la relación excluyente que existe entre las penas del tipo básico y la del tipo complementado a estudio, únicamente demuestra la autonomía de estas punibilidades pero no la de los tipos penales.

Es importante señalar que estimar como robo especial el previsto en párrafo tercero del numeral 371 del Código Penal, podría tener como consecuencia que si se decretara formal prisión por la comisión de dicho ilícito, si durante el desarrollo del proceso no se acreditara la ejecución de alguna de las circunstancias previstas en dicho numeral, no obstante que se acreditara la existencia del robo, previsto en el artículo 367, al no acreditarse alguno de los elementos del supuesto "delito especial", al momento de dictarse sentencia, tendría en algunos casos que absolverse y ordenarse la libertad, ya que no podría aducir la variación del grado del delito.

Otra de las razones, por la que algunos consideran al párrafo tercero materia del presente trabajo, como un tipo especial calificado, es porque en el ya reformado artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, anteriormente hacía alusión a una lista de los delitos que se consideraban graves, y textualmente hacía referencia en su penúltimo párrafo a lo siguiente: “para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se clasifican como delitos graves los siguientes: ... robo, previsto en el artículo 371, párrafo último...”¹⁵⁷

Lo antes mencionado podría dar lugar a confusión, sin embargo una interpretación a fondo del artículo 268 del Código Adjetivo penal vigente en esos momentos, nos lleva a la conclusión señalada en párrafos anteriores, pues de la simple lectura de tal precepto, se aprecia que éste contemplaba además del citado párrafo tercero, otros robos calificados como por ejemplo los cometidos bajo la circunstancia de violencia, contenida en el artículo 372 del Código Penal.

Aunado lo anterior el Ejecutivo Federal, mediante iniciativa hecha el día 18 de marzo de 1996, propuso la modificación del artículo 371 del Código penal para el Distrito Federal, consistente en añadirle un párrafo, dando como argumentos de tal modificación lo siguiente:

“la iniciativa comprende los rubros relativos a la definición del delito continuado, y las nuevas reglas para la aplicación de sanciones en estos casos, así como para la tentativa punible, el concurso real de delitos y los substitutivos penales. Asimismo se establece un nuevo tratamiento para los delitos de quebrantamiento de sanción, robo, lesiones, falsificación de documentos, delitos cometidos por y en contra de servidores públicos de procuración y administración de justicia y de seguridad pública, comercio o tráfico ilícito de armas, así como medios de apremio... [señalando en el punto IV. ROBO. Lo siguiente], el robo representa cerca del 70% de los hechos delictivos que se denuncian en el Distrito Federal. De ellos poco más de la mitad son con violencia y cerca de la tercera parte comprende robos de cuantía menor a \$5,000.00 pesos, cometidos principalmente en contra de transeúntes, camión repartidor y autopartes.

Cotidianamente se cometen una considerable cantidad de robos que no rebasan el monto de cien veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, o bien, no es posible determinar su cuantía, lo que ocasiona que los inculpados obtengan fácilmente su libertad bajo caución, en virtud de que estos delitos no son considerados como graves por la ley, a pesar del grado de violencia con que se llevan a cabo en la mayoría de los casos.

El sistema sancionador vigente para el caso de robo concede beneficios al delincuente, basados en criterios que estiman sólo el monto de lo robado, y no así el número de sujetos, su peligrosidad, la violencia empleada o el riesgo para la víctima.

¹⁵⁷ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, vigente en 1996.

La adición busca sancionar severamente estos delitos que frecuentemente llegan a dañar la integridad física y la dignidad del ciudadano. Bajo el supuesto que se propone, aun cuando el monto de lo robado sea de poca importancia, se atiende a las circunstancias de ejecución del delito, a fin de imponer al delincuente sanciones considerables que inhiban su comisión.

Asimismo se propone imponer a los delincuentes, además de la pena de prisión, la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, cuyo quebrantamiento daría lugar a la imposición de penas más severas. De esta manera se tendrá una constante supervisión del delincuente para tratar de evitar que vuelva a delinquir.

Muchos de estos delincuentes, que hacen de los espacios públicos su ámbito territorial para la comisión de robos, en la mayoría de los casos son perfectamente conocidos e identificados por grupos de habitantes o residentes de la colonia, quienes por lo general omiten la presentación de denuncias en contra de aquellos por temor a las represalias de las que pudieran ser objeto, derivado de la rapidez y facilidad con los que son puestos en libertad bajo caución.¹⁵⁸

Así el proyecto antes transcrito concluyó con la propuesta de adicionar un tercer párrafo al artículo 371 el cual quedaría de la siguiente forma: Artículo 371... Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a veinticinco años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicársele prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta.

Así en el punto 26 del dictamen presentado por la Comisión dictaminadora, de fecha 29 de abril de 1996, dicha comisión señaló lo siguiente "Se estima al igual que la legisladora, **conveniente disminuir la sanción máxima para el caso del robo agravado** propuesta en la iniciativa respectiva del Ejecutivo Federal y pasar de 25 a 15 quince años."

De todo lo anterior resulta evidente que al haberse cuestionado el sistema sancionador vigente en esa época, donde el robo atendía exclusivamente al monto de lo robado, sin que se pronunciara en relación, al número de sujetos que intervinieran, su peligrosidad, la violencia empleada y el riesgo para las víctimas, buscó sancionar severamente los robos que se cometieran bajo estas circunstancias y de esta forma combatir el hecho de que en ocasiones por el bajo monto del robo, los delincuentes obtuvieran su libertad bajo caución, pero ni la iniciativa ni el párrafo a estudio llevan a concluir que se trate de un delito de robo específico, que contenga elementos propios para su existencia, sino como se ha dicho a lo largo de este trabajo, sólo se trata de una circunstancia calificante del tipo básico del robo, previsto en el artículo 367 del Código penal para el Distrito Federal.

¹⁵⁸ Exposición de motivos de la iniciativa de ley, presentada por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 18 de marzo de 1996.

Aunado a lo anterior, de la iniciativa antes transcrita nos podemos dar cuenta que lo que verdaderamente preocupaba al Ejecutivo Federal, era la violencia empleada en la perpetración de los delitos de robo.

“En relación a lo anterior, y compartiendo lo señalado por el maestro Raúl F. Cárdenas señalaremos lo siguiente: “En la mayoría de las legislaciones extranjeras, los delitos base adquieren diferentes denominaciones, entre otras la de hurto o robo simple, latrocinio, pillaje, bandidismo, robo con violencia, etc; términos todos que comprenden en especial el robo acompañado de violencia, bien sea material o moral, y ambas figuras. o sea el hurto y el robo, o el robo y el latrocinio, el robo o el pillaje, etc; se califican en relación, a determinados hechos.

La violencia, en estos países, modifica el núcleo del delito y lo convierte en un tipo especial, por lo que este elemento no es propiamente una circunstancia, sino un elemento esencial, típico, sistema al que se acogieron por cierto, nuestros códigos de 71 y 29, y del cual se apartó el Código Vigente, en el cual, **la violencia se consideró como una circunstancia calificativa del robo.** [Y sigue mencionando] Además como ya lo destacamos, el robo con violencia física o moral a las personas, dejó de considerarse como tipo autónomo, para convertirse en circunstancias calificantes.”¹⁵⁹

“El empleo de la violencia en el hurto o robo, ha dado lugar a la legislación comparada a divergencias acusadas, no sólo en cuanto a la denominación del tipo, a su autonomía o complementariedad, sino que los conceptos, definiciones, naturaleza y clasificaciones varían sensiblemente.

Es sin duda alguna, respecto a la violencia, en donde nuestra disciplina presenta los criterios más opuestos, las soluciones más encontradas y las opiniones más divididas, naturaleza y clasificaciones varían sensiblemente.

Los legisladores de 31, no tipificaron un delito de robo con violencia, sino que la violencia, repetimos calificó al robo, circunstancia que se definió en los mismos términos que los Códigos anteriores.”¹⁶⁰

Por otro lado, la última parte del párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal precisa: “También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un termino igual al de la sanción privativa de libertad.

¹⁵⁹ CARDENAS F. Raúl. Op, Cit. p. 170.

¹⁶⁰ Ibidem. p. 174 y sig.

De los anterior nos damos cuenta que además de la pena de prisión, el legislador contempló dos medidas de seguridad que pueden aplicarse al delincuente, hasta por un termino igual al de la pena privativas de libertad y que son:

- a) la prohibición de ir a lugar determinado; o
- b) vigilancia de la autoridad

Respecto a este punto consideramos que es una innecesaria adición ya que estas medidas de seguridad, siendo objetivos, en nuestra sociedad no cumplen la verdadera función o utilidad que se les pretende dar, por que en el mejor de los casos lo único que hacen los sujetos que aparentemente están bajo la vigilancia de la autoridad, es acudir a firmar en determinadas fechas ante la autoridad ejecutora.

Además de que en el primero de los casos estamos ante un algo verdaderamente obsoleto, porque para que se pudiera llevar a cabo prácticamente tendría que estar a un lado del sujeto activo, una persona que lo vigilara para que en realidad no se presentara a el lugar a que se le prohibió ir.

Aunado a lo anterior para el caso de que el delincuente no cumpliera o dejara de cumplir con la medida de seguridad que se le impusiera, no habría forma de obligarlo a cumplirla, ya que al haber compurgado su pena de prisión no podría hacerse efectiva la medida de seguridad impuesta.

4.5 RELACION CON LOS ARTICULOS 164 BIS Y 372 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El contenido del párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal, que señala las circunstancias de que el robo sea cometido **por dos o más sujetos** sin importar el monto de lo robado a través de la **violencia**, la acechanza..., tiene una íntima relación con diversas disposiciones que antes de su creación, ya estaban contenidas en el Código penal y que contemplan las mismas agravantes a que hace referencia el mencionado párrafo, específicamente figuras como la pandilla prevista en el artículo 164 Bis y la Violencia tanto física como moral, prevista en el artículo 372.

Estos artículos precisan:

“Artículo 164 Bis.- Cuando se cometa un delito por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por él o los delitos cometidos.

Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen un delito en común.

“Artículo 372.- Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregarán de seis meses a cinco años de prisión. Si la violencia constituye otro delito se aplicarán las reglas de la acumulación.

Esto origina que se dé un concurso aparente de normas, al regularse en un mismo cuerpo diversas disposiciones iguales.

Por concurso aparente de normas debemos entender “cuando a la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o más normas de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo, de manera que el problema del jurista consistirá en dilucidar cuál debe aplicarse con exclusión de las demás.”¹⁶¹

En derecho penal se denomina concurso de leyes o concurso aparente de normas al problema de la aplicación de la ley que se presenta cuando respecto de una misma situación de hecho, aparecen dos o más disposiciones legales vigentes en el mismo tiempo y lugar, que pretenden regirla simultáneamente, cuando en realidad, debido a una relación que media entre ellas, la aplicabilidad de una determina la inaplicabilidad de la otra. En rigor, aquí no existe un verdadero concurso sino una mera concurrencia de normas que aparecen como aptas para regir el caso, pero que se excluyen recíprocamente por que son incompatibles. por eso se afirma que la aplicación concursal es sólo aparente.¹⁶²

La concurrencia de normas incompatibles entre sí se puede dar:

a) Dentro de las normas penales comprendidas en el Código Penal, o sea entre dos o más artículos de ese ordenamiento.

b) Entre normas del Código Penal y normas de otro Código, como el militar o el fiscal, por ejemplo, o bien de otra ley que disciplinando materia diversa contenga normas de naturaleza penal.

¹⁶¹ PAVON VASCONCELOS, Francisco. CONCURSO APARENTE DE NORMAS. 3ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1989. p. 61.

¹⁶² JIMENEZ HUERTA, Mariano. DERECHO PENAL MEXICANO, Tomo II. 3ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1980. p. 326.

Dentro de las normas citadas en el inciso a). cabe destacar las siguientes hipótesis:

a') Entre tipos penales.

b') Entre una norma de la parte general y una norma de la parte especial del Código; y

c') Entre normas de la parte general

Encontrándose la concurrencia del párrafo tercero materia del presente trabajo, dentro del supuesto previsto en el inciso a) y a su vez en la subdivisión marcada con el inciso a')

Ahora bien para solucionar estas situaciones existen diversos principios, no aceptados por todos los estudiosos del derecho pero que sin embargo prevalecen principalmente y que a continuación explicaremos brevemente:

El principio de especialidad.- Este principio sostiene la aplicación de la ley especial sobre la ley general: "*Lex specialis derogat legi generali*". Por tanto, cuando a la solución de un hecho determinado concurren dos normas, una general y la otra especial, ésta excluye en su aplicación a la primera.¹⁶³

El maestro Puig Peña respecto de este principio menciona: "Es aquél por cuya virtud cuando de dos leyes penales protectoras del mismo bien jurídico una de ellas contiene, sin embargo, respecto de la otra algún elemento singular que concrete más el supuesto, debe ser aplicada aquella con exclusión de la segunda."¹⁶⁴

La especialidad supone, en consecuencia, una relación lógica entre las normas, la cual fundamenta la prevalencia de una sobre la otra. Tratándose de los tipos penales es válido sostener que la especialidad requiere que un tipo esté íntegramente contenido en el otro, aun cuando no se precisa que los elementos descriptivos sean idénticos, ya que también es específica una disposición "cuando la cuidadosa interpretación nos muestre que una figura importa una descripción más próxima o minuciosa del hecho."

El principio de la consunción o absorción.- La fórmula *Lex consumens derogat legi consuptae*, revela que su sentido se apoya en la circunstancia de que las normas en colisión comprenden el mismo hecho, pero una de ellas adquiere preferencia en su aplicación en cuanto por su mayor alcance abarca y consume a la otra. De allí que sea común el criterio de que el principio de consunción funciona cuando el hecho previsto por una ley está comprendido en el tipo descrito por otra que es de más amplio alcance.¹⁶⁵

¹⁶³ PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op, Cit. p. 142.

¹⁶⁴ Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Ibidem. p.146.

¹⁶⁵ Ibidem. p. 154.

El maestro Pavón Vasconcelos señala en su libro "Concurso aparente de Normas" que expuesto el principio parece confundirse con el de *especialidad*, ya que en éste, como dejamos asentado, se afirma la aplicación de la norma cuyos elementos integrantes la hacen de un mayor alcance y amplitud que la excluida. Por ello hácese necesario precisar que en la consunción el mayor alcance de la norma aplicable no radica en su amplitud descriptiva, en función de los elementos "especializantes" que en ella concurren, sino en la entidad valorativa que absorbe a la norma en conflicto, excluyendo su misión sancionadora. Este fenómeno ha sido claramente descrito por Mezger, para quien la procedencia de una de las leyes ante la otra resulta (caso de la consunción) de la *relación valorativa* de ambas, pues el fundamento que justifica la exclusión no radica en la *relación lógica* entre ellas, sino en su propio sentido con arreglo a la *interpretación valorativa*. Esta forma interpretativa debe tener en consideración "todas las circunstancias del caso, también las más concretas", pues como no se trata de una relación lógica, no puede establecerse la precedencia de una de las normas en virtud de la simple comparación entre los "tipos" abstractos, sino de "la configuración concreta del caso de que se trate."

Este principio opera cuando la materia regulada por una norma, se estima que queda subsumida o absorbida dentro de la materia regulada por otra norma, misma que se estima de mayor amplitud y que por tanto sería la aplicable¹⁶⁶

El principio de subsidiaridad.- El principio de la subsidiaridad que se anuncia menciona Fontecilla Riquelme: *Lex primarias derogat legi subsidiarias*, pretende que una ley es subsidiaria respecto de otra, cuando ambas contemplan la violación de un mismo bien jurídico, pero en diversos grados de punibilidad, caso en el que se aplica la ley principal.¹⁶⁷

Ranieri, sin mencionarlas comprende las dos clases de subsidiaridad apuntadas, al decir que varias disposiciones se encuentran en relación de subsidiaridad cuando protegen un mismo bien jurídico contra diferentes grados de ofensa, caso en que no puede ser aplicada la disposición que contempla la ofensa menos grave, sino cuando no puede aplicarse la disposición que contempla la ofensa más grave.¹⁶⁸

El principio de la alternatividad.- En términos generales la alternatividad supone una situación de conflicto entre dos normas penales reguladoras de la misma situación de hecho, de modo que el juzgador, ante el idéntico tratamiento punitivo, está en posibilidad de aplicar cualquiera de ellas, resultando indiferente la aplicación de una o de otra.¹⁶⁹

¹⁶⁶ MALO CAMACHO, Gustavo. DERECHO PENAL MEXICANO. 1ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México 1997. p. 233.

¹⁶⁷ Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. p.183.

¹⁶⁸ Ibidem. P. 183.

¹⁶⁹ Ibidem p. 200.

Una vez explicados los principios antes transcritos podemos darnos cuenta que el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, en la forma en que está narrado bien pueden adecuarse los hechos ya concretizados, en el artículo 367, relacionado con el 164 Bis y 372. del Código Penal, ya que el artículo 367 contempla el robo simple y los artículos 372, 164 Bis y 371 párrafo tercero las calificativas, surgiendo con esto un concurso aparente de normas, el cual a mi consideración puede ser solucionado mediante el principio de consunción, en el entendido de que tal solución es a criterio propio, porque como se señalo anteriormente estos principios no son aceptados en su totalidad.

Es trascendente hacer la mención de la concurrencia de los tipos antes descrito, porque en la aplicación de éstos el Ministerio Público actuando como Autoridad Investigadora, es decir durante la Averiguación Previa, tiene la posibilidad de decidir como consignar los hechos que ante él se denuncian, prestándose muchas veces el que se den problemas de corrupción en sus funciones, ya que si consigna los hechos fundamentándolos en el artículo 371 párrafo tercero, los inculcados no pueden obtener su libertad provisional y si lo hace fundamentándolos en el artículo 367 relacionándolo con los artículos 372 y 164 Bis, si pueden hacerlo.

4.6. JURISPRUDENCIA

Ahora se transcribirán algunas de las tesis jurisprudenciales que apoyan lo establecido a lo largo de este trabajo, y que precisan el hecho de que el artículo 371 párrafo tercero del Código penal es una calificativa del delito de robo y no como ya se ha mencionado tantas veces un delito autónomo:

ROBO CALIFICADO. ARTICULO 371, PARRAFO TERCERO, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. VIOLENCIA COMO MEDIO COMISIVO. La calificativa prevista en el tercer párrafo del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, contempla, además del activo plurisubjetivo, disyuntivamente tres medios comisivos que son: a) la violencia, b) la acechancia, o c) cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, lo que se traduce en que la frase "que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja", sólo rige para "cualquier otra circunstancia", mas no para la violencia ni la acechancia, pues si la intención del legislador hubiera sido que la frase en mención calificara a los tres medios comisivos en cita, gramaticalmente en la redacción hubiera sido necesario colocar una coma después de "cualquier otra circunstancia", para que esta frase quedara separada de las características que se describen enseguida y así, estas últimas abarcaran los tres medios precisados; y que los verbos que la conforman "disminuya" y "ponga", hubieran sido conjugados en plural, por ser tres y no uno los medios comisivos, es decir, debió haberse redactado el párrafo de referencia de la siguiente manera: "... a través de la violencia, la acechancia, o cualquier otra circunstancia, que disminuyan las posibilidades de defensa de la víctima o la pongan en condiciones de desventaja ..."; luego, para que se actualice así la violencia como medio comisivo en esta calificativa, sólo hay que atender a su concepto legal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.
Novena Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: VII, Mayo de 1998
Tesis: I.1o.P.40 P
Página: 1069

ROBO. EL ARTICULO 371, PARRAFO TERCERO, DEL CODIGO PENAL NO CONTEMPLA UN TIPO PENAL ESPECIAL O AUTONOMO, SINO CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL DELITO (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL). EL citado párrafo, que establece: "Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable ser de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta.", agrega al tipo penal de robo genérico, la pluralidad de los sujetos intervinientes y los específicos medios comisivos que señala, conformando así un tipo penal complementado al que se asocia (sin importar el valor de lo robado) una punibilidad agravada e independiente con respecto a la prevista para el delito de robo genérico. Sin embargo, esta autonomía no autoriza a considerar a dicho tipo penal como un nuevo tipo especial o autónomo, cuenta habida de que tal punibilidad no es parte integrante del tipo y sólo de los elementos de éste se puede o no derivar su autonomía con respecto a otro; por tanto, la relación excluyente entre la punibilidad del tipo básico de robo y la del tipo complementado en comentario, únicamente demuestra la autonomía de estas punibilidades, pero no la de este último tipo penal. La anterior distinción es trascendente, pues si se considera que el referido tercer párrafo del artículo 371 prevé, un tipo especial o autónomo, y por éste acusa el Ministerio Público, la no acreditación en sentencia de alguna de las circunstancias que contempla, llevaría a la conclusión de que se está en presencia de una conducta enteramente atípica y no de un robo genérico.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Novena Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: VII, Marzo de 1998
Tesis: I.1o.P. J/8
Página: 736

ROBO. LAS PENAS APLICABLES PREVISTAS EN EL PARRAFO TERCERO DEL ARTICULO 371 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. SON INDEPENDIENTES DEL TIPO BASICO DEL DELITO DE. Tomando en consideración que el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal fue adicionado con el objeto de sancionar el delito de robo, sin importar su monto, cuando se comete por dos o más sujetos mediante violencia, acechanza o cualquiera otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, es evidente que debe imponerse la nueva sanción que atiende a las circunstancias de ejecución del delito, y no aplicarse también las penas del tipo básico del delito de robo, previstas en el numeral 370 del código sustantivo de la materia, ya que estas sólo atienden al monto de lo robado, mas no al número de sujetos, su peligrosidad, la violencia empleada o el riesgo para la víctima.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Novena Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: VI, Julio de 1997
Tesis: I.3o.P. J/6
Página: 332

ROBO CALIFICADO. SON APLICABLES LAS PENAS CORRESPONDIENTES CON LAS DEL NUEVO TIPO PENAL PREVISTO EN EL ARTICULO 371. PARRAFO TERCERO, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. La calificativa prevista en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal, relativa a que el robo se cometa en casa habitación, puede concurrir con el nuevo tipo penal previsto en el numeral 371, párrafo tercero, del mismo código punitivo, el cual fue adicionado con el objeto de sancionar el delito de robo sin importar su monto, cuando se comete por dos o más sujetos mediante violencia, acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, toda vez que dichos elementos constitutivos no se modifican ni se sustituyen con el hecho de que se actualice la calificativa en mención, ya que ésta sólo viene a agravar las circunstancias en que se cometió el delito, por lo que resulta procedente que ambas hipótesis legales puedan concurrir.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Novena Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: V, Marzo de 1997
Tesis: I.3o.P.21 P
Página: 844

AGRAVANTE. LA PREVISTA EN EL ARTICULO 371. PARRAFO TERCERO. DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. SE ACREDITA AUN CUANDO UNO DE LOS AGENTES ACTIVOS SEA MENOR DE EDAD. La interpretación armónica del artículo 371. en su párrafo tercero. del Código Penal, permite considerar que la intención del legislador al crear la agravante ahí prevista, fue la de sancionar con mayor severidad la comisión del delito de robo cometido por dos o más sujetos a través de la violencia. sin que se advierta que haya hecho excepción de los casos en que entre los autores del delito se encuentre un sujeto inimputable; lo cual se desprende de la iniciativa del Ejecutivo Federal de dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y seis, en la que se afirma que el delito de robo representa un setenta por ciento de los hechos delictivos denunciados en el Distrito Federal, y de ese porcentaje, poco más de la mitad se comete con violencia, y cerca de la tercera parte comprende robos cuya cuantía es menor de cinco mil pesos, ilícitos que se cometen principalmente contra transeúntes, y en relación con camiones repartidores y de autopartes; pero además, no rebasan el monto de cien veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, o bien no es posible determinar su cuantía; lo que ocasiona que los inculpados obtengan su libertad bajo caución, ya que tales ilícitos no son considerados como graves por la ley, a pesar de la violencia con que se llevan a cabo en la mayoría de los casos. Por ende, se debe concluir que cuando el delito de robo sea perpetrado por dos o más sujetos en las condiciones que refiere el artículo y párrafo aludidos, basta con que uno de ellos sea imputable, para que al mismo le sea aplicable la penalidad establecida en el párrafo adicionado en comento, con independencia de que al menor o menores de edad participantes se les aplique diverso régimen legal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Novena Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: VII, Febrero de 1998
Tesis: I.1o.P.38 P
Página: 470

De las jurisprudencias antes transcritas se refuerza lo que a lo largo de este trabajo se ha precisado, que es, el que el párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal es una calificativa del delito de robo y no un delito con autonomía propia.

Además de la lectura de las jurisprudencias uno se puede dar cuenta como efectivamente cada una de ellas precisa el porqué el párrafo a estudio es una agravante del robo, ya que como se señaló anteriormente este contempla circunstancias de comisión del delito de robo, así como se

hace mención respecto a que las penas son autónomas unas de otras pero que éstas no hacen que el párrafo tercero a estudio se convierta en un delito autónomo, sino que únicamente se deriva la autonomía precisamente de las penas.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- En cuanto a lo que se debe entender por robo hay distintas definiciones de acuerdo al punto de vista que se tome, pero casi todos coincidimos en que por tal se entiende el apoderamiento en una cosa mueble ajena, sobre la cual no se tiene derecho y además se carece del consentimiento de quien puede concederlo de acuerdo a la ley.

Por otro lado este delito está presente en toda sociedad, pero en cuanto a su estudio, prevención y combate, desde los tiempos pasados unas sociedades lo han sabido contemplar mejor que otras.

Así por ejemplo no damos cuenta que Roma, es uno de los pueblos que más han aportado respecto al estudio del Robo, pues lo estudió en forma muy precisa, e inclusive concibió al robo calificado, situación que era avanzada considerando las circunstancias de esos tiempos.

SEGUNDA.- En México el delito de robo estuvo contemplado en las distintas civilizaciones indígenas, dentro de las cuales se aprecia que no estaban atrasados en este contexto, pues cada uno de estos grupos contaba con su sistema de leyes con el fin de reprimir los delitos, entre ellos el robo; sin embargo la conquista española significó en la mayoría de los pueblos el fin de su organización sociopolítica y la incorporación de nuevas leyes y costumbres, lo que no del todo fue bueno pues como sabemos en muchos aspectos lo que ocasionó tal conquista fue el retraso en estos grupos sociales y en el aspecto legal, prácticamente lo borró.

Después de haber adquirido su independencia nuestro país, se tuvo la necesidad de buscar leyes aplicables de acuerdo a la necesidad del mismo, y así tras haber adquirido una integridad propia existieron diversos proyectos que culminaron en la creación de Códigos respecto al ámbito penal, conocidos como "Código penal de 1871", "Código de 1929", hasta llegar al "Código de 1931" que actualmente rige para el Distrito Federal.

TERCERA.- Para saber que se entiende por delito, debemos señalar que tal concepción se define desde dos puntos de vista, el formal y el material; el primero considera como delito aquella conducta que esté prevista en la ley como antijurídica.

Desde el punto de vista material, delito será aquél comportamiento merecedor de una pena.

Debemos señalar además que el delito esta compuesto básicamente de cuatro elementos, los cuales son conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad y que los demás elementos que mencionan diversos autores son presupuestos o consecuencia de los antes señalados, es decir la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad; las condiciones objetivas de punibilidad, al no estar presentes en todos los delitos, no pueden considerarse como elemento del mismo, pues un elemento es algo que se hace necesario para la existencia de ese algo, en este caso el delito; y por último la punibilidad viene a ser la consecuencia del delito, la reacción que tiene el estado para con el sujeto que lo comete.

Asimismo es incuestionable que cada uno de los elementos del delito tiene un aspecto negativo, el cual al presentarse en cualquiera de ellos, impide la existencia del delito.

CUARTA.- Para entender de manera más clara el delito, se puede llevar a cabo su clasificación de acuerdo a los elementos de cada tipo, como en el caso de hizo en este trabajo al injusto de Robo. Pero es incuestionable que tal clasificación solamente se puede llevar a cabo precisamente, sobre un tipo penal que contemple un delito y no una circunstancia calificante o cualquier otra, pues en todo caso la clasificación que de tal se hiciera sería nula.

QUINTA.- El párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, fue creado mediante las reformas del día 13 de mayo de 1996, para ser adicionado al artículo en cita, siendo el principal fundamento de su creación, el considerable crecimiento de la inseguridad pública en el Distrito Federal, para lo cual se propusieron penas más estrictas con la finalidad de disminuir tal inseguridad.

Al respecto es preciso señalar que su finalidad, si bien en el fondo tenía una buena intención, en la realidad no ha sido acorde con ésta, pues inclusive ha venido a acrecentar otros problemas que ya existían en nuestras cárceles como son la sobre población, y sin embargo no ha disminuido el índice delictivo del país.

SEXTA.- Como hemos mencionado, para llevar a cabo la clasificación de un tipo penal, es preciso que el mismo tenga el carácter de delito.

Por lo que respecta al párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, de su texto nos damos cuenta que dicho párrafo no contempla un delito básico o autónomo, sino circunstancias que agravan al delito de Robo simple, esto se señala porque el párrafo mencionado, por sí solo carece de una conducta específica, necesaria para que se integre el delito, sin embargo, sí contempla diversos supuestos que complementados con el contenido del tipo de robo simple, vienen a formar un robo calificado.

Lo anterior hace preciso, que para poder hacer una clasificación de dicho párrafo, se tenga uno que remitir al robo básico, para hacer la clasificación de éste, calificándolo con el párrafo tercero mencionado.

SEPTIMA.- El punto central de esta tesis es el tratar demostrar que el párrafo tercero del Artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal contempla una calificativa del robo y no un delito especial calificado; en este orden de ideas señalaremos que dicho párrafo lo único que hace es añadirle al delito de Robo, la pluralidad de los sujetos que intervienen y los medios comisivos que contempla, formando con éste un tipo complementado agravado y no un delito especial calificado, esto se deduce de la autonomía de los tipos, siendo robustecido lo anterior con el hecho de que los tipos complementados describen circunstancias que califican a uno o varios de los elementos del tipo básico a que se refieren, como es el caso del párrafo mencionado; sin embargo los tipos especiales describen conductas referibles al básico, diferenciables ambos en que agregan, concretan, suprimen o cualifican elementos de aquél, siendo éste lo que les da vida propia e independiente.

Aunado a lo anterior el párrafo citado no puede contemplar de ninguna forma un tipo especial calificado o autónomo, es decir que pueda tener vida propia por sí solo, en razón de que carece del verbo rector alrededor del cual se deriva la conducta que pudiera describir; por lo que al carecer de éste, definitivamente no puede afirmarse que existe una conducta. Pues el verbo rector es fundamental para la integración de cualquier tipo

OCTAVA.- Pretender sustentar el hecho de que el multicitado párrafo es un delito especial calificado o autónomo, por la razón de que tiene una pena propia, definitivamente no puede ser tomado en cuenta, porque como hemos mencionado un delito esta compuesto de cuatro elementos, que son conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; y la punibilidad es solamente una consecuencia del delito, ya que al presentarse los cuatro elementos citados, nada impide el hecho de que ya esté integrado el delito; razón por la cual, el que el párrafo tercero a estudio tenga prevista una pena para las personas que cometan un robo bajo esas circunstancias, no quiere decir que esta situación le dé autonomía a dicho precepto, pues tal autonomía es únicamente para la pena, respecto de otras penas que pudieran aplicarse cometiendo el delito de robo calificado.

NOVENA.- Es necesario aclarar lo que verdaderamente contempla el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, pues este debe ser aplicado como se ha dicho, como una calificativa y no un delito autónomo, pues si se sigue considerando así, nuestros tribunales se encuentran ante una verdadera falta de técnica jurídica, ya que se está dejando al ciudadano frente a una inseguridad jurídica, esto es porque si de alguna forma no se acredita alguna de las circunstancias que contempla el párrafo a estudio, lleva a la conclusión de que se está en presencia de una conducta atípica y tendría que dejarse en libertad a la persona.

Caso contrario es el hecho de Juzgar a una persona por el delito de robo, calificado con cualquiera de las circunstancias prevista en el multicitado párrafo, pues el hecho de que no se acreditara la calificativa no impediría el poder condenar al activo por el delito de robo, salvando así tanto los derechos del pasivo afectado.

DECIMA.- Considero que este párrafo adicionado al artículo 371 del Código Penal, ha ocasionado más cosas en contra, que a favor, pues si nos damos cuenta de lo que sucede en la realidad, además de que esta siendo aplicado de manera errónea ha ocasionado una sobrepoblación en las cárceles, situación que a su vez ha llevado a los legisladores a crear una ley que definitivamente va en contra de lo que es la tarea jurisdiccional; lo anterior se señala ya que en 1999 se creó la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, la cual contempla un nuevo beneficio penitenciario, llamado Tratamiento en Externación, el cual siendo objetivos la única finalidad que tiene es la de quitar esa sobre población en las cárceles, y si bien pudiera pensarse que esta situación no tiene relación con la presente tesis, en la práctica diaria que se lleva en los Juzgados penales, nos podemos dar cuenta que mas del 80% de las personas que obtienen este beneficio son personas sentenciadas por la comisión de un delito de robo sancionado con el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal; más aun es verdaderamente ilógico el hecho de que lo que se pretendía con la creación del párrafo materia de la presente tesis era disminuir la comisión del delito de robo, imponiendo penas mas severas y lo único que ocasionó fue el hecho de que se este dejando a la gente en libertad, aunque no definitiva, pero si ocasionado el hecho de correr el peligro de que se vuelvan prófugos de la justicia o que reincidan en la comisión de algún delito.

BIBLIOGRAFIA.

- BACIGALUPO, Enrique. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL.
(Parte General), 2ª Ed. Editorial Akal.
- CARDENAS F. Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO DEL ROBO.
2ª Ed. Editorial Porrúa, México; 1982.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. DERECHO PENITENCIARIO.
(Cárcel y penas en México), Editorial Porrúa S.A.
México; 1981.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO.
(Parte General), 19ª Ed. Editorial Porrúa, S.A.
México; 1997.
- CASTELLANOS TENA, Francisco. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE
DERECHO PENAL.
(Parte General), 39ª Ed. Editorial Porrúa, S.A.
México; 1998.
- CUELLO CALON, Eugenio. DERECHO PENAL.
(Parte General), Editorial Bosch. Barcelona; 1975.
- DE BERLIN J. Kohler. EL DERECHO DE LOS AZTECAS.
Editorial Latino América, México; 1924.
- GONZALEZ DE LA Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO.
(Los delitos), Editorial Porrúa S.A. México; 1988.

- GONZALEZ QUINTANILLA, José A. **DERECHO PENAL MEXICANO.**
(parte general). Editorial Porrúa S.A.
México; 1991.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. **LA LEY Y EL DELITO.**
(Principios de derecho penal), 2ª Ed. Editorial
Hermes, México; 1954.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. **TRATADO DE DERECHO PENAL.**
Tomo I. 15ª Ed. Editorial Losada S.A. Buenos Aires.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. **DERECHO PENAL MEXICANO.**
Tomo II. 3ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México; 1980.
- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. **DELITOS EN PARTICULAR.**
Tomo I. Editorial Porrúa S.A.
- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. **TEORIA DEL DELITO.**
5ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México; 1997.
- MALO CAMACHO, Gustavo. **DERECHO PENAL MEXICANO.**
1ª Ed. Editorial Porrúa S.A México: 1997.
- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. **DERECHO PENAL.**
(Parte General), 3ª Ed. Editorial Trillas,
México; 1994.
- MIR PUIG, Santiago. **DERECHO PENAL.**
(Parte general), 2ª Ed. Editorial Promociones
Publicaciones Universitarias, Barcelona; 1985.

- MOMMSEN, Teodoro. **DERECHO PENAL ROMANO.**
Editorial Themis, Bogotá 1976.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **TEORIA GENERAL DEL DELITO.**
Editorial Themis. Bogotá,
Colombia; 1990.
- OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. **DERECHO PUNITIVO.**
(Teoría sobre las consecuencias Jurídicas del delito).
1ª Ed. Editorial Trillas, México; 1993.
- ORELLANA WIARCO, Octavio. **TEORIA DEL DELITO.**
4ª ED. Editorial Porrúa S.A. México; 1997.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. **CONCURSO APARENTE DE NORMAS.**
3ª Ed, Editorial Porrúa S.A. México; 1989.
- PORTE PETIT CANDAUDAUP, Celestino. **APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL
DE DERECHO PENAL.**
14ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México; 1991.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. **TIPICIDAD.**
primera reimpresión de la 6ª Ed. Editorial Themis
S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1997.
- REYNOSO DAVILA, Roberto. **TEORIA GENERAL DEL DELITO.**
1ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México; 1995.

DICCIONARIOS.

DE PINA VARA, Rafael.

DICCIONARIO DE DERECHO.
9ª Ed. Editorial Porrúa S.A. México: 1980.

**DICCIONARIO JURIDO ESPASA. EDITORIAL ESPASA
CALPE.** España Madrid; 1994.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL.
Tomo VIII, 20ª Ed. Editorial Heliasta. S.R.L. Argentina; 1981.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. TOMO V, Editorial
Porrúa S.A. México; 1985.

OTRAS FUENTES.

- 1.- EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA INICIATIVA DE LEY PRESENTADA POR EL PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE FECHA 18 DE MARZO DE 1996.
- 2.- LA BIBLIA.
- 3.- ANALES DE JURISPRUDENCIA.
- 4.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.